

LA “PROPORCIONALIDAD” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA

Matthias HARTWIG

SUMARIO: I. *El origen del principio de proporcionalidad.* II. *La base jurídica del concepto de la proporcionalidad.* III. *El objeto del concepto de proporcionalidad.* IV. *A quién obliga el concepto de proporcionalidad.* V. *El parámetro de la proporcionalidad.* VI. *La aplicación del concepto de “proporcionalidad” por el Tribunal Constitucional.* VII. *Conclusión.*

En ningún lugar de la ley básica se encuentra la noción de la “proporcionalidad”. Por esa razón, puede sorprender mucho que tal noción se convirtiera en una palabra clave para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (para determinar la delimitación de las competencias entre los órganos del Estado),¹ con el fin de definir las competencias entre los Länder y la Federación² y, sobre todo, para la interpretación de los derechos fundamentales.³ La noción de la proporcionalidad es la palabra mágica, el sésamo de las mil y una sentencias que abre la calle a la solución justa de muchos conflictos constitucionales. El éxito de la noción en la jurisprudencia esconde muchas incertidumbres sobre el origen, la base jurídica, el contenido, el modo de aplicación y, finalmente, el parámetro de la proporción. Porque la proporcionalidad se configura como una comparación, ella presupone

¹ BVerfGE 84, 304 (321 ss.); 70, 324 (358 ss.); 90, 286 (387 ss.); 67, 100 (133 ss.).

² BVerfGE 81, 310 (335 ss.); 98, 265 (302 s.).

³ Por ejemplo, BVerfGE 13, 97 (104); 7, 377 (399).

siempre un criterio o un *tertium comparationis*. Sin la clarificación de esos aspectos no se entiende bien el papel que el principio de proporcionalidad desempeña en la jurisdicción del Tribunal Constitucional alemán.

I. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad en la jurisprudencia no es una invención del Tribunal Constitucional. En Alemania la noción se aplicaba ya en la jurisdicción administrativa antes de la Primera Guerra Mundial.⁴ Los tribunales administrativos consideraban la necesidad de ponderar los intereses privados y el interés público.⁵ El concepto de la “proporcionalidad” fue introducido en la jurisprudencia constitucional desde el inicio. Aunque el Tribunal en los primeros años no utilizó la noción de “proporcionalidad”, el concepto como tal ya estaba presente en la jurisprudencia. Creció de manera enorme. Un análisis de la jurisprudencia muestra que, en los primeros diez volúmenes de los fallos del Tribunal Constitucional, catorce sentencias son citadas con referencia al concepto de “proporcionalidad”, mientras que en los últimos diez volúmenes la cifra aumentó hasta el triple.

II. LA BASE JURÍDICA DEL CONCEPTO DE LA PROPORCIONALIDAD

El concepto de “proporcionalidad” se ha derivado de dos fuentes (alternativa o acumulativamente). El origen de la proporcionalidad puede establecerse en el principio del Estado de derecho (el *Rechtsstaat*).⁶ En varios fallos, el Tribunal Constitucional decidió que el principio del *Rechtsstaat* requiere tomar en consideración el concepto de “proporcionalidad”. El Tribunal alcanzó ese resultado sin profundizar en el argumento. Ciertamente, si se parte de la definición del derecho como *ars aequi et boni*,⁷ es evidente que el *aequus* contiene la idea de la proporcionalidad. Pero también en un ámbito menos filosófico, el concepto del “Estado de

⁴ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, 1981, p. 2 y ss., Preußisches Oberverwaltungsgericht, vol. 13, pp. 424, 426.

⁵ Preußisches Oberverwaltungsgericht, vol. 9, p. 353.

⁶ BVerfGE 19, 342, 348 s.; 55, 28, 30; 76, 1, 50.

⁷ Nota del editor. La expresión que trae el autor forma parte de la frase *ius est ars aequi et boni*, que significa “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”, atribuido a Celso y recogido en el Digesto 1,1,1.

derecho” puede servir como fundamento del concepto de “proporcionalidad”. El Estado de derecho se basa sobre normas, las cuales, en algunas situaciones, inevitablemente colisionan. Sobre todo, chocan las normas que defienden el interés general y los derechos individuales, lo que se expresa en la tensión entre un derecho fundamental y su restricción (por ejemplo, la necesidad del servicio militar y la objeción de conciencia, la seguridad pública y la vida privada, el interés de mantener secretos estatales y la libertad de información, la conservación de monumentos y el derecho de propiedad). Pero se encuentran también choques entre los derechos fundamentales, entre la vida privada y la libertad de prensa, entre dos derechos de propiedad, entre los derechos de un niño y los derechos de los padres, entre la libertad de manifestación y el derecho de propiedad, etcétera. El conflicto se define en cuanto el ordenamiento no prevé mecanismos o reglas para eliminarlo. Si el ordenamiento jurídico previese reglas fijas de solución, el conflicto sólo existiría de manera aparente, ya que la solución sería deducible del mismo orden jurídico. Si no hay una solución en el ordenamiento, éste mira a la coexistencia de las normas en conflicto. La preferencia por una de esas normas sería lógicamente defendible con argumentos jurídicos, pero también el resultado de una arbitrariedad. La coexistencia de las normas en colisión se mantiene solamente con una interpretación de las normas que establece un compromiso. Una solución tal refleja la intención del ordenamiento jurídico de manera más leal y real.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional deriva el concepto de “proporcionalidad” de los derechos fundamentales, diciendo que es inherente a estos derechos.⁸ Eso es verdad, en cuanto que los derechos fundamentales se definen como garantías de una esfera privada protegida contra las intervenciones del Estado de cualquier tipo. La ley básica autoriza al Estado a restringir los derechos fundamentales, pero no especifica las condiciones para recurrir a la autorización. Como regla, el texto se limita a la fórmula: “Este derecho podrá ser restringido por ley o en virtud de una ley”. La habilitación a la restricción no es ilimitada. La disposición sobre la autorización misma no significa que todas las restricciones son legítimas. Como intervenciones en la esfera constitucionalmente garantizada necesitan una justificación no sólo formal (la restricción tiene que basarse sobre una ley), sino también material. Si no fuese así, el legisla-

⁸ BVerfGE 19, 342, 348.

dor podría siempre limitar los derechos fundamentales a su discreción, con la consecuencia de que los derechos fundamentales dependerían de su buena voluntad. Un resultado así contrastaría con el objetivo de la protección de los derechos fundamentales que vincula, incluso, al legislador. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos incorpora, de manera más expresa, la necesidad de una justificación material en el caso de una restricción de los derechos garantizados, con esta fórmula, repetida en algunas disposiciones:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.⁹

Una vez que se admite la necesidad de una justificación, es claro que el rigor de la justificación tiene que ser examinado siempre tomando en consideración el derecho fundamental en cuestión, al cual se refiere la restricción. Así, la necesidad de justificación implica ya la idea de la proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional oscila en la identificación de la base del concepto de “proporcionalidad”. En últimas, afirma una base doble: en el principio del Estado de derecho y en los derechos fundamentales. Sostiene:

En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional. Este rango resulta del principio del Estado de derecho, pero también surge del carácter¹⁰ de los derechos fundamentales mismos, los cuales, como una expresión del derecho de libertad del ciudadano frente al Estado, pueden ser restringidos en tanto y en cuanto sea necesario para la protección de los intereses públicos.¹¹

Aunque el intento de derivar un principio es lógicamente imposible y, en este contexto, una expresión de una indeterminación dogmática,

⁹ Véanse los artículos 8o. a 11 del Convenio Europeo para los Derechos Fundamentales.

¹⁰ El autor ha utilizado la expresión *carácter* para traducir la expresión alemana “Das Wesen”. Empero, tal como lo sugiere Rubén Sánchez Gil, en su libro *El principio de proporcionalidad*, bien podría utilizarse la expresión *esencia*. (nota del editor.)

¹¹ BVerfGE 19, 342 (348 s.); 55, 28 (30); 76, 1 (50 s.).

la conclusión de que el concepto de “proporcionalidad” forma parte del derecho constitucional y es inherente, sobre todo, en la relación entre el Estado y el ciudadano, es convincente.

III. EL OBJETIVO DEL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD

El objetivo primario del concepto de “proporcionalidad” —hablaré en este contexto de su campo principal de aplicación, es decir, de los derechos fundamentales— es el establecimiento de una materialización de los límites de las restricciones a los derechos fundamentales autorizadas por la ley básica. Así como las restricciones tienen un impacto sobre los derechos fundamentales, los derechos fundamentales como objetos de las restricciones, tienen un efecto reverso sobre las restricciones. En un cierto sentido hay una reciprocidad entre el derecho y su restricción, que se llama en alemán la “Wechselwirkung”. La obligación de tomar en consideración el derecho tiene una repercusión sobre el alcance de las restricciones. En ese sentido, el derecho fundamental restringe las restricciones, y el concepto de proporcionalidad funciona como restricción de la restricción.

IV. A QUIÉN OBLIGA EL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad pone en relación dos objetos que se comparan. *In abstracto*, si A es proporcional en relación con B, B es proporcional en relación con A. Hay una simetría. Esa simetría también debería mantenerse cuando se pasa de una descripción a un imperativo; éste también debería desarrollar un efecto recíproco. Sin embargo, en la relación entre el derecho fundamental y la restricción, el imperativo de la proporcionalidad es unilateral, se dirige exclusivamente al Estado, imponiendo las restricciones, y no al individuo como titular del derecho. Tal efecto unilateral se deriva del carácter¹² de los derechos fundamentales, que se interpretan esencialmente como obligaciones del Estado. En cuanto sirvan como fuente del principio de proporcionalidad, transfieren su función de garantías contra el Estado a ese principio. Así, todos los poderes estatales tienen que respetar la proporcionalidad, sea el legislador, el

¹² Véase nota previa del editor.

Poder Ejecutivo o el Poder Judicial. Los jueces tienen que interpretar las leyes ordinarias tomando siempre en consideración las disposiciones constitucionales. La aplicación del Código Penal o del Código Civil sin darse cuenta de los derechos fundamentales es imposible. Ciertamente, las normas claras del Código Civil desarrolladas en dos mil años pierden su rigor. Para dar un ejemplo: en el derecho alemán el inquilino de una casa no tiene derecho de cambiar el exterior de ésta, es el derecho exclusivo del propietario. Se plantea la cuestión de si el inquilino puede instalar una antena parabólica para recibir la televisión vía satélite. Los jueces ordinarios lo rechazaron, basándose en las normas del Código Civil. El Tribunal Constitucional decidió que los tribunales tienen que tomar en consideración la libertad de información. Argumentó que, sobre todo los extranjeros, muchas veces solamente pueden informarse por medio de emisiones en su idioma, que no es representado en la televisión alemana. La aplicación estricta del Código Civil supondría una merma desproporcionada del derecho a la información.¹³

El legislador desempeña un papel particular en el establecimiento del principio de proporcionalidad, porque cada restricción se realiza en virtud de una ley. Así, el legislador predetermina el marco en el cual los otros poderes pueden imponer restricciones en el ejercicio del derecho fundamental. En general, el Tribunal Constitucional concede al legislador un margen más grande de apreciación para determinar el interés general que justifica la restricción. Sobre todo, tiene una discreción en la determinación de las medidas idóneas para lograr el objetivo de la restricción del derecho fundamental.¹⁴

También en los casos en los cuales la restricción de un derecho fundamental sirve a la protección de un otro derecho fundamental, por ejemplo en el conflicto entre la vida privada y la libertad de la prensa, el imperativo de respetar el concepto de “proporcionalidad” se dirige exclusivamente a los poderes estatales. Eso resulta de la definición, en la doctrina alemana, de los derechos fundamentales como obligaciones del Estado y no de los individuos.

V. EL PARÁMETRO DE LA PROPORCIONALIDAD

Como ya se ha mencionado, la proporcionalidad es una forma de comparación. Una comparación siempre necesita un *tertium comparationis*.

¹³ BVerfGE 93, 382 ss.

¹⁴ BVerfGE 39, 210, 230; 47, 109, 117; 61, 291, 313; 65, 116, 126.

Un pelo en la sopa es relativamente mucho, un pelo en la cabeza es relativamente poco. ¿Cuál es el *tertium comparationis* en el caso del concepto de “proporcionalidad” en el campo de los derechos fundamentales? Sin un punto de referencia o de orientación es imposible establecer una proporción. El punto de referencia para el establecimiento de una proporcionalidad entre las normas o los objetivos constitucionales en colisión, es la unidad de la Constitución, que implica la ya mencionada coexistencia de las normas que colisionan. La razón de ser de cada una de las normas en conflicto deriva de la Constitución misma, que ha codificado esas normas. El Tribunal Constitucional nunca se expresó claramente sobre su punto de orientación en sus fallos, sea porque lo asume como natural, sea porque no quería analizar demasiado la base de su jurisprudencia. *A willful blindness is helpful in decision making.*

VI. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE “PROPORCIONALIDAD” POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *La técnica del control*

El Tribunal Constitucional subdivide el control la proporcionalidad en cuatro pasos, para manejarlo mejor y de manera más razonable. En un primer paso, examina si la medida que restringe el derecho fundamental es legal, es decir, admisible por el ordenamiento jurídico. Si la medida es prohibida, no puede resultar proporcional frente al derecho fundamental en cuestión porque una violación del derecho en general nunca puede justificar la restricción de un derecho fundamental específico. Para dar un ejemplo: si el Estado quiere restringir la inmigración en Alemania —dejamos a parte el derecho comunitario— puede limitar la inmigración de los parientes de las personas que se encuentran en el territorio alemán, lo que sería una restricción del derecho a la vida familiar, pero no puede excluir, por ejemplo sólo a los africanos o a los colombianos, porque eso violaría la prohibición de la discriminación.

El segundo paso consiste en el examen de la idoneidad de la medida para lograr el objetivo al cual debe servir. Si una medida se muestra inadecuada, tampoco es proporcional frente al derecho fundamental. Muchas veces la idoneidad se materializa solamente en el futuro. La idoneidad depende de una prognosis. El Tribunal Constitucional, al examinar la

idoneidad, cede el paso al legislador, porque considera que el Parlamento está mejor equipado para decidir cuestiones difíciles sobre el efecto futuro de medidas actuales, por ejemplo medidas de protección en el caso del uso de nuevas técnicas. En general, el Tribunal cualifica una medida como idónea, si con una cierta probabilidad contribuye a lograr el objetivo. El Tribunal impone al Parlamento el deber de verificar si las medidas en el futuro realmente muestran el efecto calculado.

El tercer paso de control afecta la necesidad de la medida. La intervención en el derecho fundamental tiene que ser la medida menos restrictiva. Siempre cuando se encuentra una medida idónea para lograr el mismo objetivo, pero que no limita el derecho fundamental con la misma extensión, el poder estatal tiene que recurrir a esta medida para no violar el principio de proporcionalidad. La justificación de una intervención siempre implica su necesidad. Si también fuesen admisibles medidas no necesarias, los poderes estatales dispondrían de una posibilidad ilimitada de intervenir en los derechos fundamentales, lo que el carácter y la función de los derechos fundamentales no admiten. Pero el Tribunal Constitucional concede a los poderes estatales un gran margen de apreciación. El Tribunal dice:

Por esa razón, las medidas que el legislador considera necesarias para la protección de un bien común importante, pueden ser criticadas con criterios constitucionales, si en virtud de los hechos conocidos por el Parlamento y de las experiencias, es claro que las regulaciones que se ofrecen como alternativas tienen el mismo efecto, pero afectan a menos los individuos.¹⁵

El último paso conduce a la proporcionalidad en sentido estricto. En esa fase el Tribunal Constitucional verifica si la ventaja que la restricción ofrece sobrepasa la disminución del derecho en el cual interviene. El Tribunal escribe: “El examen con este criterio puede conducir al resultado de que una medida idónea y necesaria para la protección de un bien común no pueda ser aplicada, porque las intervenciones en los derechos fundamentales son más grandes que el beneficio para la protección de los bienes”.¹⁶ El legislador tiene que ponderar los intereses comunes y

¹⁵ BVerfGE 25, 1 (19); 40, 196 (226); 77, 84 (106).

¹⁶ BVerfGE 92, 277, 327.

los intereses individuales. En este contexto, el Tribunal utiliza la noción de “intensidad de la intervención” en el derecho fundamental. El Tribunal se refiere a los criterios de las condiciones de la intervención, de la cantidad de las personas afectadas y de la gravedad de la merma. En este sentido, el principio de proporcionalidad tiene una importancia particular en el campo del derecho penal, que siempre autoriza intervenciones más importantes en los derechos fundamentales. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional decidió que medidas estatales de supervisión o de fiscalización que afectan el núcleo de la vida privada son inadmisibles, a pesar de los intereses públicos preponderantes.¹⁷ Aquí observamos el establecimiento de un límite fijo o absoluto, el cual algunos autores identifican con la esencia (“Wesensgehalt”) del artículo 19 inciso 2 de la ley básica que dice: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”.

Además, el Tribunal Constitucional destaca particularidades en los casos en los cuales son involucrados no solamente el Estado y un individuo, pero algunos individuos. En una situación tal, el Tribunal no tiene que ponderar entre el interés general y el individual, sino entre dos derechos fundamentales. Aquí el Tribunal examina la legalidad, la idoneidad, la necesidad y, finalmente, la proporcionalidad de los derechos fundamentales en conflicto. El problema consiste en que la ley básica no establece una jerarquía de los derechos fundamentales. En principio, todos gozan del mismo rango, ningún derecho prevalece sobre los otros (con excepción de la dignidad humana y quizás el derecho a la vida). Por falta de una jerarquía, la ponderación es bien difícil. No es casual que son tales casos en las cuales se observan más divergencias entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (si piensa al caso de Carolina de Hannover o de Mónaco),¹⁸ donde el Tribunal Constitucional prefirió la libertad de la prensa sobre el derecho a la vida privada, o al caso Görgülü,¹⁹ en el cual contrariamente a la decisión del Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Europeo hizo prevalecer el derecho del padre biológico.

¹⁷ BVerfGE 120, 274 (335); 109, 279 (314).

¹⁸ Fallo del Tribunal europeo para los derechos humanos del 24 junio 2004, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

¹⁹ Fallo del Tribunal europeo para los derechos humanos del 26 febrero 2004, <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

2. *Límites absolutos para la restricción de un derecho fundamental*

Mientras los criterios de la idoneidad y de la necesidad son objetivos y hasta un cierto punto controlables, la proporcionalidad en el sentido estricto no ofrece un parámetro fijo. Como identificamos antes, el Tribunal Constitucional establece límites absolutos para la ponderación cuando la intervención sobrepasa una cierta intensidad y viola el núcleo del derecho fundamental (el “*Wesensgehalt*”, en el sentido del artículo 19 inciso 2 de la ley básica). Otro límite fijo es el artículo 10., que protege la dignidad humana, que dice: “La dignidad del hombre es intangible”. Hasta ahora la mayoría en la doctrina y el Tribunal Constitucional declaran la dignidad no sometida a una ponderación.²⁰ Por esa razón, la tortura, siempre un ataque a la dignidad humana, está absolutamente prohibida y nunca podrá ser justificada con la protección de un interés común. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional decidió, en el caso de la Ley sobre la Seguridad Aérea, que el Estado no puede justificar, en una situación comparable al 11 de septiembre, la occisión de pasajeros inocentes de un avión, con la idea del salvamento de otras posibles víctimas.²¹ Aunque se podría argumentar que la omisión de la protección de las otras víctimas —fuera del avión— viola también la dignidad humana. El Tribunal Constitucional afirma que la obligación de proteger resulta del contenido objetivo de los derechos fundamentales. Las obligaciones respectivas de los órganos estatales son menos concretas y, normalmente, el Estado tiene un margen de apreciación al adoptar las medidas para cumplir su tarea. Pero nunca debe recurrir a las medidas inconstitucionales.

VII. CONCLUSIÓN

A parte de los límites fijos no hay muchos puntos de referencia para delimitar las normas en conflicto. Como ya destaqué, el parámetro para la proporcionalidad es la unidad de la Constitución o la coexistencia de sus normas. Eso es mucho, cuando eso se entiende como una tarea (y es poco cuando uno

²⁰ Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, Juristenzeitung 2003, pp. 809 y ss.

²¹ Fallo del Tribunal Constitucional federal del 15 febrero 2006 , <http://www.bundes-verfassungsgericht.de>.

intenta identificar en la unidad de la Constitución una orientación material para el caso concreto).

Un parámetro que se ofrece como explicamos antes es: ¿cuál es la ventaja o el valor adicional para un objetivo y cuál la intensidad de la intervención en un derecho fundamental? El valor adicional depende, por su parte, de la probabilidad del éxito de la medida y de la importancia de la medida para lograr el éxito, sobre la restricción del derecho fundamental. Si ese valor prevalece sobre el efecto de la intervención en el derecho fundamental, la medida no constituye una violación de la Constitución.

El mantenimiento del equilibrio constitucional y la armonización de todos sus valores abren grandes posibilidades a los poderes estatales (sobre todo a los jueces), y, al mismo tiempo, requieren de una gran responsabilidad, como lo vemos en el combate contra el terrorismo. Los jueces pueden participar en ese proceso sólo mediante casos concretos, pero con una jurisprudencia rica contribuyen a la concretización de la relación entre los objetivos constitucionales.