

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMO LÍMITES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Ramón RUIZ RUIZ*

Lourdes de la TORRE MARTÍNEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales.* III. *El principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional español.* IV. *El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario: el Tratado de Lisboa.* V. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: legislación general y sectorial.* VI. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad¹ podría considerarse como una de las principales contribuciones al derecho público desde la Segunda Guerra

* Profesor titular de filosofía del derecho, Universidad de Jaén, España.

** Profesora titular (acreditada) de derecho administrativo, Universidad de Jaén, España.

¹ El principio de proporcionalidad también se conoce en la doctrina alemana y en la jurisprudencia europea y comparada, como “proporcionalidad de los medios”, “proporcionalidad del sacrificio”, “proporcionalidad de la injerencia”, “prohibición de exceso”, etcétera. Sin embargo, el término que ha hecho fortuna es el de “principio de proporcionalidad” en sentido amplio y comprensivo de los tres criterios que integran el “test alemán de proporcionalidad”. Barnés Vázquez, J., “Presentaciones”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, p. 7. Se entiende por proporcionalidad en sentido amplio “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.

Mundial.² Se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial de origen alemán, cuyo ámbito originario de aplicación era el derecho penal —al que exige la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario—, si bien ha experimentado en los últimos años un desarrollo extraordinario en muchos otros ámbitos del derecho público. Ha sido adoptado, también, por muchos tribunales de justicia y, especialmente, tribunales constitucionales, adquiriendo un protagonismo esencial a la hora de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales, debido a la especial estructura de este tipo de normas, como se verá más abajo. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha tratado de formalizar este principio, que se inspira, aun sin reconocerlo expresamente, en el denominado “test alemán de proporcionalidad”,³ cuya aplicación persigue la distinción y el análisis de tres requisitos fundamentales o subprincipios, que desarrollaremos más adelante: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, el uso del mismo en la jurisprudencia constitucional española no puede considerarse consolidado aún.⁴

Asimismo, el principio de proporcionalidad tiene gran relevancia en el ámbito supranacional europeo, donde el TJCE lo ha reconocido como un principio preeminente que ha aplicado en el enjuiciamiento de las medidas de gravamen de la Comunidad y en el control de las normas y resoluciones administrativas. Este principio cumple también un destacado papel como canon de control del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración, revisando tanto la decisión misma de intervenir como el medio elegido, obligándole así a hacer un balance entre costos y equilibrios de su actuación.

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 *stricto 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*”. Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500.

² Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 220.

³ El TC se ve impulsado originariamente a utilizar el principio de proporcionalidad por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (RCL 1999, 1190 y 1572), y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La incorporación de esta doctrina a la jurisprudencia constitucional española, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2 CE, constituyó una de las principales vías de entrada del principio en los pronunciamientos del TC.

⁴ González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 148.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se ha adelantado, el principio de proporcionalidad cobra un claro protagonismo en los casos de conflicto entre otros principios, tales como los derechos fundamentales. En efecto, no todas las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales, sino que éstas pueden ser de muy distinto tipo, y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios, no sólo jurídicos, sino también doctrinales. Entre estos últimos, los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen⁵ y por Herbert L. A. Hart,⁶ quienes distinguen entre normas primarias y normas secundarias (si bien con un sentido diferente en cada caso).

Ahora bien, la distinción que aquí nos interesa es aquella que divide a las normas en *reglas* y *principios*. Se trata también de una distinción doctrinal que no aparece reflejada ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, pero que tiene una gran importancia tanto para la teoría del derecho como para la aplicación práctica del mismo. Con carácter general, puede afirmarse, con Zagrebelsky, que “las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son, predominantemente, principios”.⁷

La distinción se popularizó gracias a un artículo de Ronald Dworkin, aparecido en 1967, titulado “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, que pos-

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1983, pp. 71 y 72.

⁶ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 116-120.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 109. Sin embargo, la Constitución también contiene reglas (por ejemplo, el artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”), al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella (como el contenido en el artículo 7.1 del Código civil: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”). No obstante, esta cuestión no es pacífica, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso, por ejemplo, de L. Prieto Sanchís (véase Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Madrid, Dykinson, 1998). Nos encontramos, así, ante uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del derecho de las dos últimas décadas.

teriormente fue incluido en su obra *Los derechos en serio*.⁸ Entre los criterios de distinción que propone Dworkin,⁹ el más relevante para el tema que nos ocupa tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los principios, pero de la que carecen las reglas: la dimensión del peso o importancia. Así, cuando los principios interfieren unos con otros, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión; esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido, como, por ejemplo, otras reglas que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior o la posterior, o algo similar.

También Robert Alexy,¹⁰ uno de los más destacados teóricos de la distinción entre estos dos tipos de normas, sostiene que la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas y, más en concreto, en la muy diferente forma en que ambos se solucionan.

Para analizar este criterio de distinción, Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán. La primera se refiere a un conflicto

⁸ Ahora bien, como señalan Atienza y Ruiz Manero, los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de Dworkin, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta, y las de Josef Esser en Alemania en los cincuenta —quien formuló ya una distinción entre principios y reglas—, junto con las de Norberto Bobbio en Italia o las de Eduardo García de Enterría en España (véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 101). Sin embargo, fue Dworkin quien, con su crítica al positivismo jurídico, inició verdaderamente un debate —que aún continúa— con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre derecho y moral y en la argumentación jurídica.

⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 75-78.

¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997, pp. 81-98. Otro de los criterios que propone Alexy para la distinción entre reglas y principios radica en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

entre una norma jurídica del Estado Federal y otra de un *land* (BverfGE, 1, 283 (292)). Esta última prohibía la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. Éste es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Se trata de un conflicto que sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o bien declarando inválida una de las reglas. Así, el Tribunal resolvió este caso según la norma de conflicto “el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del *land*” (artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn), declarando, de este modo, nula la norma jurídica del *land*.

De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenazaba el peligro de un ataque de apoplejía y de infarto (BverfGE, 51, 324). Las normas en colisión son, por un lado, el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y, por otro, el principio que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarse, sencillamente, de prohibida; si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral, simplemente, como obligatorio o, cuanto menos, permitido. Por otro lado, si el Tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental, o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como un conflicto de reglas. El proceder del Tribunal, sin embargo, es muy diferente: no habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una *tensión*, y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en los supuestos de conflictos de reglas, hubiera sido declarada inválida.

En efecto, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quie-

re decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso; sin embargo, al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.¹¹

El problema que surge aquí es que la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación, como señala Prieto Sanchís,¹² comporta importantes riesgos de subjetividad valorativa por parte del órgano jurisdiccional correspondiente (desde luego, mucho más que la aplicación de reglas). Y, precisamente, para tratar de solventar, siquiera en parte, este problema, y para reducir la discrecionalidad del juez, se ha ido forjando el principio o juicio de proporcionalidad, que consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida en la esfera de un principio o un derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.¹³

¹¹ Para un análisis más detallado de la distinción entre reglas y principios véase Ruiz Ruiz, Ramón, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, *Urbe et Ius*, abril de 2007 disponible en http://www.urbeetius.org/images/PDF/news20_ruizruiz.pdf.

¹² Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 173.

¹³ Alexy añade otros dos elementos que acrecientan la seguridad jurídica y limitan la discrecionalidad judicial, como son: un sistema de condiciones de precedencia y un sistema de prioridades *prima facie*. En virtud del primero de estos elementos, a raíz de la resolución de un conflicto entre principios, puede establecerse una ley de colisión, que vale para todas las colisiones de principios similares, que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos —no obstante, como pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por ello, deberán ser evaluadas, por lo que no es posible construir ningún orden que establezca en cada caso justamente una única decisión correcta—. El segundo elemento lo constituyen las prioridades *prima facie*. Por ejemplo, en una información sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad del acusado por el delito. Las prioridades *prima facie* establecen, así, cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, éstas quedan sin vigor. En definitiva, aunque no es posible una

El principio de proporcionalidad (también conocido como “test alemán de proporcionalidad”) se compone de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El primero de ellos exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada. El principio de necesidad, por su parte, exige que para que tal medida sea aceptada no pueda haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga al menos la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una ley de ponderación, que puede ser formulada como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”; esto es, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en un principio o un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad. De este modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada consideran que si una medida de intervención en un derecho fundamental no cumple con alguno de estos tres subprincipios, implica una vulneración de aquel derecho, y por lo tanto debe ser declarado inconstitucional.¹⁴

Ahora bien, cuando nos referimos al principio de proporcionalidad y sus subprincipios, no hacemos referencia únicamente a una construcción doctrinal, pues éstos han sido adoptados por un importante número de tribunales, entre los que cabe destacar el Tribunal Constitucional alemán, que reconoció expresamente en 1968 que la “prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) y el “principio de proporcionalidad” (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) eran reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de

única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión (véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 144-148).

¹⁴ Como también se ha señalado ya, el principio de proporcionalidad opera en otros ámbitos jurídicos y, muy especialmente, en el derecho administrativo —al que se volverá más adelante—. Así, como señala Perelló, “para comprobar si una medida administrativa supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple tres condiciones: si la medida resulta susceptible de alcanzar el objetivo propuesto, si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia y, finalmente, si la medida es proporcionada en sentido estricto, esto 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” (véase Perelló Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, núm. 28, marzo de 1997, p. 69).

derecho del que aquellas reglas se deducen.¹⁵ Y ciertamente, el alto tribunal alemán ha realizado mediante sus sentencias, aportaciones importantes en el reconocimiento del principio, las cuales han ayudado a asentar el concepto de que “en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales”.¹⁶ Además, el Tribunal delimitó el contenido de los mismos afirmando que constituyen “principios cuya aplicación se extiende a la completa actuación estatal, directamente deducidos del reconocimiento del Estado de derecho y, por ello, de rango constitucional”.¹⁷ Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina alemanas.¹⁸

Cuestión distinta, no exenta de polémicas doctrinales, ha sido la de la posible aplicación del principio de proporcionalidad en la esfera del derecho de la organización del Estado (*Staatsorganisationsrechts*), y particularmente en relación con las medidas jurídico-organizativas aplicables a las relaciones entre la Federación (*Bund*) y los estados federados (*Länder*) y a otras decisiones que afectan a la autonomía local.¹⁹

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Por lo que respecta a España, nuestro Tribunal Constitucional inicialmente empleó el principio de proporcionalidad con cierta generalidad e indetermi-

¹⁵ Winfried Kluth señala que el TC alemán y parte de la doctrina normalmente aluden al principio de prohibición de exceso y muy raramente al de proporcionalidad. Winfried Kluth, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, pp. 220 y ss.

¹⁶ BVerfGE 19, 342 (348 y ss). Citado en Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, pp. 219-237.

¹⁷ BVerfGE 23, 127 (133). Citado *idem*.

¹⁸ Numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales pueden encontrarse en Stern, K., *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, 8414 c).

¹⁹ Asunto “Rastede-Entscheidung” BVerfGE 79, 127 y ss. Se afirmaba que “Los límites que se deducen del principio de Estado de derecho para las intervenciones del Estado en la esfera jurídica de los particulares no son aplicables a las relaciones competenciales entre la Federación y los Estados federados. Esto es válido en especial para el principio de proporcionalidad”. BVerfGE 81, 310. Citado en Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, INAP, septiembre-diciembre de 1998, pp. 219-237.

nación, si bien cada vez lo hace con mayor firmeza y rigor,²⁰ y ha proclamado en numerosas ocasiones que este principio es inherente al Estado de derecho y al valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 CE,²¹ y que, en general, ha de ser observado cuando se trata de restringir un derecho fundamental²² —pues, como ya se ha señalado, es éste su principal ámbito de actuación,²³ aunque también se ha empleado en otros ámbitos—. ²⁴

Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente la ponderación que exige el Tribunal Constitucional y que él mismo aplica en el caso de colisión de derechos? Pues bien, como hemos visto, la *ley de ponderación* consistía, según Alexy, en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados (o entre un derecho y un valor constitucional o una medida administrativa o judicial presuntamente protectora de un bien o interés público) que incluya la aplicación de los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La primera sentencia en la que el TC alude expresa y conjuntamente al llamado “test alemán de proporcionalidad” (integrado por los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) es la sentencia 66/1995 del 8 de mayo —si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas—. Así, en el fundamento jurídico 5o., dicha sentencia proclama que:

Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple

²⁰ Para un estudio más completo del uso del principio de proporcionalidad por parte del TC español, véase “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006/2007 disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero10/3-10.pdf>.

²¹ STC 85/1992 (f. j. 4) y STC 111/1993 (f. j. 9).

²² Ejemplos del empleo por parte del TC del principio de proporcionalidad encontramos: en la sentencia 205/2001, del 15 de octubre (f. j. 4); en la sentencia 56/2003, del 24 de marzo (f. j. 4). En la doctrina: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

²³ Barnés Vázquez, J., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 333-370; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 18.

²⁴ Barnés mantiene que el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad, y al TC corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón quedan a él sujetos la administración y los jueces, en sus ámbitos respectivos, cuando aplican e interpretan el derecho. Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, *El principio de proporcionalidad*, núm. 5, INAP, septiembre-diciembre de 1998, pp. 20 y ss.

los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Más explícitamente aun lo proclama la sentencia 207/1996 del 16 de diciembre:

Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad... En este sentido hemos destacado que 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).

Son numerosas las sentencias judiciales y medidas administrativas que nuestro Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto por entender que no superaban el test de proporcionalidad.²⁵ Un ejemplo relativamente reciente lo encontramos en la sentencia 14/2003 del 28 de enero:

Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante en amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental... La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada,

²⁵ Algunos casos: SSTC 37/1998, 136/1999, 136/2000, 89/2006 y 90/2006.

de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo, y de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que pretendía proteger... Pues bien, en el presente caso, no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente de amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid la Sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO: EL TRATADO DE LISBOA

Llegados a este punto, se hace preciso dividir la proyección del principio de proporcionalidad en dos ámbitos: 1) el plano de distribución vertical del poder, presente en los sistemas competenciales (es la empleada en el derecho comunitario), y 2) y el ámbito de los derechos y libertades. Dado que en el presente artículo nos centramos en este último, simplemente destacaremos del primero la importancia del principio de proporcionalidad en el derecho comunitario.

Este principio no sólo está siendo utilizado por prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos, sino que, como han puesto de relieve Barnés²⁶ y Häberle,²⁷ constituye un ejemplo claro del derecho público europeo emergente. En el ámbito europeo encontramos referencias al principio de proporcionalidad en el vigente Tratado de Lisboa,²⁸ firmado el 13 de

²⁶ Barnés Vázquez, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 485 y ss.

²⁷ Häberle, Peter, "Derecho constitucional común europeo", *REP*, núm. 79, 1993, pp. 7 y ss.

²⁸ El Tratado de Lisboa se integra por el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo). Como novedad, el TUE incorpora el artículo 6o., por el cual la Unión otorga el mismo valor jurídico que a los tratados, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Existen ya, por otro lado, importantes artículos doctrinales: Jiménez-Blanco Carrillo de Albronz, A., "El Consejo, la Comisión y el Parlamento tras el Tratado de Lisboa", en

diciembre de 2007, y en vigor desde el pasado 1 de diciembre de 2009 (artículo 6o. del Tratado).²⁹

Concretamente, este principio se plasma expresamente en diversas ocasiones en el Tratado de Lisboa, que brevemente enumeraremos: *a*) el TUE (artículos 5o. y 12); *b*) el TFUE³⁰ (artículos 69, 276 y 296); *c*) el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;³¹ *d*) las declaraciones anejas al acta final de la conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa,³² y *e*) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 14 de diciembre de 2007³³ y el documento de la misma fecha, relativo a las “explicaciones sobre la Carta de los Derecho Fundamentales”.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LEGISLACIÓN GENERAL Y SECTORIAL

El principio de proporcionalidad, al margen de su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales, mantiene su vigencia en el derecho penal y desempeña un papel relevante en el derecho administrativo, en el cual ha sido definido como “la exigencia de una relación, de una adecuación, entre los medios empleados por la administración y el fin que persigue”. De este modo, nuestro derecho administrativo hizo suyo el principio de proporcionalidad.

Molina del Pozo, C. F. (dir.), *Treinta años de integración europea*, Lisboa, editorial Juruá, 2009, pp. 147 y ss.

²⁹ Un estudio que refleja el momento de bloqueo previo a la aprobación del Tratado de Lisboa puede consultarse en Méndez de Vigo, I., *Exposición de Motivos del Informe del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Lisboa* (29 de enero de 2008); Méndez de Vigo, I. (dir.), *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Planeta-Fundación Rafael del Pino, diciembre de 2007. La situación comentada ha dado lugar a numerosos encuentros y jornadas. Sirva por todos: el seminario hispano-alemán sobre el Tratado de Lisboa, celebrado en Sevilla los días 4 y 5 de junio de 2008 bajo la cuádruple dirección del profesor Stern, de la Universidad de Colonia, el profesor Pérez Moreno, de la Universidad de Sevilla, el profesor Jiménez-Blanco, de la Universidad de Jaén y el profesor Pielow, de la Universidad de Bochum. Marti del Moral, A., “Crónica sobre el seminario hispano-alemán de derecho público después del Tratado de Lisboa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70, 2008, pp. 245-253; Torre Martínez, L., de la, “Seminario Hispano-Alemán de Derecho Público sobre el Tratado de Lisboa”, *RAE* núm. 177, 2008, pp. 427-434.

³⁰ TFUE del 9 de mayo de 2008, versión consolidada, 9.5.2008, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115/175.

³¹ 9 de mayo de 2008, 9.5.2008, ES *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115/201.

³² Firmado el 13 de diciembre de 2007, ES *Diario Oficial de la Unión Europea* 9.5.2008. C 115/344, 9 de mayo de 2008,

³³ (DOCE 2007/C 303/01), del 14 de diciembre de 2007.

alidad desde mediados del siglo XX. Recuérdense que el artículo 6o. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto del 17 de junio de 1955 (en adelante RSCL), proclamaba, no con carácter general, la proporcionalidad en el derecho administrativo español³⁴ como un límite en la intervención de los entes locales en materia de particulares, y la jurisprudencia no tardó en incorporarlo como técnica normativa de protección al ciudadano.³⁵

También se han buscado argumentos a favor y en contra de aplicar el principio de proporcionalidad en la esfera local;³⁶ es decir, en el plano de la legislación ordinaria.³⁷

En cualquier caso, lo cierto es que en el marco de la legalidad de la administración, el equilibrio entre el ejercicio de las potestades administrativas

³⁴ Arroyo Jiménez, L., “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Indret, núm. 2, 2009.

³⁵ Prueba de ello son los trabajos: López González, J. I., *El principio de proporcionalidad en derecho administrativo*, 1988, Sevilla, pp. 76 y ss.; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

³⁶ Sobre el principio de proporcionalidad y la autonomía local pueden consultarse: Sánchez Morón, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, pp. 170 y ss.; García Morillo, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1998, pp. 32 y ss.; Parejo Alfonso, L., “La autonomía local en la Constitución”, en Muñoz Machado, S. (coor.), *Tratado de derecho municipal*, Madrid, 2003, vol. I; Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre, 1994; Sosa Wagner, F., *Manual de derecho local*, 6a. ed., Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 53 y ss.; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 635-650; Ortega Álvarez, L., *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997; Ortega Álvarez, L., “El modelo español de control sobre las autonomías territoriales”, *RGDA*, núm. 2, 2003; Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público, El principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, p. 40; Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *RAP*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003, p. 155.

³⁷ Ortega Álvarez defiende que el marco legal vigente consagra en varias disposiciones de la legislación básica (artículos 55 b y 59.1 de la Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en lo sucesivo LBRL) un mandato de proporcionalidad que protege a los entes locales de las eventuales interferencias del Estado y de las comunidades autónomas. Ortega Álvarez, L., *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997, pp. 112 y ss. Sarmiento discrepa de lo anterior, y opina que si nos fijamos en estas normas encontramos mayores indicios en contra de la incorporación de la proporcionalidad. Además, sistematiza los cinco motivos que reflejan la inconveniencia de incorporar el principio de proporcionalidad en la esfera local. Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *RAP*, núm. 162, septiembre-diciembre de 2003, pp. 160-169.

y la esfera de derechos y libertades de los particulares impone el deber de respetar el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa.

Con el fin de contrastar el grado de recepción por el legislador del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo, resulta obligado partir de la legislación básica estatal, en concreto de la LRJAP y PAC. Lo primero que se advierte es que esta norma no acoge el principio con carácter general, y sólo lo consagra de forma expresa en dos ámbitos: la ejecución forzosa de los actos administrativos y el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración (artículos 96.1 y 2 y 131, LRJAP y PAC).

Por otro lado, la legislación autonómica sobre régimen jurídico de la administración, aprobada con posterioridad a la LRJAP y a la PAC, se limita, en unos casos, a reproducir la ley estatal, y en otros no llega a positivizar expresamente el principio de proporcionalidad. Es decir, apenas presta atención al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa.³⁸

Son asimismo numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS emplea el principio de proporcionalidad, y se puede observar cómo, en diversas sentencias desde 1990, se reitera un planteamiento general del principio para fundamentar en él la estimación o desestimación de las pretensiones de los recurrentes.³⁹

³⁸ López González, J. I., “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 149 y ss.

³⁹ Por el interés que suscita reproducimos su contenido: “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas —artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho —artículo 103.1 de la Constitución—. Y es que claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del artículo 106.1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los artículos 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado”. Pueden verse, entre otras, las SSTS del 16 de mayo de 1990 y del 18 de febrero de 1992.

Por lo tanto, continúa siendo en el ámbito de la legislación sectorial administrativa donde el legislador establece, con mayor incidencia en el ejercicio de libertades, seguridad pública y propiedad, manifestaciones concretas y expresas al principio de proporcionalidad de la administración. Los supuestos en los que el legislador positiviza expresamente el principio de proporcionalidad en leyes sectoriales son diversos, con lo que refuerza su posición de principio general del derecho administrativo.⁴⁰ Un ejemplo lo encontramos en la legislación sectorial de telecomunicaciones, que pasamos a analizar de forma breve.

El principio de proporcionalidad llega a la legislación de telecomunicaciones a través del derecho comunitario.⁴¹ La Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones del 24 de abril de 1998 (en lo sucesivo, LGTT de 1998) no contemplaba la aplicación del principio, con carácter general, en el ámbito de telecomunicaciones. Sin embargo, existían numerosas materias en las que el legislador hacía referencia expresa a este principio.⁴² Por su parte, la Ley 32/2003, del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTT de 2003), vigente, tampoco recoge la aplicación con carácter general del principio de proporcionalidad, como uno de los objetivos y principios de la ley (artículo 3o.). Pero, frente a la LGTT de 1998 anterior, no sólo amplía los supuestos en los que se hace referencia expresa a la proporcionalidad, sino que además se contempla como principio general aplicable a determinadas materias.

De este modo, tras anunciar la exposición de motivos que en materia de tasas a los servicios de telecomunicaciones, rigen como principios básicos “la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva”, la LGTT de 2003 contempla varios supuestos específicos en los que se invoca y exige,

⁴⁰ En el ámbito del derecho administrativo sancionador es frecuente el recurso al principio de proporcionalidad. Valga por todos: Castillo Blanco, F. A., *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 30; Nieto García, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 351.

⁴¹ Torre Martínez, L. de la, “El principio de proporcionalidad”, *La intervención de los municipios en las telecomunicaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 191 y ss.

⁴² En particular, encontramos tres cuestiones puntuales: a) en la regulación del procedimiento de otorgamiento de licencias individuales, en relación con el gobierno y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 18.3 “se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad”); b) en el artículo 18.5 (“el Ministerio de Fomento [actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio] o, en su caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán modificar las condiciones impuestas a sus titulares en la resolución de otorgamiento de cada licencia individual, cuando haya una justificación objetiva para ello y respetando el principio de proporcionalidad”), y c) finalmente, en materia de financiación del servicio universal de telecomunicaciones (artículo 39.2 LGTT de 1998).

de forma expresa, la aplicación del principio de proporcionalidad. En particular, sucede en varias materias.⁴³

Si bien hemos advertido que la LGTT de 2003 no contempla la aplicación del principio de proporcionalidad, con carácter general, como un principio inspirador de la norma en su conjunto, sí existen tres materias en las que se infiere la aplicación del mismo con carácter general: a) el ámbito de acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión; b) en materia de numeración, direccionamiento y denominación; c) el ámbito de las tasas en materia de telecomunicaciones.

Finalmente, la jurisprudencia del TS en la materia destaca la relevancia del principio de proporcionalidad para determinar la legalidad de las ordenanzas municipales reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones impugnadas.⁴⁴ Ahora bien, lo que no resulta asequible

⁴³ Pueden agruparse en cinco las materias que contemplan expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad en la LGTT de 2003: 1. En relación con las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, la Ley contempla la posibilidad de que el Gobierno modifique las condiciones impuestas con arreglo a los “principios de objetividad y de proporcionalidad” (artículo 8.2); 2. En las obligaciones de suministro de información, la Ley exige que las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser “motivadas y proporcionadas al fin perseguido” (artículo 9.2); 3. En materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado y, en concreto, en relación con los mercados en los que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Ley exige que las obligaciones específicas que se impongan a los operadores de telecomunicaciones en este sentido “serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3o. de esta ley” (artículo 10.4, párrafo 2); 4. En cuanto a los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público y, en particular, en los límites que fija la Ley a la normativa que se apruebe en este sentido por las administraciones competentes, la Ley prevé que “la entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionado en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar” (artículo 29.1). A continuación, recoge una lista de requisitos mínimos que deben contemplar las normas que se aprueben para la regulación de esta materia por las Administraciones competentes y, entre estos, se contempla que las solicitudes de información que se realicen a los operadores deberán ser “motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario” (artículo 29.2, letra d), y 5. En materia de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, la Ley contempla en dos ocasiones este principio en el artículo 45. En el apartado 3 dispone que “reglamentariamente, el Gobierno establecerá las condiciones no discriminatorias, proporcionadas y transparentes asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico” y, en el apartado 5, prevé que el Ministerio de Industria Turismo y Comercio podrá modificar los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico “con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad”.

⁴⁴ En tales supuestos, el Tribunal entiende que la proporcionalidad aquí exigida ha de comprobarse en dos términos “la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho [a la ocupación del dominio público por los

a priori es determinar si una ordenanza local sobre telecomunicaciones es proporcionada o no. La eficacia del principio de proporcionalidad sirve de garantía a los operadores de telecomunicaciones que tienen reconocido el derecho a la ocupación del dominio público y se deriva del ordenamiento jurídico (artículos 103.1 CE y 6.3 RSCL) y de la legislación de telecomunicaciones. Lo anterior parece indicar que las exigencias de los ayuntamientos han de ser examinadas caso, por caso, y ello puede implicar incluso la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados.

VI. REFLEXIONES FINALES

A modo de reflexión última podemos decir que el principio de proporcionalidad 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. 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. En cuanto expresión de la cláusula del Estado de derecho, su vigencia no se circunscribe a determinados ámbitos del ordenamiento jurídico, sino que constituye una regla que afecta a toda intervención estatal, sea cual fuere su naturaleza (normativa o de aplicación e interpretación del derecho).

De este modo, el principio de proporcionalidad hoy en día constituye un auténtico principio general del derecho, que se encuentra positivizado en el derecho comunitario (Tratado de Lisboa), en la legislación general de derecho administrativo y, en particular, de forma expresa, en la legislación administrativa sectorial. De este modo, se erige en un instrumento clave de control, y cobra especial relevancia debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente cuenta la administración.

A lo anterior ha contribuido una jurisprudencia importante del TC español, que desde fechas tempranas viene aplicando el principio de proporcionalidad, y en los últimos tiempos también el TS en materias sectoriales.

operadores de telecomunicaciones] y del interés público que se intenta preservar”. Sirva por todas SSTs del 24 de enero de 2000, del 18 de junio de 2001 y del 15 de diciembre de 2003.