

Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica



Tesis doctoral

**El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos
fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia
constitucional de Costa Rica.**

Esteban Alexis Alfaro Calderón

Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Directores

Prof. Dr. D. José María Rodríguez de Santiago

Prof. Dr. D. César Aguado Renedo

– Septiembre 2017 –

RESUMEN

La presente tesis de doctorado es una investigación acerca de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica que aplica, o al menos manifiesta aplicar, el denominado principio de proporcionalidad. El objetivo principal de la investigación consiste en determinar el modo de utilización y los alcances de dicho principio, por parte de la Sala Constitucional, en la resolución de casos que comportan limitaciones a derechos fundamentales por el poder público. El análisis consiste, en primer término, en un estudio del contenido dogmático del principio de proporcionalidad, según se ha desarrollado en ordenamientos con mayor tradición como el español, y en segundo lugar, por medio de una evaluación detallada de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, realizando una clasificación y categorización de las sentencias desde el año de creación de la Sala, a saber 1989, hasta el 2017.

ABSTRACT

This doctoral thesis is an investigation on the jurisprudence of the Constitutional Chamber of Costa Rica that applies, or at least intends to apply, the so-called principle of proportionality. The main objective of the investigation is to determine how the Constitutional Chamber uses said principle in the resolution of cases that entail limitations to fundamental rights by the public power, and the scope thereof. The analysis involves, first, an examination of the dogmatic content of the principle of proportionality, as the same has been developed in more traditional legal systems such as the Spanish, and, secondly, a detailed evaluation of the jurisprudence of the Constitutional Chamber of Costa Rica, classifying and categorizing sentences of the Chamber from its creation date, namely 1989, until 2017.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
PRIMERA PARTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN	7
CAPÍTULO I: EL CONCEPTO Y LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	8
I. 1.- Antecedentes conceptuales del principio de proporcionalidad	8
I. 2.- La conceptualización actual del principio de proporcionalidad	11
I. 2. A.- Generalidades	11
I. 2. B.- La posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional español	14
I. 3.- Los fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad: el caso español	17
CAPÍTULO II: ESTRUCTURA Y OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	21
II. 1.- El subprincipio de idoneidad	22
II. 1. A.- Concepto y características	22
II. 1. B.- El subprincipio de idoneidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español	29
II. 2.- El subprincipio de necesidad	33
II. 2. A.- Concepto y características	33
II. 2. B.- Etapas para su aplicación	36
II. 2. B. a.- La elección de los medios alternativos	37
II. 2. B. b.- La revisión de la idoneidad del medio o los medios alternativos	37
II. 2. B. c.- La determinación del medio alternativo menos gravoso	38
II. 2. C.- El subprincipio de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español	41
II. 3.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	44
II. 3. A.- Concepto y características	44
II. 3. B.- Etapas para su aplicación	49
II. 3. B. a.- Determinación de los pesos tanto para el derecho fundamental involucrado como para el fin medida establecida (principios a ponderar)	49
II. 3. B. b.- Comparación de los pesos del derecho fundamental involucrado con el fin de la medida establecida y construcción de un trato de precedencia condicionada	53
II. 3. B. c.- Establecimiento de una regla de precedencia condicionada	54
II. 3. C.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español	57
CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ESPACIO SUPRANACIONAL EUROPEO	64
III. 1. - La Unión Europea y su Tribunal de Justicia	64
III. 2.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el principio de proporcionalidad: el margen de apreciación estatal	72

CAPÍTULO IV: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	81
IV. 1.- Etapa inicial: las primeras tentativas de aplicación del principio de proporcionalidad.	81
IV. 2.- Etapa actual: la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad en sentido amplio	89
CAPÍTULO V: LAS CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	95
V. 1.- El supuesto carácter irracional, subjetivo y generador de inseguridad jurídica del principio de proporcionalidad	96
V. 1. A.- En relación al principio de proporcionalidad en general	96
V. 1. B.- Respecto de la ponderación	99
V. 2.- La supuesta falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad	104
CAPÍTULO VI: LA RAZONABILIDAD Y EL “BALANCING” ESTADOUNIDENSE	107
VI. 1.- El término “razonabilidad”	107
VI. 2.- El debido proceso legal sustantivo (“ <i>substantive due process of law</i> ”) en el derecho estadounidense	112
VI. 2. A.- Evolución conceptual	112
VI. 2. A. a.- 1803 - 1890	113
VI. 2. A. b.- 1890 - 1937	114
VI. 2. A. c.- 1937 - actualidad	116
VI. 2. B.- Características actuales	117
VI. 2. B. a.- Escrutinio estricto (“ <i>strict scrutiny</i> ”)	119
VI. 2. B. b.- Escrutinio intermedio (“ <i>intermediate scrutiny</i> ”)	123
VI. 2. B. c.- Escrutinio débil o escrutinio de base racional (“ <i>rational basis-test</i> ”)	126
VI. 2. C.- Recapitulación	128
SEGUNDA PARTE: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA: UNA DENOMINACIÓN NORTEAMERICANA PARA UN CONTENIDO EUROPEO	132
CAPÍTULO I: ACERCAMIENTO AL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE Y ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA “PROPORCIONALIDAD”	133
I. 1.- Generalidades del sistema de justicia constitucional costarricense	133
I. 1. A.- Modos de control de constitucionalidad	133
I. 1. B.- El órgano de control	137
I. 1. C.- Aspectos de procedimiento	139
I. 1. C. a.- Objeto de control	139
I. 1. C. b.- Legitimación	142
I. 1. C. c.- Tramitación	144
I. 1. C. d.- Intervinientes	145

I. 1. C. e.- Contenido de los fallos estimatorios	146
I. 2.- Antecedentes de la noción “proporcionalidad” en la normativa costarricense	147
I. 2. A.- Nacimiento	147
I. 2. B.- Expansión normativa	149
CAPÍTULO II: LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1989-1992)	154
II. 1.- El principio de proporcionalidad como un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales y como característica de la relación “medio-fin”	155
II. 2.- El principio de proporcionalidad como parámetro de conformidad de conductas de la administración con el ordenamiento jurídico administrativo	162
II. 3.- Recapitulación y valoración de la etapa	169
CAPÍTULO III: EL DESARROLLO INICIAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (1992-1998)	173
III. 1.- Sentencias donde se valoraron presuntas violaciones al debido proceso	175
III. 2.- Sentencias que analizaban supuestas limitaciones a la libertad de comercio	185
III. 3.- Sentencias en las que se conocieron alegaciones relativas al principio de igualdad	194
III. 4.- Recapitulación y valoración de la etapa	202
CAPÍTULO IV: LA INTRODUCCIÓN DE LOS SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (1998-2006)	207
IV. 1.- Sentencias en las cuales hay una referencia expresa a los subprincipios del principio de proporcionalidad	209
IV. 2.- Sentencias sin mención de los subprincipios del principio de proporcionalidad	223
IV. 3.- Recapitulación y valoración de la etapa	231
CAPÍTULO V: LA UTILIZACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (2007-2017)	235
V. 1.- Aplicación concreta y escalonada de los subprincipios del principio de proporcionalidad, con independencia de la materia	236
V. 2.- La utilización del principio de proporcionalidad en sanciones	246
V. 3.- La referencia al principio de proporcionalidad en el análisis de constitucionalidad de convenciones colectivas	258
V. 4.- Recapitulación y valoración de la etapa	268
CONCLUSIONES	273
BIBLIOGRAFÍA	285

INTRODUCCIÓN

En los últimos años la Sala Constitucional de Costa Rica ha recurrido, cada vez con mayor frecuencia, al uso del principio de proporcionalidad para la fundamentación de sentencias en procesos de protección de derechos fundamentales o en la resolución de acciones de inconstitucionalidad. Esa tendencia ha suscitado toda una serie de discusiones en diversos planos, al punto de criticar el contenido jurisprudencial que atiende al uso de dicho principio. Incluso, es posible afirmar que el principio de proporcionalidad ha tomado fuerza en la jurisprudencia constitucional producto de su propia “popularidad”, popularidad que a su vez proviene de sentencias que trascienden a la sociedad civil por medios de la prensa, que hacen eco de medidas o actos declarados “desproporcionales” por parte de la Sala Constitucional.

La constatación de la que se acaba de dar cuenta, ha puesto en evidencia que los operadores jurídicos desconocen la razón de ser y el contenido real de este principio en materia de derechos fundamentales, el cual, en palabras del referente latinoamericano en el tema, Carlos Bernal Pulido, cumple la funcionalidad de estructurar el procedimiento de interpretación del contenido de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la jurisprudencia costarricense, tal finalidad no siempre ha estado del todo clara para quienes utilizan el citado principio.

La jurisprudencia costarricense en la materia tiene la particularidad de que la cita del principio de proporcionalidad, por lo general, viene acompañada por una referencia a otro principio, el de razonabilidad. Y ello obliga a referirse a la jurisprudencia anglosajona en

torno a la cláusula del debido proceso legal (“*due process of law*”), que ha permitido el análisis y control de la razonabilidad de las leyes por parte de los jueces en Estados Unidos.

El objetivo principal de la presente investigación es determinar el modo de utilización y el alcance del principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, en las sentencias emitidas parte de la Sala Constitucional de Costa Rica. Este objetivo se perseguirá en el presente trabajo realizando una evaluación detallada de la jurisprudencia de dicha Sala, a fin de acreditar que en muchas ocasiones el principio de proporcionalidad no es aplicado por la misma -y las partes que acuden a ella- de acuerdo con el contenido dogmático que se describirá en la primera parte de la investigación, sino que, es utilizado simplemente con fines persuasivos y discursivos.

La investigación se desarrolla en dos partes. Una primera, en la que se analiza el estado de la cuestión, cuenta con seis capítulos, a saber: se analiza el concepto y los fundamentos del principio de proporcionalidad, tomando como referencia el caso español (Cap. I), se realiza un estudio de la estructura y operatividad del principio de proporcionalidad (Cap. II) y se estudia el tema en cuestión desde la perspectiva del espacio supranacional europeo (Cap. III), así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cap. IV); del mismo modo, esa primera parte de la investigación da cuenta de las principales críticas de las cuales ha sido objeto el principio de proporcionalidad (Cap. V) y por último, se realiza una referencia al principio de razonabilidad y el “*balancing*” estadounidense (Cap. VI).

La segunda parte de la investigación consiste en el análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Esta parte se conforma de cinco capítulos, siendo el primero de estos, un acercamiento al ordenamiento jurídico costarricense, tanto en lo atinente al sistema de justicia constitucional como al desarrollo normativo con referencia al principio de proporcionalidad (Cap. I). Los posteriores cuatro capítulos son una clasificación de la jurisprudencia en el tiempo, desde la creación de la Sala Constitucional en 1989 hasta hoy: se analiza la aparición del principio de proporcionalidad (Cap. II), se da cuenta del desarrollo inicial del citado principio (Cap. III), se hace un estudio de la introducción en la doctrina de dicha Sala de los subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio (Cap. IV) y para finalizar se analiza la utilización actual del principio de proporcionalidad (Cap. V).

El trabajo se cierra, como demanda toda investigación doctoral, con unas conclusiones y reflexiones finales que ofrecen una idea fidedigna de lo que el mismo ha supuesto y de su potencial utilidad en el sistema costarricense para todos: para los operadores jurídicos típicos, para los jueces y tribunales; para el poder normativo en las consecuencias que establece respecto de determinadas acciones (típicamente susceptibles de sanción, pero no solo ellas); y, en fin, para los justiciables (y por ende sus abogados) en sus relaciones con particulares y, especialmente, en sus relaciones con la Administración.

PRIMERA PARTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO Y LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

I. 1.- Antecedentes conceptuales del principio de proporcionalidad

Varios contextos históricos, así como distintas ramas del derecho, han nutrido lo que hoy se conoce como el principio de proporcionalidad. Al respecto es importante dar cuenta de sus antecedentes básicos, con el fin de brindar una cobertura más completa de su concepción actual, concretamente en el campo de los derechos fundamentales.

El surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto del Derecho público europeo, se remonta a la Ilustración¹. Con ese contexto del siglo XVIII, alimentado por la búsqueda de la razón, surgieron voces que reclamaban que las incursiones del Estado en las libertades del hombre fueran más proporcionadas. Como producto de estos movimientos y, esencialmente de la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció lineamientos de este principio, en sede penal, al señalar en su artículo 8 que *“la ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estrictamente y evidentemente necesarias”*.

Siempre en el siglo XVIII y específicamente ya en el campo del Derecho de policía de Prusia, señala Bernal² que el aporte doctrinal de Carl Glottlieb Svarez fue fundamental,

¹ BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ra. Edición, Madrid, 2007, p. 44. Dicha obra es una de las más importantes guías a nivel iberoamericano, en lo que al principio de proporcionalidad se refiere.

² *Idem*, p. 46.

al perfilar de forma primigenia los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Svarez *“fundamentó sus planteamientos como expresión de máximas de justicia, derivadas del reconocimiento de la libertad natural del individuo”*³. Bajo este escenario se fue concretando una figura jurídica que en Prusia tuvo el rango de principio de Derecho de policía y se denominó como principio de proporcionalidad en sentido amplio, o prohibición de exceso. En tal contexto, surge la finalidad de proteger al individuo frente a las intervenciones de las administraciones públicas, en el tanto pudieran resultar excesivas; por ello, el campo del derecho sancionatorio es el terreno donde originalmente se desarrolló la figura bajo análisis⁴. Barnes indica que este principio *“fue creciendo con el correr del tiempo de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, y abriéndose paso en medio de una notable confusión terminológica, hasta cobrar su sentido actual”*⁵.

Sin duda alguna, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha llevado al Derecho constitucional la aplicación más extendida del principio de proporcionalidad en su concepción actual. La doctrina es concordante al afirmar que la denominada “sentencia de las farmacias” en 1958 (Sentencia BVerfGE 7, 377) es la sentencia pionera en aplicar el principio de proporcionalidad como medio para fundamentar decisiones en materia de intervención de derechos fundamentales⁶.

³ LOPERA MESA, G. P. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 33.

⁴ FERNÁNDEZ NIETO, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el Derecho público europeo*. Dykinson, Madrid, 2008, p. 280.

⁵ BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998, p. 24.

⁶ La sentencia se suscitó en virtud de que el Gobierno de Oberbayern rechazó la apertura de una farmacia a un ciudadano, alegando que la creación de una nueva farmacia en dicho lugar no estaba exigida por el interés público y restringía en un 40% los beneficios económicos de las farmacias existentes en el lugar; todo esto con fundamento en normativa que regulaba la materia. El Tribunal Constitucional, al revisar la constitucionalidad de esas normas, analizó el fin de la medida restrictiva del derecho fundamental y sostuvo, entre otras cosas, que

Más recientemente, a nivel de referencia se debe mencionar que la primera sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que expresamente se refiere al principio de proporcionalidad, es la sentencia *Inernationale Handelgesellschaft*, de 1970 (Asunto 11/70). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha realizado un aporte importante a partir de la sentencia *Handyside* en 1976 (Sentencia del 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. the UK.*), en específico al cumplimiento de condiciones exigidas para la limitación de derechos. Este complemento jurisprudencial de los tribunales supranacionales fue recogido, en mayor o menor medida, tanto por los tribunales internos de diversos países europeos como a su vez en diferentes normas de máximo rango comunitario; entre ellas, Tratado de la Unión Europea⁷ y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸, que serán analizados en el capítulo correspondiente.

Ya específicamente en el Derecho constitucional español, se debe indicar que esta rama del derecho tomó en cierta medida las citadas técnicas de control del Derecho administrativo, al punto de llegar a ser fundamento importante en diversas sentencias del Tribunal Constitucional español; muchas veces con sentidos y alcances distintos. Si bien al inicio de los años noventa se daban algunas alusiones al principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, es en la sentencia 66/1995, de 8 de mayo, (concentración de trabajadores de la banca) -que será analizada luego- en la que dicho

cuanto mayor sea la afectación de la órbita individual mayor debe ser el interés público que la justifique, razón por la cual declaró la inconstitucionalidad de las normas en cuestión.

⁷ Firmado en Maastricht el 07 de febrero de 1992.

⁸ Fue adoptada como recomendación y texto de referencia por el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000.

principio se revela como una noción importante (identificando sus tres subprincipios) y que fue reproducida en posteriores sentencias, por esa dicha sentencia “*constituye un salto cualitativo de gran importancia en el proceso de formalización de dicho principio*”⁹.

En la actualidad a nivel normativo español, se ha introducido el concepto de la “proporcionalidad” en importantes textos normativos, como sucede con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰.

Así pues, no cabe duda que se ha dado una especie de proceso evolutivo (no necesariamente lineal), producto del cual actualmente el denominado principio de proporcionalidad, es una figura existente y esencial en los ordenamientos jurídicos avanzados.

I. 2.- La conceptualización actual del principio de proporcionalidad

I. 2. A.- Generalidades

En virtud de la ausencia de mención en la gran mayoría de las constituciones y por la densidad de su contenido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado diversas construcciones para intentar explicar y conceptualizar el principio de proporcionalidad. Si

⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del tribunal constitucional español”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2006, p. 8.

¹⁰ En su artículo 15, establece que las limitaciones de acceso a la información deberán ser justificadas y “proporcionadas” a su objeto y finalidad de protección.

bien algunos sectores minoritarios han categorizado al mismo como un principio general del derecho y otros como un límite de límites de los derechos fundamentales, lo cierto del caso es que se está ante lo que Bernal¹¹ denomina “criterio estructural para determinar el contenido de los derechos fundamentales”.

Como el referente en el tema y con una importancia singular que ha permeado a diversos autores que han analizado el principio de proporcionalidad, se debe realizar mención obligatoria de la postura expuesta por Robert Alexy¹², en la cual, sustentado en su Teoría de los Derechos Fundamentales, señala que *“a pesar de que el principio de proporcionalidad suele ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente. Lo que se pregunta más bien es si satisfacen las exigencias de estos subprincipios o no, y si su falta de satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto los tres subprincipios tienen que catalogarse como reglas”*¹³.

En este tanto se ha señalado que, como criterio de esta índole, el principio cumple la función de basar la concreción de las normas iusfundamentales¹⁴ adscritas en los casos

¹¹ BERNAL. Op.cit., pág. 507.

¹² Claramente la obra de Alexy realiza un importante aporte al concepto, naturaleza y estructura de los derechos fundamentales. Al respecto señala que las normas de derecho fundamental, además del carácter de regla, pueden asumir el carácter de principio y en este tanto deben entenderse como mandatos de optimización, pues ordenan que algo se realice en la mayor medida posible.

¹³ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición en español, Madrid, 2007, p. 92.

¹⁴ También denominadas por el autor Alemán Robert Alexy como normas de derecho fundamental, lo cual en síntesis es un “enunciado normativo de derecho fundamental”.

difíciles¹⁵. En esta línea se le atribuye al principio de proporcionalidad la competencia de la fundamentación de la norma de derecho aplicable al caso.

En este punto es donde la tesis se acerca a los aspectos relativos al lenguaje, ya que el propio Bernal¹⁶ reconoce que al hacerse referencia a este principio como un *criterio*, lo que en el fondo se está afirmando es que el mismo es un *argumento* para la fundamentación de un determinado caso. Bajo esta premisa cataloga al principio de proporcionalidad como un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales y, correlativamente, estructurar la base externa en los casos difíciles de derecho fundamental¹⁷.

En la línea de pensamiento establecida por Alexy, cobra importancia el aporte de Laura Clérico¹⁸, quien enfatiza la diferenciación entre proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto; entendida esta última como ponderación. En lo que interesa, la autora argentina categoriza a este principio en sentido amplio como un *examen*. Concretamente, define al “examen de proporcionalidad” como una *regla de segundo grado*, toda vez que “*las reglas que determinan cómo los principios deben ser aplicados son reglas de segundo grado*”¹⁹, siendo las de primer grado las que se aplican directamente.

Por lo dicho, el “examen de proporcionalidad” no es un principio sino una regla, esto en razón de que “*el mandato de proporcionalidad en sentido amplio y sus tres submandatos*

¹⁵ BERNAL. Op.cit., p. 539.

¹⁶ *Idem*, p. 542.

¹⁷ *Idem*, p. 542.

¹⁸ Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel, Alemania, cuya su tesis doctoral fue dirigida por el Profesor Robert Alexy.

¹⁹ CLÉRICO L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 30.

no se ponderan frente a otros mandatos. Es decir, no son objeto de ponderación; sino que determinan cómo deben ser ponderados los objetos de ponderación”²⁰.

En virtud de lo analizado, consideramos que el principio de proporcionalidad es un protocolo, examen o juicio que se aplica para arribar al contenido de un derecho fundamental en casos concretos y con cierta complejidad, ante una conducta o norma pública que pretenda su limitación. En el campo constitucional, esta consideración sigue, en gran medida, la línea de pensamiento que conceptualiza los derechos fundamentales como mandatos de optimización y, a partir de aquí que la aplicación de este principio permite una aproximación al contenido del derecho fundamental, en pro de una adecuada argumentación.

I. 2. B.- La posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional español

Concretamente en lo que respecta a la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, en primer término es necesario resaltar que no existe una posición absolutamente lineal y definida en cuanto a la forma de aplicar y conceptualizar el principio de proporcionalidad, por parte de dicho Tribunal. La figura en estudio ha tenido su aparición en la jurisprudencia del citado Tribunal, entre otras denominaciones, como un criterio, una regla o más concretamente un *juicio*. Estas expresiones han venido de forma individual o entremezcladas, por lo general con el común denominador de hacer referencia a una especie de “unidad de medida” de lo constitucional.

²⁰ *Idem*, p. 30.

Tal y como se indicó anteriormente, la STC 66/1995 constituye un elemento que marca de alguna forma la visión en que el Tribunal Constitucional español aplica el principio de proporcionalidad (con sus tres subprincipios). En esta sentencia se considera a tal principio como un *juicio*, al señalar:

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

Aunque en ocasiones se ha dado con usos distintos, lo cierto es que en los últimos años la utilización del término *juicio* parece ser la más generalizada por el Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, recientemente la sentencia 106/2013, de 6 de mayo de 2013 indicó:

*“4. [...]En aquel caso, al igual que en el presente “al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia, en toda su intensidad el principio pro actione, nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión o desestimación incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese **juicio de proporcionalidad**, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican”.*

Dicha referencia a un *juicio* se vincula a una valoración, examen o evaluación, de la conducta pública puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional español, que permite sustentar y argumentar si el objeto -enjuiciado- es o no contrario a la Constitución; esto quiere

decir, si resulta o no violatorio de un determinado derecho fundamental. Este último aspecto es de vital importancia, en virtud de que la jurisprudencia sí ha guardado cierta regularidad al respecto y el mismo consiste en que no es sostenible una alegación de desproporción en abstracto, sí que ésta debe estar acompañada por una vulneración de, al menos, un derecho fundamental. Este aspecto a todas luces viene a producir que precisamente el principio en estudio sea considerado un medio y no un fin alegable en sí mismo, esto al menos, en su concepción más actualizada en Derecho constitucional. La sentencia STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996, expresamente señaló que el principio de proporcionalidad no es un canon autónomo de constitucionalidad:

*“3. [...] Esta apelación genérica al principio de proporcionalidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar debe advertirse que el principio de proporcionalidad **no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo** cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”.*

Esta posición jurisprudencial señala que es improcedente invocar de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, lo cual quiere decir que no cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. La sentencia indica que necesariamente deberá, previo a la alegación de desproporción, sustentarse la afectación al contenido de los preceptos constitucionales invocados; ya que, señala la resolución, solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad. Por ende -y como se ha puesto de relieve- la concepción

tradicional de la proporcionalidad, como principio general del Derecho, ha sido en gran parte superada mediante la insistencia en su carácter no autónomo²¹.

I. 3.- Los fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad: el caso español

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español han realizado una serie de intentos por encontrar el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad. Evidentemente, esta tarea ha requerido una labor de análisis y deducción, toda vez, como ya se indicó anteriormente, que este principio no se encuentra recogido por la Constitución Española.

Tal y como el título de este apartado lo anuncia, se está ante una figura la cual se nutre de diversas fuentes, de ahí que se hable en plural de “fundamentos constitucionales”. Más allá de las discusiones y críticas que puedan surgir en cada una de estas fundamentaciones, lo cierto es que en mayor o menor medida los mismos han servido como respaldo en la utilización de la figura en análisis; en especial si se considera que muchos de estos se encuentran interrelacionados entre sí.

En primer término se debe citar la referencia clara que ha hecho la doctrina en cuanto al estrecho ligamen existente entre el principio de proporcionalidad y el *Estado de Derecho*. Rodríguez de Santiago señala que “*las exigencias del principio de proporcionalidad derivan*

²¹ VILLASEÑOR GOYZUETA, C.A. *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. Porrúa, México, 2011, p. 105.

de la misma posición que ocupa la persona en el Estado concebido según el modelo original del Estado de Derecho liberal individualista”²²; esto, señala el autor, al estar marcado por la tensión entre poder del Estado y libertad del individuo, la cual se presume en favor de la segunda. El artículo 1.1 de la Constitución Española señala que España es un Estado social y democrático de Derecho. A partir de esta premisa se han realizado las derivaciones respectivas, las cuales han permitido encontrar el fundamento (al menos parcial) de la figura; incluso hasta llegarse al punto de compartir la idea de que “*el principio de proporcionalidad se incardina en la cláusula del Estado de Derecho*”²³.

Según Barnes²⁴, sin embargo, indicar que el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en la cláusula del Estado de Derecho, abrevia un concepto más profundo, ya que dicho principio representa la idea básica de *justicia material*, entendida como la proscripción de todo sacrificio desproporcionado. En tal sentido, la noción de justicia encuentra en España consagración expresa en el propio artículo 1.1. de la Constitución Española, al definir el Estado español como social y democrático de Derecho.

Ya se ha adelantado que no es posible encontrar una línea jurisprudencial totalmente nítida del Tribunal Constitucional español, respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, y el aspecto del fundamento constitucional no escapa de esto. Sin embargo, en la STC 55/1996, de 28 de marzo, se sostuvo un aspecto de interés respecto al fundamento, al señalar:

²² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 106.

²³ FERNÁNDEZ NIETO. Op.cit., p. 314.

²⁴ BARNES. Op.cit., p.19.

*“3. [...] El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del **valor justicia** (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del **Estado de Derecho** (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”.*

Lo destacable de la anterior cita es la pluralidad de vertientes de fundamentación del principio de proporcionalidad, en donde el Tribunal Constitucional español no se decanta de forma exclusiva por una de ellas, sino que recoge diversos elementos de la Constitución Española para brindarle sustento a la figura; incluso, llegando a encontrar sustento en algunas de sus sentencias en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la dignidad de la persona.

Por otra parte y como un aspecto que trasciende al escenario español, algún sector doctrina ha sustentado al principio de proporcionalidad en el carácter jurídico de los derechos fundamentales. Al respecto de forma contundente Alexy avala la posición del Tribunal Federal Constitucional Alemán (BverfGE 19, 342), en el sentido de que *“el principio de proporcionalidad deriva en el fondo de la propia esencia de los derechos fundamentales”*; pero, en tanto en cuanto -aclara el autor- se hable de normas de derecho fundamental que

tengan el carácter de principio, amplía el citado autor alemán²⁵. Alexy sostiene que: “*el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquel*”; esto lo precisa al indicar: “*Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad (...), se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él*”²⁶.

Precisamente respecto de lo anterior Lopera Mesa²⁷ indica que será posible sostener la relación entre el principio de proporcionalidad y la teoría de los principios si se asume el concepto de principios como mandato de optimización propuesto por Alexy, caso contrario o sea, bajo otra concepción de los derechos fundamentales, tal vínculo se desvanece²⁸. En tal sentido, los derechos fundamentales como principios -mandatos de optimización, según se ha indicado anteriormente- conducen a sostener que se está ante normas no aplicables en la dimensión del “todo o nada”, sino en la dimensión de su “peso”. En este aspecto, Clérico desarrolla y precisa la teoría de Alexy al afirmar que “*si dos derechos fundamentales y/o un bien colectivo colisionan, la solución de la colisión no implica que uno de los principios pierda validez; solo que en el caso concreto uno de los principios tiene prioridad condicionada frente al otro principio*”²⁹.

²⁵ ALEXY. Op.cit., p. 91.

²⁶ *Idem*, p. 91

²⁷ LOPERA. Op. cit. p. 105.

²⁸ Incluso ALEXY indica: “*quien rechaza la teoría de los principios debe rechazar también el principio de proporcionalidad*”, esto en “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, V. 13, N. 3, 2000, p. 297.

²⁹ CLÉRICO. Op.cit., pág. 27.

CAPÍTULO II: ESTRUCTURA Y OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En palabras de Rodríguez de Santiago³⁰, el elemento clave para determinar el campo de aplicación del principio de proporcionalidad, en sentido amplio³¹, es la “*intervención del poder en la libertad del individuo*”; pues los casos de conflicto entre derechos individuales son terreno de la ponderación, -aspecto que luego será analizado, al delimitar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto-. Como se ha indicado, esta aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se encuentra compuesta por tres subprincipios que le dan su estructura, a saber: subprincipio de idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto³². Estos tres subprincipios operan de manera escalonada y con carácter eliminatorio³³, lo que se traduce en el hecho de que si en el análisis realizado para aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio no se supera uno de estos tres subprincipios, la evaluación se detiene, decantándose la medida enjuiciada que incide negativamente en el derecho fundamental como inconstitucional y desproporcionada, con las consecuencias que se indicarán posteriormente. A continuación, la descripción de cada uno de estos subprincipios.

³⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., p. 109.

³¹ Se agrega esta especificación para diferenciarlo del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

³² Un sector minoritario de la doctrina -entre ellos, PRIETO SANCHÍS L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N. 8, 1990, pág. 78- considera que en realidad son cuatro subprincipios, ya que dan independencia al análisis de la “legitimidad del fin”, que mayoritariamente se considera situado dentro del principio de idoneidad.

³³ SARMIENTO. Op.cit., p. 167.

II. 1.- El subprincipio de idoneidad

II. 1. A.- Concepto y características

El primer mandato de la proporcionalidad en sentido amplio es el denominado subprincipio de idoneidad, conocido también como *adecuación técnica*. Bernal Pulido afirma que, de acuerdo con este principio, “*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*”³⁴. En este tanto, tal mandato debe tenerse por satisfecho o superado cuando se puede comprobar una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido; esto se produce cuando fundamentados en los conocimientos generales de la sociedad y de la ciencia y la técnica, se pueda llegar a la conclusión de que el medio adoptado tiene la capacidad para alcanzar el fin propuesto (causalidad positiva). Por lo dicho, este principio hace referencia a que la medida (restricción o limitación de un derecho) debe presentar un fin constitucionalmente legítimo, el cual le permita tener incidencia en uno o unos derechos³⁵.

Esta relación entre medios y fines exige que el fin pretendido, con la medida limitativa de derechos, sea descrito y precisado a la hora del análisis del caso. La expresión “fin” hace referencia a un estado de cosas que se persigue o se quiere alcanzar, como por ejemplo: la protección de la salud o la seguridad. Al respecto, es claro que cuanto más precisa sea la determinación del fin, más serio será el examen de idoneidad³⁶. Para Bernal Pulido, un fin

³⁴ BERNAL. Op.cit., p. 693.

³⁵ VILLASEÑOR. Op.cit., p. 136.

³⁶ CLÉRICO. Op.cit., p. 48.

debe ser considerado legítimo cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución³⁷; por su parte Brage Camazano considera que los fines solo pueden ser concretos y determinados intereses que representen bienes protegidos por la Constitución o, incluso, derechos fundamentales, no siendo atendible una simple razón de oportunidad o un vago interés público³⁸. En determinados contextos y sentencias del Tribunal Constitucional español el análisis de la legitimidad del fin se denomina “juicio de razonabilidad”. Sobre la figura de la razonabilidad se profundizará en posteriores acápite.

Importante es señalar que, una vez vislumbrado el fin, se pueda determinar que el medio escogido fomente en alguna medida dicho fin. En este caso, el medio será una norma jurídica o una conducta pública, a través de las cuales se intenta conseguir el referido fin.

Lo anterior nos lleva a una diferenciación importante, que la doctrina ha catalogado respectivamente como, versión débil y versión fuerte, del examen de idoneidad. Por un lado, la versión fuerte del mandato de idoneidad implica que no basta para superar este mandato con la elección de un medio técnicamente adecuado, exige que el fin perseguido se alcance en la mayor medida posible, tanto en la mejor manera como la más segura. Por su parte, la versión débil exige simplemente la elección de un medio para “fomentar” (no necesariamente alcanzar) el fin, bastando que no sea inidóneo³⁹.

³⁷ BERNAL. Op.cit., p. 696.

³⁸ BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 369.

³⁹ CLÉRICO. Op.cit., p. 59.

Parte importante de la doctrina se ha decantado por la versión débil del principio de idoneidad, en el tanto -especialmente en el Derecho constitucional- hay toda una serie de variables y circunstancias que no necesariamente son conocidas en el momento de elegir (concretar) el medio que se pretende como vehículo para alcanzar un determinado fin. En este sentido, si bien la versión fuerte es un ideal, no es realista pretender que el poder público que adopta la medida restrictiva del derecho fundamental pueda prever todas las circunstancias futuras en el caso concreto.

Precisamente Clérico indica que el Tribunal Federal Constitucional Alemán (BverfGE 71, 206) ha tomado esta postura, siendo que a dicho Tribunal le basta con que el medio contribuya al fomento del fin aspirado⁴⁰. La citada autora comparte esta tesis y considera que el mandato de la adecuación técnica requiere la selección de un medio plausible, lo cual implica la existencia de un medio el cual pueda fomentar el fin, sin exigir la selección del mejor medio adecuado a nivel técnico. En este contexto se señala que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán realiza dos preguntas básicas al proceder con el examen de idoneidad (o adecuación técnica), las cuales son muestra de la inclinación por la postura débil del principio. A saber: (i) Formulación negativa: ¿es el medio escogido por el legislador “inapto objetivamente”, “sin más inadecuado”, “en principio inadecuado”, para fomentar el fin perseguido?, (ii) Formulación positiva: ¿puede con su ayuda ser fomentado “el resultado deseado”?

⁴⁰ *Idem*, p. 65.

En la cita que realiza Clérico⁴¹ de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, se puede interpretar que la versión débil del principio de idoneidad es la sostenida por dicho Tribunal. En sus sentencias el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha considerado que *“basta la posibilidad abstracta de alcanzar el fin”* (BverfGE 67, 157). Tal afirmación conduce a sostener que la relación empírica de medio a fin se sostiene sobre la idea del *fomento* del fin por parte del medio; en el tanto ese fomento se entiende como la contribución de alcanzar ese fin, pero en sentido general (BverfGE 71, 206).

Son dos los puntos que permiten sustentar la versión débil del principio de idoneidad: (i) por un lado, el reconocimiento de cierta deferencia al legislador en la elección de los medios, esto en virtud de su legitimidad democrática -a partir del supuesto en que se esté analizando la constitucionalidad de una ley, ya que de tratarse de otro acto del poder público, este primer supuesto no tendría aplicación- y, (ii) la posibilidad de realizar análisis más completos (con los tres subprincipios) y no declarar necesariamente de inicio la inconstitucionalidad de una medida por su supuesta inidoneidad. En lo que respecta al primero de los puntos, Bernal Pulido considera que: *“el respeto a la competencia del legislador impone considerar que un medio idóneo no es el más idóneo, sino el que no carezca absolutamente de idoneidad”*⁴². Esta postura la comparte Prieto Sanchís, quien se pronuncia por el respeto a la autonomía política del legislador, que es un valor constitucional⁴³. El segundo de los puntos, visto desde la perspectiva de la racionalidad, ha

⁴¹ *Idem*, p. 67.

⁴² BERNAL. Op.cit., p. 728.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, L. “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de Proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad de Externado, Colombia, 2007, p. 129.

sido defendido por Lopera Mesa⁴⁴, quien afirma que una versión fuerte del juicio de idoneidad de entrada lleva a declarar inconstitucionales todas las medidas legislativas que no satisfagan plenamente el fin perseguido, impidiendo con ello considerar otras razones en favor de la constitucionalidad de dichas medidas que sólo pueden ser examinadas después, cuando se analicen los posteriores subprincipios.

Esta versión débil del principio de idoneidad, en combinación con una intensidad moderada en su aplicación, permiten concluir al Tribunal Federal Constitucional Alemán - según señala Laura Clérico⁴⁵ que la posibilidad de declaratoria de inconstitucionalidad en esta etapa de análisis es baja: *“se puede declarar la inconstitucionalidad de una medida legislativa desde el punto de vista de la inadecuación técnica en muy raras veces y sólo en casos muy especiales”* (BverfGE 30, 250). Al respecto Lopera Mesa ejemplifica el examen de idoneidad en términos de Hirschberg: *“red de mallas anchas en las que apenas algún caso queda enganchado”*⁴⁶.

Ligado a lo anterior, es necesario indicar que la versión débil del principio de idoneidad concuerda con una aplicación de criterios *ex ante* desde la perspectiva del legislador. Lo cual implica que *“una norma legal debe catalogarse como una norma carente de idoneidad, sólo si desde el comienzo, o sea, desde el momento de su expedición, el legislador hubiese podido prever su ineptitud”*⁴⁷.

⁴⁴ LOPERA. Op.cit., p. 390.

⁴⁵ CLÉRICO. Op.cit., p. 76.

⁴⁶ LOPERA. Op.cit., p. 391.

⁴⁷ BERNAL. Op.cit., p. 375.

Alexy sostiene que la idoneidad, y de igual forma la necesidad⁴⁸, está vinculada al concepto de principio, y como tal, no hace referencia a la realización de un “punto máximo”. Esto lo analiza por medio de un interesante ejemplo que llegó a ser conocido en los Tribunales alemanes:

“[...] Un peluquero había puesto una máquina de tabaco en su establecimiento, sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía otorgarse si el solicitante demostraba el conocimiento técnico profesional indispensable para ejercer la actividad comercial de que se tratara. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran ciertos conocimientos necesarios para ser comerciante [...]”⁴⁹.

El Tribunal que conoció el asunto elevó una consulta de constitucionalidad ante el Tribunal Federal Constitucional Alemán, respecto de la exigencia de tener que probar conocimientos comerciales para instalar una máquina de tabaco. El Tribunal Federal Constitucional Alemán decidió que esta exigencia era inconstitucional y violaba la libertad de profesión y oficio. Alexy explica la fundamentación del Tribunal y sostiene que el mismo expresó el carácter no idóneo de la exigencia de probar conocimientos técnicos para proteger a los consumidores. En otras palabras, la exigencia de probar conocimientos técnicos en un comerciante, no contribuye o no fomenta el fin de protección a los consumidores. Por tal motivo, la medida se consideró inidónea y vulneradora del derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.

⁴⁸ Alexy sostiene que tanto el subprincipio de idoneidad como el subprincipio de necesidad derivan del carácter de principio como mandatos de optimización, de acuerdo con las posibilidades fácticas. Por su parte, liga al principio de proporcionalidad en sentido estricto con las posibilidades jurídicas. Esto tal y como se desarrollará posteriormente.

⁴⁹ ALEXY. Op.cit., p. 524.

Alexy sostiene que la idea de optimización, la cual subyace al principio de idoneidad, viene dada precisamente por el óptimo de Pareto, o sea, mejorar una posición sin que otra empeore. En tal aspecto recalca la necesidad de sostener una “tesis negativa” del principio de idoneidad, a saber, excluir solo los medios no idóneos. Esta postura encuentra razón de ser en la idea de un orden marco⁵⁰, en donde “*su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo*”⁵¹.

Por último, del análisis de la relación medio-fin se pueden deducir tres diversos resultados:

- Que el medio escogido fomente la realización del fin. En este caso se está ante un medio idóneo y, por ende, debe continuarse con el análisis del subprincipio de necesidad.
- Que el medio no guarde ningún tipo de relación con el fin. Este sería un medio inidóneo y, por tanto, desproporcionado en sentido amplio. En tal caso, el análisis de proporcionalidad finaliza.

⁵⁰ Alexy defiende la idea de una Constitución Política como un Orden Marco. Bajo tal premisa el marco es lo que está ordenado y prohibido, lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido: es aquello que se encuentra en el interior del marco. Por tal razón considera que lo discrecional define el margen de acción del legislador. Esta idea se contrapone a la idea de la Constitución como un Orden Fundamental, en donde no se confía nada a la discrecionalidad del legislador. ALEXY. Op.cit., p. 518.

⁵¹ ALEXY. Op.cit., p. 525.

- Que el medio escogido guarde alguna relación con el fin, pero que no lo facilite en su concreción. Esto sucede en casos donde el medio no fomenta el fin en todos los sentidos requeridos⁵².

La tercera de las anteriores posibilidades, la doctrina la ha calificado como “casos dudosos” y en estos existe cierta discusión en cuanto al resultado (idoneidad o no idoneidad) de su análisis. Por un lado, un sector (Bernal)⁵³, considera que opera una presunción de idoneidad; mientras que otro sector (Clérico)⁵⁴, argumenta que en estos casos el principio no ofrece una solución y debe ser complementado con otros instrumentos. Al respecto consideramos que ambas posiciones llegan al mismo punto, pues sea que se presuma la idoneidad (deferencia al legislador) o se haga un complemento (con los otros subprincipios por ejemplo), lo cierto es que el análisis continuará en el nivel de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual permitirá un entendimiento más completo del objeto de estudio. Esto sustentado siempre desde la óptica de una versión débil del principio de idoneidad, ya que, como lo ha señalado el Tribunal Federal Constitucional Alemán, basta la posibilidad *abstracta* de alcanzar el fin.

II. 1. B.- El subprincipio de idoneidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

A efectos de graficar la operatividad del subprincipio bajo análisis, es importante traer a colación la referencia realizada por el Tribunal Constitucional español respecto de la figura

⁵² LOPERA. Op.cit., p. 66, cita como ejemplo el caso de la sentencia sobre la restricción al derecho de impugnación de paternidad en Alemania (BVerfGE 79, 256), el cual si bien no podría proteger toda una serie de finalidades, no alcanzaba para declarar dicha restricción como inidónea.

⁵³ BERNAL. Op.cit., p. 734.

⁵⁴ CLÉRICO. Op.cit., p. 41.

de la idoneidad. En este sentido en la STC 55/1996, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional conoció cuestiones acumuladas de inconstitucionalidad, en las cuales se alegaba, entre otras cosas, una eventual desproporción de las penas previstas al objeto de conciencia al servicio militar que rehusaba cumplir la prestación social sustitutoria. Principalmente la duda de inconstitucionalidad se centró en el hecho de que la norma cuestionada podría violar los derechos a la libertad personal y la libertad ideológica. Respecto al subprincipio de idoneidad la sentencia indicó:

*“7. Establecida esta premisa, debemos precisar en primer lugar cuál es el **bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuales son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma.** Esta precisión constituye el prius lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 C.E., **al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes** (STC 111/1993, fundamento jurídico 9º)”.*

En dicho caso, el Tribunal Constitucional español desestimó los agravios -por ende consideró la norma como idónea-, pues indicó que indiferentemente de cuál sea el bien jurídico protegido por la norma cuestionada, tiene relevancia constitucional, ya que encuentra encaje -indica al Tribunal Constitucional español- en la previsión del artículo 30. 2 de la Constitución Española.

El anterior extracto jurisprudencial recoge las líneas doctrinales expuestas en su momento, en cuanto a la necesidad de determinación del fin (bien jurídico) de la medida pública limitativa de derechos y la necesidad de que el mismo no sea constitucionalmente

proscrito o irrelevante. A modo de simple ejemplo, evidentemente no será válido un fin (esto quiere decir que el análisis de la proporcionalidad ni siquiera se iniciaría) que promoviera la esclavitud o el odio étnico. En estos hipotéticos casos⁵⁵, no solo podría haber incluso una violación del principio de interdicción de la arbitrariedad, sino que además, por el choque frontal con determinados derechos fundamentales, la medida sería inconstitucional *ab initio* y sería innecesaria la aplicación del examen de proporcionalidad.

Específicamente en lo relativo a la posibilidad de que determinado medio contribuya a la consecución de fines, el Tribunal Constitucional español conoció de una demanda de amparo de un sindicato en contra de una sentencia judicial, que declaró que la toma de fotografías y la filmación en vídeo por la *Ertzaintza* (policía del País Vasco) de un piquete de huelga informativo, que en todo momento desarrolló su labor de forma pacífica, no lesionó los derechos de libertad sindical (art. 28.1 C.E.) y de huelga (art. 28.2 C.E.) del sindicato demandante. Concretamente, sobre este tópico la STC 37/1998, de 17 de febrero, señaló lo siguiente:

*“8. [...] A los efectos que aquí importan, basta con recordar que, como sintetizan las SSTC 66/1995, fundamento jurídico 5º; 55/1996, fundamentos jurídicos 6º, 7º, 8º y 9º; y 207/1996, fundamento jurídico 4º e), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: **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).*

⁵⁵ Serían denominados como casos “fáciles”. Esto dentro de la dicotomía “casos fáciles y casos difíciles”, que en su momento será analizada.

*No hay inconveniente para aceptar que, en principio, **la grabación de imágenes puede ser una medida susceptible de conseguir el objetivo de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos**, como igualmente es capaz de captar la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos penales, pudiendo considerarse aquella grabación, con las debidas cautelas (por ejemplo, STC 190/1992, fundamento jurídico 3º, respecto de las grabaciones magnetofónicas), como medio de prueba por los órganos judiciales”.*

En tal caso, la medida cuestionada efectivamente superó el principio de idoneidad, siendo que de manera específica el Tribunal Constitucional español lo que entra a analizar es si “*la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto*”. Entonces a partir de que se está ante un fin -objetivo constitucionalmente relevante, en ese caso fue: prevenir desórdenes capaces de comprometer otros derechos-, lo subsecuente es analizar si dicha medida aporta, promueve, fomenta, la consecución de ese fin y, tal como se ha visto en el extracto, la grabación de imágenes sí puede contribuir a la prevención de desórdenes. Esto implicó que en ese caso concreto la medida fuera idónea, con independencia del resultado posterior que se generó el someter a la medida a los otros subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio⁵⁶. Evidentemente, se podría generar una discusión en cuanto a si la postura expuesta por el Tribunal Constitucional español es una versión débil o fuerte del subprincipio de idoneidad, pues de la sentencia transcrita no se deriva con total claridad que se está ante la defendida versión débil; sin embargo, como antes se ha anotado, la jurisprudencia ha sido vacilante al respecto.

⁵⁶ Si bien será un aspecto que se analice en el próximo acápite, cabe adelantar que el citado caso no superó el subprincipio de necesidad, lo cual generó el otorgamiento del amparo. Esto se debió, entre otras razones, a que sustentó el Tribunal Constitucional español que no se justificó la medida, ni se aceptó por parte de las autoridades otras medidas alternativas, como la presentación personal ofrecida por los participantes de la huelga.

II. 2.- El subprincipio de necesidad

II. 2. A.- Concepto y características

El principio de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto en segundo término, por el subprincipio de necesidad; también se le conoce con el nombre del medio *alternativo menos gravoso o requeribilidad*. En palabras de Clérico, el subprincipio de necesidad consiste básicamente en un examen donde se realiza una comparación de medios, a fin de responder a la pregunta: ¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación?⁵⁷ En este sentido, dicha autora expone la posición del Tribunal Federal Constitucional Alemán, la cual parte de la premisa de que el medio establecido es “necesario”, si el legislador no pudo elegir otro medio que, si bien igualmente adecuado a nivel técnico, podía haber limitado menos el derecho fundamental afectado (BverfGE 39, 210). Al efecto, interesa tener clara la diferencia entre “medio establecido” y “medio alternativo”; el primero se refiere al medio elegido por la autoridad pública para alcanzar determinado fin, el segundo se refiere al o los medios posibles que entran en la comparación, como una expectativa o posibilidad.

En la misma línea, para Bernal Pulido la comparación entre medios que implica el subprincipio de necesidad, lleva consigo que el medio alternativo deba cumplir dos exigencias: (i) que revista, al menos, el mismo grado de idoneidad de la medida legislativa establecida y, (ii) que afecte negativamente en menor grado al derecho fundamental limitado.

⁵⁷ CLÉRICO. Op. cit., p.101.

Si estos dos requisitos los cumple la medida alternativa, la medida establecida es inconstitucional⁵⁸.

Previo a continuar con el análisis de las características que comporta este subprincipio, conviene hacer una diferenciación conceptual entre el subprincipio de necesidad objeto de estudio y el concepto de necesidad “*aplicable a aquellos supuestos en los que viene legalmente previsto*”⁵⁹. Si bien estas figuras tienen como punto común su denominación, lo cierto es que a nivel tradicional el concepto de necesidad en el derecho público, “*se concibe como un fenómeno que faculta (o incluso obliga) a los Poderes Públicos para excepcionar el Derecho existente en un momento dado, y para adoptar las medidas indispensables en orden a la salvaguarda de los bienes esenciales*”⁶⁰, esto como elemento del supuesto de hecho de normas que prevén poderes especiales o excepcionales⁶¹. Así las cosas, se está ante una figura dogmática con fines propios y distinta operatividad.

Ahora bien, y siempre en el subprincipio en cuestión, es importante aclarar que mientras en el subprincipio de idoneidad se verifica la eficacia de la medida legislativa, en el examen de necesidad se analiza la eficiencia de dicha medida establecida; o sea, su capacidad de alcanzar el fin con la menor afectación de otros principios en juego⁶². Producto de esta afirmación, Lopera Mesa señala que la semejanza del subprincipio de necesidad con el

⁵⁸ BERNAL. Op.cit., p. 742.

⁵⁹ SARMIENTO. Op.cit., p. 195.

⁶⁰ ALVAREZ GARCIA, V. *El concepto de necesidad en derecho público*. Civitas, Madrid, 1996, p. 571.

⁶¹ Ejemplo de esta figura es la figura del Decreto-ley, establecido en el artículo 86.1 de la Constitución Española, al referirse a una “*extraordinaria y urgente necesidad*”.

⁶² LOPERA. Op.cit., p. 434.

concepto de eficiencia económica, se debe a que este principio se ha intentado construir con ayuda de criterios provenientes de la teoría económica⁶³.

Precisamente en cuanto a la diferenciación entre examen de idoneidad y necesidad, la doctrina señala que el primero de ellos es un análisis sobre la relación medio–fin, mientras que la necesidad valora la intensidad interventora de esos medios⁶⁴.

Evidentemente, estas ideas se toman de la doctrina de Alexy, el cual considera de manera clara y llana que “*este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado*”⁶⁵. Esta premisa la explica con un ejemplo que en última instancia fue conocido por el Tribunal Federal Constitucional Alemán (BverfGE 53, 135) y el cual consiste en:

*”[...] Una ordenanza del Ministerio federal para la juventud, la familia y la salud establecía la prohibición de que circularan en el mercado, dulces y confites, que si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado y, por lo tanto, no fueran productos de chocolate que cumplieran todas las exigencias. El fin de la ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores a la hora de comprar este tipo de productos [...]”*⁶⁶.

En dicho caso, Alexy expone que si bien el Tribunal Federal Constitucional Alemán consideró que la medida era idónea para proteger a los consumidores, una prohibición de tal envergadura no era necesaria; pues existía un medio igualmente idóneo y menos restrictivo, como lo es el marcar con claridad los productos respectivos, la cual era de igual forma eficaz,

⁶³ *Idem*, p. 434.

⁶⁴ SARMIENTO. Op.cit., p. 99.

⁶⁵ ALEXY. Op.cit., p. 525.

⁶⁶ ALEXY. Op. cit., p. 526.

pero menos gravosa. En esta línea es posible deducir que este subprincipio no tiene por finalidad elegir el “mejor” de los medios, el más eficaz, sino expulsar el innecesario, en términos de un juicio negativo⁶⁷.

A esta altura del análisis, conviene hacer una aclaración importante, en cuanto al examen del medio menos lesivo se refiere. Cuando se está ante procedimientos argumentativos en control de constitucionalidad de una ley, el examen se realiza en abstracto; esto quiere decir que se realiza una generalización de los posibles casos (su mayoría en casos promedio). Sin embargo, cuando se está ante el control de la constitucionalidad de la aplicación de la ley, mediante recurso de amparo, el carácter del medio menos lesivo debe valorarse en concreto, con estricta observancia a las particularidades del caso⁶⁸.

II. 2. B.- Etapas para su aplicación

El examen del subprincipio de necesidad está compuesto por diversos pasos o etapas de análisis. En general, se pueden citar los siguientes: la elección de los medios alternativos, la revisión de la idoneidad del medio o los medios alternativos y la determinación del medio alternativo menos gravoso. A continuación su referencia concreta:

⁶⁷ VILLASEÑOR. Op.cit., p. 140.

⁶⁸ BERNAL. Op.cit., p. 756.

II. 2. B. a.- La elección de los medios alternativos

Sin la existencia de al menos un medio “probablemente” alternativo, es imposible la realización plena del examen que implica el subprincipio de necesidad. Si bien son innumerables los medios alternativos que en muchos casos pueden surgir para la consecución de un fin, *“el principal criterio para seleccionar los medios alternativos consiste en que estos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida legislativa se propone”*⁶⁹.

II. 2. B. b.- La revisión de la idoneidad del medio o los medios alternativos

En este escalón se analiza si los medios alternativos pueden fomentar el fin -como mínimo- tan bien como el medio establecido⁷⁰. Cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario (como el menos gravoso, como el requerido). Por el contrario, cuando el medio alternativo fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces hay que probar el medio alternativo, para determinar si es el menos gravoso en sentido estricto. Sobre este aspecto González-Cuellar sostiene que las medidas alternativas deben tener una “aptitud” suficiente y no una “igual aptitud”, esto a fin de no llevar la aplicación del principio a extremos estrictos que dificulten su aplicabilidad⁷¹.

⁶⁹ BERNAL. Op. cit., p. 743.

⁷⁰ CLÉRICO. Op.cit., 2009, p.105.

⁷¹ GONZÁLEZ-CUELLAR. Op.cit., p. 197.

II. 2. B. c.- La determinación del medio alternativo menos gravoso

Como se indicó, en el caso de que el fin sea fomentado, por el o los medios alternativos, tan bien como lo hace el medio establecido, entonces hay que analizar ese medio alternativo para concretar su determinación. En este contexto Clérico indica:

“si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o alguno de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”⁷².

Por el contrario, si la implementación de esos medios alternativos restringe en igual o mayor medida otros principios iusfundamentales o constitucionales, la medida establecida resultaría como la necesaria y sería imperativo llevar a cabo el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Tal y como se puede derivar de las anteriores etapas, si bien la característica principal del examen de necesidad reside en una comparación entre medios, lo cierto es que dicho subprincipio lleva aparejado el hecho de “retomar” hasta cierto punto el examen de idoneidad, en razón de que se requiere analizar si los medios alternativos tienen una idoneidad equivalente, mayor o menor a la del medio establecido. Sin embargo, este examen implícito en la etapa del subprincipio de necesidad difiere en dos aspectos del primer escalón desde donde se analiza la idoneidad de la medida legislativa como parte del principio de

⁷² CLÉRICO. Op. cit., p. 114.

proporcionalidad en sentido amplio: (i) se trata de un análisis hipotético, o sea, se puede dar el caso de medidas que nunca han sido llevadas a la práctica y, (ii) el análisis no solo examina la idoneidad de posibles medida alternativas, sino que además las compara con la medida establecida por las autoridades competentes⁷³. El segundo de los anteriores puntos lleva a señalar o aclarar que no basta con que el medio alternativo sea igual de idóneo a la medida establecida para decantar una inconstitucionalidad: es imperativo que el medio alternativo deba implicar una menor restricción para los principios afectados⁷⁴.

Es posible clasificar en tres los resultados posteriores a la aplicación del principio de necesidad -a partir de la idoneidad de los medios alternativos-, a saber:

- Que los medios alternativos restrinjan en menor medida al sujeto o sujetos involucrados en comparación a como lo hace el medio establecido: en este caso, la medida estatal impuesta por la autoridad pública no es proporcional en sentido amplio.
- Que los medios alternativos restrinjan en igual o mayor medida al sujeto o sujetos involucrados en comparación como lo hace el medio establecido: en este caso la medida estatal impuesta por la autoridad pública es necesaria (menos gravosa) y, por ende, se debe continuar con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

⁷³ BERNAL. Op.cit., p. 744.

⁷⁴ CLÉRICO. Op.cit., p.115.

- Que los medios alternativos restrinjan, en algún sentido, en igual o mayor medida al sujeto o sujetos involucrados en comparación como lo hace el medio establecido, pero, en otros sentidos menos en contraposición al medio establecido (por ejemplo, en el caso de que la afectación no sea al “sujeto involucrado” pero sí de “terceros): en este caso el subprincipio de necesidad no ofrece por sí solo una respuesta certera y es necesario complementar la regla o pasar al examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La tercera de las anteriores hipótesis es claramente la que mayor discusión y dificultades encierra, pues son los denominados casos “dudosos”⁷⁵, en virtud de los cuales la regla no ofrece una precisión absoluta, ya que se dificulta establecer la menor lesividad de la medida estatal establecida. En este supuesto, Clérico ofrece una serie de reglas complementarias que pueden servir de insumo para una decisión más robusta al respecto, pero igualmente reconoce como una posibilidad, establecer las opciones valorativas en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. A nuestro entender esta segunda opción es la más integral, parte de un respeto al control de evidencia que ha promulgado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español; entiéndase, bajo la óptica de un subprincipio de necesidad que solo se verá violentado en el tanto se pueda comprobar fehacientemente la benevolencia de los medios alternativos, los casos con duda deberán ser resueltos y sopesados en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. El hecho de tener que continuar con el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto (o en su defecto complementar la regla) hace que autores como Clérico, entre otros, señalen que “*la regla del*

⁷⁵ CLÉRICO, Op.cit., p.118.

medio menos lesivo es un criterio débil”⁷⁶ y ofrece una decisión contundente principalmente en los casos “claros” o “fáciles”. Esto no quiere decir que dicho examen sea inútil, sino que la regla no siempre ofrecerá como resultado el medio necesario o menos lesivo. Así entra en juego ya el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

II. 2. C.- El subprincipio de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Los razonamientos esbozados derivan del hecho de que mayoritariamente la doctrina ha considerado que el examen de necesidad se realiza desde una perspectiva *ex ante*⁷⁷, a saber, que la medida, sea adoptada por el legislador o en general por el poder público, solo será considerada innecesaria si respecto de los elementos existentes al momento de adopción de la medida, se hubiese podido valorar otro medio igual de idóneo pero más benigno⁷⁸. De hecho, esta es la postura adoptada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 126/2000, de 16 de mayo, en un recurso de amparo contra una sentencia donde se condenó al recurrente fundándose en pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas que, según aquel, vulneraban las garantías del secreto a las comunicaciones contenidas en el 18.3 CE. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional español analizó y avaló, por las circunstancias concurrentes al momento de su adopción, la constitucionalidad de las resoluciones judiciales que ordenaban intervenciones telefónicas en contra del imputado; en concreto la sentencia indicó:

⁷⁶ *Ídem*, p.160. En el mismo sentido LOPERA MESA, Op.cit., p. 446.

⁷⁷ BERNAL. Op.cit., p. 758.

⁷⁸ LOPERA. Op.cit., p. 436, sostiene que en restricciones especialmente intensas de derechos fundamentales (por ejemplo en materia penal) es posible elaborar una teoría que sustente una perspectiva *ex post*, no solo del examen de necesidad sino de todos los subprincipios que imponen el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

*“8.- [...] Pero la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse, como dijimos, **analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción.** Desde ese punto de vista no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque como reconoce el demandante se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad (cien millones de pesetas, se afirmaba en aquel momento) y continuado, lo que explica que la pena solicitada por el Ministerio Fiscal para don [...] fuera de tres años y seis meses de prisión menor, y de seis años la interesada por la acusación particular. Se aprecia por tanto que, **en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve.** A esta misma conclusión se llega si se tienen en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso (posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante, y gran dimensión de la empresa) y muy especialmente la no despreciable posibilidad de continuación del hecho delictivo en curso”.*

Un aspecto que ha generado mayor discusión es el relativo a la intensidad con la que se debe aplicar el subprincipio de necesidad, concretamente en lo relativo a las propiedades de los medios alternativos. En este sentido, Bernal Pulido es del criterio que en este principio debe descartarse la aplicación intensa del mismo y, por el contrario, propugna un uso en donde se aplique un control de evidencia (entendido este como un control comprobado y riguroso de las premisas), el cual sea acorde con las apreciaciones empíricas y normativas del legislador⁷⁹. Un uso intenso, excesivo, sin rigurosidad en la comprobación de las alegaciones respecto de los medios alternativos, llevaría al Tribunal Constitucional a extralimitar sus competencias.

El uso de un control de evidencia respecto de la intensidad en la aplicación del subprincipio de necesidad es un aspecto que se denota con claridad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el cual en sentencia 161/1997, de 2 de octubre, en una

⁷⁹ *Idem*, p. 759.

cuestión de inconstitucionalidad planteada que tuvo por objeto de enjuiciamiento el artículo 380 del Código Penal⁸⁰ por posible vulneración de varios artículos de la Constitución Española, señaló de manera contundente:

*“11. [...] Respecto del canon para determinar la proporcionalidad de un precepto basado en el argumento de "la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada", ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional "tiene un alcance y una intensidad muy limitadas", so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido, pues, **"sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo** menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento" (SSTC 55/1996, fundamento jurídico 8°).*

***Las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada.** Las que alega el Ministerio Fiscal que reúnen dichas características son la inmovilización del vehículo del conductor que se niega al sometimiento de la prueba de detección de alcohol o drogas, las sanciones administrativas preexistentes a la nueva pena, y la imposición de dichas pruebas por los Juzgados de Instrucción en el marco del ordenamiento procesal penal”.*

En tal caso, el juez que elevó la cuestión de constitucionalidad no ponía en duda la idoneidad de la sanción de prisión de seis meses a un año para procurar el sometimiento de los conductores a las pruebas de detección y para contribuir a conseguir los demás fines mediatos de la norma; pero lo que alegaba era la desproporción de la sanción dada la existencia de otras medidas menos gravosas. En cambio, el Tribunal Constitucional español

⁸⁰ El tipo penal analizado por el Tribunal Constitucional español indicaba: *"El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un **delito** de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código".*

consideró que las medidas alternativas aducidas no eran palmariamente menos gravosas para los ciudadanos, por lo que ninguna de las propuestas resultó, pues, convincente para afirmar la manifiesta falta de necesidad de la pena del artículo 380 del Código Penal; por lo tanto, la cuestión de constitucionalidad fue desestimada. Dicha postura -como el propio extracto lo indica- pretende que el Tribunal Constitucional no se convierta en un “legislador imaginario”.

Bajo esta inteligencia de los apuntes realizados y de la jurisprudencia citada, es posible señalar que *“el examen del medio alternativo menos lesivo seguiría cumpliendo una importante función de preestructuración del examen de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto adelanta el grado de limitación del derecho afectado producido por el medio establecido en comparación con medios alternativos”*⁸¹.

II. 3.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

II. 3. A.- Concepto y características

El tercer y último de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio es el denominado subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Sin duda alguna, es el subprincipio o fase de análisis que mayores reservas genera en cierto sector de la doctrina y en el cual existe un menor desarrollo expreso por parte la de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Quizás esta aparente “dificultad” se debe a que si bien los subprincipios de idoneidad y necesidad responden a las

⁸¹ CLÉRICO. Op.cit., p. 127.

posibilidades fácticas (aspectos más constatables), el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se nutre de las posibilidades jurídico–normativas, los cuales son aspectos mucho más valorativos y argumentativos⁸². Por tanto, esta es la razón para que se considere que este subprincipio se encuentra inserto en el terreno de los valores⁸³.

Este examen de proporcionalidad, en sentido estricto, supone cuestionar, valorar y analizar acerca de la intensidad de la limitación del derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la medida establecida. Si bien el que una medida estatal sea adecuada técnicamente y la menos lesiva entre diversas opciones, presupone una importante carga de argumentos a su favor, lo cierto es que no basta con esto para que sea justificada de forma definitiva dicha limitación en un derecho fundamental; por lo expuesto, el principio de proporcionalidad en sentido estricto introduce el requerimiento de sopesar los argumentos que hablan en favor y en contra de la medida, en relación con el derecho fundamental⁸⁴.

Este subprincipio busca sustentar la existencia de una relación con equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la implementación de la medida establecida y los perjuicios que sufre el derecho en cuestión; de no darse esto, la medida es inconstitucional, por no ser proporcionada en sentido estricto. Tal aspecto no puede realizarse en divorcio con las etapas anteriores, ya que la seguridad de las premisas empíricas (de vital importancia en

⁸² ALEXY. Op.cit., p. 92.

⁸³ GONZÁLEZ–CUELLAR. Op.cit., p. 226.

⁸⁴ CLÉRICO. Op.cit., p.163.

los análisis de idoneidad y necesidad) es clave en procura de una ponderación adecuada y apegada a la realidad material.

Alexy afirma que el principio de proporcionalidad en sentido estricto es idéntico al contenido de la *ley de ponderación*, la cual en sus palabras establece que: “*cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁸⁵.

La anterior definición trae de sí un contexto que ya en líneas anteriores se ha adelantado y el cual reside en la presunta diferencia (en mayor o menor grado) que existe entre las reglas y los principios, con el consecuente contraste entre la posibilidad de aplicar el método de la subsunción o la ponderación⁸⁶. La alternativa de la ponderación responde a la necesidad de resolver conflictos o colisiones constitucionales, predominantemente de las normas definidas como principios, las cuales “*no están formuladas condicionalmente (‘cuando se dé este supuesto de hecho, procederá esta consecuencia jurídica’)*”⁸⁷.

En dicho contexto se debe entender la denominación “ponderar” en su acepción más sencilla y precisamente conforme a las definiciones que brinda el Diccionario de la Real

⁸⁵ ALEXY. Op.cit., p. 529.

⁸⁶ Se habla de “presunta” y de “mayor o menor grado”, en el tanto si bien Alexy en un inicio fue categórico con esta diferencia, lo cierto es que luego -como se indicó líneas atrás- realiza alguna matización al considerar que pueden existir normas con una doble condición. De igual forma, el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Op. cit., p. 47) considera que “*no hay diferencia cualitativa entre principios y reglas*”. Por su parte ARAGÓN REYES (*Constitución y Democracia*. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 84) indica que la distinción existente entre principios y reglas “*no está huérfana de problemas a la hora de su verificación en la práctica*”.

⁸⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., p. 12.

Academia de la Lengua, como “*determinar el peso de algo, contrapesar - equilibrar*”⁸⁸. No se trata de una ponderación totalmente “libre”, que solo se ajuste a las necesidades de cada caso; se trata de un *modelo de ponderación orientado por reglas*, el cual permita una reconstrucción de la práctica constitucional⁸⁹.

Respecto de la relación entre principio de proporcionalidad en sentido amplio y la ponderación, el profesor Rodríguez de Santiago ha realizado un importante aporte, cuando señala que si bien la ponderación se constituye en el tercer escalón del principio bajo análisis, lo cierto del caso es que el principio de proporcionalidad no es solo ponderación y esta segunda encuentra aplicación en más ámbitos que el citado principio⁹⁰.

Alexy cita una serie de ejemplos que permiten visualizar de forma más clara como en diversas ocasiones el Tribunal Federal Constitucional Alemán por medio de la ponderación, formula juicios racionales sobre la intensidad de la intervención en un derecho fundamental y sobre los grados de realización de otros principios. Entre estos ejemplos llama la atención el relativo al caso de la revista TITANIC (BverfGE 86, 1):

“La popular revista TITANIC llamó primero “asesino nato” y luego, en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva que era tetrapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista TITANIC, en razón de una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 Marcos Alemanes. La revista TITANIC interpuso un recurso de amparo”⁹¹.

⁸⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*. 2001. Consultado en el sitio web www.rae.es el 15 de abril de 2014.

⁸⁹ CLÉRICO. Op.cit., p.181.

⁹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., p. 26.

⁹¹ ALEXY. Op.cit., p. 532.

En este caso el Tribunal Federal Constitucional Alemán realizó una doble ponderación:

- En lo que respecta al hecho de que se llamara “asesino nato” al militar, realizó una ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La condena económica por este aspecto fue catalogada como “dura”, esto quiere decir, una intervención fuerte en el derecho fundamental a la libertad de expresión, pues la misma podía limitar a futuro la forma de publicar por parte de la revista. Especial consideración tuvo el hecho de que la palabra “nato” era ordinariamente utilizada por la revista. Esto generó que el derecho al honor del militar se considerara violentado solo de forma leve. Por lo dicho, la intervención en la libertad de expresión se consideró desproporcionada.
- Distinto fue lo resuelto respecto de llamar “tullido” al militar. El Tribunal Federal Constitucional Alemán consideró que este apelativo vulneraba gravemente el derecho al honor; por tal motivo, la importancia de la protección del oficial mediante una indemnización era grande, o sea, proporcionada. Respecto a este punto el recurso fue desestimado, en el tanto, en la actualidad y de forma comúnmente aceptada, llamar “tullido” a una persona con una discapacidad se considera una falta de respeto que vulnera su esfera de honor; por tal motivo, el Tribunal Federal Constitucional Alemán consideró que no existió por parte de la sentencia impugnada un error en la ponderación en contra de la libertad de expresión.

Lo anterior podrá encontrar mayor claridad y sustento luego de analizar las etapas propias de este subprincipio, según se realizará a continuación.

II. 3. B.- Etapas para su aplicación

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se puede disgregar o descomponer en diversas etapas o pasos. Mayoritariamente se han considerado las siguientes: determinación de la importancia (peso–magnitud) del derecho fundamental involucrado y del fin de la medida establecida, comparación de sus importancias y construcción de una relación de precedencia condicionada y establecimiento de una regla de precedencia condicionada. Seguidamente, la referencia concreta a cada una de estas etapas.

II. 3. B. a.- Determinación de los pesos tanto para el derecho fundamental involucrado como para el fin medida establecida (principios a ponderar)

Previo a realizar una comparación de los elementos involucrados, es necesario atribuir la importancia (peso–magnitud) de los dos objetos normativos involucrados: Los objetos a los que se les debe atribuir dicha importancia son, el derecho fundamental limitado y el fin de la medida establecida (medida legislativa o medida administrativa).

Bernal Pulido señala a este respecto la posibilidad de diferenciar entre peso abstracto y peso concreto. El primero consiste en que *“cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación”*, mientras que el segundo lo establece en el sentido de que *“cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la*

ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación”⁹².

La primera de las premisas expuestas por Bernal (peso abstracto) hace referencia a la existencia de ciertos principios que pueden fundamentar una medida interventora en un derecho y a determinadas escalas que pueden “existir” (o al menos crearse) ad intra de la propia Constitución. Por ejemplo, si la finalidad se fundamenta en otro derecho fundamental (distinto al limitado), la carga argumentativa que por lo general existe en favor de los derechos fundamentales se neutraliza. Otro ejemplo, es que si la medida interventora se fundamenta en el principio democrático, tendría, quizás, a su favor un mayor peso. Tal y como se indicará posteriormente.

No cabe duda que pretender jerarquizar de forma abstracta los contenidos constitucionales es un aspecto susceptible de críticas y, por lo tanto, la labor debe ser cautelosa. Sin embargo, Lopera Mesa⁹³ establece una serie de criterios que pueden colaborar en la delicada labor de crear o establecer dichas escalas valorativas entre los principios constitucionales, las cuales permitirían justificar un mayor o menor peso abstracto de un determinado derecho fundamental, esto quiere decir que pueden servir de una especie de guía preliminar, sujeta a revisión en el caso concreto; a saber:

- *Jerarquía constitucional de los principios*: tendrán mayor peso abstracto los principios que cuenten con respaldo expreso en una disposición constitucional

⁹² BERNAL. Op.cit., 2007, p. 766.

⁹³ LOPERA. Op.cit., 2003, p. 516.

(principios de primer grado), sobre los que no lo posean por ser expresión de los fines del legislador (principios de segundo grado).

- *Prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que reconocen bienes colectivos:* en virtud de su raíz liberal, tendrán más peso los derechos fundamentales que procuren la realización de un plan de vida individual, que los relativos a una colectividad. Tal afirmación debe ser comprendida en el sentido propio de la ponderación y no como una prevalencia *per se*, esto es que se hace necesario que las razones de restricción del derecho individual cuenten con un motivo de justificación superior.
- *Prioridad de los derechos fundamentales en función de su grado de resistencia constitucional:* por ejemplo, tendrán mayor peso los derechos con posibilidad de ser garantizados mediante un recurso de amparo, los que requieran una mayoría legislativa calificada para su afectación o los que sean objeto de reserva de ley, porque así lo dispone la CE.
- *La cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental:* someramente se puede decir que este elemento hace referencia a la existencia del denominado contenido esencial y a la imposibilidad del legislador de afectar dicho núcleo; por tanto, si la afectación se acerca a este contenido, mayor será el peso abstracto del derecho.

- *La vinculación con el principio democrático y la dignidad humana:* estos elementos cuentan con una especial fuerza de justificación en los Estados democráticos; por ende, cuanto mayor sea el ligamen de los derechos que intervienen en la ponderación con dichos elementos, mayor será su peso abstracto.
- *Reconocimiento de su prioridad en decisiones precedentes relativas a casos análogos:* este criterio da pie a reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en casos similares al analizado.

En lo que respecta al peso concreto, el cual hace referencia a la intensidad en la intervención en el derecho fundamental, igualmente Lopera Mesa⁹⁴ establece una serie de criterios, que a su entender, podrían determinar el grado de intensidad de la afectación, a saber: el alcance cuantitativo de la intervención, la probabilidad de que se produzca dicha intervención, su duración en el tiempo y la consideración de los efectos secundarios.

A modo de síntesis de esta etapa, interesa citar a Rodríguez de Santiago, quien siguiendo a Alexy, indica que en la misma se *“formulan argumentos sobre el cumplimiento de un principio y sobre el grado de compromiso o perjuicio de su contrario para cada una de las soluciones posibles de conflicto”*⁹⁵.

⁹⁴ *Idem*, p. 505.

⁹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op. cit., p. 130.

II. 3. B. b.- Comparación de los pesos del derecho fundamental involucrado con el fin de la medida establecida y construcción de un trato de precedencia condicionada

Una vez aclarado el peso de cada uno de los elementos enunciados, se debe realizar concretamente la ponderación en sentido estricto, o sea, la comparación entre: (i) el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental y, (ii) el grado de importancia en la realización de la medida establecida⁹⁶. Esto conduce a la regla que indica: *“Cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa”*⁹⁷.

Lo anterior se traduce de una forma sencilla: si no existe una relación equilibrada entre la intervención en un derecho fundamental y la medida establecida, dicha intervención no sería ponderada y, por tanto, no sería proporcionada en sentido amplio, lo cual conduce a su inconstitucionalidad.

Del anterior resultado se construye una relación de precedencia o prevalencia condicionada, la cual surte efectos en el caso concreto a fin de determinar la proporcionalidad en sentido amplio de la medida establecida que afecta al derecho fundamental, por medio de una jerarquización para el caso concreto de los principios en juego (al menos de entrada - según se indicará- podría aplicar, eventualmente, a casos futuros coincidentes). Esto quiere

⁹⁶ BERNAL. Op.cit., p. 787.

⁹⁷ *Idem*, p. 788.

decir que se llega a una decisión que hace prevalecer un principio, frente a otro u otros, que retrocede (n)⁹⁸.

Lo anterior es precisamente lo que Alexy denomina *ley de la colisión*, la cual viene a complementar a la ya citada *ley de la ponderación*. La colisión se dirime por medio de una relación de precedencia condicionada, en donde “*se indican las condiciones en las cuales el principio precede al otro*”⁹⁹.

II. 3. B. c.- Establecimiento de una regla de precedencia condicionada

Más que una etapa propiamente dicha, este tercer elemento relativo al establecimiento de una regla de precedencia o prevalencia condicionada, es una especie de resultado. En efecto, luego de establecer los pesos de la intervención en el derecho y de la finalidad de la medida pública que incide en dicho derecho, así como de realizar su comparación, se genera el resultado de que para un caso concreto se produce una relación en donde un principio cede ante otro, entiéndase, un principio tiene mayor peso relativo que otro.

Esta jerarquía entre principios ha sido definida como una jerarquía *móvil o débil*¹⁰⁰; pues es una jerarquía que solo supone un peso relativo en el caso concreto. En este sentido y según se adelantó, la debilidad de dicha jerarquía igualmente es solo parcial, ya que si bien no se habla de una jerarquía definitiva o absoluta o de una expulsión de un principio del

⁹⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., p. 137.

⁹⁹ ALEXY. Op.cit., p. 71-73.

¹⁰⁰ Terminología utilizada por Riccardo Guastini y citada por Lopera Op.cit., p. 545.

ordenamiento, lo cierto es que dicha relación de precedencia condicionada se puede utilizar en casos que compartan propiedades similares.

De hecho, la citada relación de precedencia se constituye, para el caso concreto y para determinados casos futuros, como una regla y sirve de premisa mayor en la fundamentación del juicio de constitucionalidad en dichos casos futuros, con elementos coincidentes, según se indicó¹⁰¹.

De modo complementario a las anteriores etapas, en especial la primera (determinación de los pesos), y siendo un aspecto adicional en la tesis que propone Alexy (junto con *la ley de la ponderación* y *la ley de la colisión*), es necesario señalar al menos someramente el contenido de la denominada *fórmula del peso*. Esta fórmula se caracteriza por ser un argumento que define la estructura lógica de los pesos en el discurso y muestra la forma como cada uno de estos se conecta con los demás¹⁰². La finalidad de dicha fórmula es resumir en una sola magnitud el peso de cada principio y preparar la comparación de pesos (realizada en la etapa dos el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto); la fórmula se expresa por medio de magnitudes numéricas, lo cual ha generado una serie de fuertes críticas doctrinales, que serán analizadas posteriormente.

La fórmula citada, en términos generales y en su enunciación básica, se traduce de la siguiente manera: el peso del principio afectado por la intervención en relación con el principio justificante en las circunstancias del caso (G_{Pi,j}C), corresponde al cociente de

¹⁰¹ LOPERA. Op.cit., p. 546.

¹⁰² *Idem*, p. 534.

dividir los productos que se obtienen de multiplicar, por una parte, el grado de afectación del principio iusfundamental, por su peso abstracto, por la seguridad de las premisas empíricas (IPiC) y, por otra, el grado de satisfacción del principio justificante, por su peso abstracto, por la seguridad de las premisas empíricas (WPjC)¹⁰³. La fórmula se expresa de la siguiente manera:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC}{WPjC}$$

Por último y luego de haber analizado las etapas de aplicación, es necesario reseñar los posibles resultados de la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales son:

- Que la medida establecida produzca una restricción desproporcionada del derecho. En este caso, la medida es desproporcionada en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio; tal aspecto se traduce en su inconstitucionalidad, salvo casos especiales donde proceda una interpretación conforme, según el Tribunal Constitucional.
- Que la medida establecida produzca una restricción proporcionada en el derecho. En este caso, la medida es proporcionada en sentido estricto y al haber superado las etapas de idoneidad y necesidad, también sería proporcionada en sentido amplio; con tal resultado concluye el análisis de constitucionalidad, exclusivamente desde la

¹⁰³ LOPERA. Op.cit., p. 534.

perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo cual no impide su continuación con otros métodos.

- Que exista un “empate” entre los pesos de los principios bajo ponderación. Esta posibilidad, sumamente eventual, tendría solo una importancia teórica, más que práctica. Tal y como sustenta Lopera, según las últimas obras de Alexy, en este caso operaría una decisión *pro legislatore*, aspecto que se contradice con las posiciones iniciales de dicho autor alemán, quien en su momento defendió una posición *pro libertate*¹⁰⁴. Bernal, por ejemplo, parece inclinarse por una posición mixta y considera que operaría el principio *pro legislatore* en tesis de principio, salvo restricciones fuertes en el derecho fundamental, donde aplicaría el principio *pro libertate*¹⁰⁵. De todos modos, este aspecto se indica como simple referencia, pues consideramos que en virtud de las competencias interpretativas de los Tribunales Constitucionales y de la realidad práctica de su funcionamiento, la posibilidad de expresar un “empate” en pesos sería muy remota y carente de sentido pragmático.

II. 3. C.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

De lo hasta aquí expuesto, se puede derivar que se está ante un subprincipio o escalón de análisis que permite verter todas las tesis disponibles en el marco de la argumentación

¹⁰⁴ LOPERA. Op.cit., p. 540.

¹⁰⁵ BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, No. 26, 2003, p. 237.

jurídica, concretamente, argumentos que provienen de la dogmática, de los precedentes y los referidos a la legitimidad democrática del legislador, entre otros¹⁰⁶.

De forma notoria, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español no ha sido del todo conteste al contenido y modo de aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. El subprincipio bajo estudio, ha sido utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en términos poco precisos e incluso como sinónimo de “*ponderación de intereses*” o “*bienes constitucionalmente protegidos*”, lo cual permite concluir que no existe una línea sistemática al respecto¹⁰⁷.

A pesar de lo indicado, existen sentencias donde es posible identificar que se ha realizado el análisis respectivo, al menos, en una importante medida. De estas sentencias sobresale, a modo de ejemplo, la resolución STC 207/1996, de 16 de diciembre, la cual es producto de un recurso de amparo contra un auto judicial que ordenaba practicar como prueba pericial, el rasurado axilar y la extracción de cabellos de la cabeza del recurrente, jefe de la policía judicial del lugar, y al que se le investigaba por un delito de tráfico de cocaína. En dicho caso, el Tribunal Constitucional español realizó un análisis de cada uno de los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en sentido amplio, y realizando una especial referencia al principio de proporcionalidad en sentido estricto, concluyó que las resoluciones judiciales dictadas por el órgano judicial que ordenaban la realización de

¹⁰⁶ CLÉRICO. Op.cit., p.197.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ NIETO. Op.cit., p. 436.

pruebas en el vello del recurrente -a fin de determinar su adicción a ciertas sustancias-, no eran proporcionadas en sentido estricto¹⁰⁸. La sentencia literalmente indica:

“6.- [...] C) Por otra parte, aun cuando se admitiese que, en el caso que nos ocupa, el análisis pericial del cabello rasurado extraído coactivamente de distintas partes del cuerpo del imputado pudiera ser, abstractamente considerada, una medida necesaria a los fines de la investigación penal, no por ello las resoluciones judiciales impugnadas resultarían enteramente acordes con la exigencia constitucional de proporcionalidad, pues, en la determinación acerca de si una medida restrictiva de los derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurran en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate, todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

En este sentido, y a la vista de su contenido dispositivo, es evidente que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte a "el tiempo desde que (el recurrente) lo pudiera ser (consumidor)" -lo que, en puridad, abarca toda su vida-, como al requerir que dicho informe comprenda el consumo "de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes" -y no sólo el de cocaína, que es la única sustancia que se sospecha pudo haber recibido como dádiva en el delito de cohecho que le es imputado-, incurren en una notoria desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción, razón por la cual dicha medida se revela, en este punto, lesiva del derecho a la intimidad del demandante de amparo”.

Tal y como es fácil concluir, el Tribunal Constitucional español estimó el recurso y reconoció el derecho del recurrente a no someterse a la intervención corporal; esto se fundamentó principalmente en que había una evidente desproporción entre el alcance que otorga a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción.

¹⁰⁸ Incluso, la sentencia concluyó que no eran “necesarias”, y realizó el análisis de proporcionalidad en sentido estricto bajo una hipótesis abstracta.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional español donde se aplicó el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es la STC 14/2003, de 28 de enero, cuya causa inicial fue la difusión por parte de la policía, de la fotografía del recurrente -involucrado en delitos graves, pero no autor de los mismos- difusión innecesaria para lograr la finalidad que supuestamente pretendía la policía con la misma; el resultado fue la concesión del amparo a este, por vulnerar el derecho al honor e imagen conforme al siguiente razonamiento:

*“9. [...] para apreciar si la actuación policial cuestionada en el presente caso vulneró o no el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo no es suficiente hacer valer un interés general o público, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende que **"si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia"** (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7). Por ello no es ocioso recordar aquí, como tiene declarado con carácter general este Tribunal, que **los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos** (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2), **ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone** (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4 a 6; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6)”.*

Por otra parte, según se fundamentó en su momento, los análisis de idoneidad y necesidad se realizan, desde la perspectiva del legislador, mediante un control de evidencia. Esto mismo sucede, en tesis de principio, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual implica que la medida será desproporcionada en sentido estricto solo si desde

la perspectiva del legislador y, de manera evidente, se restringe el derecho fundamental con una intensidad mayor de la que favorece al principio constitucional que la fundamenta.

La anterior, precisamente, parece ser la posición del Tribunal Constitucional español, el cual sostiene un criterio de control de evidencia (claridad en la constatación de las premisas) para todo el principio de proporcionalidad en sentido amplio en general, ya que tal y como lo utiliza con los subprincipios de idoneidad y necesidad, lo aplica también en la proporcionalidad en sentido estricto. Así por ejemplo, la sentencia 161/1997, de 2 de octubre del Tribunal Constitucional español -en relación a la negativa de sometimiento a pruebas de ingesta alcohólica-, la cual en su fundamento jurídico número 11 sustentó un control de evidencia en la aplicación del subprincipio de idoneidad y respecto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto indicó:

*“13. A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el fundamento jurídico 10º y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, **no constatamos un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable" entre el desvalor de la conducta y la sanción** que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 C.E.”.*¹⁰⁹

Si bien autores como Bernal Pulido consideran que dicha tendencia es plausible, de igual forma afirman que *“las intervenciones legislativas intensas en los derechos fundamentales deben ser objeto de un control material intensivo de proporcionalidad en*

¹⁰⁹ “Artículo 17. 1 de la Constitución Española: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*” – “Artículo 25. 1 de la Constitución Española: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*”

sentido estricto, practicado desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”¹¹⁰. Esto quiere decir que el control de evidencia, desde la perspectiva del legislador (prueba clara y expresa de las premisas analíticas, empíricas y normativas), podría quedar predominantemente reservado a intervenciones más leves en la esfera de los derechos fundamentales. Tal propuesta de Bernal nace de una línea de pensamiento introducida por Alexy -en el Epílogo de su Teoría de los Derechos Fundamentales- y la cual se denominada *segunda ley de la ponderación o ley epistémica de la ponderación*, en relación directa con la seguridad de las premisas empíricas, en virtud de la cual *“cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que las sustentan”*¹¹¹. Dicha ley es un refuerzo y un complemento a la ley de la ponderación, a la ley de la colisión y a la fórmula del peso, figuras ya citadas y estudiadas líneas atrás.

Sobre este principio Clérico indica que, en comparación con los criterios de idoneidad y necesidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto es “débil”; sin embargo, *“es una regla formal en un sentido procedimental, pues sirve para indicar qué y en qué medida debe ser justificada la limitación de un derecho”*¹¹².

Lo anterior conduce a afirmar que, al estar ante una etapa de análisis donde entran en juego condiciones valorativas, no presentes en las etapas anteriores, la intensidad de la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es relativa y depende de las circunstancias del caso concreto, en especial del tipo de intervención (alta, media, baja)

¹¹⁰ BERNAL. Op.cit., p. 783.

¹¹¹ ALEXY. Op.cit., p. 552.

¹¹² CLÉRICO. Op.cit., p.289.

que se realice en el derecho fundamental y la seguridad de las premisas empíricas que se introduzcan en dicha etapa.

CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ESPACIO SUPRANACIONAL EUROPEO

III. 1. - La Unión Europea y su Tribunal de Justicia

Tal y como se indicó en el apartado relativo a la evolución histórica del principio de proporcionalidad, existen diversas fuentes de origen comunitario que han realizado un importante aporte al principio bajo estudio. Si bien, como se señaló en su momento, ya en los setenta se dieron resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que de alguna forma hacían referencia al principio de proporcionalidad, es imperativo dar cuenta del contenido normativo de ciertos tratados que actualmente plasman aquella incipiente jurisprudencia y, a su vez, de la postura actual de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En primer término, es necesario destacar el Tratado de la Unión Europea de 1992 (denominado el Tratado de Maastricht), el cual contiene varias referencias a la noción de proporcionalidad, la más destacable de ellas, es la establecida en su artículo 5, al indicar:

“Artículo 5

- 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y **proporcionalidad**.*
- 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.*
- 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera*

suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

*4. En virtud del **principio de proporcionalidad**, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.*

Así como lo indica la anterior norma, existe el denominado “Protocolo No. 2 Sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad”, el cual se emitió en el año 2007 y contiene una serie de regulaciones concretas sobre estos principios, específicamente en lo relativo a la forma de actuar de las instituciones de la Unión. Alonso García señala que mientras *“la subsidiariedad es un criterio de necesidad (responde a la pregunta “¿debe actuar la Unión?”), la proporcionalidad lo es de intensidad (responde a la pregunta “¿cuál debe ser la naturaleza de la intensidad de la acción de la Unión?)”*¹¹³.

Un caso donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expone con claridad su posición respecto al principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, es la sentencia del 13 de mayo de 1997 (Asunto C-233/94); en este sentido, si bien la resolución no tiene correspondencia directa con el tema de la limitación de derechos fundamentales, tales apreciaciones se constituyen en un insumo de interés en virtud de su contenido. En dicho caso, Alemania buscaba la anulación de una Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos y alegaba que la dicha Directiva contenía disposiciones que

¹¹³ ALONSO GARCÍA, R. *Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Thomson Reuters, Madrid, cuarta edición, 2012, p. 29.

no respetaban los límites del principio de proporcionalidad. La sentencia en lo relevante a nuestros intereses, indica:

“54. [...] Procede recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo”.

En tal caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que no le correspondía sustituir la voluntad del legislador comunitario y, a lo sumo, solo puede censurar la opción normativa que resulte manifiestamente inconveniente en comparación con las ventajas que pudiera presentar tal alternativa. Por ese motivo, desestimó el alegato de violación al principio de proporcionalidad y confirmó la procedencia de la Directiva europea

Por otra parte, es de suma importancia hacer referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (denominado Carta de Niza), la cual si bien fue proclamada en el año 2000, no tuvo verdadera eficacia jurídica hasta el 2009, con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, que vino a modificar expresamente el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, otorgándole a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo valor que a los tratados. Dicha Carta menciona expresamente el principio de proporcionalidad, en el ámbito de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales¹¹⁴; en concreto el artículo 52.1 indica:

¹¹⁴ Adicionalmente, es necesario recordar que el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también contiene otra referencia al principio de proporcionalidad, pero esta es específicamente con respecto a la intensidad de las penas en relación con las infracciones.

“Artículo 52

*1.- Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del **principio de proporcionalidad**, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.*

La redacción actual de la norma citada responde a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ha sido conteste en afirmar que solo podrán introducirse limitaciones a los derechos fundamentales, si se respeta el principio de proporcionalidad (utilizando o no expresamente su denominación). Lo anterior, siempre y cuando sea en uno de dos supuestos, a saber: (i) cuando dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, o (ii) a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Reflejo de tal posición jurisprudencial es la sentencia del 13 de abril de 2000 (Asunto C-292/97), que tiene por objeto una petición dirigida por Suecia al Tribunal de Justicia destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de un Reglamento de la Unión (en aquel momento llamada “Comunidad”), donde establecía una tasa suplementaria en el sector de la leche y los productos lácteos; esto respecto del principio de igualdad de trato, concretamente en cuanto a la imposibilidad de discriminación entre productores. Entre los diversos razonamientos contenidos en dicha sentencia, ha de resaltarse el relativo a la posibilidad de restricción de derechos por parte de la Unión, siempre y cuando se trate de razones sustentadas en objetivos generales de la propia Unión. Concretamente el Tribunal de Luxemburgo indicó en la sentencia:

*“45. [...] según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que **dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general** perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una **intervención desmesurada e intolerable** que afecte a la esencia misma de dichos derechos”.*

En tal caso, la carga que resultaba de la fijación de las cuotas lecheras en un nivel inferior a la capacidad de producción, las soportaban exclusivamente los productores nuevos y en crecimiento; a priori ello vulneraba el principio de no discriminación, pero al responder tal medida -indicó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- al objetivo principal que persigue la Comunidad, que es reducir los excedentes estructurales y lograr un mayor equilibrio del mercado, no podía considerarse contraria al mismo.

De hecho, la sentencia se refiere concretamente al principio de proporcionalidad, al señalar:

*“58. En la medida en que la fijación de las cuotas lecheras, en particular las de los nuevos productores y las de los productores en crecimiento, en un nivel inferior a su capacidad de producción constituye una restricción al ejercicio de sus derechos fundamentales, debe recordarse que, cuando un **Estado miembro establece restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, está obligado a respetar el principio de proporcionalidad**, que exige que estas restricciones no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de los derechos”.*

EL Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que ningún elemento del proceso permitió poner en duda que la fijación de las cuotas lecheras de los nuevos productores y los productores en crecimiento en un nivel inferior a su capacidad de producción, sea adecuada y necesaria para evitar que se supere la cantidad global garantizada. Por tales motivos -según se ha adelantado- la normativa fue interpretada en el sentido defendido por el país

consultante, entendiendo que no contenía limitaciones desproporcionadas a los derechos de los ciudadanos de la Unión¹¹⁵.

En línea con lo apuntado, la sentencia del 12 de junio de 2003 (Asunto C-122/00) conoció un asunto prejudicial destinado a la interpretación de una serie de artículos del Tratado de la Unión Europea sobre los requisitos de la responsabilidad de un Estado miembro, como consecuencia de los daños causados a los particulares por las infracciones del Derecho comunitario. En concreto, el conflicto fue iniciado por una empresa de transporte que consideró vulnerados sus derechos con motivo del cierre por varias horas de una carretera por parte del Estado austriaco, con el fin de que se celebrara una manifestación. En cuanto a la limitación de derechos y el principio de proporcionalidad la sentencia indica:

*“82. A este respecto, la autoridad competente dispone de una amplia facultad de apreciación. No obstante, procede verificar si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios son **proporcionadas a la finalidad legítima perseguida**, a saber, en el caso de autos, la protección de los derechos fundamentales”.*

[...]

*“91. Si bien es cierto que una actuación de este tipo genera normalmente algunos inconvenientes para las personas que no participan en ella, en particular por lo que respecta a la libertad de circulación, **tales inconvenientes pueden en principio admitirse desde el momento en que la finalidad perseguida es esencialmente la manifestación pública y expresada legalmente de una opinión**”.*

¹¹⁵ Claramente se tienen presentes las diferencias existentes entre un Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; sin embargo, cada vez más, cierto sector de la doctrina, se inclina por considerar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene el “estatus” de una Corte Constitucional, esto entre otras cosas, en virtud de su función de intérprete de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (MARICA, A. *Unión Europea y el Perfil Constitucional de su Tribunal de Justicia*. Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, 2013, p. 183).

En dicho caso en su fundamentación el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresa y, literalmente indica, que es necesario “ponderar los intereses en juego” y toma con especial deferencia el margen de apreciación del Estado miembro, considerando que su actuación no resultó contraria a la normativa comunitaria aplicable al caso. En concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea razonó que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía alcanzarse mediante medidas menos restrictivas y -se insiste-, se toma como punto de partida el margen de apreciación del Estado miembro.

En un similar sentido y permitiendo vislumbrar una línea jurisprudencial en la materia, en un escenario donde ya la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea goza de fuerza vinculante, la sentencia del 30 de abril de 2014 (Asunto C-390-12) realiza de igual forma una referencia al principio de proporcionalidad en el contexto de una limitación al ejercicio de derechos fundamentales. La sentencia analizaba una cuestión prejudicial interpuesta por Austria para obtener la interpretación de ciertos artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con respecto a unas sanciones administrativas impuestas por incumplimientos de la Ley de Juegos de Azar. La sentencia en lo indicado señala:

“50. [...] el Tribunal de Justicia ya ha declarado que es el Estado miembro que invoca un objetivo que puede legitimar el obstáculo a la libre prestación de servicios quien debe proporcionar al órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre esta cuestión todos los datos que le permitan comprobar que dicha medida cumple las exigencias del principio de proporcionalidad [...]”.

El órgano jurisdiccional remitente consideró que las autoridades nacionales austriacas no habían demostrado que la “criminalidad o la adicción al juego” (necesidad que

“sustentaba” la imposición de sanciones) constituyeran efectivamente un grave problema nacional; por tal motivo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decidió que no se había demostrado la necesidad de la medida y la misma resultaba incompatible con la normativa europea.

Siempre en lo relativo a la figura de la proporcionalidad, una sentencia que sin duda es necesario destacar, es la del 14 de octubre de 2004 (Asunto C-36/02). Por medio de ella el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conoció una cuestión prejudicial en una disputa tramitada ante la jurisdicción alemana, que requería el pronunciamiento de dicho Tribunal sobre una orden de prohibición impuesta a una empresa que se dedicaba a la actividad de juego, en el que se disparaba con un láser a blancos “humanos”. En tal sentencia se recurre a lo que el propio Tribunal denomina “ponderación” para resolver el caso puesto en su conocimiento y termina por considerar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se opone a la prohibición de la actividad.

Lo relevante de la citada sentencia es precisamente la referencia a la proporcionalidad que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por medio de la cual anuncia que su noción de proporcionalidad no tiene la intención formular un criterio de aplicación general al respecto; pues está de por medio el margen de apreciación de cada Estado miembro. La sentencia indica:

“37. A este respecto, no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. Aunque, en el apartado 60 de la sentencia Schindler, antes citada, el Tribunal de Justicia se refirió a

*consideraciones de orden moral, religioso o cultural que llevan a todos los Estados a imponer restricciones a la organización de loterías y de otros juegos, al mencionar esta concepción común, **el Tribunal de Justicia no tuvo la intención de formular un criterio general para apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica.***

*38. Al contrario, como resulta de reiterada jurisprudencia posterior a la sentencia Schindler, antes citada, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro **no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia**”.*

Independientemente del uso, que en mayor o menor medida, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del principio de proporcionalidad, no cabe duda que el mismo representa para dicho Tribunal un parámetro importante que permite valorar la procedencia de intervenciones que pueden incidir negativamente en la esfera de protección de los derechos fundamentales; esto incluso, a pesar de que muchas veces el Tribunal es renuente a la aplicación “plena” del citado principio.

III. 2.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el principio de proporcionalidad: el margen de apreciación estatal

A diferencia de lo que sucede en las normas comunitarias anteriormente citadas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado Convenio de Roma), el cual entró en vigor el 3 de setiembre de 1953¹¹⁶, no contiene una mención expresa y directa del principio de proporcionalidad; sin embargo, por los aspectos que se dirán, esto no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo utilice a modo de fundamento en diversas sentencias.

¹¹⁶ En España entró a regir el 4 de octubre de 1979.

En el anterior contexto, variados son los elementos que le han permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizar el principio de proporcionalidad. Uno de ellos está contenido en los denominados *derechos restringidos o sometidos al margen de apreciación*. Los requisitos de las citadas restricciones vienen dados expresamente por los incisos subsiguientes al que reconoce el derecho, a saber:

- El derecho al respeto de la vida familiar y privada, del domicilio y la correspondencia.

La restricción a este derecho está contenida en el artículo 8.2 e indica:

*“[...] 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, **en una sociedad democrática, sea necesaria** para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

- Libertad de pensamiento, conciencia y religión. La restricción a esta libertad está contenida en el artículo 9.2 e indica:

*“[...] 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, **constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática**, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.*

- Libertad de expresión. La restricción a esta libertad está contenida en el artículo 10.2 y señala:

*“[...] 2. 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”.*

- Libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación. La restricción a estas libertades está señalada en el artículo 11.2 que literalmente dice:

*“[...] 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan **medidas necesarias, en una sociedad democrática**, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.*

Las anteriores normas tienen como común denominador la posibilidad de realizar una restricción a cada uno de los derechos reconocidos, pero tal restricción debe contener una serie de requisitos: (i) la restricción debe estar contenida en una ley (norma interna), (ii) debe constituirse una “*medida necesaria en una sociedad democrática*”¹¹⁷ -y ello es fundamental para la presente investigación- y, (iii) ha de perseguir ciertos fines legítimos (por ejemplo, seguridad, orden, moral, salud o la protección de los derechos o las libertades de los demás). En esta labor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el mismo subraya, “*valora las normas, los hechos acaecidos y el enjuiciamiento de los tribunales nacionales, incluida*

¹¹⁷ Dicha cláusula no solo se encuentra contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que también se reitera en diversos Protocolos específicos del Convenio de Roma (por ejemplo: Protocolo No. 4 y Protocolo No. 7), con aplicación incluso en otros derechos, como es el caso de las “garantías de los extranjeros” o la “libre circulación”, entre otros.

la *jurisdicción constitucional*”¹¹⁸; pero, sin llegar a sustituir a los tribunales internos (Sentencia del 30 de enero del 2008, Partido Comunista Unificado de Turquía v Turquía)

Según se referenció al inicio del presente trabajo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la sentencia *Handyside* de 1976 (Del 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. the UK*), hace uso del principio de proporcionalidad, precisamente en el contexto de la frase de una “*medida necesaria en una sociedad democrática*”. El caso *Handyside* consistió en una demanda interpuesta por Richard Handyside contra el Reino Unido, por violación de la libertad de expresión, en virtud de la prohibición de distribución de un libro con contenido sexual; prohibición fundada en la salvaguarda de la moral y con fundamento en normas de derecho interno. El principal argumento del actor era que la obra había circulado sin problema en diversos países. En la sentencia el Tribunal de Estrasburgo indicó:

“49. El artículo 10.2 [del Convención Europeo de Derechos Humanos] no atribuye, sin embargo, a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación. Encargado, junto con la Comisión, de asegurar el respeto de sus compromisos (art. 19), el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el artículo 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea. Ésta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. En esta línea, el Tribunal sigue tanto el artículo 50 del Convenio (“decisión tomada o [...] medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad”), así como su propia jurisprudencia (sentencia “Engel y otros” de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, ps. 41 y 42, apartado 100).

Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o

¹¹⁸ SARMIENTO D., MIERES L., PRESNO M. *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Thomson Civitas, 2007, p. 97.

*consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. **Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue**”.*

En el caso, con especial deferencia al margen de apreciación nacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no se había violado la libertad de expresión del actor. El tribunal sostuvo que por el hecho de que la obra hubiese circulado en otros países no se desvirtúa la necesidad de la medida estatal, máxime cuando el respeto a la moral lo adapta cada país con fundamento precisamente en su margen de apreciación.

Lo trascendente de tal sentencia es que la misma expresamente señala que cualquier limitación que se pretenda realizar a la libertad de expresión debe ser proporcionada con el fin que dicha limitación persigue. Por lo dicho, “*el Tribunal exigió para admitir cualquier limitación de los derechos y libertades no solo que el medio utilizado fuera el menos gravoso de todos los posibles, sino también que la utilización de dicho medio hubiera sido proporcionada en sentido estricto a los fines perseguidos*”¹¹⁹.

El caso *Lingenes* de 1986 (Sentencia del 9 de julio de 1986, *Lingenes v. Austria*) es otro caso relativo a la libertad de prensa, pero donde el Tribunal llegó a la conclusión contraria, en el sentido de que la medida desplegada por el Estado miembro sí fue desproporcionada, al estar en un contexto de índole política. El señor *Lingenes* era un periodista austríaco que había sido condenado penalmente, al pago de una multa económica

¹¹⁹ FASSBENDER BARDO. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998, p. 56.

así como a la publicación del fallo, por utilizar determinados términos negativos (como: “*oportunismo*”, “*indigno*”) en referencia de un político de su país. En la sentencia el Tribunal confirma y detalla las apreciaciones realizadas, entre otras, en la sentencia *Handyside* y en su parte conclusiva señala concretamente:

*“47. [...] De todo lo que se ha considerado se deduce que la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del señor Lingenes no era “necesaria en una sociedad democrática” “para la protección de la reputación ajena”: **fue desproporcionada con el fin legítimo perseguido**. Por consiguiente violó el artículo 10 del Convenio”.*

Las anteriores líneas encierran la visión y la forma de percibir por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el principio de proporcionalidad, en estricto ligamen y derivación de la cláusula “*medida necesaria en una sociedad democrática*”. Para la doctrina, esta cláusula desempeña una doble función: (i) supone la posibilidad de restringir los derechos protegidos; pero también, (ii) el que la capacidad de injerencia de los Estados se encuentra limitada por una serie de condiciones, cuya interpretación está en manos del Tribunal¹²⁰.

El Tribunal de Estrasburgo ha ido consolidando, hasta cierto punto, los anteriores lineamientos. En la sentencia *Sindicatul Pastorul cel Bum* de 2013 (Del 9 de julio de 2013, *Sindicatul Pastorul cel Bum vs Rumania*), expone y aplica de forma más sistemática su concepción de la proporcionalidad. Este caso versaba sobre la negativa del Gobierno rumano a autorizar la constitución de un sindicato conformado por sacerdotes ortodoxos de las parroquias de la Ciudad de Oltenia, la mayoría de los cuales pertenecían a la jurisdicción de

¹²⁰ GARCÍA SAN JOSÉ, D. *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 91.

la Archidiócesis de Craiova. En su sentencia, el Tribunal expresamente reconoce que se está ante una restricción a la libertad establecida en el numeral 10 del Convenio de Roma, con lo cual se requería analizar si tal restricción es proporcionada de la siguiente forma, si: (i) dicha limitación se encontraba sustentada en una ley, (ii) que persiguiera una o más finalidades legítimas y, (iii) que fuese “*necesaria en una sociedad democrática*”, para alcanzar esas finalidades.

En lo que respecta a los dos primeros requisitos, la Gran Sala del Tribunal los tuvo por superados sin mayor inconveniente y de manera expedita, pero en cuanto al tercero (medida “*necesaria en una sociedad democrática*”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza un análisis más reposado, atendiendo a la libertad y autonomía religiosa que el propio Convenio prevé y el cual es parte de la convivencia en una sociedad democrática. Sobre este punto la sentencia sostiene:

*“168. [...] La Gran Sala señala que el Tribunal del Condado denegó el registro del sindicato demandante al no cumplir éste con los requisitos del Estatuto de la Iglesia porque sus miembros no habían cumplido con el procedimiento especial previsto para constituir una asociación. La Gran Sala considera que, al tomar esta decisión, el Tribunal del Condado aplicó simplemente el principio de autonomía de las comunidades religiosas; **el rechazo de la inscripción del sindicato demandante con base en la no obtención del permiso del arzobispo fue una consecuencia directa del derecho de la comunidad religiosa en cuestión de decidir sobre su propia organización y regirse de acuerdo con los preceptos del Estatuto** [...]”.*

De acuerdo con tales alegatos, con fundamento en la gran variedad de modelos constitucionales existentes en Europa que regulan las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, lo cual acrecienta el citado margen de apreciación en la materia y le

permite decidir si acepta o no la formación de un sindicato dentro de una comunidad religiosa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a la siguiente conclusión:

*“172. En conclusión, de acuerdo con todas las razones expuestas anteriormente, el rechazo de la inscripción del sindicato demandante por parte del Tribunal del Condado **no sobrepasó el margen de apreciación de las autoridades nacionales en esta materia y, por tanto, no fue una medida desproporcionada**”.*

Conviene reiterar que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo se limita a los derechos contemplados en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio; evidentemente, el Tribunal también aplica el principio con respecto a otros derechos. A modo de simple referencia, es posible denotar sentencias respecto al derecho de propiedad (Artículo 1 del Protocolo Adicional); en concreto, sentencias¹²¹ que analizan la temática de la expropiación, en donde *“el tribunal realiza un juicio laxo sobre la idoneidad y necesidad de la medida enjuiciada, de modo que la existencia de una alternativa menos gravosa pero desechada por el Estado al menos con fundamento razonable, no supone lesión al derecho”*¹²².

Ahora bien, no cabe duda que existen diferencias importantes entre la forma y los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad por un tribunal supranacional, como lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por un tribunal nacional. Elementos como el margen de apreciación y la no sustitución de la discreción de los jueces nacionales, son aspectos que vienen a modular dicho

¹²¹ Entre ellas: Ex Rey de Grecia y otros contra Grecia, de 23 de noviembre de 2000.

¹²² SARMIENTO D., MIERES L., PRESNO M. Op. cit., p. 139.

principio en este contexto y hacen que su aplicación sea realmente “particular”¹²³. Por tal motivo, la doctrina sostiene que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en pocas ocasiones llegará a realizar una autónoma y completa verificación de la proporcionalidad de la medida; pues lo normal es que se limite a comprobar si el órgano del Estado miembro actuó de “*manera razonable y de buena fe*”¹²⁴; lo cual por sí solo no dice mucho. En este contexto, a mayor margen de discreción nacional que alegue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, menor es la probabilidad de que se declare la vulneración de un derecho con fundamento en el principio de proporcionalidad. Adicionalmente, a lo anterior se le debe sumar el hecho de que dicho Tribunal no termina de consolidar una línea jurisprudencial contundente y clara en cuanto la aplicación del principio en cuestión¹²⁵.

Evidentemente, lo apuntado no resta mérito a la utilización por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del principio de proporcionalidad, pero sí es un elemento que ofrece un panorama claramente importante de su realidad de aplicación: sin duda dicho principio procura que la injerencia en un derecho, venga precedida de razones relevantes y suficientes¹²⁶.

¹²³ BILBAO UBILLOS, J. “Las libertades de reunión y asociación (ART.11 Convenio Europeo de Derechos Humanos): Algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección”, en *La Europa de los derechos*, Pablo Santolaya Machetti y Francisco Javier García Roca (coordinadores) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2009, p. 635.

¹²⁴ FASSBENDER BARDO. Op.cit., 2006, p. 59.

¹²⁵ *Idem*, p. 72.

¹²⁶ GARCÍA SAN JOSÉ. Op.cit., 2006, p. 174.

CAPÍTULO IV: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tal y como sucede en el caso del Convenio de Roma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como el Pacto de San José y suscrita el 22 de noviembre de 1969) no contiene una mención expresa del denominado principio de proporcionalidad. Pero dicha falta de alusión en la letra del convenio, no ha impedido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya hecho uso de esa herramienta.

Según se desarrollará en el presente capítulo, la utilización del principio de proporcionalidad -como medio de valoración de una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos - por parte de la Corte, ha tenido un proceso evolutivo. Es posible establecer al menos dos etapas en la categorización de su jurisprudencia: una etapa inicial o primigenia y una posterior etapa en la que nos encontramos actualmente.

IV. 1.- Etapa inicial: las primeras tentativas de aplicación del principio de proporcionalidad.

Como un elemento que sobresale en los inicios de dicha Corte, se debe citar la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985¹²⁷, sobre la colegiación obligatoria de periodistas en Costa Rica. En ese caso el Gobierno de Costa Rica sometió a la

¹²⁷ Por disposición del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los países miembros pueden realizar consultas en abstracto a la Corte, sobre la interpretación de la Convención.

Corte una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión)¹²⁸ y 29 (normas de interpretación)¹²⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969, con las disposiciones de los mencionados artículos.

En el texto de la opinión consultiva bajo estudio, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no realiza una mención extensa y detallada del “concepto proporcionalidad”, sí llega a analizar si los fines de la colegiación obligatoria están dentro de los que la Convención Americana sobre Derechos Humanos autoriza. Concretamente:

*“59.- La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son **"necesari(os) para asegurar** (sic): a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (art. 13.2).”* (Resaltado es del original)

¹²⁸ En lo conducente, la norma señala: “*Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

*a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas [...].”*

¹²⁹ Indica: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Al respecto, la Corte realiza una serie de consideraciones en torno al concepto de orden público y determina que la organización de colegios profesionales en general, no es contraria per se a la Convención. La Corte señaló que si se considera la noción de “orden público” en el sentido del establecimiento de una serie de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones, existe la posibilidad de derivar que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada precisamente en ese orden.

Ahora bien, en el caso específico de la actividad periodística, la Corte llega a la conclusión de que el fin invocado para la colegiación obligatoria de periodistas (el citado orden público), no es válido para limitar la libertad de expresión de los periodistas no colegiados. En concreto la Corte Interamericana indica en su opinión consultiva:

“76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.”

Claramente es posible establecer que la Corte realiza una aplicación -que podemos denominar indirecta- de los subprincipios de idoneidad y necesidad del examen de proporcionalidad en sentido amplio; esto, al valorar la adecuación del medio al fin y al analizar la existencia de medios menos gravosos para limitar el derecho en cuestión. En este sentido, la consideración N. 79 de la opinión consultiva es gráfica al indicar literalmente:

“79. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los

términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad."

Para arribar a dicha conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma como insumo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea. En este sentido, en la consideración N. 46 de la opinión consultiva, se cita el caso *The Sunday Times* (del 26 de abril de 1979, Serie A, N. 30), en el cual se concluyó -tal y como se indicó anteriormente- que "necesarias", implica la "existencia de una necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria", no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna", sino que *"la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo."*

Por lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que la colegiatura obligatoria de periodistas, al impedir el uso pleno de los medios de comunicación como medio de expresión, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posteriormente, la utilización del contenido del principio de proporcionalidad ha tenido diversas apariciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos¹³⁰; esto, en lo específicamente relativo a proporcionalidad de una restricción a un derecho dentro del contexto de una “*sociedad democrática*”. En este sentido, la sentencia de 31 de agosto de 2004, conocida como el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, contiene una serie de elementos de interés. En dicho caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda ante la Corte, por presuntas actuaciones del Estado paraguayo en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, específicamente debido a la condena y las restricciones para salir del país, impuestas como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial; todo esto, en posible violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el citado caso, fundamentada en la forma en que se dieron los hechos, la Corte estimó necesario analizar detalladamente si al establecer restricciones al derecho a salir del país del señor Canese, por un periodo de ocho años, el Estado paraguayo cumplió con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones en la medida indispensable en una sociedad democrática; dichos postulados -indica la Corte- se infieren del artículo 22 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo específicamente relativo a la libertad de circulación. A partir de tales premisas la sentencia realiza una descripción pormenorizada de cada uno de los siguientes componentes: (i) requisito de

¹³⁰ Entre ellos los casos: Sentencia del 5 de febrero del 2001, “*Olmedo Bustos y otros vs Chile*” (denominado comúnmente “*La última tentación de Cristo*”) y Sentencia del 2 de julio del 2004, denominado “*Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*”.

legalidad en una sociedad democrática, (ii) requisito de necesidad en una sociedad democrática, y (iii) requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática.

Con relación a la legalidad de la restricción al derecho de salir del país que fue impuesta al señor Canese, la Corte verificó que en ninguno de los artículos de las normas procesales internas aplicables al caso, se estipulaba la prohibición de salir del país sin autorización, como medida cautelar; por ende, se incumplía este requisito. En cuanto a la necesidad de la restricción, la Corte estimó que la misma devino con el tiempo, innecesaria, ya que durante los ocho años y casi cuatro meses en que fue aplicada, en reiteradas ocasiones le fueron otorgados permisos especiales para salir del país al señor Canese y éste siempre regresó al Paraguay, e incluso presentó escritos a las autoridades judiciales comunicándoles su regreso. En lo que respecta al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, la sentencia indica:

*“133. La Corte considera que la restricción al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal mediante una medida cautelar debe **guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido**, de manera que se aplique solamente **si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función**, en este caso la de evitar la fuga del señor Canese (supra párr. 130).”*

En virtud de lo anterior, la Corte consideró que la restricción de salida del país y en concreto el lapso de tiempo durante el cual le fue aplicada, fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas, por lo que literalmente señaló:

“Por todas las razones anteriormente expuestas, la Corte concluye que el Estado aplicó una restricción al derecho de salir del país del señor Ricardo Canese sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual violó el artículo 22.2 y 22.3 de la Convención Americana.”

De lo expuesto es posible derivar la aplicación específica de ciertos elementos del examen de proporcionalidad en sentido amplio, que no se presentan necesariamente del modo más depurado y con una fuerte rigurosidad aplicativa, pero que ya dejaban ver la intención de la Corte de utilizar la figura objeto de estudio.

En lo que respecta al fundamento de la aplicación de este principio -e indistintamente en la etapa de análisis que nos encontremos-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en determinadas sentencias, como la analizada anteriormente, realiza una derivación del principio de proporcionalidad a partir de la premisa del contexto de la *“sociedad democrática”*. Tal referencia se encuentra expresada como una premisa de correlación entre deberes y derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 32, al indicar en su inciso segundo: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”* Adicionalmente, y en una línea similar al Convenio de Roma, en tres derechos en concreto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece específicamente la premisa de la necesidad o indispensabilidad en una *“sociedad democrática”*, como un elemento que sobresale en sus posibilidades de restricción. A saber:

- El derecho de reunión. La restricción a este derecho está contenida en el propio artículo 15, e indica:

*“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean **necesarias en una sociedad democrática**, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”*

- La libertad de asociación. La restricción a este derecho está contenida en el artículo 16.2, e indica:

*“[...] 2.- El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean **necesarias en una sociedad democrática**, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”*

- Derecho de circulación y residencia. La restricción a este derecho está contenida en el artículo 22.3, e indica:

*“[...] 3.- El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida **indispensable en una sociedad democrática**, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.”*

Como se indicó, la referencia al fundamento del principio de proporcionalidad, en la noción de necesidad o indispensabilidad en una “sociedad democrática”, es una constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. 2.- Etapa actual: la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad en sentido amplio

Continuando con el proceso evolutivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin duda alguna una resolución que se constituye en determinante, en cuanto a la aplicación del examen de proporcionalidad, lo es la sentencia del 02 de mayo del 2008, denominada caso Kimel vs Argentina¹³¹. Su importancia radica en que es en dicha sentencia, donde por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza un análisis concreto y totalmente expreso respecto de todas los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, razón por la cual se le cataloga como un caso paradigmático en lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad se refiere¹³².

La demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos versaba sobre el escritor argentino Eduardo Gabriel Kimel, quien publicó la obra "La masacre de San Patricio", en la que expuso su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos y donde criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Dicho juez promovió una querrela en contra del escritor por el delito de calumnia, por la que Kimel fue condenado a una pena privativa de libertad y una sanción económica. En la sentencia, de manera expresa la Corte indica que la necesidad de proteger los derechos involucrados en el caso (honra – reputación y la libertad de expresión), requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención, siendo

¹³¹ No mucho después, la Corte se pronunció en el mismo sentido, en la sentencia del 20 de noviembre del 2009, caso "*Usón Ramírez vs Venezuela*".

¹³² CLÉRICO, L. "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012, p. 3.

que dichos límites deben responder a un criterio de estricta “proporcionalidad”. En virtud de tal afirmación, la sentencia realiza un análisis de cada uno de los elementos del examen de proporcionalidad, indicando al respecto:

- Sobre la idoneidad: Luego de haber analizado la legalidad de la restricción, la Corte realiza consideraciones de la idoneidad de la misma. Sobre este punto, la Corte indica que la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención, y del mismo modo señala que *“el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”*. Sin embargo, en dicha etapa la Corte aclara que tal afirmación no significa que esto implique que tal vía sea necesaria y proporcional.
- Sobre la necesidad: En este punto la Corte indica que debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Al respecto, consideró que: *“En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”* Por tal motivo, la sentencia estableció respecto al subprincipio de necesidad que, tomando en cuenta los hechos imputados y su repercusión en los bienes jurídicos del querellante, así como la naturaleza de la sanción, existió un abuso del poder punitivo por parte del Estado argentino.

- Sobre la proporcionalidad en sentido estricto: La Corte indica que *“han hecho suyo este método”* a fin de que se resguarde que las restricciones deben ser proporcionales al interés que las justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En el caso bajo estudio, para realizar dicha “ponderación” (así lo cita la sentencia), la Corte analizó: (i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y (iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. Luego de dichas consideraciones la Corte concluye que *“la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso”*.

Es notorio que el examen de proporcionalidad en sentido estricto, realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimel, no es un peso de las ventajas y desventajas en términos utilitaristas, sino que utiliza una ponderación orientada por reglas¹³³. Dicha ponderación tuvo como resultado que el caso fuera declarado con lugar y que la Corte ordenara al Estado argentino, dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel; principalmente, y en razón de las consideraciones anteriormente realizadas, porque

¹³³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 9, No. 1, 2011, p. 141.

la limitación a la libertad de expresión no resultó un instrumento necesario y proporcional para la finalidad que buscaba su imposición¹³⁴.

Recientemente, en la Opinión Consultiva de la Corte OC-21/14 del 19 de agosto del 2014, sobre “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, se utilizó el examen de proporcionalidad para determinar una solución que sopesara los intereses en conflicto en un determinado tema, tal y como se expondrá. En el citado caso, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay consultaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que se concretara de forma más precisa sus obligaciones como Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños migrantes o hijos (as) de migrantes.

Específicamente, en lo relativo a los casos en los cuales se da la expulsión del progenitor que no es nacional del Estado receptor y que la misma se funda únicamente en su situación migratoria irregular (no en un delito), la Corte determina la existencia de dos intereses conflictivos en el caso de que se intente proceder a la expulsión de dicho progenitor. Por un lado, la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos y que procuren el bienestar general; por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. En el citado caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica literalmente que a fin de sopesar los intereses

¹³⁴ DI SARNO, F. *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Tirant lo blach, Valencia, 2013, p. 582.

en conflicto, es necesario evaluar que la medida esté prevista en la ley y que cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, indica la sentencia, debe ser necesaria en una sociedad democrática. Respecto de estos subprincipios la sentencia detalla:

*“276. En cuanto al requisito de **idoneidad**, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana. No obstante, debido a la naturaleza de los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad sino que debe satisfacer un interés público imperativo.*

*277. La medida debe ser **necesaria** en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria.*

*278. Finalmente, la medida debe ser **proporcionada en sentido estricto**, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial [...]”*

En virtud de tales aspectos, la Corte concluye su opinión en el sentido de que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, de acuerdo con los parámetros desarrollados en los párrafos precedentes, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

Ahora bien, es evidente que la utilización del principio de proporcionalidad no es aplicable en todos los casos que llegan a manos de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Por ejemplo, la tortura está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin importar las razones que en determinado caso alegue un Estado, por ende, si hay tortura, se da el incumplimiento de una regla y el Estado es responsable; esto corresponde al método de la subsunción. Por otro lado, hay otras normas de derechos humanos que procuran que un determinado precepto sea cumplido en la mayor medida posible; por ejemplo, ciertos contenidos de la libertad de expresión, y en tal escenario puede existir una colisión con otros derechos (típicamente, la honra de terceras personas, como sucedió en el caso Kimel), siendo precisamente en dichos casos donde “se juega en el examen de proporcionalidad”¹³⁵.

Claramente el anterior punto dimensiona la realidad aplicativa que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del principio de proporcionalidad. En este contexto, es importante señalar que tal aplicación ha brindado un aporte importante en la consolidación y desarrollo del citado principio, el cual ha permeado en la jurisprudencia de los tribunales nacionales de América, concretamente como medio de fundamentación argumentativa en casos donde existe una posible colisión de derechos y/o intereses.

¹³⁵ CLÉRICO, L. 2012. Op. cit., p. 8.

CAPÍTULO V: LAS CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

No está exenta de críticas la tendencia jurisprudencial que ha permitido utilizar el principio de proporcionalidad en la solución de controversias donde se encuentran concernidos derechos fundamentales. De igual forma, la doctrina que respalda el principio de proporcionalidad ha encontrado oposición por parte de algunos sectores.

En especial, muchas de las críticas se centran en la utilización del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación). En ese aspecto, en nuestra opinión, se debe aclarar que -al igual que ha existido en ocasiones confusión entre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y el mandato de la ponderación-, también las críticas en ocasiones se encuentran entrelazadas indebidamente y, por ende, su fundamentación, ya de entrada, es cuestionable.

En términos generales, en doctrina¹³⁶ es posible localizar dos grandes vertientes de críticas al principio de proporcionalidad: por un lado, las críticas que señalan que este principio es un criterio irracional, subjetivo y promotor de la inseguridad jurídica y, por otro, las relativas a la falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para su aplicación.

Al tomar como punto de partida la anterior clasificación, se exponen a continuación las principales críticas que ha recibido el principio de proporcionalidad.

¹³⁶ Algunos de los autores que han descrito estas críticas (aunque no las compartan plenamente) son: BERNAL, Op. cit., p. 163, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Op. cit., p. 143, SÁNCHEZ GÓNZALEZ, Op. cit., p. 374.

V. 1.- El supuesto carácter irracional, subjetivo y generador de inseguridad jurídica del principio de proporcionalidad

V. 1. A.- En relación al principio de proporcionalidad en general

Las principales críticas apuntan a una aparente falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que conlleva -según tales críticas- su falta de claridad conceptual, al no tener sus componentes un significado único y comprensible. Estos cuestionamientos consideran que se está ante un argumento formal y vacío, que no admite ninguna aplicación racional.

En línea con lo apuntado, E.W. Böckenförde cataloga como irracional aplicar al denominado principio de proporcionalidad en virtud de que no es posible sustentar dicho principio sobre algún punto de referencia jurídico¹³⁷. El citado autor sostiene que el problema de este principio estriba en que no constituye por sí mismo un criterio objetivo para resolver colisiones entre derechos fundamentales; aspecto que considera -por el contrario- sí se da en el campo del derecho administrativo, donde es posible enjuiciar racionalmente la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de un acto administrativo, todo con base en la finalidad de competencia que la ley confiere a la Administración.

Ya a nivel español, Alaéz Corral retomando lo anterior, indica que *“el problema parece residir, pues, en la dificultad de aplicar el triple test de proporcionalidad clásica a las decisiones del legislador, pues éste, a diferencia de lo que sucede con la Administración*

¹³⁷ BÖCKENFÖRDE citado por BERNAL, Op.cit., p. 165.

Pública, carece de punto fijo de referencia -establecido por la ley- que le predetermine el concreto fin a perseguir con la medida limitativa”¹³⁸; en ese sentido Alaéz Corral, considera más adecuado aplicar el principio de razonabilidad al ámbito del legislador; esto lo hace siguiendo la jurisprudencia británica y francesa, en donde dicho principio de razonabilidad exige únicamente que la decisión no “desafíe exageradamente la lógica”. Para este autor el legislador dispone de un margen de decisión política, el cual le permite decidir el fin constitucional a proteger, siendo esta la razón -señala- que dificulta la aplicación de un examen como el de proporcionalidad

Algunos autores consideran que las decisiones obtenidas al amparo del principio de proporcionalidad no son susceptibles de control desde el punto de vista jurídico, debido a su falta de claridad conceptual¹³⁹. Precisamente, esta es la postura de Sánchez González quien considera que el Tribunal Constitucional español no realiza “*ni una sola explicación razonable, ponderada, adecuada y aceptable de qué deba entenderse por razonabilidad, ponderación, adecuación*”¹⁴⁰; a su entender estas figuras se han introducido sin ningún tipo de soporte legal, por lo que él denomina una “mera vía de hecho”. Específicamente en lo que tiene que ver con la figura de la ponderación, Sánchez González indica que una de las principales objeciones radica en que los promotores de dicha figura olvidan que el Parlamento y el Gobierno, órganos democráticamente respaldados, han realizado aquella función en las fases propias de la dinámica política¹⁴¹.

¹³⁸ ALAÉZ CORRAL, B. “Defensa de la constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, No. 15, Madrid, 1999, p. 31.

¹³⁹ LEISNER citado por BERNAL, Op.cit., 2007, p. 178.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, No. 12-13, 2003, p. 353.

¹⁴¹ *Idem*, p. 378.

Sobre la citada falta de puntos de referencia y de claridad conceptual del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido responde de manera contundente a tales críticas y dentro de sus respuestas conviene rescatar algunas ideas claves que restan fuerza a las citadas objeciones:

- El principio de proporcionalidad (e incluso cualquier otro medio alternativo) no es un método algorítmico que ofrezca una solución automática o única, que sea plenamente objetiva de las controversias de derecho fundamental; lo cual no quiere decir que su aplicación no pueda estructurarse de manera plausible y con resultados efectivos¹⁴². Al respecto este autor sostiene que la carencia de objetividad absoluta no solo se presenta cuando se aplica el principio de proporcionalidad, sino que estará siempre presente cuando se realice un razonamiento jurídico respecto de cuestiones normativas; siendo esto precisamente lo que Alexy manifiesta al señalar que *“la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca a un único resultado”*¹⁴³.
- Bernal recuerda que el paso del principio de proporcionalidad del Derecho administrativo al constitucional, encuentra precisamente su razón de ser en la “necesidad de controlar”; en el administrativo el control se da sobre el ejercicio discrecional del poder, mientras que en el constitucional, tiene lugar sobre la elección de medios por parte del legislador; aspectos que si bien tienen sus similitudes,

¹⁴² BERNAL. Op.cit., 2007, p. 172.

¹⁴³ ALEXY. Op.cit., 2007, p. 530.

también cargan con una importante diferencia de contexto. En tal razón la crítica de E.W. Böckenförde, debe invitar simplemente a tener presente tales diferencias entre la Administración y el Parlamento y los ámbitos de discrecionalidad propios de cada una de estas sedes¹⁴⁴.

- La supuesta falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad no tiene razón ser, en tanto, a diferencia de lo que ocurre con otros medios alternativos, su estructura está libre de contradicciones y permite constituirse como un procedimiento argumentativo claro, a partir de las premisas que valora el Tribunal Constitucional. En todo caso, -señala el autor- tal aspecto solo se disminuye con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad. El mismo Bernal hace una reconstrucción de sus subprincipios y diferencia el principio de otras figuras que se utilizan para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes¹⁴⁵.

V. 1. B.- Respecto de la ponderación

En lo que tiene que ver específicamente con la ponderación, las críticas apuntan a que es un método -según sus adversarios- que compara magnitudes diferentes y presenta dificultad para identificar derechos y bienes objeto de ponderación, razones que conducen a la inevitable jurisprudencia del caso concreto.

¹⁴⁴ BERNAL. Op.cit., 2007 p. 174.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 181.

Rodríguez de Santiago y Velasco Caballero condensaron algunas de las críticas más frecuentes al método de la ponderación, resumiendo que: “*se trata de un método -señalan- que puede conducir a la decisión no conforme a argumentos, sino según un personal sentimiento de justicia*”¹⁴⁶. En suma, -indican los autores- se le ha achacado que esto degenera en un sistema de justicia de caso concreto, con pocas posibilidades de generalización de soluciones y, por ende, productor de inseguridad jurídica.

Sosteniendo este tipo de críticas García Amado señala que, cuando los tribunales dicen que ponderan, en realidad continúan aplicando el método de subsunción tradicional, pero variándolo en la parte argumentativa, que la realizan con menos rigor; pues se deja de lado lo que verdaderamente guía la decisión: las razones y las valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas¹⁴⁷. Dicho autor sostiene que la ponderación no tiene autonomía, “*pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso*”¹⁴⁸.

Para Matthias Jestaedt, una de las principales objeciones a la ponderación es que promete una medida de exactitud en la aplicación, que realmente luego no es capaz de cumplir. Esto lo argumenta específicamente en lo que respecta a los pesos con los que trabaja el método, en razón -señala el autor- de que no aclara el método cómo deben ser determinados los mismos de forma práctica en la realidad¹⁴⁹.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. y VELASCO CABALLERO, F. *La ponderación entre derechos públicos*. Separata del libro *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial BOSH, Barcelona, 1998, p. 630.

¹⁴⁷ GARCÍA AMADO, J. A. *Derechos sociales y ponderación*. Editorial Fontarama, México, 2007, p. 250.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 250.

¹⁴⁹ JESTAEDT M. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, *La ponderación en el Derecho*, Universidad de Externado, Colombia, 2008, p. 96.

Siempre en lo tocante al mandato de ponderación, pero en lo que tiene que ver con el desarrollo de dicha figura en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América, Aleinikoff indica que se le ha reprochado no contar con “*un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego*”¹⁵⁰. Este autor norteamericano no llega al extremo de señalar que en la ponderación se ponen en una misma balanza interés incomparables; sin embargo, sí enfatiza que la problemática de la ponderación es que ésta demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales del juzgador y esto en la práctica es sumamente complejo¹⁵¹; es lo que califica la “incommensurabilidad” de la ponderación.

Claramente, muchas de estas críticas cuentan provienen de objeciones más amplias dirigidas hacia teorías mucho más generales, las cuales dan sustento al principio de proporcionalidad o al mandato de ponderación. Un ejemplo de esto es la postura crítica de Manuel Atienza, quien ha sostenido en diversas oportunidades sus señalamientos y objeciones en contra de la teoría de los principios como mandatos de optimización¹⁵², que como se ha explicado sirve de base importante para el principio de proporcionalidad en general.

La doctrina ha dado respuesta contundente a las críticas sobre la ponderación y al respecto de manera específica se puede indicar:

¹⁵⁰ ALEINIKOFF, A. T. *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Palestra Editores, Perú, 2010, p. 74.

¹⁵¹ *Idem*, p. 75.

¹⁵² ATIENZA M. y RUIZ J. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona, cuarta edición, 2004, p. 29.

- Rodríguez de Santiago señala que muchos de los “riesgos” que se le achacan a la ponderación, efectivamente existen, pero que *“el modo de salirles al paso no debe ser la expulsión de la ponderación como método idóneo para utilizarlo cuando sea necesario, sino encontrar vías a través de las cuales esos peligros se reduzcan a un mínimo admisible”*¹⁵³; por ejemplo, la posibilidad de formulación de reglas de prevalencia generalizables por medio de la ponderación, es un elemento que de manera efectiva da soporte al método y concretamente responde a la crítica que apunta a una supuesta justicia del caso concreto.
- En la misma línea, Bernal indica que en lo relativo a la supuesta inconmensurabilidad de la ponderación, tal apunte es más un problema filosófico que afecta a todo tipo de decisiones prácticas y como tal el método bajo estudio no tiene la capacidad para superar dicho problema. El punto clave es que en cualquier método alternativo la inconmensurabilidad siempre se soslaya, mientras que en el principio de proporcionalidad (en concreto en la ponderación) hace explícita su trascendencia, ofreciendo un procedimiento idóneo para arribar a soluciones en conflictos con pluralidad de argumentos (casos difíciles)¹⁵⁴. Esto mismo sucede con la supuesta seguridad jurídica “absoluta”, que con frecuencia los métodos tradicionales tampoco brindan, pero que las críticas sí echan de menos en el principio bajo análisis; este, a diferencia de lo que sucede con otras figuras, sí pone sobre la mesa los aspectos

¹⁵³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., 2000, p.143-144.

¹⁵⁴ BERNAL. Op.cit., 2007, p. 187-188.

propios que permiten llegar a la conclusión respectiva, siendo eso un insumo clave en pro de la seguridad jurídica.

- Los argumentos que acusan una dificultad para la identificación de los bienes y derechos objetos de la ponderación, en realidad no son una objeción concreta, sino que se constituyen en una tarea aún no acabada por la doctrina, la cual consiste en depurar y delimitar al ámbito de aplicación del principio¹⁵⁵. A nuestro entender este es un aspecto que cada Tribunal Constitucional, en su propio contexto, deberá ir perfilando con el respectivo acompañamiento doctrinario, ya que pretender crear una lista prefijada de casos que exijan la aplicación del principio sería sumamente aventurado.

Ya de modo general, Prieto Sanchís sostiene que la necesidad de aplicación del método de la ponderación, inicia desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución y que los distintos principios solo poseen una vocación de máxima realización; por tal razón la virtud de la ponderación, sostiene dicho autor, reside en *“estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales, no es una relación de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos”*¹⁵⁶.

Las anteriores consideraciones sustentan la improcedencia de las críticas y sin duda conducen a expresar, como lo indica Rodríguez de Santiago, que *“hoy no se presenta como una alternativa posible prescindir de la ponderación”*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 193.

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS. Op.cit., 2007, p. 119.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., 2000, p. 145.

V. 2.- La supuesta falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad

Si bien está íntimamente ligado con lo anterior, otro sector de las críticas no se dirige específicamente en contra de la figura como tal (sea el principio de proporcionalidad o el método de la ponderación); sino que apuntan a un tema de falta de legitimidad democrática del Tribunal Constitucional para proceder a su utilización. Este razonamiento sostiene que en tal caso se da una intromisión en la competencia de configurar la Constitución que ostenta el constituyente o, el legislador, cuando se trata de desarrollar o complementar la Constitución,

La anterior es precisamente la crítica de Aleinikoff quien, en el contexto de ponderación norteamericana, la considera como un método que replica el trabajo que en una sociedad democrática le corresponde a la legislatura¹⁵⁸.

Claramente, la temática de legitimidad de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho es un tópico que desborda los contornos de esta investigación; sin embargo, se debe decir que basados en el principio democrático es al legislador a quien le corresponde, en primera instancia, armonizar los diferentes derechos fundamentales; ello, sin embargo, no excluye en la práctica que se den tensiones o choques entre diferentes normas o situaciones, y será al Tribunal Constitucional, dentro del marco de su competencia, al que le corresponderá dirimir en concreto tales disputas. En tal sentido, consolidar la jurisdicción constitucional plantea un reto racional, más que competencial, en

¹⁵⁸ ALEINIKOFF, A. T. Op.cit., p. 93.

lo que a la legitimación se refiere; pues “*se considera que las decisiones de la Jurisdicción Constitucional son legítimas cuando son el resultado de una interpretación racional de la Constitución*”¹⁵⁹.

Debe tenerse clara la facultad del legislador de desarrollar con libertad el contenido normativo de determinados preceptos constitucionales, pero de igual forma, es evidente que en la realidad se da lo que Rodríguez de Santiago denomina “*desplazamientos en el esquema del poder a través de la ponderación*”, ya que en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional no aplica una determinada norma legal que, hasta cierto punto, abre el conflicto (ponderación abstracta) y acude directamente a las normas constitucionales.

Lo anterior demuestra que hay una relación dialéctica entre el legislador y la jurisdicción constitucional, pero dicha tensión no invalida la aplicación de criterios como el principio de proporcionalidad o el método de la ponderación, máxime si se atienden estos métodos bajo esquemas con un importante grado de racionalidad y argumentativamente estructurados que le brinden una mayor intersubjetividad, esto es, cuenta con un cierto grado de consenso que le permite su utilización por los operadores jurídicos.

Con el fin de aliviar esa tensión entre el legislador y la jurisdicción constitucional, Rodríguez de Santiago propone una ponderación que sea determinada por el legislador, por medio del establecimiento de prevalencias *prima facie* entre principios contrapuestos¹⁶⁰. Esta concepción propugna quitar protagonismo a la ponderación exclusiva en el caso concreto y

¹⁵⁹ BERNAL. Op.cit., p. 212.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Op.cit., p.163.

la amplía a una ponderación abstracta mejor formulada por el legislador en sus normas; lo que supone que, a mayor y mejor ponderación en la formulación de la ley, menor será el margen que le quede al Tribunal Constitucional para ejercer juicios ponderativos. Ejemplo de lo anterior en el caso español es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual, entre otras cosas, en su artículo 4 establece expresamente la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como un principio informador del ordenamiento jurídico que se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

CAPÍTULO VI: LA RAZONABILIDAD Y EL “*BALANCING*” ESTADOUNIDENSE

Como un último capítulo, en lo que a la primera parte de la investigación se refiere, interesa hacer mención de una serie de pautas utilizadas en los Estados Unidos de América en la solución de controversias sobre derechos fundamentales, pues éstas, son a su vez, figuras afines al principio de proporcionalidad. Los conceptos que se analizarán corresponden a las nociones de razonabilidad y “*balancing*”, las cuales -como medios de concreción del debido proceso legal sustantivo- ciertamente se encuentran sumamente ligadas entre sí, tal y como se expondrá.

En primer lugar, se hará referencia a lo que se entiende por el término “razonabilidad” en su concepción general-doctrinaria, indistintamente del ordenamiento, para posteriormente realizar un análisis de la utilización de las pautas mencionadas en el contexto estadounidense.

VI. 1.- El término “razonabilidad”

La utilización del adjetivo “razonable” ha cobrado importancia en el campo del derecho; sin embargo, esto no ha sido sinónimo de su depuración conceptual o aplicativa y, probablemente, tal circunstancia se deba a que el mismo constituye un concepto jurídico indeterminado. En este contexto, tal adjetivo se aplica tanto a normas como a actos públicos (e incluso a agentes: funcionarios) y su contenido puede ser variable, en virtud de

circunstancias historias, sociales o del campo en donde se aplique¹⁶¹. En palabras de Atienza¹⁶², en el Derecho, una decisión jurídica es razonable si:

- Se toma en situaciones en las que no sería aceptable una decisión basada únicamente en criterios estrictamente racionales:

En determinadas ocasiones las decisiones jurídicas no pueden ser tomadas bajo criterios de total y estricta racionalidad, ya que de ser así se generarían resultados inaceptables. Tales ocasiones se identifican en los denominados “casos difíciles” (“*hard cases*”), los cuales Atienza considera que se caracterizan porque en el supuesto de aplicarles criterios de estricta racionalidad: (i) o no tienen solución, (ii) o es una solución que resultaría inaceptable, (iii) o tienen más de una solución, incompatibles entre sí.

Al respecto es importante aclarar que si bien la noción “racionalidad” no tiene contornos totalmente precisos, por ende no existe un único concepto de racionalidad¹⁶³, lo cierto del caso es que dicha figura implica el rigor procedimental de la lógica deductiva, al hacer un examen formal de las normas. Atienza afirma que una decisión es estrictamente racional si: (i) respeta las reglas de la lógica deductiva, (ii) respeta los principios de la racionalidad práctica (consistencia, eficiencia, generalización y sinceridad), (iii) se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho vinculante, y (iv) no se adopta sobre la base de criterios éticos o políticos.

¹⁶¹ ATIENZA, M. Para una razonable definición de “razonable”, *Doxa*, No. 4. 1987, p. 193.

¹⁶² *Idem*, p. 189 - 190.

¹⁶³ SEGURA ORTEGA, M. La racionalidad jurídica, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 10.

Saggese considera que “*lo racional se vincula más con aquellas ciencias en las que no existen mayores diferencias cualitativas entre los distintos elementos que la componen (mayor intersubjetividad), es decir, existe algún tipo de acuerdo acerca del contenido conceptual de los términos*”, aspecto que precisamente no se presenta en el campo del Derecho, en diversas ocasiones¹⁶⁴. El citado autor sostiene que a pesar de que lo racional cuenta con un mayor grado de intersubjetividad que lo razonable, dicha intersubjetividad le permite a la razonabilidad diferenciarse de los puros razonamientos subjetivos y de lo irracional o arbitrario en general¹⁶⁵. Por lo dicho, mientras la racionalidad se vincula a criterios bien conocidos en la tradición filosófica, lo razonable está ligado a un margen de apreciación admisible.

- Logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas:

En los denominados “casos difíciles”, es posible hablar de una contraposición de valores o principios que deben considerarse con el fin de llegar a un punto de equilibrio, el cual no necesariamente se encuentra en el “término medio”. En este sentido, es oportuno hablar de la solución “más” razonable y no de “la” solución razonable.

Para explicar su criterio Atienza cita un caso del Tribunal Constitucional español, a saber la sentencia del 27 de octubre de 1987. En dicho caso el Tribunal Constitucional debía

¹⁶⁴ SAGGESE, R. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*. Rubizal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010, p. 28.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 28 – 29.

decidir si era inconstitucional o no, un artículo de una ley que fijaba el servicio sustitutorio de los objetores de conciencia una duración entre 18 a 24 meses, mientras que el servicio militar regular era de 12 meses. La opinión mayoritaria determinó que el artículo no era inconstitucional en razón, entre otras cosas, de que se trata de dos tipos de servicios no equiparables entre sí, razón por la cual no existía discriminación. Por su parte, uno de tres Magistrados que salvó su voto, consideró que “no puede entrar en el ámbito de lo razonable fijar una duración superior al cien por ciento, del servicio militar”. Lo singular para Atienza, es que tanto el voto de mayoría como el de minoría eran “razonables”, sin necesidad de excluirse entre sí, ya que llegaban a equilibrar una serie de intereses inmersos en el caso; esto independientemente del resultado final de la votación de los magistrados y la parte dispositiva de la sentencia.

- Es aceptable para la comunidad:

Derivado de los dos anteriores postulados, Atienza señala que la solución más razonable tiene como característica de importancia un mayor consenso o aceptabilidad por parte de la comunidad. A diferencia de lo que ocurre con las decisiones racionales, las cuales tienen un importante grado de previsibilidad en virtud de sus reglas procedimentales, las decisiones razonables suplen esta carencia por medio de una dosis del denominado consenso (emitida por agentes racionales, informados y libres). Del mismo modo Saggese coincide en que la principal característica de lo razonable es el último de los anteriores puntos, a saber,

la aceptabilidad por la comunidad de la solución que proporciona la misma; por ende, lo vincula con lo “endójico” (del griego *éndoxon*), o sea, con lo generalmente admitido¹⁶⁶.

Lo anterior es precisamente la esencia de la ideología de Perelman -uno de los principales reivindicadores de la razonabilidad-, para quien dicha noción tiene tanta dignidad o valor como la lógica tradicional, pero diferente de esta; pues la razonabilidad responde a la lógica de lo humano y, por tanto, a pautas axiológicas, pero con el añadido de la experiencia histórica¹⁶⁷. De igual forma, Saggese indica que “*la razonabilidad, más que un principio propiamente dicho, constituye una garantía, que se traduce en una exigencia para la validez y aplicación de las normas, y que junto con la legalidad, conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho*”¹⁶⁸.

Por otra parte, es posible advertir dos especies de razonabilidad: (i) de ponderación, la cual es una razonabilidad en la imputación, conocida en el ordenamiento de los EE.UU como “*balance of convenience rule*” o “*balancing*” (regla del equilibrio conveniente, o ponderación entre antecedente y consecuente de una norma), y; (ii) de selección, que versa sobre la garantía de igualdad ante la ley, incluida de manera expresa en muchas constituciones¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 28.

¹⁶⁷ PERELMAN C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979, p. 164.

¹⁶⁸ SAGGESE, R. *Op.cit.* p. 49.

¹⁶⁹ LINARES, J.F. *Razonabilidad de las leyes*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 108.

Es precisamente la razonabilidad de la ponderación (“*balancing*”), que la teoría norteamericana ha desarrollado como técnica para aplicar la garantía del debido proceso sustantivo, la que se analizará las siguientes líneas.

VI. 2.- El debido proceso legal sustantivo (“*substantive due process of law*”) en el derecho estadounidense

La figura del “*balancing*” se utiliza en el derecho norteamericano en diversidad de formas, por ejemplo, para hacer referencia a la justicia conmutativa, en el análisis de costo-beneficio, y en lo que interesa para la presente investigación, para hacer referencia a la proporcionalidad en sentido estricto, la cual en dicho ordenamiento es referida como “escrutinio estricto”¹⁷⁰, tal y como posteriormente se detallará. Aleinikoff señala que precisamente el “*balancing*” es la metáfora central para el análisis del debido proceso legal en el derecho norteamericano¹⁷¹, a saber, es su medio de concreción y aplicación en dicho ordenamiento.

VI. 2. A.- Evolución conceptual

La cláusula del debido proceso legal sustantivo (“*substantive due process of law*”), es una figura clave del “*judicial review*” norteamericano, en el control del contenido de las leyes. Del mismo modo que existe un debido proceso legal adjetivo, el cual implica el respeto a ciertas garantías procesales, en el derecho norteamericano es posible hablar de un debido

¹⁷⁰ ENGLE, E. “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview”, *Dartmouth Law Journal*, Vol. 10, Salem, 2012, p. 10.

¹⁷¹ ALEINIKOFF, A. T. Op.cit., p. 61.

proceso legal sustantivo, que implica una garantía respecto de que el contenido sustancial de una ley será justo y razonable. En dicho contexto, se considera al debido proceso legal sustantivo como el standard axiológico de la razonabilidad, a fin de evitar leyes arbitrarias y caprichosas (“*arbitrary and capricious act*”)¹⁷².

La noción inicial del debido proceso legal sustantivo tiene su origen más remoto en la Carta Magna (“*Great Charter*”) del denominado Juan Sin Tierra (Juan I de Inglaterra) del año 1215¹⁷³. Posteriormente, a mediados del siglo XVI, se comenzó a emplear más comúnmente la expresión “debido proceso legal”, la cual, en todo caso, se trataba únicamente de una garantía procesal y, en denominados contextos, una garantía contra la arbitrariedad del monarca, pero no del parlamento¹⁷⁴.

Es posible establecer tres etapas para abordar el control judicial en los EE.UU. en materia de derechos por parte de la Suprema Corte, a saber:

VI. 2. A. a.- 1803 - 1890

En este periodo se dio un estricto control de constitucionalidad, el cual estaba marcado por un profundo respeto a las decisiones democráticas, con la consecuente autocontención de los jueces. En esta etapa el debido proceso encontraba solo una

¹⁷² BELTRÁN DE FELIPE M., GONZÁLEZ GARCÍA J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 174.

¹⁷³ GEDICKS, F.M. “An originalist defense of substantive due process: Magna Carta, Higher-Law Constitutionalism, and the Fifth Amendment”, *Emory Law Journal*, Vol. 58, Atlanta, 2009, p. 596.

¹⁷⁴ SAPAG, M. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado*, *Dikaion*, Vol. 22, No. 17, 2008, p. 164.

significación procesal y no sustancial en la jurisprudencia; esto a pesar del contenido de la V¹⁷⁵ y XIV¹⁷⁶ Enmiendas del “*Bill of Rights*”; la primera de 1791 y la segunda de 1868, las cuales establecían garantías (generales) al respecto.

VI. 2. A. b.- 1890 - 1937

En virtud, entre otros, de la proclamación de la XIV Enmienda y de una serie de transformaciones económicas, la Corte Suprema inició una etapa de mucho mayor activismo judicial. En este segundo periodo -conocido como era “Lochner”-, el debido proceso legal sustantivo se utilizó como referencia para el control de constitucionalidad, lo que llevó a varias declaraciones de inconstitucionalidad, en especial en lo relativo a intromisiones del Estado en la vida de los particulares. Por ejemplo, en la sentencia “*Allgeyer vs. Louisiana*” (165 US 587; 1897), la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía a las empresas de seguros de otros estados realizar actividad económica en su territorio, si no contaban con una oficina y un representante en aquel estado. En dicha sentencia se indicó:

“La libertad mencionada en esa enmienda [XIV] no solamente significa el derecho del ciudadano a estar libre de la mera restricción física de su persona [...] sino que

¹⁷⁵ V Enmienda: “*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización*”.

¹⁷⁶ XIV Enmienda: “*Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria*”.

también el término está dirigido a abrazar el derecho de un ciudadano en el goce de todas sus facultadas; de ser libre de utilizarlas en todas las formas legales; de vivir y trabajar donde quiera; de ganarse la vida por cualquier medio legal [...]”.

Por otra parte, el fallo más importante en esta etapa (razón por la cual lleva su nombre), es el caso “Lochner vs. New York” (198 US; 1905), mediante el cual la Corte declaró inconstitucional una ley del Estado de New York que limitaba la jornada laboral en las panaderías a un máximo de 10 horas. Este es considerado un “*leading case*” que generó opiniones divergentes sobre su contenido, en cuanto se le califica como una sentencia producto del activismo judicial en contra de la legislación social. La Corte literalmente en la sentencia analiza la adecuación y legitimidad del fin, señalando:

“[...] Debe ser reconocido, claro, que existe un límite al válido ejercicio del poder de policía del Estado [...] La simple afirmación de que el objeto tiene relación, aunque sea en un grado remoto, con la salud pública, no torna la ley necesariamente válida. La ley debe tener una relación más directa entre medios y fines [...]”

“Para que una ley sea válida no es suficiente con afirmar que su objeto, aun mediato, es la protección de la salud de las personas. Para que podamos afirmar su validez, si limita el derecho de las personas a disponer de sí mismas y su capacidad de contratar en relación con su propio trabajo, la ley tiene que tener una relación directa y de causa efecto con su objetivo y este objetivo debe ser adecuado y legítimo [...]”

La sentencia termina por concluir que no existe un fundamento para catalogar a la ley como necesaria y adecuada, razón por la cual no tiene un “fundamento razonable”, y por ende, es inconstitucional. Dicha sentencia contó con votos disidentes, entre ellos el del afamado Juez Oliver W. Holmes, el cual consideró que la mayoría de la Corte estaba avalando una teoría económica que la Constitución no predica.

Este fallo marcó en ese momento una línea jurisprudencial tildada como activista y en la cual Laurence Tribe señala que mientras la generalidad de las leyes eran sometidas solo a un examen de adecuación entre los medios y fines, en el caso de leyes económicas se exigía una relación real y sustancial entre esos elementos¹⁷⁷.

Pérez Lledó indica que en esta época la cláusula del “*due process*” sirvió de excusa para proteger indebidamente la libertad contractual frente a interferencias supuestamente “no razonables”; cuando en realidad lo que se presentaba era una fuerte dosis de discrecionalidad de los jueces, obtenida de un vago estándar de “razonabilidad”, por lo que la cataloga como una etapa donde el activismo judicial estaba disfrazado de formalismo¹⁷⁸.

VI. 2. A. c.- 1937 - actualidad

Paulatinamente, los postulados de la era Lochner perdieron impulso, especialmente a partir la sentencia “West Coast Hotel vs Parrish” (300 US 379; 1937)¹⁷⁹. Esta sentencia confirmó la constitucionalidad de una ley de salario mínimo para las mujeres decretado por el Estado de Washington y expresamente “revocó” la anterior línea jurisprudencial que daba primacía a la libertad contractual, la cual consideró la Corte que no era ilimitada, al señalar que precisamente estaba sometida a las restricciones del debido proceso¹⁸⁰. En concreto la sentencia indica:

¹⁷⁷ TRIBE, L.H. *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, p. 568.

¹⁷⁸ PÉREZ LLEDÓ, J.A. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Palestra, Lima-Bogotá, 2008, p. 79.

¹⁷⁹ ABERNATHY, C.F. *Law in the United States: cases and materials*, International Law Institute, Georgetown University, Washington D.C. 1995, p. 449.

¹⁸⁰ ADKINS, J. A. “Meet Me at the (West Coast) Hotel: The Lochner Era and the Demise of Roe v. Wade”, *Minnesota Law Review*. Vol. 90, No. 2, 2005, p. 513.

“[...] la libertad bajo la Constitución está necesariamente sometida a las reglas del debido proceso, y la regulación que es razonable a este respecto, y que el poder público adopta en interés de la ciudadanía es también proceso debido. Esta limitación esencial de la libertad en general se proyecta sobre la libertad contractual [...]”

Poco después, dicho fallo fue seguido en la misma línea por la sentencia “United States vs. Carolene Products Co.” (304 US 144; 1938), en el cual la Corte “validó” una ley que prohibía y penalizaba el comercio de un producto elaborado a base de grasas y aceites, que se asemejaba a la leche, pero que en realidad no lo era. En dicho caso, la Corte indicó que no correspondía invalidar una ley por la simple inexistencia de adecuación entre medios y fines, sino que, para ello, era necesario que la norma careciera de toda base racional.

Evidentemente, no sería correcto afirmar que la línea jurisprudencial desde 1937 se ha mantenido uniforme y sin vaivenes entre el activismo judicial y la deferencia democrática¹⁸¹; sin embargo, no se ha vuelto a consideraciones tan tajantes como las emitidas en la era *Lochner*, tal y como se apuntará en el siguiente apartado.

VI. 2. B.- Características actuales

Ya en la actualidad, es necesario señalar que, si bien hay una resistencia de la Suprema Corte de los EE.UU. por definir de forma absoluta la figura del debido proceso legal sustantivo, dadas sus particularidades y variaciones en razón de cada caso, lo cierto es que su fundamento siempre se liga al contenido de la V y XIV enmienda del “*Bill of Rights*”. Por

¹⁸¹ De hecho entre 1950 y 1960 también el Tribunal Supremo volvió al activismo judicial, pero con características distintas, al respecto: BELTRÁN DE FELIPE M., GONZÁLEZ GARCÍA J., *Op.cit.*, p. 176.

su parte, la doctrina considera que la garantía del debido proceso legal sustantivo implica cierta sustancial y razonable relación entre la ley y determinados fines públicos; esto es lo que se ha denominado como “equilibrio conveniente” (“*balance of convenience rule*”) o racionalidad de las relaciones sustanciales. A partir de ello, se considera que la cláusula del debido proceso legal sustantivo consiste en la exigencia de que las leyes sean razonables; es decir, deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, toda vez que se consideran las circunstancias que dieron motivación al acto¹⁸².

Una sentencia considerada como “*leading case*” en lo que a la aplicación del “*balancing*” se refiere es “*Dennis vs United States*” (341 US. 494, 1951). Esta sentencia conoció de un conflicto suscitado por la condenatoria en contra de una serie de miembros del Partido Comunista en los Estados Unidos de América; a los imputados se les acusaba de conspirar y organizar el derrocamiento y la destrucción del gobierno de Estados Unidos por la fuerza y la violencia. En tal escenario se discutió si tal condena (y en especial la norma que la permitió) era o no violatoria de la libertad de expresión. Al respecto la Suprema Corte consideró:

*[...] Las exigencias de la libertad de expresión en una sociedad democrática, así como el interés de la seguridad nacional están mejor servidos por una franca e **informada ponderación de los intereses en conflicto**, dentro de los límites del proceso judicial, que con el uso de dogmas demasiado inflexibles [...]*

¹⁸² LINARES, J.F. Op.cit., p. 29.

El caso se resolvió con la confirmación de las condenas, por lo que se validaron las normas y actuaciones en cuestión, toda vez que la Suprema Corte consideró que tales actuaciones de los involucrados no estaban amparadas por la Primera Enmienda que tutela la libertad de expresión, sino que por el contrario, realmente atentaban en contra de la seguridad nacional. Dicho caso fue seguido por una línea de sentencias similares en las que se utilizó la figura del “*balancing*” de la misma manera; concretamente tal posición jurisprudencial se caracterizó, entre otras cosas, por su hostilidad a la idea que pretende una preferencia de los derechos sobre los intereses públicos¹⁸³.

La Suprema Corte de Justicia de los EE.UU ha desarrollado tres niveles de intensidad, en lo que al escrutinio de actos públicos clasificatorios se refiere. Si bien no existe una claridad absoluta que permita identificar: (i) en qué casos aplica cada uno de los escrutinios¹⁸⁴, y (ii) cuáles son las características concretas de dichos escrutinios, a continuación se realiza una referencia del tratamiento que le ha dado la jurisprudencia norteamericana a tales figuras. A saber:

VI. 2. B. a.- Escrutinio estricto (“*strict scrutiny*”)

El citado escrutinio se ha aplicado en casos en donde la medida es sospechosa de inconstitucionalidad; esto quiere decir, en disputas donde una disposición restringe o elimina uno de los derechos contenidos en las enmiendas I a X y la XIV, a saber, las denominadas

¹⁸³ PORATI, COHEN-ELIYA, M. “American Balancing and German Proportionality: The Historical origins”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, 2010, p. 30.

¹⁸⁴ Prólogo de BERNAL PULIDO, C. a la obra traducida al castellano de ALEINIKOFF, A. T. Op.cit., p. 18.

como enmiendas privilegiadas. Por ende, este control se da principalmente en derechos que no tienen contenido económico, como por ejemplo, la libertad religiosa, los derechos de participación política, la privacidad, entre otros. En estos casos, para ser considerada constitucional, la medida debe estar estricta y necesariamente establecida para preservar un interés público (“*compelling state interest*”) y haber sido “confeccionada a la medida” de un objetivo (“*narrowly tailored*”)¹⁸⁵.

En palabras de Bernal, este es un escrutinio que se “asemeja” al principio de proporcionalidad¹⁸⁶; afirmación que guarda concordancia con el criterio de Abernathy¹⁸⁷, el cual señala que en este tipos de casos, la Corte Suprema al aplicar la cláusula del debido proceso, valora si la ley es susceptible de superar un examen estricto de medios y fines.

Precisamente, este fue el escrutinio que hasta cierto punto se dejó ver en la citada sentencia “United States vs. Carolene Products Co.” (304 US 144; 1938), en especial en una célebre nota al pie que señaló que determinadas normas “podían demandar un análisis más intenso”. La nota entre otras cosas indicó:

*“Puede existir menos margen para la aplicación de esta presunción de constitucionalidad cuando la Ley de que se trate parezca a simple vista referirse a alguna de las prohibiciones expresamente contenidas en la Constitución, como, por ejemplo, las establecidas en las diez primeras enmiendas, regla que también puede extenderse a la enmienda 14 [...]”*¹⁸⁸

¹⁸⁵ SAPAG, M. Op.cit., p. 168.

¹⁸⁶ Prólogo de BERNAL PULIDO, C. a la obra traducida al castellano de ALEINIKOFF, A. T. Op.cit., p. 17.

¹⁸⁷ ABERNATHY, C.F., Op.cit., p. 473.

¹⁸⁸ BELTRÁN DE FELIPE M., GONZÁLEZ GARCÍA J., Op.cit., p. 258.

Para Alonso García, dicha nota contenida en la denominada sentencia “Carolene”, “se ha convertido en el gran fundamento del test estricto de constitucionalidad motivado por la aplicación de la cláusula de igualdad”¹⁸⁹.

Del mismo modo, en la sentencia “Toyosaburo vs. United States” (323 U.S. 214; 1944), se aplicó, por primera vez ya de manera concreta, este escrutinio; en dicho caso la Suprema Corte confirmó la constitucionalidad de una disposición que ordenó la reclusión a los japoneses-americanos en campos de internamiento durante la Segunda Guerra Mundial. La sentencia en lo relevante indica:

*“[...] todas las disposiciones legales que restrinjan o eliminen los derechos civiles en un determinado grupo racial están automáticamente **bajo sospecha**. Pero no son inconstitucionales por sí mismas, sino que los tribunales **debe someterlas al más rígido de los criterios de control** [...]”*

“[...] Es cierto que resultar desplazado del propio domicilio es una privación de derechos mucho más grave que la obligación de permanecer en el domicilio entre las veinte y las seis horas, pero ambas cosas tienen en común que las restricciones solo pueden ampararse en la apreciación por las autoridades militares del peligro grave e inminente para la seguridad pública [...]”

Esta sentencia (junto con otras de dicha época) es considerada hoy en día un producto de la obcecación belicista de la Segunda Guerra Mundial, lo cual ha llevado incluso a la emisión -en la actualidad- de una serie de leyes reivindicatorias con contenido indemnizatorio a favor de los afectados.

¹⁸⁹ ALONSO GARCÍA, R. *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 289.

Un caso célebre en el cual es posible visualizar de alguna forma la aplicación del escrutinio estricto -en razón del detallado análisis de la relación entre medios y fines- es la polémica sentencia “Roe vs Wade” (410 US. 113; 1973)¹⁹⁰, sobre el aborto. La sentencia se produce en virtud de un recurso de una mujer (con el seudónimo “Jane Roe”) en contra de una ley del Estado de Texas que castigaba con cárcel el aborto, salvo que se tratara de casos en donde peligrare la vida de la madre. De una forma que estuvo acompañada de duras críticas, la sentencia declaró que existe un derecho constitucional de las mujeres embarazadas a abortar, pero que pese a ellos, los poderes públicos también pueden legítimamente restringir este derecho. Tal conclusión se logró por medio de la división del embarazo en tres etapas de tres meses cada una: en la primera la mujer tiene derecho libremente a abortar tras obtener un visto bueno médico, en la segunda los Estados pueden regular la cuestión permitiendo el aborto en caso de riesgo para la madre y en la tercera se prohíbe el aborto, salvo casos calificados donde la vida de la madre corra peligro. Al respecto la sentencia indica:

*“[...] En relación con **la finalidad del Estado, legítima y relevante**, de proteger la potencial vida humana, el momento determinante se sitúa en aquél a partir del cual puede decirse que el feto es viable. Porque a partir de entonces se supone que el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno. Por ello, la decisión del Estado de regular la cuestión para proteger el feto una vez superado el umbral de la viabilidad puede considerarse amparada en argumentos lógicos y biológicos [...]”*

*“[...] La solución a la que hemos llegado nos parece adecuada en función de los respectivos intereses enfrentados, de la experiencia tanto histórica como científica, teniendo en cuenta la tradición de common law y los problemas que hoy día se plantean. Permite al Estado, a medida que el embarazo avance, imponer restricciones al derecho a abortar, **siempre que respondan a un interés o finalidad legítima** [...]”*

¹⁹⁰ Para Dworkin, este es el caso más famoso en la historia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: al respecto, DWORKIN, R. 1994. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona. p. 136 y ss.

Así las cosas, el escrutinio estricto ha encontrado aplicación en la jurisprudencia norteamericana cuando se trata de la restricción de derechos sin contenido económico y ha consistido en un examen intenso (entiéndase, remitiendo a datos empíricos) entre la relación medios y fines, siendo que únicamente será superado el examen de constitucionalidad, en los casos en que la relación medio – fin sea absolutamente necesaria.

VI. 2. B. b.- Escrutinio intermedio (“*intermediate scrutiny*”)

El escrutinio intermedio ha sido aplicado igualmente en casos de clasificaciones sospechosas o protección igualitaria a favor de una minoría. En dichos supuestos, el Estado debe probar que aunque la finalidad no sea imperiosa, es al menos importante¹⁹¹. De manera particular, el escrutinio intermedio ha servido de fundamento para la resolución de casos de supuesta discriminación en razón del género.

Esta forma de análisis fue empleada en la sentencia “Craig vs Boren” (429 U.S. 190; 1976), por medio de la cual se declaró inconstitucional una disposición del Estado de Oklahoma que diferenciaba la edad entre hombres y mujeres para poder comprar determinado tipo de alcohol, siendo que en el caso de los varones la venta era prohibida para los menores veintiún años, mientras que para de las mujeres era ilegal en menores de dieciocho años.

¹⁹¹ SAPAG, M., Op.cit., p. 169.

La citada sentencia sostuvo que las clasificaciones de género realizadas por la norma eran inconstitucionales, en razón de que las estadísticas invocadas por el Estado fueron insuficientes para demostrar una relación sustancial entre la disposición diferenciadora y los supuestos beneficios derivados de las mismas. Específicamente la en cuanto a la distinción entre géneros sentencia indicó:

“[...] debe servir a objetivos gubernamentales importantes y debe estar sustancialmente relacionada con la consecución de esos objetivos [...]”

Como se indicó, este escrutinio se ha aplicado en cuestiones relativas a discriminación en razón del género, por ejemplo esto se dio en la sentencia en “Mississippi University for Women vs. Hogan” (458 US. 718 1982). Esta sentencia declaró inconstitucional una ley estatal que excluía a los varones del acceso a la Escuela de Enfermería de una Universidad para mujeres; la sentencia expresamente aclara que el hecho de que la política de la Universidad discriminara a los hombres y no a las mujeres no suponía la constitucionalidad de la ley, e indica concretamente:

*“[...] Nuestras decisiones también establecen que la parte que busca sostener una ley que clasifica a los individuos sobre la base del género debe asumir la carga de probar una **justificación sumamente convincente** (exceedingly persuasive justification) para la clasificación [...]”.*

Aplicando en ese caso el escrutinio intermedio, la Suprema Corte encontró que las mujeres tenían un número extraordinariamente alto de títulos y, por ende, más que compensarlas de la discriminación, la política tendía “a perpetuar la estereotipada opinión de la enfermería como un trabajo exclusivamente femenino”. La Suprema Corte también observó que el Estado no había probado que la diferencia jurídica de trato basada en el sexo

estuviera substancial y directamente dirigida a su objetivo, es decir, no había establecido la “justificación sumamente persuasiva” necesaria para sostener su legitimidad jurídica¹⁹².

Tal y como se puede derivar de lo anterior, este escrutinio guarda gran similitud con el escrutinio estricto; sin embargo, su principal diferencia estriba en que mientras en el escrutinio estricto las disposiciones examinadas, para poder ser consideradas constitucionales, deben responder a objetivos necesarios y estrictamente imperiosos para alcanzar el objetivo público respectivo, en el escrutinio intermedio simplemente se exige que la medida sea “importante” (ya no imperiosa), o sea, con que exista una relación sustancial entre medios y fines basta, siendo irrelevante que la disposición no estuviese diseñada a la medida del objetivo público en cuestión.

Este escrutinio tiene una cierta relación de concordancia con la figura del acomodamiento razonable (“*reasonable accommodation*”), la cual es un mecanismo estadounidense que incluso ya tiene aplicación en la jurisprudencia canadiense y de forma incipiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹³, y que consiste en acomodar la aplicación de una norma a favor de una persona o grupo de personas amenazadas o víctimas de discriminación¹⁹⁴.

¹⁹² REY MARTÍNEZ, F. “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre *affirmative action* basada en género”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres*, N. 4, 2000, p. 8.

¹⁹³ Cuya sentencia del 03 de marzo del 2012, *Sessa Francesco v Italia*, cita dicha figura por primera vez, en un voto particular.

¹⁹⁴ ELÓSEGUI ITXASO, M. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2013, p. 60.

Teniendo claro que no necesariamente existe absoluta identidad entre ambas figuras, el acomodamiento razonable se ha utilizado en discriminaciones basadas en el sexo, religión, orientación sexual, entre otros criterios. A los efectos, interesa citar como ejemplo de acomodamiento razonable un caso expuesto por Elósegui Itxaso¹⁹⁵, a saber, “*Ontario Human Rights Commission y O’Malley vs Simpsons Sears Ltda*” (Tribunal Supremo de Canadá, 1985), dicho caso se originó en una disputa entre un trabajadora que debía trabajar viernes por la tarde y sábado, mientras que su religión se lo prohibía desde el viernes a la caída del sol. Si bien empleador y trabajadora llegaron a un acuerdo, por medio de la implementación de una jornada de tiempo parcial, el Tribunal Supremo de Canadá, al conocer de una apelación en un proceso incoado por la trabajadora, consideró que en el caso se presentaba una discriminación indirecta, entiéndase, una discriminación que si bien no es voluntaria, se caracteriza por ser una disposición perjudicial para la trabajadora. Por lo dicho se impuso la obligación de acomodamiento razonable a cargo del empleador, razón por la cual se le condenó a una indemnización.

VI. 2. B. c.- Escrutinio débil o escrutinio de base racional (“*rational basis-test*”)

El escrutinio débil también conocido como escrutinio de razonabilidad mínima o base racional, es el escrutinio que la Suprema Corte aplica a disposiciones normativas que regulen derechos con contenido económico o relativo a la propiedad. A diferencia de lo que sucede con los dos anteriores escrutinios, este tipo de cuestiones poseen una fuerte presunción de constitucionalidad, por lo tanto, la mayor parte de sus cuestionamientos es superada.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 67.

En virtud de lo dicho, al no estar bajo lo que la jurisprudencia denominada como “sospecha”, el examen que analiza la relación entre medios y fines es mucho más ligero. En dichos casos, solo se exige que la norma tenga un fin legítimo (ya no imperioso, ni siquiera importante) y que la adecuación entre medios y fines sea de un grado mínimo, lo cual quiere decir, al menos racionalmente relacionado. Este es el test que mayoritariamente realiza la Suprema Corte respecto del debido proceso¹⁹⁶ y es considerado por algún sector de la doctrina como un control “superficial”¹⁹⁷.

Como se indicó, la mayoría de los casos supera este escrutinio. Uno de los pocos que no lo superó fue “United States Dept. of Agriculture vs Moreno” (413, U.S. 528, 534; 1973), en el que se produjo una declaratoria de inconstitucionalidad en virtud de una clasificación “claramente irrelevante” y que “racionalmente no perseguía ningún legítimo interés estatal”. Dicha clasificación diferenciaba el acceso a ciertos beneficios en materia de alimentos (“*Food Stamp Act*”), ya que excluía de manera general a cualquier hogar del que formara parte un individuo que no estaba relacionado con otro miembro del hogar, esto quiere decir que el beneficio se limitaba a los hogares cuyos miembros estuvieran “todos relacionados entre sí”; aspecto que, como se indicó, fue considerado inconstitucional por la Suprema Corte en razón de su carencia de sentido racional, respecto del fin perseguido. La sentencia en lo atinente señala:

*“[...] La clasificación legal impugnada (hogares de las personas relacionadas frente hogares que contienen uno o más no relacionados) es **claramente irrelevante para***

¹⁹⁶ MARTÍNEZ J.I. y ZÚÑIGA URBINA F. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 9, No. 1, 2011, p. 208.

¹⁹⁷ BASTRES, R. “El principio de la alternativa menos restrictiva en Derecho constitucional norteamericano”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998, p. 253.

***los fines** establecidos en la Ley, como lo reconoció el Tribunal de Distrito. Las relaciones entre personas que constituyen una unidad económica y que comparten las instalaciones de cocina no tienen nada que ver con su capacidad para estimular la economía agrícola mediante la compra de excedentes agrícolas, o con sus necesidades nutricionales personales. Por lo tanto, si se quiere mantener, la clasificación impugnada debe aún más **racionalmente existir algún interés gubernamental legítimo** distinto de los específicamente indicados en el Congreso "declaración de política [...]"*

Un caso donde por el contrario la normativa impugnada sí superó este escrutinio de razonabilidad mínima fue en la sentencia *Hodel vs Indiana* (452 US. 314, 1981). Dicha resolución conoció de una serie de disposiciones contenidas en una normativa minera ("*Surface Mining Control and Reclamation Act*") que regulaban el acceso a la minería por el medio del establecimiento de una serie de requisitos. En esta sentencia la Suprema Corte ratifica su doctrina y señala que:

*"[...] la legislación económica y social como "ley de superficie minera" no emplea clasificaciones sospechosas si infringe derechos fundamentales [...] Esta legislación carga con una presunción de racionalidad que sólo puede superarse mediante **una clara demostración de su arbitrariedad e irracionalidad** [...]"*

VI. 2. C.- Recapitulación

Santiago Juárez¹⁹⁸ realiza una síntesis de los anteriores tres tipos de escrutinio, en razón del tipo de fin que busca la disposición bajo examen de constitucionalidad y respecto de la relación de dicho fin con los medios empleados, indicando:

¹⁹⁸ SANTIAGO JUÁREZ, M. *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, p. 189.

- *Estricto*: (i) El fin debe ser un interés imperativo - primordial, y (ii) la relación con los medios empleados debe ser sumamente estrecha y necesaria.
- *Intermedio*: (i) El fin debe ser importante, y (ii) la relación con los medios empleados debe ser sustancial.
- *Débil*: (i) El fin debe ser admisible - legítimo, y (ii) la relación con los medios empleados al menos racional.

En virtud de todo lo apuntado, en el derecho norteamericano es posible hablar de la existencia de garantías contra la irrazonabilidad de las leyes y los actos estatales, por medio de la cláusula del debido proceso legal sustantivo; esto, incluso en el escenario de su escrutinio más débil. La razón de ser de estas figuras radica en la necesidad de que los tribunales cuenten con herramientas técnico-jurídicas útiles para controlar las injerencias de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales¹⁹⁹.

Importante es reiterar que, si bien el “*balancing*” estadounidense -como medio de valoración de la razonabilidad de una ley, y como técnica de concreción del debido proceso legal sustantivo-, tiene ciertos puntos de encuentro con el examen de proporcionalidad, en realidad no es posible hablar de una identidad de ambas, en especial si se toman en cuenta las diferencias de contexto y lo opuesto de sus orígenes, ya que mientras el principio de proporcionalidad nació en Alemania como un medio de protección formal de los derechos frente el poder público, en el derecho norteamericano el “*balancing*” surgió como una manera de regular la sobreprotección de los derechos por parte de la Suprema Corte²⁰⁰, tal y

¹⁹⁹ CIACIARDO, J. *El principio de razonabilidad*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998, p. 58.

²⁰⁰ PORAT I., COHEN-ELIYA, M. Op.cit., p. 20.

como se expuso líneas atrás. Adicionalmente, sin estar exenta de críticas, la proporcionalidad es frecuentemente utilizada en la jurisprudencia constitucional de los países europeos y en los tribunales supranacionales de éstos; mientras que el “*balancing*” norteamericano en muchos aspectos todavía se encuentra en los márgenes de la jurisprudencia constitucional estadounidense, en especial por las razones históricas apuntadas²⁰¹.

²⁰¹ *Idem*, p. 34.

**SEGUNDA PARTE: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA: UNA
DENOMINACIÓN NORTEAMERICANA PARA UN CONTENIDO EUROPEO**

**CAPÍTULO I: ACERCAMIENTO AL SISTEMA DE CONTROL
CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE Y ANTECEDENTES NORMATIVOS
DE LA “PROPORCIONALIDAD”**

Previo a entrar de lleno en el análisis jurisprudencial que comporta la segunda parte del presente trabajo, cabe efectuar algunos apuntes generales que permitan un acercamiento al ordenamiento jurídico de Costa Rica. Concretamente, para conocer los elementos básicos de su sistema de justicia constitucional y, del mismo modo, para tener claridad sobre el estado de la utilización normativa del concepto “proporcionalidad”. Este acercamiento tiene especial interés, por cuanto, el sistema costarricense de justicia constitucional presenta una serie de particularidades respecto de los sistemas más habituales o clásicos.

I. 1.- Generalidades del sistema de justicia constitucional costarricense

I. 1. A.- Modos de control de constitucionalidad

Mediante una reforma constitucional realizada por la Ley N. 7128 del 18 de agosto de 1989, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Costa Rica. Entre otras normas, dicha reforma modificó el artículo 10 de la Constitución Política de 1949, con el fin de indicar en su texto actual que será una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia la que tendrá la competencia de declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la

inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y los actos sujetos al Derecho público.²⁰²

Por su parte, esa misma reforma modificó el artículo 48 de la Constitución Política para establecer que “toda persona” tiene derecho al recurso de amparo, con el fin de mantener o restablecer el goce de todos los derechos consagrados en la Constitución, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos. Dicha norma también contiene el derecho al recurso de *habeas corpus* en cuanto a la libertad e integridad personal y, por tanto, es competencia de la Sala Constitucional conocer estos recursos.

A partir de la reforma constitucional citada, se emitió la Ley N. 7135 del 11 de octubre de 1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual indica en su artículo 1:

“Artículo 1. La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

En línea con lo expuesto y con miras al objeto de dicha ley, conviene señalar que a la Sala Constitucional, en adición a las competencias para conocer las acciones de inconstitucionalidad, recursos de amparo y *habeas corpus*, le corresponde también resolver

²⁰² Antes de la Ley mencionada, el control de constitucionalidad recaía en la Corte Suprema de Justicia, concretamente, en el Pleno de los Magistrados de las Salas de Casación de aquel entonces. En aquel momento, este tipo de casos eran conocidos en pocas ocasiones; al respecto, Carlos José Gutiérrez señala que en los 44 años que la Corte Plena ostentó esa competencia, únicamente se emitieron 318 resoluciones sobre constitucionalidad, suma que fue sobrepasada en solo tres años de existencia de la Sala Constitucional (GUTIÉRREZ, C. 1999. “La Constitución 50 años después”, *Temas claves de la Constitución Política*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1999, p. 50).

los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional (por ejemplo la Contraloría General de la República). De igual forma, le corresponde ejercer un control de constitucionalidad *a priori* en consultas legislativas y atender consultas judiciales de constitucionalidad.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la Sala Constitucional, Hernández Valle indica que la misma “*es un órgano de relevancia constitucional, puesto que se trata de un órgano con independencia funcional, que depende jerárquicamente de un órgano constitucional (Poder Judicial)*”²⁰³, razón por la que se le denomina coloquialmente “Sala IV”, pues junto con el resto de Salas (otras tres), conforma la Corte Suprema de Justicia.

El sistema de justicia constitucional en Costa Rica es principalmente concentrado, ya que la competencia del control de constitucionalidad, así como la de garantía de los derechos y libertades fundamentales, se reserva en forma exclusiva a la Sala Constitucional. Sin embargo, con la entrada en rigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial N. 7333 en 1994, todos los jueces de la República tienen la obligación de desaplicar las normas y los actos contrarios al ordenamiento constitucional²⁰⁴, motivo por el cual, se introducen matices del sistema difuso en el concentrado, que es en principio el modelo costarricense.

²⁰³ HERNÁNDEZ VALLE, R. *El Derecho de la constitución*. Volumen II, Editorial Juricentro, San José, 1994, p. 666.

²⁰⁴ La norma indica: “*Artículo 8.- Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional [...]*”.

En concordancia con el anterior marco, Piza Escalante efectúa una interesante recopilación de las principales generalidades del sistema de justicia constitucional en Costa Rica²⁰⁵. Dentro de ellas, sobresale el hecho de que se trata de un sistema “concentradísimo”, paliado en la actualidad con elementos de justicia constitucional desconcentrada o “semidifusa”. Del mismo modo señala que la integración de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia solo lo es orgánica y administrativa, pues goza de supremacía e independencia que la convierte, en la práctica, en un “Tribunal Constitucional”. Esto se refuerza en varios aspectos, como el carácter *erga omnes* de su jurisprudencia (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), el no tener un órgano superior que pueda revocar sus resoluciones y ostentar el arbitrio de su propia competencia. En cuanto a la legitimación, sostiene que esta resulta muy amplia para acceder la justicia constitucional, pues tal y como se desarrollará más adelante, en las acciones de inconstitucionalidad podrá acceder a tal control cualquier titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que tenga un asunto pendiente, en vía judicial o en fase de agotamiento de vía administrativa; mientras que en los recursos de amparo, la legitimación se otorga en favor de cualquier interesado, sin necesidad de demostrar alguna relación con el afectado por el acto recurrido u objeto del recurso.

Todos los elementos expuestos han supuesto que el establecimiento de la Sala Constitucional en Costa Rica se haya traducido en un acercamiento del sistema judicial a la población. Prueba de lo anterior es que, desde su creación, el aumento en el conocimiento de casos por parte de dicho Tribunal por lo general ha ido en aumento año a año. Por ejemplo, desde el 2013 hasta el 2015 la Sala Constitucional conoció un promedio aproximado de

²⁰⁵ PIZA ESCALANTE, R. *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José, 1995, p. 25.

19.500 asuntos anuales²⁰⁶. Evidentemente, esta cifra puede parecer exorbitante si se le compara con los ordenamientos tradicionales, que contemplan sistemas de control constitucional concentrado; sin embargo, encuentra su razón de ser en los motivos apuntados: la amplitud en la legitimación y el hecho de que el pleno de la Sala Constitucional debe responder todos los casos que le plantean y lo hace emitiendo una sentencia o auto con carácter de sentencia, aunque solo para rechazar de plano su gestión, es decir, solo para inadmitirlos.

La mayoría de las disputas que conoce la Sala, corresponden a recursos de amparo: por el ejemplo, en el período anteriormente citado, el porcentaje de sentencias relativas a tales recursos fue de un 89 %, mientras que el de acciones de inconstitucionalidad fue solo de un 1,8 %, el resto de casos corresponden a las demás competencias que ostenta la Sala.

I. 1. B.- El órgano de control

La Sala Constitucional se encuentra integrada por siete magistrados propietarios o titulares y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa de Costa Rica. El régimen jurídico que regula la designación de magistrados de la Sala Constitucional es el mismo que el del resto de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a saber, son elegidos por un plazo de ocho años, por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Como se indicó, la Asamblea Legislativa nombra también un cuerpo de magistrados suplentes, a quienes eligen a partir de una nómina que presente el

²⁰⁶ Estadísticas tomadas del sitio web www.poder-judicial.go.cr, el 19 de febrero de 2016.

Poder Judicial. La Sala cuenta con un Presidente, elegido por los propios magistrados titulares.

En cuanto a su reelección, la Constitución Política establece que se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario (artículo 158 de la Constitución Política), y como un aspecto que ha generado cierta controversia en la actualidad, cabe señalar, que la Constitución Política no establece un máximo de ocasiones en donde los magistrados puedan ser reelectos, lo que significa que pueden ser indefinidas las posibilidades de reelección.

Para ser Magistrado en Costa Rica de cualquiera de las Salas, entre ellas la Constitucional, se requiere por mandato de la Constitución Política: ser costarricense por nacimiento, o en caso de naturalización con domicilio en el país, no menor de diez años después de obtenida dicha naturalización; ser ciudadano en ejercicio; del estado seglar; ser mayor de treinta y cinco años de edad y ser abogado con diez años de ejercicio de la profesión, o cinco si es funcionario judicial (artículo 159).

En cuanto a la extracción de los magistrados de la Sala Constitucional, se debe señalar, que no existen mayores requisitos que los anteriormente apuntados; por lo tanto, puede ser nombrado un profesional proveniente del ámbito académico, político-institucional, en ejercicio liberal o judicial. Sin embargo, en la práctica, los magistrados propietarios electos, por lo general, provienen del ambiente judicial.

La única diferencia entre la Sala Constitucional y el resto de Salas que conforman la Corte Suprema de Justicia, es que la Constitucional está integrada por siete magistrados propietarios, mientras el resto solo por cinco. Del mismo modo, no existe diferencia alguna, ni jurídica ni práctica, en el estatus de los magistrados entre las diversas Salas que conforman la Corte, pues su régimen jurídico es el mismo, tal y como se indicó anteriormente.

I. 1. C.- Aspectos de procedimiento

I. 1. C. a.- Objeto de control

Como se señaló, la propia Constitución Política establece que el recurso de amparo tiene como finalidad tutelar “*los derechos consagrados en esta Constitución, así como de los carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*”. En ese sentido, y con excepción de la libertad de tránsito –que es tutelada por medio del recurso específico de *habeas corpus*-, no existe derecho fundamental que no pueda ser tutelado por la vía del amparo.

En Costa Rica, el amparo procede contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y los órganos públicos que haya violado, viole o amenace violar derechos fundamentales (artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). A diferencia de otros ordenamientos, en Costa Rica es procedente el recurso de amparo contra los actos políticos o de gobierno, motivo por el cual

se considera que en el ordenamiento costarricense la jurisdicción constitucional es plenaria y universal²⁰⁷.

El recurso de amparo también procede contra las acciones o las omisiones de sujetos de derecho privado, cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o bien se encuentren en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten insuficientes para garantizar los derechos o las libertades fundamentales protegidos por el recurso de amparo (artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

La ley excluye claramente hasta cinco supuestos en los cuales no procede el amparo, a saber: no procede ni contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen en conjunto con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática (esto significa -según el propio artículo-, que sus preceptos resulten obligatorios en forma inmediata por su sola promulgación); ni contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial (como se ampliará luego); ni contra los actos de las autoridades administrativas en ejecución de resoluciones judiciales, en el entendido de que se efectúen con sujeción a lo ordenado por la autoridad judicial; ni contra acciones u omisiones consentidas; ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones (artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

²⁰⁷ JINESTA LOBO, E. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Guayacán, San José, 2014, p. 136.

De lo anterior ha inferido Hernández Valle del amparo costarricense, que “*se trata de un amparo inicial y no terminal, como suele ser en la mayoría de las legislaciones. Por tanto, nuestro amparo procede contra las actuaciones administrativas del Estado, en cambio, se deniega, contra las resoluciones judiciales, que es lo típico en Derecho Comparado*”.²⁰⁸ Resulta evidente que esta caracterización del amparo en Costa Rica no ha estado exenta de críticas, pero la Sala Constitucional ha defendido el sistema, principalmente, para evitar el aumento desmedido (aún más de los que de por sí ha de atender) de su circulante de casos.

Por su parte, la acción de inconstitucionalidad es un procedimiento conocido de forma exclusiva por la Sala Constitucional, a tenor del artículo 10 constitucional. En el ordenamiento costarricense, la acción de inconstitucionalidad cabe en contra de una serie de supuestos, dentro de los cuales, para efectos de este trabajo interesa citar la posibilidad de impugnación de leyes y otras disposiciones generales (incluso las originadas en actos de sujetos privados); la impugnación de los actos subjetivos de las autoridades públicas, si estos no fueran susceptibles de los recursos de *habeas corpus* o de amparo, y también, contra las omisiones legislativas, entre otras (artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Sin ser un tema exento de polémica, en el ordenamiento costarricense no cabe la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones (artículo 10 de la Constitución

²⁰⁸ HERNÁNDEZ VALLE. *Op.cit.*, p. 686.

Política); sin embargo, la Sala Constitucional ha admitido en la práctica acciones de inconstitucionalidad en contra de la jurisprudencia de las Salas de Casación u otros tribunales, en este segundo supuesto, en el entendido de que no exista la posibilidad de acudir ante una Sala de Casación.

I. 1. C. b.- Legitimación

La legitimación en materia de recursos de amparos es sumamente amplia y se otorga en favor de cualquier interesado, sin necesidad de demostrar una relación con el afectado por el acto recurrido u objeto del recurso. Del mismo modo, la Sala Constitucional ha admitido de forma reiterada, por vía de amparo interpuesto por cualquier particular, la defensa de intereses colectivos y difusos, en diversos sectores como salud, ambiente o consumo, entre otros.

En el ordenamiento jurídico costarricense no se necesita la interposición de ningún tipo de recurso administrativo, ni agotar previamente vía administrativa para acudir al recurso de amparo (artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Al respecto, Jinesta indica que *“una de las características más notables del proceso de amparo en Costa Rica, respecto de la vía administrativa previa, es su naturaleza principal, sea, no se requiere que previamente se haya agotado la vía administrativa para poder acudir a la Sala Constitucional”*²⁰⁹. Evidentemente, esta ha sido una de las razones por las cuales la cantidad de casos ante la Sala es muy elevada.

²⁰⁹ JINESTA LOBO. *Op.cit.*, p. 172.

Frente a lo que sucede en la vía administrativa, la Ley de la Jurisdicción Constitucional no contiene ningún tipo de norma que permita sustentar el carácter principal del recurso de amparo en vía jurisdiccional; por ello, se ha interpretado que este solo tiene carácter subsidiario o residual, si el particular optó por acudir a dicha vía.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad, en Costa Rica y a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, cualquier particular puede interponer dicha acción, siempre y cuando sea parte en un asunto previo pendiente de resolución en otra sede. Este asunto previo puede consistir en un litigio ante tribunales de justicia (incluso de *habeas corpus* o amparo) o en el procedimiento para agotar la vía administrativa (en Costa Rica, salvo determinadas excepciones, este agotamiento es facultativo). Necesariamente, eso sí, en dicho asunto previo debe invocarse esa inconstitucionalidad, como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado (artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Como señala Hernández Valle, el tema de la legitimación en esta materia es central, puesto que el sistema costarricense *“sigue en línea de principio, el sistema de vía incidental, propio de la legislación norteamericana, en que se requiere la existencia de un caso judicial para plantear dentro de él, una acción de inconstitucionalidad”*.²¹⁰

La obligatoriedad de la existencia del caso previo pendiente de resolución tiene dos excepciones en el ordenamiento costarricense, a saber: la primera, es cuando por la naturaleza

²¹⁰ HERNÁNDEZ VALLE. *Op.cit.*, p. 717.

del asunto no exista lesión individual y directa, o bien se trate de la defensa de intereses difusos o colectivos; y en segundo término, cuando la acción sea interpuesta en el ejercicio de sus funciones por el Contralor General, el Procurador General, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes. La primera de estas excepciones ha contribuido al aumento del circulante de casos ante la Sala.

I. 1. C. c.- Tramitación

Los magistrados de la Sala Constitucional en ejercicio del cargo actúan en “Pleno” e individualmente para determinados aspectos. Siguiendo a Jinesta Lobo²¹¹, al Pleno le corresponde emitir las siguientes resoluciones: (i) Absolutorias de la instancia: comprenden los rechazos de los recursos de amparo, los *habeas corpus*, las acciones de inconstitucionalidad y las de consultas legislativas, judiciales o institucionales. (ii) De mérito, es decir sobre el fondo del asunto: sean estimatorias o desestimatorias, en todos los supuestos competenciales existentes. (iii) Autos con carácter de sentencia: deciden sobre cuestiones incidentales que ponen término al proceso.

En virtud de lo expuesto, se deduce que a la Presidencia de la Sala y al Magistrado instructor le corresponden competencias residuales; entre ellas, tanto en recursos de amparo como en acciones de inconstitucionalidad, la admisibilidad de la gestión la decide el Presidente de la Sala (artículos 39 y 80 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

²¹¹ JINESTA LOBO. *Op.cit.*, p. 53.

En el nivel procedimental del amparo y salvo que proceda el rechazo de plano del recurso, si la Presidencia de la Sala admite el recurso solicitará un informe a la autoridad recurrida, el cual se considerará rendido bajo juramento.

En lo que respecta a la acción de inconstitucionalidad, si la Presidencia de la Sala la declara admitida, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y la contraparte que figure en el asunto principal previo. Del mismo modo, enviará una nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final hasta tanto la Sala no haya emitido sentencia en el caso, y ordenará la publicación de un aviso en tres ocasiones en el Boletín Judicial respecto de la existencia de la acción

I. 1. C. d.- Intervinientes

En un proceso de recurso de amparo tramitado ante la Sala Constitucional, junto con el recurrente y el recurrido pueden figurar como partes procesales en forma obligatoria el tercero que derivara derechos subjetivos de la norma o el acto que cause el proceso de amparo y, facultativamente, quien tuviera un interés legítimo en el resultado del recurso también podrá apersonarse e intervenir como coadyuvante del recurrente o el recurrido.

Por su parte, en las acciones de inconstitucionalidad de forma adicional al accionante y a la Procuraduría General de la República -en su función de “abogado” del Estado y “asesora” de la Sala-, cualquier interesado legítimo podrá apersonarse dentro del caso, con el fin de coadyuvar activa o pasivamente, si lo hace en el plazo de quince días posteriores a la primera de las publicaciones en el Boletín Judicial.

I. 1. C. e.- Contenido de los fallos estimatorios

Evidentemente, el contenido de las sentencias estimatorias en procesos de amparo varía en virtud del tipo de conducta que esté siendo impugnada ante la Sala. En los supuestos de amparos en contra de actos administrativos, la sentencia anulará dicho acto y restituirá al agraviado en el goce de sus derechos. Si se tratara de omisiones, formales o materiales, la Sala emite una orden para que sea cumplida en un determinado plazo y, en el supuesto de actuaciones materiales indebidas, emitirá una sentencia condenatoria con una orden de no hacer con el fin de que se dé la inmediata cesación de dicha actuación (artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

En los supuestos de que la Sala declare con lugar (es decir, estimado) el recurso de amparo, junto con lo concerniente al derecho violentado o amenazado, también condena en abstracto a la indemnización de los daños y los perjuicios causados, así como al pago de las costas del recurso. Estos extremos deben ser liquidados por la parte victoriosa en un proceso de ejecución de sentencia, en la vía judicial respectiva (artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

En lo atinente al control de constitucionalidad ejercido por medio de acciones, Hernández Valle²¹² establece la existencia de diversos tipos de sentencias estimatorias; entre ellas destacan: (i) Exhortativas: en el control de constitucionalidad de las leyes la Sala puede exhortar a la Asamblea Legislativa a reformar una norma o, en el caso de omisiones, otorgar

²¹² HERNÁNDEZ VALLE, R. *El Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Juricentro, San José, 1994, p. 368-398.

un plazo para el dictado de una determinada ley. (ii) De inconstitucionalidad simple: en este caso, se declara la inconstitucionalidad y se procede la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados con carácter de cosa juzgada, eliminandose la norma o el acto del ordenamiento jurídico (artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). (iii) Interpretativas: son sentencias donde no se declara inconstitucional la norma o el acto, sino la interpretación o aplicación que de ella han derivado las autoridades. (iv) Normativas: en estas, no exentas de discusión, la Sala ejerce una función de legislador positivo y sustituye al órgano creado para tal fin, ya sea extendiendo la aplicación de normas al caso concreto, o poniendo en vigencia normas ya derogadas en su momento.

Las sentencias con “inconstitucionalidades simples”, constituyen la mayor parte de las que emite la Sala en acciones de inconstitucionalidad con resolución estimatoria y, como se indicó, su contenido y sus efectos son los mismos, independientemente de que se trate de leyes o de normas infralegales, a saber, su eliminación del ordenamiento jurídico.

I. 2.- Antecedentes de la noción “proporcionalidad” en la normativa costarricense

I. 2. A.- Nacimiento

La Constitución Política de Costa Rica -la cual data de 1949-, no contiene una referencia expresa a alguna noción de “proporcionalidad”, ni mucho menos al examen de proporcionalidad objeto de estudio, como se expondrá en su momento. Lo anterior no ha impedido la aplicación del citado protocolo por parte de la Sala Constitucional.

En cuanto a normas de rango legal en Costa Rica, la primera alusión a los términos “proporcionalidad” o “proporción” data de 1978, en donde por medio de la Ley General de la Administración Pública (Ley N. 6227), hoy con absoluta vigencia, se introdujeron por primera vez elementos que se referían a la proporción de un antecedente y su respectivo consecuente, en el campo jurídico-administrativo²¹³.

Concretamente, dicha ley hace referencia a la proporcionalidad en tres preceptos en particular, a saber: los artículos, 132, 133 y 226. La primera de las referencias consiste en la caracterización del contenido del acto administrativo, en el tanto -indica la norma-, este, además de ser lícito, posible, claro y preciso, deberá ser “proporcionado al fin legal” (artículo 132). La siguiente referencia a la referencia a la proporcionalidad, es la que señala que el motivo del acto, en caso de no estar regulado, deberá ser “proporcionado al contenido” (artículo 133). Por último, en lo que tiene que ver con las formalidades del procedimiento administrativo, dicha ley prevé la posibilidad de prescindir de una o de todas esas formalidades e incluso crear un procedimiento sustitutivo especial en caso de urgencia, indicado la norma que, un juez, si existe disputa en el caso, podrá valorar los hechos que dieron pie a esa urgencia, así como la “proporcionalidad” en la dispensa de trámites (artículo 226).

Tal y como se puede apreciar, la previsión normativa de la proporcionalidad nació en Costa Rica desde la escena del Derecho administrativo -como sucedió en Europa- y se

²¹³ Se aclara que “en el campo jurídico-administrativo”, ya que previo a 1978 existieron algunas referencias a la palabra “proporcionalidad” en unas pocas normas nacionales; sin embargo, las mismas estaban relacionadas con la proporcionalidad en términos de un objeto (proporcionalidad aritmética), por ejemplo, la proporción física en una localización de derechos en una finca.

conceptualizó concretamente en torno al tipo de relación que debe existir entre los diversos elementos del acto administrativo: proporcionalidad entre contenido y fin del acto, proporcionalidad entre el motivo y el fin, así como la proporcionalidad de las medidas adoptadas en casos de urgencia.

Como se indicó en su momento, este principio tuvo sus inicios aplicativos en España en el campo del Derecho administrativo, concretamente, por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; de hecho, Bernal Pulido²¹⁴, cita como una de las primeras sentencias en referenciar este principio una resolución judicial de 1959²¹⁵. García de Enterría sostiene que esa sentencia “*supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios afines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria*”.²¹⁶ La relevancia de referenciar tal sentencia en el contexto español, recae en la necesaria vinculación e influencia que este ha tenido en la normativa administrativa costarricense.

I. 2. B.- Expansión normativa

Luego de 1978 y durante muchos años, en el ordenamiento costarricense la aparición del concepto “proporcionalidad” en alguna norma de rango legal fue muy esporádica²¹⁷. Pero llegada la segunda mitad de la década de 2000, se inicia una verdadera expansión del

²¹⁴ BERNAL. *Op.cit.*, pág. 58.

²¹⁵ Sentencia del 20 de febrero de 1959 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de España.

²¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1959. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Revista de Administración Pública No. 30, p. 138.

²¹⁷ Entre los pocos ejemplos existentes es posible rescatar la Ley de Justicia Penal Juvenil (N. 7576 del 08 de marzo de 1996) y la Ley que crea el Instituto del Deporte y la Recreación (N. 7800 del 30 de abril de 1998): en ambos casos la referencia está relacionada a la “proporción” entre una falta y su respectiva sanción.

principio de proporcionalidad en normas de tal rango, de muy diversas formas y sin necesariamente responder a un criterio unívoco en cuanto a su concepción. De los casos más representativos damos a cuenta a continuación.

Con motivo de la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo de 2006 (Ley N. 8508), se introduce, en una norma de rango legal y, precisamente, en el campo del Derecho administrativo, la referencia expresa al “principio de proporcionalidad” con dos motivos. Primero, con motivo de las medidas cautelares que puede adoptar el juez o tribunal; ya que la norma indica que la decisión “deberá considerar, especialmente el principio de proporcionalidad” (artículo 22). Y en segundo lugar, también como principio cuya vulneración por sentencias de los tribunales constituye motivo de casación (artículo 138).

En materia de contratación administrativa por el Instituto Nacional de Seguros, en la contrataciones exceptuadas de los procedimientos ordinarios de contratación, que han de ser aprobadas por la Junta Directiva de dicho Instituto, ésta ha de velar porque el procedimiento resulte “razonable y proporcional a los fines de la contratación” (artículo 9 de la Ley N. 8563 de 2008).

La mención del principio de proporcionalidad también se refleja en la normativa relativa a la regulación de los mercados de las telecomunicaciones, esto en razón de que la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N. 8642 de 2008), establece que en caso de emergencia decretada, el Poder Ejecutivo podrá asumir temporalmente la presentación de determinados servicios y explotación de ciertas redes, pero ellos “con carácter excepcional y transitorio y respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Posteriormente, en la legislatura 2010-2014, la Asamblea Legislativa continuó utilizando el principio en cuestión en diversas normas y con variados cometidos. De manera particular, el 2012 fue el escenario donde se emitieron varias normas al respecto, siendo una de la más representativas la contenida en la Ley de Regulación y Comercialización de Bebidas con Contenido Alcohólico (Ley N. 9047 de 2012). Dicha ley cita un “criterio” de proporcionalidad como parámetro de valoración de la administración, en el otorgamiento de licencias para la comercialización de bebidas alcohólicas; al respecto, la norma enlista una serie de aspectos que debe valorar la administración previo a la emisión de una licencia de este tipo dentro de los que cita: “criterios de conveniencia, racionalidad, proporcionalidad, razonabilidad”, entre otros aspectos (artículo 3).

Siempre dentro de la legislatura 2010-2014²¹⁸, sobresale la Ley de Regulación del Derecho de Petición (Ley N. 9097 de 2013), la cual indica que la administración pública no admitirá peticiones que, “sean contrarias a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (artículo 8).

Actualmente, en la legislatura 2014-2018, también se ha dado la emisión de leyes con referencia a la proporcionalidad, entre ellas la Ley Reguladora de Investigación Biomédica (Ley N. 9234 de 2014), la cual establece la obligatoriedad de contar con pólizas de protección para las personas que participan en una investigación biomédica. Dicha norma indica que

²¹⁸ También en este período de tiempo la referencia a la proporcionalidad está contenida en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley N. 4755), reformado por medio de la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria (Ley N. 9069 de 2012), así como en la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial (Ley N. 9078 de 2012)

tales pólizas deberán emitirse de acuerdo con el “principio de proporcionalidad” y el de dignidad de la vida humana.

Del mismo modo, en materia de procedimientos administrativos aduaneros también existe referencia al principio de proporcionalidad, al establecer el ordenamiento jurídico sectorial que serán eximentes de responsabilidad administrativa en materia aduanera, los errores materiales sin incidencia fiscal, la fuerza mayor y el caso fortuito, pero “en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (artículo 231 de la Ley General de Aduanas).²¹⁹

Recientemente, ha tenido lugar la Reforma Procesal Laboral (Ley N. 9343 de 2016), la cual vino a modificar el Código de Trabajo (Ley N. 2); esta reforma introduce normativamente el principio de proporcionalidad en dos supuestos. En primer término, cuando establece que en caso de conflicto, le corresponderá al empleador probar “la justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias” (artículo 478). En segundo lugar -en una línea similar al Código Procesal Contencioso Administrativo expuesto líneas atrás-, cuando le otorga competencias al órgano jurisdiccional para tomar, antes o durante el proceso, las medidas cautelares necesarias para garantizar el objeto del proceso, en el tanto éstas no excedan “los límites de racionalidad y proporcionalidad” (artículo 489).

²¹⁹ Norma cuyo contenido responde a una reforma introducida por Ley para Mejorar la Lucha contra el Contrabando (Ley N. 9328, de 2015).

De la recopilación de las anteriores normas, resulta evidente que, independientemente de lo que el legislador ha entendido por “principio de proporcionalidad” o la noción de “proporcionalidad”, la expresión o el término están presentes en la actualidad en gran cantidad de normas de derecho positivo. De esta evidencia, es posible derivar dos aspectos adicionales: que el citado principio, en la mayoría de ocasiones, está acompañado en la norma por la noción de “razonabilidad”, y que el legislador ha colocado al principio de proporcionalidad en diversidad de temas y le ha otorgado funciones de toda índole, pero allí, donde parece tener como finalidad la procura de una valoración medida y equitativa en el caso concreto, sin que se identifique, de manera precisa, con el examen de proporcionalidad en sentido amplio, que constituye el objeto de estudio en el presente trabajo.

En virtud del anterior escenario y aunado al prácticamente nulo tratamiento que ha realizado la doctrina nacional sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, resulta indispensable efectuar un análisis detallado y preciso de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que lo ha utilizado; y ello del modo en que se realizará a continuación en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO II: LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1989-1992)

A partir del surgimiento de la Sala Constitucional en 1989 y durante los primeros años de funcionamiento de dicho Tribunal, la aparición del principio de proporcionalidad en las sentencias constitucionales se da de forma tímida y muy incipiente. En realidad, son pocos los casos en donde se realiza tal referencia. Concretamente, en este capítulo se analizarán las sentencias emitidas desde la creación de la Sala hasta julio de 1992, fecha en la que se emite la sentencia N. 1739-1992, que será analizada en detalle en su momento.

La principal característica de la aparición del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional no radica solamente en un tema cuantitativo, en virtud de sus pocas apariciones; sino que en este período, el elemento predominante de las sentencias se sitúa en el escaso desarrollo o contenido de lo que la Sala denomina “principio de proporcionalidad”. Esto significa que las pocas sentencias que citaban dicho principio, en su mayoría, lo hacían de forma escueta y, en especial, se apartaban de manera evidente del contenido dogmático de tal principio, tal y como se ha plasmado en la primera parte de esta investigación; por ende, resulta posible sostener que las sentencias de este período constituyen más un antecedente en el proceso de evolución del principio de proporcionalidad que una etapa de aplicación propiamente dicha.

Para efectos del presente capítulo, se clasificarán dichas sentencias en dos grupos de análisis, a saber: por un lado, las sentencias que establecen el principio de proporcionalidad como un fin a las limitaciones de los derechos fundamentales y una característica de la

relación “medio-fin”, y, por otro, las que lo utilizan para valorar la conformidad de conductas de la administración con el ordenamiento jurídico administrativo.

II. 1.- El principio de proporcionalidad como un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales y como característica de la relación “medio-fin”

Un primer grupo de sentencias emitidas por la Sala Constitucional, visualiza el principio de proporcionalidad como un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales y como característica de la relación “medio-fin”. Estas sentencias constitucionales tienen como elemento común el hecho de estar referidas a procesos donde se analiza la constitucionalidad de una norma de alcance general (principalmente una ley).

En este período, ni siquiera en el ordenamiento español se presentaban sentencias debidamente desarrolladas en cuanto al principio de proporcionalidad; por ende, la figura se encontraba aún en depuración a nivel de ordenamientos avanzados. Sin embargo, cabe dar cuenta de las primeras resoluciones que efectúan una invocación de este para conocer cómo surge y así comprender su posterior evolución.

En ese contexto, el inicio de sus primitivas apariciones tiene lugar con una sentencia que debe ser catalogada de una importancia histórica particular, pues la primera sentencia de la Sala Constitucional en referirse al principio de proporcionalidad es la resolución N. 1147-1990, que resolvió una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La norma regulaba temas relativos a la jubilación de los funcionarios judiciales y, en su momento, el artículo señalaba que el pensionado perdía su

derecho a la pensión cuando fuera indigno de percibirla por: vicios, faltas de moralidad o responsabilidades penales, calificados por la Corte.

Los accionantes impugnaron la constitucionalidad de dicho artículo utilizando como asunto base un proceso ordinario laboral contra el Estado, específicamente contra el Poder Judicial, en el que a un ex funcionario judicial que estaba siendo imputado en sede penal por el delito de homicidio, se le había condicionado su pensión a las resultas de tal asunto penal. Cuando se le otorgó la audiencia respectiva a la Procuraduría General de la República, si bien indicó que existe un derecho fundamental a la jubilación, también señaló que dicho derecho se limita al del régimen general, encomendado por el artículo 73 de la Constitución Política a la Caja Costarricense de Seguro Social, negando así que como tal, se extienda a otros regímenes especiales, como el del Poder Judicial a que se refiere la norma impugnada.

La Sala estimó la acción de inconstitucionalidad y decretó la nulidad de la norma, al indicar entre otros aspectos:

*“[...] VII.- En todo caso, la Sala considera que el derecho a la jubilación, en general o en los regímenes especiales aludidos, no puede ser normalmente condicionado a la conducta de su titular, ya sea ésta anterior o posterior a su consolidación como derecho adquirido. **En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad,** y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5o del*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...]

*VIII.- Por el contrario, **resulta a todas luces inconstitucional, por irrazonable, por desproporcionada y por desvinculada totalmente de la naturaleza y fin de la jubilación**, como derecho fundamental derivado de la prestación del trabajo y constituido en una medida importante por los aportes del propio trabajador, la privación de aquélla por causas tales como la conducta impropia del beneficiario, lo mismo si ésta ocurriere antes o después de la adquisición, consolidación, reconocimiento o goce efectivo de su derecho actual al beneficio, e incluso si llegare a ser constitutiva de delito, y cualquiera que fuere la gravedad o repugnancia de éste; porque, además, una tal consecuencia resultaría absolutamente incompatible con el concepto mismo de lo que es, según se dijo, un derecho del trabajador y no una concesión graciosa del Estado o del Patrono [...]*”.

En el caso en estudio, la Sala consideró como punto de partida de su análisis, que el artículo 73 de la Constitución Política otorga un derecho fundamental a la pensión, independientemente del régimen al que se pertenezca -sea el general como el de la mayoría de trabajadores, o uno especial como el de la Corte-, según deduce de su literalidad:

“ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social”.

En el caso, la Sala debía resolver si las causas previstas en la norma impugnada, a saber, “*vicios, faltas de moralidad o responsabilidades penales*”, que permitían a la Corte rechazar el derecho a pensión de un trabajador, limitaban indebidamente ese derecho fundamental. De una revisión detenida de la sentencia citada, así como de otras en esa misma línea²²⁰, resulta posible determinar que, si bien existe una mención o justificación

²²⁰ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N.1225-1991 (sobre los derechos adquiridos de los pensionados).

(argumentación) de la sentencia basada en el principio de proporcionalidad, lo cierto del caso es que esto no se realiza desde una perspectiva de dicho principio como regla; entiéndase, no se utiliza el contenido de este principio realmente como un juicio o examen de constitucionalidad, sino solo como una explicación “adicional” (entre otras), que sustenta el fallo. La principal fundamentación de la sentencia a criterio de la Sala radica en que, por la naturaleza que tiene el derecho constitucionalmente establecido a la jubilación, le resulta “incompatible” una limitación de esa índole, ya que no se está ante una concesión graciosa de la administración, sino ante un derecho adquirido, que entre otras razones existe por aporte del propio trabajador.

De la resolución se derivan dos aspectos concretos, los cuales permiten comprender cómo la Sala conceptualizó en sus inicios la noción de proporcionalidad: la estableció como un principio del Derecho de los Derechos Humanos, e indicó que las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser *“razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin”*. Una expresión que, sin embargo, no es del todo clara, ya que las limitaciones a un derecho fundamental deben ser razonablemente necesarias para la protección de un bien colectivo (por ejemplo el orden público, salud pública, entre otros) u otro derecho fundamental, pero no “para el derecho mismo”.

Evidentemente, si bien el segundo de los aspectos constituye al menos un intento de explicación coherente respecto de las limitaciones de los derechos fundamentales en el contexto de una noción general de la proporcionalidad, lo cierto del caso es que este no resulta, ni por asomo, la conceptualización, aplicación o contenido del examen de proporcionalidad objeto de estudio. Sin duda en este periodo inicial no podría esperarse una

aplicación depurada del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia; incluso en esos años, como se indicó en su momento, ni siquiera la había alcanzado tampoco el Tribunal Constitucional español ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, sí era posible mayor contenido o elaboración de las resoluciones, al menos en su fundamento.

Junto a este modo de usar la noción de proporcionalidad, la Sala llevó a cabo en este periodo inicial otro que suponía dejar al operador jurídico en una situación de incertidumbre. Concretamente cuando afirma de forma contundente que “los derechos son susceptibles de limitación por parte del Estado, siempre y cuando no se traspasen los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales”.

El supuesto en que la Sala se pronuncia así fue la sentencia N. 1195-1991, en donde la Sala conoció de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados (Decreto Ejecutivo N. 16765-S del 13 de diciembre de 1985, reformado por Decreto Ejecutivo N. 19069-S del 26 de junio de 1989), por una presunta violación a la libertad de comercio, en cuanto el decreto disponía que no se concedería autorización a nuevas farmacias a menos que existiera una distancia mínima de quinientos metros respecto de otras en operación. El asunto en donde fue invocada la inconstitucionalidad fue un recurso de amparo interpuesto por un afectado contra el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica.

Al otorgarse las audiencias respectivas, la Procuraduría General de la República señaló que, en ese caso, el interés comercial debía ceder ante intereses superiores y “*el Decreto en cuestión lejos de restringir la competencia comercial, más bien diversifica el*

servicio desconcentrándolo para que sean cada vez más los costarricenses que tengan acceso a los establecimientos farmacéuticos a lo largo y a lo ancho del país. Constituyendo el medio más idóneo para lograr una efectiva actividad prestacional, impidiendo que la actividad desplegada se desnaturalice y prive en ella el afán de lucro sobre el interés general". En una línea similar, se pronunció el representante del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, el cual solicitó se declarara sin lugar la acción, por no violar la norma impugnada derecho constitucional alguno, sino que por el contrario, protegía el derecho a la salud de la población.

Sin embargo, la Sala declaró la inconstitucionalidad y anuló la norma impugnada, por considerarla contraria al 46 constitucional, que contiene el principio de libertad de empresa²²¹. Específicamente, la cita o referencia al principio de proporcionalidad, viene dada de la siguiente manera en la sentencia:

*"[...] cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, **siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales** [...]"*

²²¹ ARTÍCULO 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora [...]"

Ante esta afirmación, surge automáticamente la pregunta: ¿en qué consisten entonces esos límites de razonabilidad y proporcionalidad?²²² Lamentablemente, este es un cuestionamiento que la Sala no logra aclarar.

Al respecto, la cuestión no solo radica en que la Sala no ofrece detalle de ese límite, el cual considera como una frontera a la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales, sino que además, parte de la premisa de que dicho principio es de orden sustancial-objetivo y no procedimental-adjetivo, es decir lo que realmente plantea es la estructuración del examen de proporcionalidad en sentido amplio, según se ha visto en la primera parte de esta investigación.

Un aspecto diferenciador y rescatable de este caso, se relaciona con la argumentación de la Procuraduría General de la República, ya que esta intenta -al menos de forma tímida-, proponer la realización de un examen de idoneidad, pero claramente no llega a sustentarse ni concretarse en forma debida, en virtud de la debilidad de sus premisas empíricas.

En este sentido, argumentar tan solo (sin sustento o respaldo probatorio alguno) que mientras menos farmacias existan más acceso a ellas tendrán los consumidores, resulta claramente una premisa débil, que no llega a ser demostrada en cuanto a la consecución de dicho fin, a saber: la protección al consumidor.

²²² En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 1925-1991 (consulta facultativa sobre una reforma integral a la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional), N. 1420-1991 (relativa a la inconstitucionalidad del requisito de pago de timbres para poder recurrir adjudicaciones en el ámbito municipal) y N. 1528-1992 (sobre la prohibición de inscripción de vehículos desalmacenados en partes).

En virtud de lo expuesto, la Sala considera en el período analizado, que los derechos fundamentales no son ilimitados y al respecto describe dichas limitaciones de dos formas. En primer término indica que tales limitaciones a los derechos fundamentales tienen ciertas fronteras o límites, siendo el principio de proporcionalidad es uno de ellos. Pero paradójicamente, la jurisprudencia, en esta etapa inicial de análisis, no desarrolla en qué consiste o cómo opera dicho límite (si bien queda clara la idea principal de que el principio de proporcionalidad es un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales). En segundo lugar, la Sala pone un especial énfasis en la relación medio-fin; en ese sentido, el “medio” es la limitación al derecho fundamental y el “fin” el objetivo que se persigue con dicha limitación, en procura de no vaciar de contenido el derecho fundamental.

De la segunda de las anteriores conceptualizaciones, interesan dos aspectos: en primer término, el establecimiento de la noción de “proporcionalidad” como una explicación, definición o contenido de otra figura, como es el “principio de razonabilidad”; y por otro lado, específicamente cómo dicha proporcionalidad ha de caracterizar la relación entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue. Sin embargo, ese segundo aspecto no tiene la virtud de llegar a detallar dicho calificativo de proporcionalidad.

II. 2.- El principio de proporcionalidad como parámetro de conformidad de conductas de la administración con el ordenamiento jurídico administrativo

Si bien este segundo grupo de sentencias hasta cierto punto posee un carácter residual, contienen como elemento homogeneizador el hecho de que se trata de análisis respecto de conductas específicas de la administración. Por lo tanto, se está ante cuestionamientos de

casos particulares y no generales como en el supuesto de cuestionamientos a la constitucionalidad de una norma.

Tal y como se observará, en su mayoría, de una forma poco desarrollada y con cierta incertidumbre respecto de su competencia para ello, la Sala utiliza la noción de proporcionalidad como un parámetro de conformidad de conductas de la administración con el ordenamiento jurídico administrativo, principalmente, con las normas de rango legal que regulan los elementos del acto administrativo y no como un parámetro de valoración ante limitaciones de derechos fundamentales. Esto significa que son sentencias que no solo no desarrollan el principio en cuestión, sino que resuelven casos en los que no existe claridad de que hubieran tenido que ser necesariamente conocidos en la Jurisdicción Constitucional.

En primer término cabe señalar que en este período se presentan una serie de sentencias, que enfatizan la finalidad de la medida aplicada y el motivo de la aplicación, mediante la figura de la suficiente “*relación razonable de proporcionalidad*”. Muestra de esto es la sentencia 1209-1991, que resolvió un recurso de amparo en contra de la Junta Administrativa del Registro Nacional y el Ministerio de Justicia y Gracia. Con su recurso, los recurrentes intentaban anular un despido sin responsabilidad de la administración-patrono, aparentemente producido por ejercer funciones de abogacía y notariado en horas laborales. Los funcionarios recurrentes alegaron, entre otros aspectos, violación al principio de igualdad, puesto que consideraban que a ellos se les aplicaba la sanción de despido, mientras a otros funcionarios -según ellos en la misma situación-, se les aplicaba solo la de suspensión. Por su parte, la administración recurrida indicó que previo al despido se respetó el derecho de defensa y que carecía de sustento su comparación con los funcionarios

suspendidos, puesto que estos accedieron a presentar sus protocolos y los despedidos no, y esa colaboración con la investigación se valoró para solo imponer la suspensión de labores.

La sentencia señala en concreto:

*“IV.- En lo atinente a la violación al principio de igualdad por haberse suspendido a cinco funcionarios de esa Institución por los mismos hechos, en tanto a ellos se les despide sin responsabilidad patronal, debe acotarse lo siguiente. La igualdad es sólo lesionada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y **la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.** En el caso de examen existe un elemento objetivo diferenciador de la sanción, cual es el cumplimiento de los deberes inherentes a la función de Notarios Públicos por parte de aquellos funcionarios que sólo fueron suspendidos sin goce de salario, en tanto los recurrentes, intentaron ocultar información de sus protocolos entorpeciendo con ello, la investigación que tenía como fin de valorar la gravedad de los hechos endilgados. La actitud reprochable a los accionantes, no concurre en los abogados suspendidos por lo que no se ha producido la aludida violación constitucional, debiendo rechazarse este extremo del recurso”.*

Evidentemente, el calificativo de “*relación razonable de proporcionalidad*” que introduce la Sala en esos años tiene una importante influencia proveniente de la jurisprudencia norteamericana, que aplicada en este caso de forma algo simplista, le facilita a la Sala, a nuestro entender indebidamente, entrar a conocer cuestiones particulares de la tramitación de un procedimiento administrativo y la investigación realizada contra los recurrentes e incluso, respecto de terceros que no forman parte del recurso, a saber, los abogados suspendidos, con el fin de determinar si una sanción administrativa es o no procedente.

En el caso anterior, su naturaleza constitucional no se distingue con claridad. Por lo tanto, resulta necesario recurrir a cuestiones propias de la legalidad que por ende son naturales de otra jurisdicción²²³. Al respecto, saber si un investigado colaboró o no en un procedimiento administrativo, no es en principio cuestión propia de la Sala Constitucional y, para sustentar su conocimiento del caso, la Sala recurre a fundamentar la sentencia en la idea de la *“relación razonable de proporcionalidad”*.

En esa incipiente etapa de la existencia de la Sala Constitucional, no había criterios claros en cuanto a sus competencias y, en especial, respeto del establecimiento de una línea divisoria nítida con la jurisdicción contencioso-administrativa. Este es un aspecto que, con el transcurrir de los años, se ha depurado en alguna medida, pero lo cierto es que en esa etapa inicial el traspaso de fronteras competenciales por parte de dicha Sala era muy notorio. Un ejemplo de esto lo ofrece la sentencia N. 1290-1992, que concedió el amparo por medio del cual, una funcionaria pública alegaba violación a sus derechos fundamentales por un traslado laboral. En el momento de rendir el informe respectivo, la autoridad recurrida señaló que la accionante tiene su cargo en propiedad en el “Área Metropolitana” en general y no en la específica localidad que ella alegaba.

En este caso, de acuerdo con la competencia para ello, la Sala solicitó como prueba para mejor resolver que la autoridad recurrida informara *“si de previo a la decisión de trasladar a la accionante, se realizó algún procedimiento de estudio como conclusión del*

²²³ En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Constitucional N. 454-1991 (sobre la prohibición para ejercer actividades lucrativas por parte de una Municipalidad) y N. 1545-1992 (donde se conoció una impugnación contra el aumento de primas de seguros voluntarios de vehículos).

cual se llegara a la determinación de hacerlo; si en la Institución laboran otras personas con la misma categoría que la recurrente y que indicara las razones por las que ésta fue escogida para el traslado y no aquéllas”. Ante tal requerimiento, la autoridad recurrida no logró demostrar que se hubiera realizado un estudio que sustentara que no existían otros servidores en mejor situación o para quienes el traslado no implicara tantos trastornos.

Desde nuestra perspectiva, con esa posición de Sala, en evidente intromisión de la competencia constitucionalmente establecida en favor de la jurisdicción contencioso administrativa, intenta analizar el elemento de la discrecionalidad en un acto administrativo, para declarar conceder el recurso de amparo. En el siguiente extracto, se denota cómo la propia Sala cita el artículo 49 de la Constitución Política, el cual crea la jurisdicción contencioso administrativa como garante de la legalidad administrativa²²⁴. Señala la Sala en sus considerandos:

*“I.- El artículo 49 párrafo 2, de la Constitución establece que la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos, **lo anterior con el fin de garantizar la legalidad de la función administrativa, evitando la utilización de potestades públicas para fines distintos a los perseguidos por la Administración. Todo lo que se haga en la Administración Pública tiene que ser razonable aunque sea discrecional, porque discrecionalidad no es arbitrariedad, existen límites de racionalidad, proporcionalidad y equidad, que son límites objetivos y determinables.** No es pretensión de la Sala sustituir la voluntad ni la propia discrecionalidad del funcionario público, que puede moverse dentro de un margen bastante amplio, pero sí le corresponde fiscalizar que a la accionante no se le traslade en condiciones que la perjudiquen gravemente o que impliquen un tratamiento desigual”.*

²²⁴ La norma indica: **ARTÍCULO 49.- Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.**

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

En tal sentencia, la Sala consideró que el actuar de la administración tiene ciertos límites, entre ellos, la proporcionalidad y, en dicho caso, esos límites fueron violentados con el traslado impugnado. Tal consideración y forma de hacer referencia al principio de proporcionalidad en dicha sentencia y en la mayoría de esta etapa, no se acerca a la definición dogmática del principio de proporcionalidad, entendido como un juicio o un examen, de una norma o conducta, propio del Derecho constitucional, sino que se inclina por la valoración de aspectos específicos del acto administrativo, con elementos propios de esa área del Derecho y los cuales, evidentemente, pertenecen a otra jurisdicción.

Tal y como se ha apreciado, la jurisprudencia de la época no guarda ningún tipo de línea secuencial y tampoco permite vislumbrar características relativamente definidas en cuanto a lo que hoy se conoce como el examen de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, dicha regla contó con una excepción: una sentencia que en alguna medida procura la realización de un examen de medios alternativos ante una limitación de un derecho fundamental, a saber la sentencia 941-1992, caso icónico de esa época, la cual si bien no conoce de una conducta administrativa, en virtud de su importancia se debe analizar. En dicho caso la Sala conoció de un *habeas corpus* interpuesto en favor de un imputado en un delito de violación, quien si bien se encontraba bajo fianza, el Juez de la causa respectiva ordenó efectuar estudios de laboratorio de muestras de sangre, saliva y semen. La autoridad recurrida informa que, en virtud de que se investiga un delito de violación, el análisis de muestras de sangre, saliva y semen al imputado se torna trascendental.

La Sala declaró sin lugar las alegaciones respecto de las muestras de sangre y saliva, al indicar que sobre dichos exámenes no existe violación de ningún derecho fundamental. Incluso -continúa indicando la Sala-, puede procederse sin el consentimiento del imputado, en el tanto los procedimientos se realicen sin poner en riesgo su integridad física. Sin embargo, en lo referente con el examen de semen la Sala opinó distinto e indicó que ello solo procede con el consentimiento del imputado, al considerar:

*“[...] A criterio de la Sala, la extracción de semen por medio de masturbación o de masaje prostático, que son los métodos que en nuestro medio se utilizan para la extracción del semen, necesario, para la realización de la pericia acordada por el Juez recurrido, **atentan contra la "integridad moral" del individuo pues afectan gravemente el pudor y eventualmente pueden degradarle**, razón por la que resultan contrarios a las normas citadas supra, lo que conlleva a declarar con lugar el recurso en relación con este extremo, con las consecuencias correspondientes, razón por la que el peritaje acordado sólo podría realizarse, respecto del semen, con la aceptación expresa del encausado. También puede lograrse el semen por medio de intervención quirúrgica con incisión, para obtener directamente del testículo la muestra requerida, **pero ello puede conllevar un grave riesgo y no resulta proporcional si puede recurrirse a otros métodos de corroboración como la sangre, el sudor y la saliva**”.*

En la anterior sentencia, la Sala intenta realizar un examen de medios alternativos (sin indicarlo de esta forma), o sea, aplica en cierta medida el sub principio de necesidad y concluye que los medios opcionales efectivamente promueven mucho mejor y de una forma menos invasiva el fin pretendido, a saber, los exámenes de sangre y saliva pueden arribar a los mismos resultados científicos, con menor intervención que el examen de semen, el cual atenta en mayor medida contra la integridad moral o incluso, puede colocar en riesgo la salud del intervenido. Por esta razón, la sentencia de la Sala Constitucional puede ser catalogada como un caso sobresaliente en este periodo analizado en lo que al principio de proporcionalidad se refiere.

El elemento del cual parte el análisis realizado por la Sala en este supuesto lo constituye el artículo 36 de la Constitución Política, el cual indica que “*en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo*”. Desde esta norma la Sala interpreta que dicha premisa conlleva implícita la imposibilidad de utilizar el cuerpo del procesado como fuente de prueba, en casos donde se afecte la dignidad del individuo. Como se indicó, por ejemplo la Sala considera que las pruebas de sudor y saliva no limitan desproporcionadamente ese derecho fundamental.

II. 3.- Recapitulación y valoración de la etapa

El periodo analizado (1989 – 1992) muestra las primeras sentencias de la Sala Constitucional de lo que ese Tribunal denomina “principio de proporcionalidad” o, al menos, una noción general de “proporcionalidad”. Evidentemente, tanto la cantidad de sentencias como el desarrollo de la figura no son de gran envergadura. No obstante, resulta indispensable conocer sus inicios en la jurisprudencia constitucional costarricense.

Dicho agrupamiento de sentencias atiende al uso o la forma de emplear la noción de proporcionalidad por parte de la Sala. Por lo tanto, se puede establecer que durante la etapa de aparición del principio de proporcionalidad, aproximadamente en sus primeros tres años de existencia, la Sala lo conceptualizó de al menos dos formas: de un lado, como un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales y una característica de la relación “medio-fin”, y de otro, como un parámetro para valorar la conformidad de conductas de la administración con el ordenamiento jurídico administrativo.

Si bien cada una de estas categorías cuenta con sus particularidades, las cuales ya han sido expuestas líneas atrás, lo cierto es que se puede concluir que, en su etapa de aparición en la jurisprudencia constitucional, el escaso desarrollo sustancial de la figura no permite catalogarla como una etapa de aplicación propiamente dicha, sino que se le debe entender como un antecedente de las subsecuentes etapas de mayor aplicación. En todo caso, de ese período cabe destacar de la jurisprudencia respecto del principio de proporcionalidad, lo siguiente:

- Se intenta presentar como un parámetro de lo que es, o no, constitucional. Sin embargo, al darse tal referencia de forma poco sistemática, de variadas maneras y sin un desarrollo analítico suficiente, que permita comprender plenamente su fundamento o contenido, no es posible establecer una pauta unívoca respecto de dicho parámetro de constitucionalidad en esta etapa primigenia.
- Únicamente en su sentencia pionera (N. 1147-1990) se le definió como un “*principio del Derecho de los Derechos Humanos*”. Esta categorización luego, no asomó más en las sentencias constitucionales en la etapa de cita; incluso, la mayoría de sentencias, ni siquiera intenta categorizar al principio de proporcionalidad.
- Las sentencias donde de manera expresa la Sala considera que al principio de proporcionalidad como un límite a las limitaciones de los derechos fundamentales y como una característica de la relación medio-fin, carecen de un desarrollo explicativo que permita comprender las características de dicho límite en concreto. Esto parecería

concluir que se utiliza con más fines persuasivos que realmente operativos, como una especie de obstáculo infranqueable en la continuación del análisis de constitucionalidad.

- En algunas de las sentencias de este período histórico solo resulta posible identificar, al menos de forma indirecta y no expresa, un análisis primigenio de “idoneidad”. Tal operatividad se presenta, en mayor o menor medida, por el énfasis que realiza la Sala en que las intervenciones en los derechos fundamentales deben procurar la obtención de un fin legítimo.
- Ese análisis básico de “idoneidad” presentado en el período objeto de estudio, encuentra cierta concordancia con las primeras tentativas de aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²²⁵. Concretamente, en la Opinión Consultiva número OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, estudiada en su momento, la Corte efectúa un análisis de fines, en otras palabras, un estudio de la finalidad que tiene determinada restricción en un derecho fundamental tal y como lo intenta realizar la Sala en la mayoría de sentencias de este período y, en especial, en las que analizan con más detalle la relación medio-fin.
- La sentencia N. 941-1992 constituye una excepción notable a la regla general de la escasa profundidad de las sentencias del período en cuestión en relación al principio de proporcionalidad, pues avanza de forma incipiente hacia un análisis de

²²⁵ Al respecto, véase Capítulo IV de la Primera Parte de la presente investigación.

“necesidad”, al pretender mencionar medios alternativos a una medida que atentatoria de la dignidad como elemento de prueba en un proceso penal.

- Pocos son los aspectos rescatables para analizar la evolución de las sentencias donde, de forma algo simplista, se utiliza el “principio de proporcionalidad” como parámetro de conformidad de conductas de la administración, con el ordenamiento jurídico administrativo. En realidad, lo que utiliza la Sala en esos casos es una noción general de “proporcionalidad”, con una gran influencia conceptual del Derecho administrativo, y no realmente un protocolo de actuación en materia de derechos fundamentales.
- La noción de proporcionalidad a la cual la Sala se refiere en este período, es una figura sumamente ligada en su uso al principio de razonabilidad; llega al punto de que, en algunas sentencias, la noción de proporcionalidad se encuentra contenida en, o forma parte de, la razonabilidad.

CAPÍTULO III: EL DESARROLLO INICIAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (1992-1998)

Tal y como se indicó anteriormente y con el fin de establecer una categorización histórica de las sentencias analizadas, el presente capítulo realizará un recuento de las principales resoluciones a partir del dictado de la sentencia N. 1739-1992 (en julio de 1992) hasta 1998, año en el que la Sala Constitucional emite las primeras sentencias en las que se detallan formalmente los subprincipios del examen de proporcionalidad, según se desarrollará luego.

En este período, en su mayoría las principales disputas en las que tuvo cabida el principio de proporcionalidad se relacionan con: el derecho fundamental al debido proceso, la libertad de comercio y el principio de igualdad. Por ello, el presente capítulo clasifica las sentencias en razón del derecho fundamental que estaba en cuestionamiento, pues precisamente dichas sentencias marcan ciertas pautas a nivel jurisprudencial, al ser luego citadas y reiteradas en forma constante por el propio Tribunal.

En este período, ya se advierten dos elementos diferenciadores respecto de las sentencias analizadas en la etapa anterior: se da una aparición mucho más recurrente del principio de proporcionalidad, y su presencia ya cuenta con un poco más de contenido conceptual, o sea, la Sala empieza a tomarse en serio la tarea de, al menos, intentar delinear el principio de proporcionalidad con algún tipo de explicación.

A pesar de lo apuntado, en este período la jurisprudencia contiene una serie de imprecisiones conceptuales que a esa altura no se solventan, y se puede extraer como línea que la Sala, al intentar fundamentar sus decisiones, en muchos casos entra en una maraña terminológica que produce la utilización indiscriminada de ciertas figuras. Así, de forma poco precisa, muchas sentencias van y vienen entre los conceptos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, utilizándolos libremente como sinónimos y sin un contenido explicativo claro²²⁶.

Entre los aspectos más representativos de este período, sin duda se puede rescatar la consolidación mayoritaria de un examen de idoneidad en el contenido de las sentencias, al requerir la Sala una concordancia entre el medio implementado y el fin que se procura. Principalmente esto surge en las sentencias donde se conocieron alegaciones a la libertad de comercio y al principio de igualdad. Evidentemente, la aplicación de este análisis de idoneidad no siempre fue lineal sino que tuvo sus variantes en cuanto a contenido, pero lo cierto es que sí es constante en el sentido apuntado, a pesar de que en la mayoría de ocasiones la Sala no lo denomina así.

Adicionalmente, de modo excepcional, se observará en cada uno de los apartados del presente capítulo, ciertas resoluciones con algún asomo de análisis de medios alternativos, que anuncian ya lo que vendrá en siguientes períodos, que serán analizados en su momento.

²²⁶ En este sentido, un buen ejemplo lo constituye la sentencia de la Sala Constitucional N. 0486-1994 (sobre la constitucionalidad del plazo de apelación de tres días, contra sentencias de procesos sumarios).

III. 1.- Sentencias donde se valoraron presuntas violaciones al debido proceso

Sin duda alguna, la sentencia N. 1739-1992 es una de las resoluciones de mayor cita en el ámbito costarricense, por que efectúa un recuento de las exigencias procesales que derivan del principio del debido proceso²²⁷. A los efectos de esta investigación la sentencia debe ser catalogada de icónica, en virtud de que es la primera resolución donde la Sala Constitucional define y caracteriza la figura de la razonabilidad, concepto que como se ha señalado, ha sido utilizado en muchas ocasiones por la Sala de forma conjunta con el examen de proporcionalidad, al punto de incluso confundirlos.

La sentencia surge en razón de una consulta de constitucionalidad que efectúa la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ante la Sala Constitucional, con motivo de la tramitación de un recurso extraordinario de revisión interpuesto por un condenado penalmente, en el que se cuestionaba el valor de la confesión que el imputado había realizado en su momento. En su parte dispositiva la sentencia resolvió que, a la luz de todos los principios contenidos en la sentencia, la Sala consultante debía analizar si se había dado, o no, una violación del debido proceso, es decir, dejó en manos de la Sala consultante la definición concreta de dicho proceso en lo que atañe a la confesión.

El redactor de la sentencia, doctor Rodolfo Piza Escalante (q.D.g.), al iniciar los considerandos realiza un análisis introductorio respecto del derecho al debido proceso, tanto

²²⁷ Por jurisprudencia de la Sala Constitucional, en el ordenamiento costarricense se considera que dicho principio deriva de una interpretación extensiva de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, los cuales establecen el derecho de defensa y el derecho a la justicia pronta y cumplida, respectivamente.

en su evolución histórica como en lo atinente a sus diversas dimensiones en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana²²⁸. La sentencia tiene la particularidad de reseñar, desde una perspectiva didáctica o explicativa, el importante punto mencionado y esto es precisamente lo que hace cuando realiza la mención del debido proceso legal sustantivo (“*substantive due process of law*”), el cual si bien no se llega a aplicar en la sentencia (pues el análisis del caso se centra en otra de las vertientes del debido proceso), sí es objeto de explicación de la siguiente forma:

*“c) Pero aún se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido (sic) sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, **equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.***

*De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. **De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.** Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los*

²²⁸ Estos aspectos ya han sido desarrollados en el Capítulo VI de la Parte I de la presente investigación.

derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad”.

En concreto, resulta evidente que las referencias a las figuras de razonabilidad y proporcionalidad contenidas en la sentencia no solo no se caracterizan por su claridad conceptual, sino que la interrelación de ambas figuras llega a puntos donde no es posible delimitar sus fronteras. Sin embargo, según tal situación, es posible desagregar su contenido para entender lo expuesto por la Sala:

- La sentencia realiza una equiparación entre la figura del debido proceso del ordenamiento anglo-norteamericano y el principio de razonabilidad de las normas en el ámbito costarricense.
- Dicho principio de razonabilidad lo define, de forma general, como un requisito de validez constitucional de las normas y los actos públicos, los cuales deben ajustarse al “sentido de justicia”.
- La resolución señala que el “sentido de justicia” implica, a su vez, el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de la norma o acto público en cuestión, en donde cita “exigencias fundamentales” como: equidad, proporcionalidad y razonabilidad.
- Las anteriores exigencias la sentencia las entiende como la “idoneidad” para realizar los fines de la Constitución.
- Consistiendo dicha “idoneidad” en que las leyes no solo no sean arbitrarias, sino además, que los medios seleccionados en ellas tengan *“una relación real y sustancial con su objeto”*.

- La sentencia intenta distinguir, sin mucha claridad, entre razonabilidad técnica, razonabilidad jurídica y razonabilidad de los efectos.

Esa sentencia vino a marcar una línea jurisprudencial muy importante y manifiesta en los años subsecuentes²²⁹ e incluso se mantiene hoy en muchos aspectos, como se apuntará en su momento.

Las sentencias posteriores que utilizaron como referencia o fundamento la resolución N. 1739-1992, ya realizaban solo una síntesis de ella y daban por sentados los conceptos esbozados por la icónica sentencia. En esas sentencias ulteriores, la Sala insiste en exponer la relación entre razonabilidad y un amplio concepto de justicia, así como en reiterar la definición de lo razonable como lo “*proporcionado e idóneo*”.

Una de estas resoluciones es la sentencia N. 3834-1992, en donde la Sala Constitucional conoció una consulta facultativa de constitucionalidad promovida por diversos diputados²³⁰, respecto del Proyecto de “Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres”²³¹.

Si bien la consulta estaba enfocada en diversas normas, aquí interesa una disposición del proyecto en cuestión, el cual establecía una multa del 25 % del valor fiscal del vehículo

²²⁹ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 0791-1994 (en cuanto a sanciones en materia aduanera) y N. 1953-1996 (sobre el principio de proporcionalidad de la pena como parte del principio del debido proceso).

²³⁰ Conviene apuntar que dentro de los procedimientos de consulta ante la Sala Constitucional, la legislación no prevé el trámite de brindar audiencia ante la Procuraduría General de la República.

²³¹ Aprobado en primer debate según expediente N. 11182 iniciado el 6 de marzo de 1991.

por diversas infracciones a esa ley y sobre la que los diputados consultantes expresamente cuestionaron, si dicha disposición violaba los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En esa sentencia, al realizar mención de lo que entiende por razonabilidad, la Sala indica:

*“La razonabilidad se conoce también con el rótulo de debido proceso sustantivo. Cuando se viola la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido objetivo o formal, como imposición de una forma o de un procedimiento que debe seguir los actos de cada órgano del Estado para ser formalmente válidos, sino que se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: **el ajuste de toda norma y de todo acto, con el sentido de justicia que la constitución alberga. Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir es la adecuación mesurada de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico; lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido según las circunstancias del caso.** [...] Lingüísticamente, razonable es lo arreglado a la razón, y para utilizar el standard o patrón de razonabilidad hay que conjugar en dosis proporcionadas los valores jurídicos de libertad, orden, paz, seguridad, solidaridad y bienestar general, según las circunstancias especiales de tiempo, lugar y opinión pública donde el acto va a tener efecto. El principio de razonabilidad viene a exigir a las leyes y contenido razonable (sic). Lo razonable se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad - que es de forma- para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede ser obligado hacer lo que la ley razonable no manda, ni privado de lo que la ley razonable (sic). Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en las leyes. Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. El control de razonabilidad es una forma de controlar la constitucionalidad, porque lo irrazonable es inconstitucional. **La fijación de un 25% del valor fiscal del vehículo, como multa, considera la Sala ello constituye una multa irracional y desproporcionada, siendo en su esencia una verdadera confiscación al patrimonio del propietario del vehículo, pues como se desprende dicha sanción absorbe parte del valor del bien [...]**”.*

De acuerdo con los conceptos esbozados de “razonabilidad” y “justicia” y precisamente porque para la Sala lo razonable es aquello “*proporcionado e idóneo para alcanzar el fin*”, la Sala Constitucional estimó, según se acaba de ver, como irrazonable la fijación de un 25 % del valor fiscal del vehículo como multa y así lo estableció en la resolución que evacuó la consulta descrita.

En este caso, la Sala intentó efectuar un examen de adecuación entre medios y fines. Esto significa que realizó una especie de análisis de idoneidad. Sin embargo, dicho intento no llegó a buen puerto y de forma confusa termina por introducir otros elementos en la valoración de los hechos. Para abordar el caso cabe cuestionarse: ¿existe una relación de fomento entre la imposición de una “fuerte” multa (en este caso el 25 % del valor del vehículo) y la finalidad de evitar ciertas conductas ilícitas en materia de tránsito? Al entender de la Sala no, cuando en realidad sí existe “cierta probabilidad” de que una fuerte sanción inhiba algunas conductas de los conductores, lo cual se traduce en que viendo el asunto solo desde la perspectiva de la idoneidad no se resuelve la cuestión y no es posible determinar si el tipo de multa es desproporcionada. En dicho caso hubiera sido preferible que la Sala continuara con un análisis de necesidad (o incluso el de proporcionalidad en sentido estricto) para determinar que la imposición de una multa fuerte puede tener los efectos deseados, aunque se cuestione si existen otros medios menos lesivos que fomenten en igual o mayor medida la finalidad de evitar ciertos ilícitos en materia de tránsito o si el sacrificio del derecho fundamental era excesivo.

Ahora bien, independientemente del grado de sofisticación con que la Sala Constitucional intentó realizar el examen de idoneidad, lo cierto es que su principal falencia recae en la debilidad de las premisas empíricas, en lo poco rigurosas y respaldadas que fueron sus afirmaciones. Nótese que en el párrafo anterior se manifestó que existe “cierta probabilidad” de que una fuerte sanción inhiba algunas conductas de los conductores, pero esto es solo una “probabilidad” que debe ser sustentada con elementos concretos de la realidad material, al igual que debió acreditar que una multa de un 25% del valor del bien es confiscatoria; esto es, la Sala tiene la obligación de sustentar los aspectos facticos que expone

como verdades en sus sentencias, tal y como en capítulos posteriores se verá, cuando la Sala Constitucional sí realiza tal acreditación con elementos de respaldo.

Por otro lado, la utilización del principio de proporcionalidad por parte de la Sala no siempre tuvo lugar en casos donde realmente fuera indispensable su evocación; algo que no es inhabitual independientemente del período que se analice. Ejemplo de ello es la sentencia N. 1224-1993, en la cual la Sala conoció un recurso de amparo interpuesto por los padres de una estudiante en favor de ella, en contra de un colegio privado. Los hechos del caso tienen como base una sanción (suspensión de tres días) impuesta a una estudiante por copiar en una prueba, que fue recurrida administrativamente; producto de dicho recurso se obtuvo una resolución favorable para la estudiante. Sin embargo, dicho acto favorable fue desconocido por el colegio recurrido. Al contestar la audiencia del caso, el colegio solicitó que, se declarara sin lugar el recurso, pues se comprobó la falta en que incurrió la alumna, esto sin hacer referencia a la resolución favorable que los recurrentes habían obtenido en vía administrativa.

En sus consideraciones, la Sala indica que procederá a *“examinar en la sanción impuesta su equidad, razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de constitucionalidad, para determinar si ha existido o no la violación que se acusa”*. Para esto, tomó expresamente como base la sentencia N. 1739-1992, antes citada y señala que:

“III). (...) En efecto, el Artículo 38 de ese Reglamento [Reglamento de Disciplina del Ministerio de Educación Pública] señala que las sanciones pueden ser impugnadas ante la Dirección Regional de Enseñanza, que es exactamente lo que los padres de la menor hicieron, resolviéndose en esta instancia, que la sanción se había impuesto con violación de las reglas del proceso y anulándose el castigo. Sin embargo el

*Colegio desconoció esta resolución, según el contenido del documento agregado al folio 21, por considerar el Colegio que el Ministerio de Educación Pública no puede interferir con la autonomía de los colegios privados. **Se derogó así el Reglamento para el caso particular, adoptándose una decisión que viola los principios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad, en perjuicio de la alumna sancionada, todo ello, al tomar del reglamento lo que la perjudicaba y prescindir de lo que pudiera favorecerla.** Lo cierto es que si el Colegio escogió una normativa para sancionar, no podía manejarla a su gusto, sino con estricto apego a su espíritu, para cumplir con los fines que se propone [...]”.*

En virtud de lo expuesto, la Sala estimó el recurso de amparo y anuló la sanción impuesta en contra de la estudiante, al ser violatoria a una serie de principios, entre ellos el de proporcionalidad²³². Ahora bien, de una simple revisión de los hechos que dan pie al recurso de amparo, se constata claramente, que en este no había ninguna necesidad de aplicar el examen de proporcionalidad en sentido amplio, porque que no se está ante un caso complejo donde no exista claridad en cuanto a la limitación del poder público en un derecho fundamental, o donde la norma o principio en cuestión no resuelva “por sí solo” el caso. En dicho recurso se constató que existió una derogación singular de norma general, a saber, el Reglamento General de Disciplina, Convivencia y Méritos Estudiantiles, el cual se intentó desconocer por parte del colegio recurrido en el momento de emitir la sanción y, ante esto, la violación al debido proceso ya estaba constatada, por lo que resultaba improcedente intentar aplicar el contenido del examen de proporcionalidad para dilucidar el caso.

A la innecesaria referencia del principio de proporcionalidad, se deben añadir otros dos defectos en los cuales cae la sentencia y que se reiteran a lo largo del período en estudio. Por una parte, la Sala aplica (o intenta aplicar) el principio de proporcionalidad tanto a

²³² En el mismo sentido, la sentencia de la Sala Constitucional N. 1699-1994 (sobre la proporcionalidad de una sanción a un estudiante universitario).

relaciones entre el poder público y los particulares, como a relaciones solo entre estos últimos, lo que supone un claro desconocimiento de su origen e inobservancia del contenido de la ponderación como posibilidad de resolución de casos en la segunda de dichas posibilidades; y por otra, la Sala utiliza indebidamente el principio de proporcionalidad como canon autónomo, es decir, como una figura sustantiva que puede ser vulnerada de forma independiente del elenco de derechos fundamentales, lo cual contraviene su conceptualización dogmática, al ser un parámetro de enjuiciamiento de la limitación de uno o varios derechos fundamentales específicos, como una regla de segundo grado.

Por otra parte, en este período que ahora analizamos, surgen algunas pocas excepciones donde la Sala avanzó hacia un examen de necesidad. Esto precisamente fue lo que sucedió en la connotada sentencia N. 1126-1993, en la que la Sala intenta realizar, al menos de forma incipiente, un análisis de medios alternativos al indicar, a la hora de enjuiciar la medida establecida que *“se debía adoptar otro tipo de medidas”*.

La sentencia versa sobre un caso en el que la Sala concedió un amparo interpuesto por la madre de un estudiante de secundaria, en el que se alegaba violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, por cuanto se le sancionó con varios días sin poder asistir a clases por la posesión y el ofrecimiento a otros estudiantes de unas semillas de cañamón, las cuales son un producto de venta legal en Costa Rica. A la hora de presentar el informe respectivo, el colegio recurrido solicitó que se declarase sin lugar el recurso de amparo, pues para ellos el elemento relevante no era la legalidad del producto, sino el hecho de que haya habido alarde, incitación e inducción al consumo de ellas y que en todo caso, al imponer la sanción se respetó el debido proceso.

Previo a conocer el análisis de fondo de la Sala, cabe aclarar que la Sala tuvo por demostrado que *“las semillas de "cañamón" son semillas de marihuana sometidas a un procedimiento ionizante que elimina la posibilidad de germinación, y son de venta legal, por cuanto no constituyen ningún tipo de droga”*. Ahora bien, el razonamiento sustancial por parte de la Sala en este caso, fue:

*“[...] resulta necesario indicar que la conducta del menor, en relación a lo acontecido, es a todas luces inconveniente e inadecuada, máxime en el seno de un centro de enseñanza. Pero para la valoración y la asignación de consecuencias a esa conducta inconveniente se deben tener en consideración varios factores, tales como la edad del menor, que las semillas eran de cañamón, y que la sanción prevista y aplicada es para otras situaciones. Con base en ello **se debió adoptar otro tipo de medidas, en especial, de carácter orientador**, a efectos de que conductas como las achacables al menor no se presenten en el centro de enseñanza, todo ello en coordinación y con la cooperación de los padres del menor. **La aplicación de sanciones sin relación de proporcionalidad con la falta cometida dan lugar a la desproporción y a la injusticia, la cual produce mayores implicaciones negativas que las que se pretende evitar**”.*

Si bien resulta evidente que la sentencia no alcanza a detallar dichos medios opcionales, ni mucho menos a elegir el menos gravoso, lo cierto del caso es que sí estableció la importancia de la valoración de las medidas alternativas. Al señalar la *“injusticia”*, indica expresamente la sentencia, que la decisión adoptada produce la desproporción entre la falta y la sanción, por la no valoración de otros medios que limiten en menor medida los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, que tengan al menos una eficiencia similar en la finalidad aleccionadora que se pretende.

III. 2.- Sentencias que analizaban supuestas limitaciones a la libertad de comercio

Como se ha señalado, en este período en estudio la Sala fue consolidando la realización de un examen de idoneidad de la medida enjuiciada y esto tuvo una marcada presencia en las resoluciones donde se conocieron alegatos respecto de la libertad de comercio (artículo 46 de la Constitución Política). Como ejemplo de lo apuntado se debe citar una importante sentencia, la N. 3125-1992, en la cual, la Sala conoció de una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo N. 18078-S del 22 de marzo de 1988. En su momento, dicha norma solo permitía la comercialización de leches maternizadas en farmacias y no en otro tipo de establecimiento comercial. Producto del contenido de la norma, el Ministerio de Salud le decomisó al accionante ese producto de su supermercado. Con el fin de impugnar dicho decomiso, el afectado interpuso un recurso de amparo, el cual se constituyó en el asunto previo de la acción de inconstitucionalidad posteriormente planteada y de la cual la Sala emitió criterio.

Al emitir su informe, la Procuraduría General de la República señaló que la libertad de comercio no es absoluta e irrestricta, en especial cuando su ejercicio puede entrar en conflicto con los intereses generales. Añade que desde el punto de vista legal, las leches maternizadas son medicamentos, porque así se desprende de la interpretación armónica de una serie de artículos de la Ley General de Salud que, a su vez, brindan amplio respaldo de rango legal al Decreto cuestionado.

La sentencia indica respecto del principio de proporcionalidad:

“VI- Dicho todo lo anterior y examinados los expedientes de la acción de inconstitucionalidad y del amparo que le dio origen, la Sala advierte que la **prueba técnica aportada** en ellos emana del Ministerio de Salud, básicamente, y en especial del oficio de fecha 2 de noviembre de 1975 dirigido por el Viceministro Técnico y Director General de Salud, [...], en que da cuenta que en una reunión celebrada entre los titulares del Departamento de Control de Alimentos, del Departamento de Nutrición, de la División de Saneamiento Ambiental y el Asesor Legal y tomando en consideración antecedentes emanados del Colegio de Médicos y Cirujanos, la Asociación Costarricense de Pediatría y el Colegio de Farmacéuticos, llegan a la conclusión que las leches maternizadas no son medicamentos, sino alimentos destinados a ser consumidos por niños normales, por lo que su venta debe ser libre en cualquier clase de establecimiento. En consecuencia, de los elementos de convicción que obran en los expedientes se infiere que las leches maternizadas no son medicamentos que se utilicen para el diagnóstico, prevención, tratamiento y alivio de las enfermedades o estados físicos anormales, como lo define el artículo 104 de la Ley General de Salud, sino un producto alimenticio que al ser ingerido, le proporciona al organismo los elementos necesarios para su mantenimiento, desarrollo y actividad y todo aquel, que sin tener tales propiedades, se consume por hábito o agrado (art. 197 *ibídem*). **Resulta, en consecuencia, que desde esta perspectiva, las normas impugnadas carecen de los requisitos necesarios de proporcionalidad y razonabilidad, parámetros elementales de constitucionalidad, puesto que le dan a las leches maternizadas características que no tienen, a los efectos de someterlas a un régimen de excepción que resulta, también, inconstitucional.** Así las cosas, procede declarar la inconstitucionalidad pedida, puesto que los artículos que ahora se anulan carecen de la naturaleza de normas necesarias para la protección del niño y de sus derechos y no se trata, en realidad, de un caso concreto de medidas de "interés público". Lo que se determina en el expediente, es la falta de razonabilidad de las regulaciones dictadas para la venta de lo que es simplemente un alimento, como el mismo Ministerio de Salud lo ha afirmado y no hay ninguna razón de lógica jurídica, que indique que deba ser sometido a especiales protecciones [...]”.

Tal y como se deriva de lo anterior, la inconstitucionalidad fue declarada, de tal manera que se eliminó la prohibición de venta de leche maternizada en otros comercios distintos a las farmacias. En ese sentido, un aspecto relevante y diferenciador con la mayoría de sentencias precedentes donde la Sala procura la realización de un examen de idoneidad, es que en este caso se ampara principalmente en la prueba técnica aportada, lo que se traduce en un “control de evidencia” en busca de al menos algún grado de rigurosidad de las premisas empíricas. Sustentada en tales pruebas, la Sala consideró que, al no ostentar el producto las

características de un medicamento, su regulación por medio de un régimen especial y gravoso carece de sentido; esto significa que para la Sala ni siquiera existió cierta relación entre los medios y los supuestos fines, lo cual se traduce en que la medida limitativa no pudo superar la realización de un examen de idoneidad, en su versión más débil²³³. Este tipo de sentencias cuentan con la particularidad de guardar una importante concordancia con la jurisprudencia norteamericana, donde se aplica el denominado escrutinio básico (*“rational basis-test”*) en tanto, en cierta forma, lo único que exigen las resoluciones es la existencia de un fin legítimo y la relación con los medios al menos racional.

Posteriormente y como otra forma distinta de aplicación o conceptualización del principio de proporcionalidad, la Sala recurre también en algunas sentencias a la figura de la *“necesidad social imperiosa”*. Esta es una conceptualización que encuentra su fundamento en antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como expresamente lo reconoce la Sala en algunas ocasiones²³⁴. En estas resoluciones la Sala detalla dicha figura de forma tal que incluso llega a guardar cierta similitud (de forma primitiva y no expresa) con el análisis de idoneidad y necesidad del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Esta tendencia señala que, para que una medida sea considerada una *“necesidad social imperiosa”*, debe: elegirse la que restrinja en menor medida

²³³ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 2092-1994 (sobre la proporcionalidad del sistema de calificación de riesgo en materia bursátil), 4848-1996 (sobre limitaciones a la libertad de comercio contenidas en la Ley de Defensa del Idioma Español) y 5393-1997 (sobre limitaciones a la comercialización de medicamento de venta libre).

²³⁴ Al respecto la sentencia de la Sala Constitucional N. 3550-1992, en donde llega a citar expresamente como fundamento resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *The Sunday Times*, p. 59, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, p. 46).

el derecho en cuestión, existir proporcionalidad entre la restricción y el fin perseguido, ajustarse al logro de ese objetivo, y ser excepcional e interpretada de manera restrictiva²³⁵.

Un ejemplo de la utilización de la figura de la “*necesidad social imperiosa*” en la jurisprudencia constitucional, lo es la connotada sentencia N. 1944-1995, en la cual la Sala resolvió una acción de inconstitucionalidad en contra de una serie de normas que reformaron el Reglamento para la Formación y Control del Sistema Sorteable de Venta de Bienes y Servicios (Decreto Ejecutivo 18495-G de 26 de agosto de 1988). Entre otros aspectos, la acción reprochaba el hecho de que la norma imponía la prohibición de pago en dinero efectivo, ya sea directamente o por medio de otra empresa, en lo concerniente a clubes para la venta de mercaderías o servicios.

Al contestar la audiencia de ley conferida, la Procuraduría General de la República señaló que la razón de ser de esta cláusula prohibitiva es proteger al particular que contrató la venta de un bien o un servicio y recibía un dinero devaluado, del cual no había recogido ningún interés. Desde el criterio de la Procuraduría dicha prohibición armoniza con el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política, el cual señala que: “*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley*”.

La Sala declaró la inconstitucionalidad y eliminó tal prohibición, razonando que:

²³⁵ En el mismo sentido, la sentencia de la Sala Constitucional N. 3550-1992 (sobre la regulación de centros de enseñanza privados)

*“III.-En relación al artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 19860, que reforma el inciso ch) del artículo 2 del Reglamento impugnado, éste inciso en el párrafo segundo impone la prohibición de pago en dinero efectivo ya sea directamente o a través de otra empresa. La accionante alega que ésta norma quebranta los artículos 9, 11, 28, 33, 34, 39 41 y 46 de la Constitución Política. En cuanto a la supuesta violación al artículo 28, la Sala ya se ha referido al tema de las limitaciones legítimas a la libertad, en la sentencia No. 3550-92 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1992. En dicha sentencia la Sala señaló que desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, pero únicamente a las que sean necesarias en virtud de los valores democráticos y constitucionales. **Sin embargo, para que una restricción sea "necesaria", se requiere que sea "útil", "razonable", "oportuna" y debe implicar la "existencia de una necesidad imperiosa" que sustente la restricción. Para que las restricciones a la libertad sean lícitas constitucional e internacionalmente, han de estar orientadas hacia la satisfacción de un interés público imperativo; para lograr esto debe: 1) escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido, 2) existir proporcionalidad entre la restricción y el interés que la justifica, 3) ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo y 4) debe ser imperiosa socialmente y por ende, excepcional y como tal, ha de interpretarse de manera restrictiva, es decir, en caso de duda debe preferirse siempre la libertad dentro del contexto del orden constitucional como un todo, de conformidad con su sistema de valores fundamentales.** En lo atinente a la presente acción de inconstitucionalidad la Sala considera que si bien en el fondo la prohibición lo que persigue es la protección de los intereses de los particulares -compradores de clubes- y la estabilidad económica de las empresas dedicadas a la venta de los mismos, no es posible constitucionalmente introducir una prohibición de éste tipo en un Decreto Ejecutivo, porque esta materia es reserva de Ley [...]”.*

En el caso en estudio, la medida enjuiciada fue la restricción que impide pagar en dinero en efectivo en clubes de venta de mercaderías o servicios. Ahora bien, aunque la resolución puntualizó los cuatro aspectos por medio de los cuales es posible identificar que una medida es acorde con una “necesidad social imperiosa”, lo cierto del caso es que la sentencia no los aplica al caso particular y en su texto no se analizan esos puntos en cuanto a la citada restricción. En su lugar, en un par de líneas simplemente se indica que tal prohibición es materia de reserva de ley y como tal, un Decreto Ejecutivo no tenía la posibilidad de imponer restricción. Y ciertamente, el argumento de la reserva de ley es aplicable en el contexto del caso, pero entonces es dable cuestionarse, ¿qué sentido tiene incluir en la sentencia la referencia a la “necesidad social imperiosa”? Ante esta pregunta, algún sector podría inclinarse a pensar,

que esto tiene como finalidad dotar a la sentencia de un sustento adicional; sin embargo, al no aplicar la sentencia el propio contenido de dicha figura y al ser tan evidente que la prohibición en cuestión solo podía ser impuesta vía ley, resulta posible afirmar que se está ante una simple pose persuasiva que solo tiene como finalidad darle realce a la sentencia.

Por otra parte, es imperativo citar, y con una relevancia particular, la sentencia N. 4285-1995, en virtud de que fue la primera resolución de la Sala Constitucional que dedicó un considerando específico al principio de proporcionalidad (y de razonabilidad). Sin duda alguna, esto vino a marcar el rumbo y levantar el perfil del examen de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad en los años subsiguientes y, en especial, generó un impacto en la comunidad jurídica, al influir de manera directa en los sujetos procesales que acudían ante la Sala Constitucional, los cuales comenzaron a exigir cada vez más de forma expresa el análisis de proporcionalidad de determinados actos y normas, si bien evidentemente, en medio de un absoluto desconocimiento de su contenido y una clara confusión terminológica.

En dicha sentencia, la Sala analizó una acción de inconstitucionalidad, entre otras normas, contra los artículos 4 inciso a) y 9 inciso d) de la Ley de Protección del Consumidor N. 5665, en cuanto otorgan a la Administración Pública la competencia para fijar precios a determinados bienes y servicios. En su informe, la Procuraduría General de la República no realizó una exposición detallada y simplemente se limitó a indicar que la competencia de la Administración para la fijación de precios tiene soporte constitucional, en virtud de la protección al consumidor.

Específicamente el considerando que la Sala tituló en el sentido apuntado fue el tercero, el cual indica:

“III.-LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD.- *La jurisprudencia anteriormente citada, en su conclusión, se desarrolla a partir de los principios de la razonabilidad y la proporcionalidad como parámetros de constitucionalidad. Esto quiere decir, que si bien es cierto que en tesis de principio la Sala ha examinado el tema de los precios máximos y de márgenes de utilidad, lo ha sido en relación al contexto que define la propia Ley de Protección del Consumidor. Los conceptos de bienes de consumo básico y demás bienes a que alude la sentencia parcialmente transcrita, conducen a determinar que para el consumidor existen dos clases de bienes: los que conforman la llamada popularmente "canasta básica", con precios regulados o subvencionados -si fuera del caso- por cuenta y riesgo del Estado y por otro lado, los bienes que, sin ser componentes de la "canasta básica", sirven, también, para satisfacer las necesidades comunes de las personas, de manera que los mecanismos de limitación y protección de los bienes, dentro del contexto de la defensa del consumidor, claramente están dirigidos a esas dos pero no a los artículos suntuarios. Se alega en las acciones acumuladas, que el Estado haciendo una aplicación indebida de los medios de la Ley de Defensa del Consumidor, grava indebidamente artículos que por su naturaleza y origen, pueden calificarse de bienes suntuarios. Para la Sala es indiferente esta tercera categoría que se pretende introducir en el caso concreto. **La definición de colocar un bien determinado en una categoría u otra, como queda dicho en la jurisprudencia de esta Sala, lo definen los criterios de la razonabilidad y la proporcionalidad al caso concreto; es decir, se debe definir con nitidez la naturaleza del bien, sus incidencias sobre el consumo, así como las posibilidades de acceso al mismo por los particulares interesados en adquirirlo**”*²³⁶ (Mayúsculas son del original).

En esta sentencia la Sala declaró sin lugar la acción interpuesta, al considerar que este tipo de mecanismos de control de la producción y reparto de la riqueza están orientados por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En el caso, si bien lo notable es que la Sala reafirma el carácter de “parámetros de constitucionalidad” de la razonabilidad y la proporcionalidad al otorgarles de forma expresa un considerando particular, paradójicamente

²³⁶ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 4569-1997 (relativa al régimen de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de café).

dicho posicionamiento no vino acompañado de un verdadero examen de proporcionalidad; es más, la sentencia puede ser catalogada como una de las cuales en las que la Sala solo utiliza la figura para efectos persuasivos, pues esta no tiene contenido conceptual y llega a decir que *“la definición de colocar un bien determinado en una categoría u otra, como queda dicho en la jurisprudencia de esta Sala, lo definen los criterios de la razonabilidad y la proporcionalidad”*, pero -se insiste- sin definir dichos criterios ni mucho menos darles aplicación en el caso particular.

Tal y como sucede en las sentencias donde se alegaron violaciones al debido proceso, la presencia de resoluciones donde se aplica en alguna medida el subprincipio de necesidad también tienen un carácter excepcional en casos donde se conocen violaciones a la libertad de comercio. Una de ellas es la sentencia N. 7044-1996, en donde la Sala declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley N. 7356, la cual establece un monopolio en favor del Estado para importar, refinar y distribuir al mayoreo petróleo crudo y sus combustibles derivados, asfaltos y naftas; concediendo su administración a la Refinadora Costarricense de Petróleo.

En este caso la Sala señala que *“hace suyos”* los argumentos de la Procuraduría General de la República, así como los de la Refinería Costarricense de Petróleo, los cuales, a la hora de atender las audiencias del caso, resaltaron la gran importancia que los derivados del petróleo tienen en la vida del país, ya que a su entender un mal manejo de dicho recurso puede significar la postración del país en beneficio de todo tipo de intereses particulares.

Con el fin de declarar sin lugar la acción, en sus consideraciones la Sala indicó en cuanto al principio de proporcionalidad:

“VI.-Otro límite de carácter material impuesto a los actos de los órganos públicos (en este caso de las normas jurídicas emitidas por la Asamblea Legislativa) lo constituyen los principios de razonabilidad, proporcionalidad y la adecuación del medio al fin, que debe existir en dichas actuaciones y de los que ha de entrarse a revisar su cumplimiento [...]

En concreto, puede la Sala declarar inconstitucional una norma legislativa, por ejemplo, porque sobrepasa los límites de la razonabilidad, los de la proporcionalidad o bien porque es totalmente inadecuada para el fin que ella misma pretende; claro está que en la revisión de las características de lo razonable, de lo proporcionado y de la adecuación al fin propuesto, hay que ocuparse -en parte- en la valoración de los mismos elementos sobre los que versó el ejercicio de la discreción por parte del órgano, [...]

*VII.- En el caso en estudio el monopolio a favor del Estado, de las actividades de importación, refinación y distribución al mayoreo de combustibles derivados del petróleo, asfaltos y naftas, no excede los límites constitucionales de lo razonable, ni tampoco resulta desproporcionado, así como tampoco se presenta como totalmente desapegado al fin perseguido. Lo anterior resulta así en vista de que -en virtud de la importancia de los bienes que han sido monopolizados- es lógico y admisible (en una palabra: razonable) que el Estado tenga y ejercite la posibilidad de asumir su control -tal y como lo ha hecho- sin que eso implique una transgresión grave a la libertad de comercio en general, que torne inconstitucional lo actuado. **Y ello porque como bien se señaló, puede resultar peligroso o inadecuado en ciertas situaciones, dejar librado a las fuerzas del mercado o en manos de particulares, ciertos bienes reconocidos como claves para el país, de manera que si -porque así lo consideró una mayoría calificada del parlamento- decide proteger tales, especialmente esos bienes, el monopolio decretado resulta, (entre otras medidas posibles) proporcionado y adecuado al fin perseguido. Nótese que no entra la Sala a considerar si lo más conveniente y oportuno es que la regulación de los combustibles se haya hecho mediante el uso de la figura del monopolio, porque eso sería claramente una intrusión en las funciones de otro Poder del Estado; solamente se limita de dictaminar que desde la perspectiva constitucional, para resolver el problema planteado, hay varias alternativas posibles y que la escogida, en tanto se ubica dentro de esos límites no transgrede los fijados y resulta constitucionalmente válida**”²³⁷.*

²³⁷ En el mismo sentido una sentencia anterior, de la Sala Constitucional, a saber la N. 3606-1994 (respecto de la condenatoria en costas en procesos judiciales agrarios).

El aspecto de mayor interés de esta resolución, es el avance que intenta efectuar la Sala desde un simple examen de idoneidad, que ha sido una constante en su jurisprudencia relativa a la libertad de comercio, a cierto análisis de necesidad (al menos parcial). En este punto, la sentencia expresamente indica que para resolver el problema planteado, si bien hay varias opciones posibles, la Sala examina que el medio elegido (monopolio estatal) no transgreda los límites fijados a nivel constitucional. Esto significa que, si bien la resolución reconoce la existencia de medios optativos, del mismo modo indica que a la Sala Constitucional no le corresponde analizar dichos medios, ya que eso sería una intromisión en las competencias de otros poderes del Estado; es decir, si bien es un examen de necesidad incompleto, ya al menos es una aparición del citado subprincipio de forma más expresa²³⁸.

Dos aspectos adicionales que derivan de esta sentencia, son que la Sala insiste indebidamente en colocar en una misma categoría, sin relación género/especie, a las figuras de la proporcionalidad, la razonabilidad y la adecuación a fines, y que establece como sinónimos los conceptos de “lógico”, “admisible” y “razonable”. Ambos puntos son muestra de una escasa rigurosidad técnica en la argumentación.

III. 3.- Sentencias en las que se conocieron alegaciones relativas al principio de igualdad

En el análisis de sentencias donde se alegan violaciones al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), la Sala reintrodujo en varios de sus

²³⁸ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 2645-1998 (en cuanto a las limitaciones para la comercialización de armas y explosivos), en la cual expresamente la Sala indica que basta con que el medio elegido sea uno de los “posibles” y “tenga una cierta proporcionalidad con el fin”.

pronunciamientos de este período un elemento, con el fin de analizar el acto acusado de desigual. Por tanto, a criterio de la Sala el acto considerado desigual, debe ser valorado respecto de la finalidad perseguida y debe existir una *“relación razonable de proporcionalidad”* entre medios y fines, en los términos ya expuestos en el capítulo anterior.

Uno de los casos relevantes donde la Sala utiliza dicha referencia lo constituye la sentencia N. 316-1993, por medio de la cual, la Sala declaró sin lugar un recurso de amparo interpuesto por una serie de médicos en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social, que se consideraban discriminados por no recibir mayores reconocimientos económicos que sí recibían otros profesionales con más grado académico. El amparo se fundamentaba en una posible violación al principio de igualdad, debido a que la Caja Costarricense de Seguro Social, a criterio de los recurrentes, les discriminaba en los salarios al no reconocer los incentivos que establecía un determinado decreto. La institución, al contestar la audiencia conferida en el proceso de amparo señaló que los recurrentes carecían de razón, en cuanto el decreto en cuestión, estableció la definición de lo que es la carrera profesional y sus objetivos, los factores que la regulan, los requisitos para optar por ella y en general, todo lo concerniente para crear un criterio uniforme de aplicación de un incentivo económico en el sector público. En estos términos, la institución recurrida considera que los criterios para el otorgamiento de incentivos son claros.

Expresamente en sus consideraciones la Sala indica:

“V).- Considera la Sala que el reconocimiento de los títulos que se hizo a los profesionales en salud graduados antes de esas fechas, en tanto a derechos adquiridos por falta de normativa aplicable al caso, no puede constituir un derecho

*a la igualdad, en los términos en que lo alegan los recurrentes. El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, **la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha.** Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. En el presente caso, el hecho que una regulación normativa, llámese reglamento, decreto o en último caso, la ley de la República haya fijado un límite razonable para diferenciar, lo que fue una práctica empírica para el otorgamiento de títulos académicos, práctica que fue sustituida por el normal desarrollo de las ciencias y la administración, en orden a considerar mayores ventajas económicas a quien ha logrado una superación mayor en su preparación personal, no puede ser un parámetro de igualdad indiscriminada, de tal identidad, que implique conceder iguales reconocimientos a quienes tienen una preparación académica distinta [...]”.*

En el presente caso, la Sala expresamente se refiere a la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios y los fines y en tal sentido concluye, que la norma es constitucional²³⁹, pues una norma que otorga mayores reconocimientos a los profesionales con más grado académico no puede constituirse inconstitucional.

Este tipo de planteamiento de la Sala es una forma de aplicación del subprincipio de idoneidad, lo cual es una constante en esta etapa, pues en realidad lo que la Sala realiza es una valoración de la capacidad del medio para alcanzar determinado fin, si bien las

²³⁹ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 4788-1993 (sobre la obligatoriedad de los agentes de seguro de pagar el impuesto sobre la renta) y N. 1045-1994 (sobre la distinción de profesionales en Ciencias Médicas).

inconsistencias y los desaciertos ya apuntados y que se pueden resumir sencillamente en una falta de claridad conceptual así como una escasa rigurosidad de las premisas empíricas.

Del mismo modo, esta postura de la Sala tiene un importante grado de similitud con la jurisprudencia norteamericana, que aplicó el escrutinio intermedio (*“intermediate scrutiny”*), en el tanto son sentencias que enfatizan la importancia del fin y la necesidad de una relación sustancial con los medios empleados. A diferencia de lo que, por ejemplo, se aplicó en sentencias donde se alegaban violaciones a la libertad de comercio, en las que esas exigencias respecto del fin y su relación con el medio son de menor grado.

La forma de aplicación del principio de proporcionalidad expuesto tuvo una relativa constancia dentro de la jurisprudencia del período al que nos venimos refiriendo ahora, evidentemente con diversas variables e inconsistencias. Uno de esos matices lo constituyen las sentencias en las que si bien se realiza análisis de idoneidad, es decir, que la Sala procura razonar determinada relación entre medios y fines, no llega a utilizar en forma expresa la denominación *“relación razonable de proporcionalidad”*.

Ejemplo de esto es la sentencia N. 3864-1996, en la cual la Sala conoció de una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 12 párrafo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto disponía:

"Artículo 12.- (...) Tampoco podrá ingresar al Servicio Judicial una persona que sea cónyuge o que esté ligada por parentesco de consanguinidad o afinidad, en línea directa o colateral, hasta tercer grado inclusive, con un Magistrado y demás funcionarios que administren justicia; con los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial; con los inspectores generales y asistentes; con el Secretario de la

Corte; con el Fiscal General Adjunto y con el Jefe y Subjefe del Departamento de Defensores Públicos; con el Director y Subdirector del Organismo de Investigación Judicial; con el Director y Subdirector Ejecutivo; con el Auditor y el Jefe del Departamento de Personal."

El caso versaba sobre un funcionario interino al que le fue denegada la renovación de su nombramiento por tener vínculo de consanguinidad con otro funcionario judicial, interpuso un recurso de amparo que constituyó el asunto previo de una acción de inconstitucionalidad contra dicho precepto, alegando una vulneración a su derecho fundamental al trabajo (artículo 56 de la Constitución Política) y al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política)

En este caso, al contestar la audiencia respectiva, la Procuraduría General de la República sustentó la inconstitucionalidad de la norma conforme a lo que denomina “*test de proporcionalidad*”, entre la medida restrictiva y el fin perseguido por la norma. A juicio de la Procuraduría, no existe congruencia entre el contenido de la limitación y la finalidad del artículo impugnado, pues diversas normas legales procuran la garantía de imparcialidad y cumplimiento de la Constitución y la ley en la resolución de los asuntos a cargo de los funcionarios que administren justicia, así como de imparcialidad e idoneidad comprobada en el ingreso de los funcionarios al Poder Judicial.

La Sala declaró la inconstitucionalidad de la norma, indicando:

*“VII.- Es por todo lo anterior, que estima la Sala, que la norma impugnada, que representa el medio por el cual el legislador trató de lograr un fin específico dentro del Poder Judicial, como es el de evitar el posible daño que pueda ocasionar el nombramiento indiscriminado de parientes a las garantías o deberes constitucionales que se imponen al mencionado Poder ya analizadas anteriormente, **no presenta la***

debida adecuación, entre ella y el fin perseguido acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucionales, toda vez que establece una generalización que afecta a una categoría de funcionarios que no se encuentran en la posibilidad jurídica de causar el daño que la norma pretende evitar, y por lo tanto no deben ser sujetos pasivos de la norma cuestionada, ya que su actividad se encuentra controlada por el artículo 25 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como se analizó con anterioridad, produciendo el mismo efecto pretendido por el artículo 12 de la citada ley, por lo que resulta además innecesaria, repetitiva y extensiva de una limitación a un derecho fundamental".

La Sala utiliza, según puede verse, la expresión “*debida adecuación*”, que tiene una directa analogía con el subprincipio de idoneidad. Este examen es el que precisamente parece aplicar en el caso, al señalar que el medio elegido (imposibilitar de ingreso al Servicio Judicial) no viene a promover, de ninguna manera, el fin protegido (evitar influencias entre parientes) en el caso de la generalidad de funcionarios²⁴⁰. En este caso llama la atención que la Sala anulara la totalidad del párrafo, cuando en realidad pudo haber declarado inconstitucional solo las frases donde se enlistan funcionarios que no son de alto rango y por lo cual, “no se encuentren en la categoría de funcionarios que pueden causar daño”, contra lo que sucede con determinadas autoridades donde tal aspecto podría adquirir relevancia²⁴¹, tal como la propia Sala lo expuso en sus consideraciones.

Si bien no se está ante una sentencia que adopte de forma completa y depurada el examen de proporcionalidad en sentido amplio, la misma es sumamente relevante, pues efectúa con un importante grado de seriedad el análisis idoneidad y, a su vez, denota la

²⁴⁰ En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Constitucional N.1066-1993 (relativa a la reducción de horarios en elecciones universitarias), N. 5398-1994 (sobre la retención del impuesto sobre la renta en títulos valores de cooperativas) y N. 0105-98 (relativo a la constitucional del plazo de tres años, como requisito para acceder al divorcio por mutuo consentimiento).

²⁴¹ Como Magistrados, miembros del Consejo Superior del Poder Judicial, Fiscal General; entre otras autoridades que citaba la norma.

expansión del principio de proporcionalidad, con apoyo de la opinión concordante de la propia Procuraduría.

Como se ha apuntado ut supra, en esta etapa de estudio la aparición del examen de necesidad tuvo un carácter excepcional y muy esporádico. Otra de esas excepciones, dentro de las resoluciones que conocieron alegaciones contra el principio de igualdad, es la sentencia N. 2359-1994, donde la Sala conoció de una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 5 de la Ley de Ajuste Tributario, N. 7218 de 16 de enero de 1991 y del artículo 8, de la Ley de Reajuste Tributario, N. 7088 del 30 de noviembre de 1987, por considerar el accionante dichas normas discriminatorias y confiscatorias en relación con la actividad de salas de juego y casinos.

La Sala declaró la inconstitucionalidad en cuanto a ambas normas e indicó, respecto del artículo 8 de la Ley N. 7088 del 30 de noviembre de 1987, la cual gravaba a los casinos y las salas de juego con un diez por ciento sobre los ingresos netos, lo siguiente:

*“[...] Lo que sucede es que el artículo contiene conceptos contradictorios, puesto que luego de afirmar que el impuesto se aplica sobre los ingresos netos, de inmediato expresa literalmente lo siguiente: "Para los efectos de esta ley, los ingresos netos estarán constituidos por la diferencia entre los ingresos recibidos en la moneda, cheques, mediante tarjetas de crédito y otros, y el total de los egresos representado por las fichas cambiadas." **En este extremo la técnica legislativa se ha separado del límite de lo razonable, al introducir en la norma una definición de lo que considera que deben ser los "ingresos netos".***

***V.- Como principio general de Derecho, contenido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, en ningún caso pueden dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la tecnología, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, conceptos que se resumen en la razonabilidad y proporcionalidad de la norma como parámetros de constitucionalidad.** [...] Y como la categoría económica de lo que son los "ingresos netos", desde el punto de vista técnico, no acepta ninguna otra concepción o*

*interpretación, como no sea la de la totalidad de los ingresos o ingresos brutos, menos todos los gastos y deducciones legítimas, o bien, como lo afirma la Procuraduría General de la República en su escrito a folios 89 y siguientes, en el sentido que los ingresos netos son "entendidos como el beneficio líquido que se obtiene después de efectuar todos los gastos y liquidaciones", entonces resulta que la norma se excede al definirlos únicamente en forma parcial, lo que hace que el párrafo transcrito en el Considerando anterior, resulte violatorio de los principios generales y constitucionales del Derecho Tributario de la igualdad ante el tributo y ante la ley, de la generalidad, por resultar afectadas las actividades singularmente y en su perjuicio, al no permitírseles calcular los ingresos netos aplicando las reglas y los principios universales del Derecho Financiero, **adquiriendo el tributo el carácter de discriminatorio y por último, el principio de proporcionalidad, puesto que por la vía del texto que se analiza, se obliga a los sujetos activos del tributo, a pagar más de los que les corresponde** [...]”.*

En lo referente con el artículo 5 de la Ley N. 7218 de 16 de enero de 1991 -que establecía un impuesto especial para los casinos de un veinte por ciento de los ingresos brutos-, la Sala igualmente declara la inconstitucionalidad e indica que la misma resulta “*inconstitucional por excesivo*”.

*[...] VII.- La Sala entiende el razonamiento de la Procuraduría General de la República al expresar que el tributo, en realidad, tiene un efecto de contención y que está dirigido a desincentivar la proliferación de los casinos y salas de juego; pero entiende **también que existen otros medios, constitucionales e idóneos para lograrlo y necesariamente diferentes a la sencilla creación de un impuesto** que excede todos los límites de lo razonable”.*

La anterior sentencia resalta la importancia de reconocer la existencia de “*otros medios constitucionales e idóneos*” para alcanzar el fin de desincentivar la proliferación de casinos, además de la simple determinación de un impuesto, que la Sala cataloga como confiscatorio. Es decir, la sentencia dispone la aplicación del subprincipio de necesidad al menos en su fase inicial, puesto que no llega a concretar ni valorar esos otros medios

alternativos (quizás por la autocontención que la Sala, como ha tenido oportunidad de verse, se autoimpuso en sentencias ya analizadas con anterioridad sobre este tópico).

Por otro lado, llama la atención que la sentencia equipara los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad (como parámetros de constitucionalidad), con respecto del contenido del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone que: *“En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”*. Evidentemente, si bien podría existir alguna relación entre ambas figuras, lo cierto del caso es que la identidad planteada es desafortunada, no solo al pretender considerar que un parámetro de constitucionalidad se encuentra en la Ley General de la Administración Pública, sino además, al desconocer el sentido adjetivo del examen de proporcionalidad en sentido amplio.

III. 4.- Recapitulación y valoración de la etapa

En este período estudiado, se muestra ya una serie de sentencias de la Sala Constitucional en las que el principio de proporcionalidad tiene una aparición mucho más reiterada y activa, en comparación con la anterior etapa de analizada. Se denota un mayor desarrollo del examen de proporcionalidad, pero sin llegar a ser aún una figura delineada con claridad, ni aplicativa, ni conceptualmente.

Como se indicó, las sentencias se clasificaron según los principales derechos fundamentales conocidos por la Sala en aquel momento histórico, a saber: derecho fundamental al debido proceso, libertad de comercio y principio de igualdad; cada uno de

estos grupos de sentencias muestra características comunes entre sí y, propiamente, el período analizado también vierte conclusiones generales.

El principal elemento reiterado del principio de proporcionalidad fue la aplicación del subprincipio de idoneidad, el cual en unas pocas ocasiones se vio acompañado de una valoración del subprincipio de necesidad; pero sin reconocimiento expreso por parte de la Sala, que no utiliza terminología hasta en la siguiente etapa de análisis.

En síntesis y retomando lo indicado en el contenido del capítulo, el examen de proporcionalidad tiene las siguientes características en la jurisprudencia constitucional:

- En cuanto a las sentencias donde se discutió una presunta violación del derecho fundamental al debido proceso, cabe indicar que dichas resoluciones no guardan una línea o pauta jurisprudencial definida, ni en su contenido, ni en lo que respecta al uso del principio de proporcionalidad; se trata de sentencias con diversidad de métodos, fundamentos y tópicos, que no guardan concordancia entre sí. Una de las razones de tal situación se debe a lo amplio del contenido del derecho fundamental al debido proceso, el cual obtiene la mayoría de sus aspectos sustanciales del aporte jurisprudencial.
- En cambio, las sentencias donde se ventilaron disputas relativas a la libertad de comercio y al principio de igualdad, en su mayoría tiene cada una de ellas como elemento común que realiza un análisis de idoneidad. En ocasiones, este análisis es mucho más claro y expreso, pero también surgen supuestos donde su aplicación debe

ser inferida del examen general de medios y fines. Si se utiliza la doctrina norteamericana como parangón, resulta posible afirmar que las sentencias donde se conocieron disputas relativas a la libertad de comercio aplicaron un escrutinio básico (“*rational basis-test*”), porque ellas exigen un fin, al menos admisible o legítimo y una relación con los medios empleados al menos racional. Del mismo modo, las sentencias donde se analizaron posibles violaciones al principio de igualdad, guardan cierto paralelismo con el escrutinio intermedio (“*intermediate scrutiny*”), pues en su mayoría estas enfatizaban la importancia del fin y la necesidad de una relación sustancial con los medios empleados.

- En general, respecto de las sentencias donde la Sala aplicó un análisis de idoneidad (independiente del derecho fundamental en cuestión) se debe señalar que estas son más recurrentes en comparación con la etapa anterior. Además, las mismas utilizan la “*versión débil*” de dicho examen, pues en ninguna de las sentencias analizadas en esta etapa la Sala exige que el medio elegido sea el “*mejor*” o el “*más seguro*”, sino simplemente que tenga cierta relación de concordancia con el fin. Incluso, en algún caso (como en la sentencia N. 2645-1998) la Sala llega a indicar que basta con que el medio elegido sea uno de los “*posibles*” y “*tenga una cierta proporcionalidad con el fin*”, lo cual es mucho menos exigente que la propia idea de “*fomento del fin*” que propugna la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán y el Tribunal Constitucional español.
- Como se señaló en su momento, existe una minoría de sentencias (1126-1993, 235-1994, 7044-1996) que de forma incipiente permiten vislumbrar en cierta medida los

inicios de un examen de necesidad al reconocer la existencia de otros medios opcionales al elegido por el poder público. Sin embargo, ese inicio de análisis de necesidad que pretenden realizar las sentencias, se trunca desde el momento en que la Sala indica, de forma tajante, que no le corresponde analizar dichos medios opcionales, pues de hacerlo incurriría en una intromisión de competencias de otros poderes.

- Respecto de la etapa anterior, cabe advertir que se mantienen diversas imprecisiones conceptuales o variaciones de postura poco claras en la jurisprudencia, en relación con la utilización de términos, como razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Si bien alguna sentencia, como la N. 1739-1992, intenta definir y ligar la figura de la razonabilidad a la concepción de justicia, esto no se hace de la manera más concreta y contundente, lo cual influye en que su reiteración en sentencias posteriores sea intermitente.
- No es sino hasta 1995, en la sentencia N. 4285-1995, donde la Sala le concede al análisis de razonabilidad y proporcionalidad un considerando específico e independiente en el texto de la sentencia. Si bien ya anteriores resoluciones habían reconocido estas figuras como parámetros de constitucionalidad, no cabe duda que su identificación de forma particular en un apartado, viene a reconocer el peso y su reiterado uso en la jurisprudencia de la Sala.
- La Sala Constitucional parece (pues no lo señala en forma expresa) comprender en algunas de sus resoluciones que, el principio de proporcionalidad es un canon de

constitucionalidad autónomo, el cual puede ser alegado o vulnerado de forma sustantiva e independiente respecto del elenco de derechos fundamentales. Esta posición contradice la conceptualización del examen de proporcionalidad como un protocolo de actuación interpretativa en su condición de regla de segundo grado, según se expuso en la primera parte de esta investigación y, en especial, no concuerda con los lineamientos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (específicamente la STC N. 55/1996, en su momento analizada).

- De forma minoritaria, unas pocas sentencias recurren a la figura de la “*necesidad social imperiosa*” para valorar limitaciones a derechos fundamentales, lo cual concuerda con los términos acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Incluso, dicha referencia en una de sus sentencias (N. 1944-1995) permite a la Sala aparejar de hecho el contenido de dicha figura con los subprincipios de idoneidad y necesidad.

CAPÍTULO IV: LA INTRODUCCIÓN DE LOS SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (1998-2006)

En el período entre 1998 y el 2006, se emprenden dos fenómenos interesantes en la evolución histórica de la jurisprudencia constitucional costarricense relativa al principio o examen de proporcionalidad: por un lado, hubo un aumento significativo en la cantidad de sentencias que se refirieron al citado principio, y, por otro, en muchas otras se da la mención específica y expresa de los subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- de diversas maneras, según se detallará.

Como antecedentes a esas primeras sentencias que contienen una mención específica de los subprincipios de principio de proporcionalidad en sentido amplio, se dictaron unas pocas resoluciones que tuvieron alguna aproximación, evidentemente imprecisa, a la denominación actual de tales subprincipios. Por ejemplo, entre 1996 y 1997 constan resoluciones que al analizar limitaciones a derechos fundamentales, lo hacían por medio de la mención de elementos con algún grado de similitud en su contenido a los subprincipios del principio de proporcionalidad, pero con una denominación distinta. Figuras como: “*utilidad de la medida*”, “*necesidad de la medida*” y “*proporcionalidad de la intervención*”²⁴², a la hora de ser explicadas por la Sala, guardaban una importante concordancia con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, según ese orden. De igual forma se presentaron, con carácter previo a la etapa que

²⁴² Al respecto la sentencia de la Sala Constitucional N. 1428-1996 (sobre intervenciones corporales).

se analizará, sentencias que solo hacen mención expresa de uno o dos de los subprincipios, pero de forma poco clara, asistemática y sin un contexto donde el operador jurídico tuviera certeza de la naturaleza de dichos elementos y la causa de su mención²⁴³.

Con estas aclaraciones previas, procede ahora ingresar en detalle en esta nueva etapa, por medio de una clasificación de las sentencias en dos grupos, por un lado, las sentencias en las cuales hay cita expresa de los subprincipios del principio de proporcionalidad; y por otro, las sentencias que no contienen una mención de dichos subprincipios.

En las primeras, si bien la mención de los subprincipios resulta positiva por el avance jurisprudencial que implica, en la mayoría de las ocasiones es claro que su aparición se presenta irrespetando el orden escalonado que predica el juicio de proporcionalidad en sentido amplio. Del mismo modo, persisten aspectos ya superados en los ordenamientos avanzados, bien sea con la introducción de elementos que no corresponden al contenido dogmático de esos subprincipios, o bien mostrando una escasa profundidad en los razonamientos.

Por otro lado, las sentencias con mención de los subprincipios coexisten con una serie de resoluciones diversas, donde no solo se omite el análisis o la mención de dichos subprincipios, sino que además, en su mayoría constituyen un retroceso a etapas anteriores de la jurisprudencia constitucional, en razón de su poco aporte argumentativo.

²⁴³ Al respecto la sentencia de la Sala Constitucional N. 1750-1997 (relativa a la censura previa en materia electoral).

La principal deficiencia de las resoluciones de este período radica en la confusión conceptual en la cual cae la Sala respecto de las figuras de la razonabilidad y la proporcionalidad, y tal situación llega a su punto máximo cuando se define a la primera con los elementos propios de la segunda.

IV. 1.- Sentencias en las cuales hay una referencia expresa a los subprincipios del principio de proporcionalidad

Tal y como se ha visto a lo largo de la investigación, en alguna medida, la jurisprudencia de la Sala ha presentado un proceso de depuración paulatino. Como parte de este avance, evidentemente la aparición de los subprincipios del principio de proporcionalidad constituye un hito importante y ello tiene lugar en 1998. Este es un aspecto que se comparte con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales en sus etapas iniciales no hacían referencia expresa a los citados subprincipios, sino que el primero los introdujo en 1995 y la segunda no los aplicó hasta el 2008. Tal situación permite afirmar que la figura de los subprincipios, desde la óptica jurisprudencial analizada, es un hecho reciente.

Por medio de la sentencia N. 3933-1998, por primera vez la Sala Constitucional menciona de forma y completa los subprincipios del principio de proporcionalidad. En dicho caso, la Sala estimó un recurso de amparo en contra de autoridades públicas regionales (Municipalidad de Santa Ana y Ministerio de Salud) que denegaron la renovación de los permisos de funcionamiento de un taller de mecánica automotriz y por ende, emitieron un orden de cierre. Las autoridades recurridas, sin mayor profundidad, alegaron aspectos de ubicación y uso de suelo, con el fin de solicitar el rechazo del recurso; alegando de forma

muy general al momento de denegar el permiso, que dicho taller no podía encontrarse ubicado en una zona cercana a residencias por las molestias que generaba. Al respecto, la citada resolución no solo menciona los subprincipios, sino que además, realiza una aplicación de ellos al caso concreto, que si bien breve, lo cierto es que es clara:

*“Los elementos del principio de razonabilidad son: **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.** La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo. **Aplicando tal marco conceptual a este asunto, tenemos que ciertamente lo pretendido por las autoridades recurridas es legítimo, porque protege los derechos constitucionales a la salud y a un sano medio ambiente, amén de que encuentra sustento inmediato en la Ley General de Salud. Asimismo, la medida dispuesta es idónea para alcanzar tal objetivo, pues efectivamente con el cierre del local se elimina toda amenaza a los derechos constitucionales supracitados. No obstante, ésta no se puede calificar como necesaria.** En primer lugar, no consta en ningún momento en el expediente que vecino alguno hubiere presentado alguna queja por el funcionamiento del local en mención, lo que demuestra que no existía daño, amenaza o molestia inmediata a la salud o al medio ambiente. En segundo lugar, la protección a la salud pública del vecindario pudo haberse corregido de otras formas que no le produjeron un daño tan grave a los promoventes como el cierre del taller. A manera de ejemplo, pudo el Ministerio de Salud disponer un cronograma de mejoras dentro de un plazo prudente o establecer límites como el tamaño del taller que atemperaran el peligro potencial a la salud y al medio ambiente. **Lo ordenado es igualmente desproporcionado, puesto que a una familia se le está repentinamente privando de su única fuente de ingresos, de la que dependía desde casi diez años**”.*

Claramente la sentencia intenta realizar una definición de cada uno de los subprincipios desde una perspectiva conceptual, y en tal contexto procede a aplicar dichos elementos al caso concreto, al considerar que la medida en cuestión, si bien es idónea, no es necesaria. Esto significa, que sustenta la protección a la salud y pudo haberse alcanzado por otros medios menos lesivos que la orden de cierre y, por tanto, resulta inconstitucional. De igual forma indica que la medida no es proporcionada en sentido estricto, pues causa una afectación muy grave a la familia recurrente.

Si bien esta pionera resolución guarda una importante identidad con los elementos analizados en la primera parte de la investigación, en especial por la definición y la aplicación de los subprincipios, lo cierto es que la sentencia contiene dos aspectos que marcan una singularidad de la doctrina Sala Constitucional comparada con la jurisprudencia europea analizada en su momento, a saber: la sentencia define de forma expresa esos subprincipios como “*elementos del principio de razonabilidad*”, y cita como uno de esos elementos la “*legitimidad*”, la cual caracteriza como un aspecto independiente del resto de subprincipios²⁴⁴.

Los anteriores aspectos se constituyen en puntos diferenciadores de la jurisprudencia costarricense, pero no precisamente por ser positivos, ya que ponen de manifiesto que surge una evidente confusión de terminología y de corrientes de pensamiento, al señalar que los subprincipios son elementos del principio de razonabilidad, cuando en realidad son fruto de

²⁴⁴ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 4525-1998 (sobre la limitación de visitas conyugales a un privado de libertad).

la doctrina alemana del principio de proporcionalidad en sentido amplio y no de la corriente norteamericana del debido proceso legal sustantivo, como se vio en su momento.

Del mismo modo, queda evidenciado que esa jurisprudencia no va de la mano con los ordenamientos avanzados, pues la denominación del componente “*legitimidad*” como un subprincipio independiente -separado del examen de idoneidad-, se encuentra ampliamente superada por la jurisprudencia analizada en su momento y solo tiene respaldo en un sector minoritario de la doctrina. Dicha conceptualización independiente de la figura de la legitimidad se mantiene constante en la jurisprudencia de la Sala.

Como se ha señalado desde un inicio, la evolución de la jurisprudencia en esta materia no siempre ha sido lineal ni exenta de vicisitudes. Al respecto, y luego de la sentencia analizada antes, hubiera sido dable pensar que la jurisprudencia continuaba un camino marcado por dicha resolución, donde los subprincipios expuestos seguían siendo citados y aplicados en una medida similar. Sin embargo, no solo las ulteriores sentencias no siempre citaron dichos subprincipios (como se verá en el siguiente apartado), sino que además, las sentencias que recurrieron a esos subprincipios tuvieron una variedad de caracteres e interpretaciones que se separan de lo comúnmente esperable y en especial de los contenidos esbozados en el apartado primero de la presente investigación.

Una de estas variaciones jurisprudenciales la constituye una serie de sentencias que, por razones no expuestas por la Sala, inician su mención o aplicación de los subprincipios en el caso concreto por medio del examen de necesidad, y no con el de idoneidad, como comúnmente se ha realizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia europea. A lo

que debe añadirse que, dicha corriente jurisprudencial ofrece tratamientos distintos a lo que se conoce como el examen de necesidad. Uno de estos casos se muestra en la sentencia N. 7098-1998, en la que la Sala conoció una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo número 25471-S del veintitrés de agosto de 1996, que limitaba la importación de calzado usado al país. El accionante alegaba que su representada era importadora de calzado de segunda clase proveniente de diferentes partes de los Estados Unidos de América y dicho decreto limitaba indebidamente la importación de ese tipo de calzado (usado). La premisa de este caso, lo constituyó un recurso de amparo interpuesto en su momento por el accionante en contra de las autoridades de salud.

Al contestar la audiencia respectiva, la Procuraduría General de la República señaló que el Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud y Presidente de la República) al prohibir por vía de decreto la importación de zapatos usados, efectivamente incurrió en un uso abusivo de su potestad reglamentaria, pues las normas de rango legal que reglamentan la importación de calzado no prevén esa posibilidad en forma expresa. Sin embargo, en el presente caso, la Sala también otorgó audiencia al Ministerio de Salud, que sostuvo la constitucionalidad de la norma fundado especialmente en la existencia de una serie de hongos y levaduras, patógenas para el ser humano. Dichos hongos causan infecciones superficiales, cutáneas, subcutáneas y profundas, por tanto, resulta muy común su desarrollo en los espacios interdigitales de los pies en personas que usan zapatos; lo que evidencia, a criterio del Ministerio, que el Decreto en cuestión tiene como finalidad la protección de la salud de los consumidores.

En este caso, la Sala declaró sin lugar la acción y citó los subprincipios del principio de proporcionalidad de la siguiente forma:

*“Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser **necesario, idóneo y proporcional**. [...] En el caso concreto de la norma impugnada, su razonabilidad dependerá del apego que demuestre de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad referidos. **En lo referente a la necesidad, resulta redundante declarar la importancia de proteger la salud pública, y de adoptar las medidas necesarias a fin de evitar la propagación de enfermedades provenientes de otros países.** La alta virulencia de los hongos y levaduras usualmente contenidas en las prendas cuya importación prohíbe, hacen que la adopción de alguna medida de protección sea una necesidad ineludible para nuestras autoridades. Sobre la idoneidad de la medida adoptada, no cabe duda de que impidiendo la importación de zapatos, medias y calcetines usados se evita la posibilidad de que los mismos traigan consigo los microorganismos descritos. Ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada, cabe preguntarse si el hecho de constituir una restricción absoluta a la importación de los bienes referidos significa desproporcionalidad por parte de la Administración. Sobre este aspecto, debe decirse que cuantitativamente hablando -de acuerdo con los informes técnicos aportados por el Ministerio de Salud-, **la medida es exactamente la única posible para poder producir el fin deseado con ella, valga decir, impedir la entrada de vectores al país.** De hecho, queda claro que ninguna otra medida, como por ejemplo la limpieza y fumigación de las piezas, logra evitar la presencia de los agentes infecciosos dichos, en prendas tales como los zapatos, medias y calcetines. Así las cosas, la medida adoptada -vedación absoluta de la importación de tales productos- es razonable desde el punto de vista constitucional”.*

Como se puede apreciar, la sentencia indica que la medida adoptada por el decreto impugnado, según informes técnicos aportados, es la única capaz de lograr el objetivo pretendido, a saber la protección a la salud y, por ende, es constitucional. Claramente esto refiere en la realidad a la superación del examen de necesidad, a pesar de que la sentencia parece ubicar tal análisis dentro del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

El elemento diferenciador de este tipo de sentencias recae en el hecho de que la Sala iniciara el análisis del caso con el examen de necesidad y no con el de idoneidad²⁴⁵, como

²⁴⁵ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 1764-2002 (en cuanto a la caducidad de la potestad sancionadora) y 10051-2004 (sobre la proporcionalidad de diversas normas del reglamento interno de un centro de enseñanza).

dicta la pauta. Resulta claro que también se podrían realizar señalamientos sobre otros tópicos, como por ejemplo, la exigua ponderación que se realiza en el caso. Sin embargo, la alteración del orden de análisis claramente encierra una deficiencia que podría, en determinados casos, dar al traste con un estudio serio en su aplicación.

Como se indicó antes, esta vertiente jurisprudencial, que aplica el examen de proporcionalidad en sentido amplio iniciándolo con el análisis de necesidad, encierra más que una simple variación en el orden aplicativo, ya que adicionalmente va de la mano con una forma de definir y conceptualizar dicho examen de necesidad por parte de la Sala, la cual define dicho subprincipio como *“aquellos que socialmente requiere o necesita regulación por parte del poder público”* o como una *“necesidad social imperiosa”*, aspecto que evidentemente no es un examen de medios alternos. Muestra de esto es la resolución N. 3060-2001, en la que la Sala conoció de una acción de inconstitucionalidad en donde se impugnaba el artículo 3 de la Ley N. 1758²⁴⁶, en cuanto esta norma indicaba que *“el establecimiento, manejo y explotación de empresas de servicios inalámbricos, que hagan negocio con sus transmisiones, solo podrán permitirse a ciudadanos costarricenses o compañías cuyo capital en no menos de un 65% pertenezca a costarricenses”*.

La acción fue interpuesta por una empresa extranjera que pretendía adquirir una sociedad costarricense dedicada al servicio de *“beeper”* (radiomensajes) y venía precedida de un recurso de amparo contra el Ministerio de Seguridad, el cual otorgaba las licencias en aquel entonces. Al contestar la audiencia del caso, la Procuraduría General de la República

²⁴⁶ Esto en conjunto con el inciso a) del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N. 63 (Reglamento de Estaciones Inalámbricas)

señaló que las normas impugnadas contenían una restricción, y no una prohibición absoluta, en cuanto a la participación de los extranjeros y además, se referían a un régimen excepcional para proteger los servicios inalámbricos como bienes de dominio público, motivo por el cual no devenían inconstitucionales.

En este caso, la Sala declaró parcialmente la inconstitucionalidad y, si bien no declaró inconstitucional el texto de las normas, sí declaró inconstitucionales su aplicación al servicio que brindaba el accionante, servicio de “beeper”, el cual no se encontraba afecto a las normas impugnadas a criterio de la Sala. Para fundamentar su fallo, señaló:

*“VIII.- En cuanto a la razonabilidad de la norma impugnada. **En la especie, comprueba esta Sala que las normas impugnadas no pasan siquiera un primer análisis de razonabilidad en cuanto a su aplicación al caso acusado por los accionantes. En efecto, no descubre esta Sala cuál es la necesidad social imperiosa que podría legitimar al Estado a restringir la participación de los extranjeros en la prestación de servicios de mensajes en la modalidad de "beepers"**. Como se desprende de los estudios técnicos solicitados [...], el servicio de radiolocalizadores es un servicio inalámbrico, a pesar de no ser telefónico ni radiofónico, basado en la transmisión unidireccional de mensajes a un receptor. Sin embargo, es evidente que dicha actividad, al menos mientras continúe teniendo esas características, no reviste un carácter estratégico, caso en el cual podría ser eventualmente necesario establecer ciertas limitaciones a los ciudadanos y empresas no costarricenses. Tampoco es vista ninguna otra razón que legitime la imposición de barreras al ejercicio de la libre empresa en dicha actividad, mucho menos si las mismas se encuentran dirigidas a los ciudadanos de otras nacionalidades y a las empresas con cierto porcentaje de capital extranjero, en forma exclusiva. Como fue explicado antes, el análisis de razonabilidad implica un juicio progresivo, donde se debe pasar por cada uno de sus estadios a fin de completarlo. **No es, por ende, necesario continuar discutiendo si la medida cuestionada es idónea y proporcional, pues ni siquiera encuentra la Sala que la misma sea necesaria.** Ello lleva a este Tribunal a establecer que es inconstitucional la aplicación de los artículos impugnados en cuanto limitan la participación los extranjeros y las empresas con capital mayoritariamente extranjero en la prestación de servicios de radiomensajes”.*²⁴⁷

²⁴⁷ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 8858-1998 (respecto de la constitucionalidad de requisitos para ser parte del cuerpo policial).

Como puede verse, en esta sentencia, al igual que en otras²⁴⁸, la Sala decide iniciar el análisis por el subprincipio de necesidad, descartando los de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto por innecesarios, al considerar que la medida enjuiciada no era una “*medida necesaria*”. Ahora bien, como ha tenido ocasión de verse antes en este trabajo, saber si una medida es necesaria, si bien comporta un examen que valore si se está ante una “*necesidad social imperiosa*”, no puede dejar de lado el examen de medios alternativos, como en realidad procede si se sigue de forma seria y rigurosa el contenido del juicio de proporcionalidad en sentido amplio. Este aspecto denota una falta de manejo de las figuras aplicadas por parte de la Sala²⁴⁹.

Por otro lado, tal y como ha quedado plasmado en las líneas precedentes e independientemente del tipo de aplicación que haya efectuado la Sala de lo que considera como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cierto es que a esta altura del desarrollo jurisprudencial solo se había reconocido la influencia de la jurisprudencia norteamericana en las resoluciones de la Sala Constitucional en la materia. Ahora bien, es en el período analizado en el presente capítulo cuando la Sala reconoce en forma adicional la existencia de un “*aporte alemán*” al tema en cuestión, concretamente con la introducción de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, la Sala establece que estos son componentes de la figura de la razonabilidad, no de la proporcionalidad, a la que deja de lado.

²⁴⁸ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 7517-2001 (en cuanto a la facultad de los jueces de familia de decretar una pensión alimenticia al conyugue culpable en un proceso de divorcio), N. 4840-2001 y N. 10422-2003 (sobre el transporte remunerado de personas e la modalidad taxi).

²⁴⁹ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 2858-2000 (en cuanto a supuestas limitaciones a la libertad de trabajo, contenidas en el estatuto de una asociación deportiva, y 10422-2003 (en cuanto a la imposición de requisitos para ser funcionarios del Registro Civil).

La sentencia donde tal referencia se introduce es la N. 5236-1999, en la cual la Sala conoció una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 de la Ley N. 2248 “Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional”, entre otros. Dicha norma establece que los funcionarios que cumplan con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, según lo establecía el texto de una anterior ley, dentro de los dieciocho meses posteriores a la promulgación de la reforma podrán pensionarse al amparo de las disposiciones establecidas en el anterior texto. A criterio de los accionantes dicho plazo es excesivamente corto y por ende irrazonable, aspecto que se refutó de forma general por la Procuraduría General de la República, pues en realidad se enfocó de forma más concreta en otros extremos de la acción.

Si bien en un inicio la sentencia realizó una serie de consideraciones respecto de la figura de la razonabilidad, como parámetro de constitucionalidad en el contexto del debido proceso legal sustantivo norteamericano, posteriormente procede a explicar lo que la sentencia cataloga como el “*aporte alemán*” al tema. Señala la resolución:

“Conviene recordar, en primer término, que la "razonabilidad de la ley" nació como parte del "debido proceso sustantivo"(substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial "debido proceso" se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La superación del "debido proceso" como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada "razonabilidad técnica" dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay

proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la "razonabilidad jurídica" (...)

La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la "razonabilidad " al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que "[...] La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo [...]" (sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). En el sentido del criterio anteriormente expuesto, esta Sala ha venido aplicando la institución en su jurisprudencia. (Subrayados son parte del texto original) ²⁵⁰.

Sin duda alguna, la sentencia reseñada se constituye en una resolución de suma importancia, para el tema objeto de esta investigación, en virtud de que expresamente reconoce la existencia de una corriente dogmática y jurisprudencial proveniente del derecho alemán. La sentencia suma esa corriente de pensamiento a la posición norteamericana inicialmente expuesta. Pero, en ambos casos, lo hace denominando a la figura como “razonabilidad”.

Lo anterior significa que, de forma errónea para la Sala Constitucional el aporte alemán al principio de proporcionalidad con el examen que incluye sus subprincipios, hace referencia a la figura de la razonabilidad desarrollada por el derecho norteamericano y no al examen de proporcionalidad en sentido amplio proveniente del derecho de policía de Prusia.

²⁵⁰ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 6990-1999 (contra las tarifas de los impuestos contenido en una ley de patentes de un cantón en particular)

Siempre dentro de esa misma sentencia y para efectos de resolver el caso concreto, la Sala introduce la figura de “*la prueba de razonabilidad*”, que hace consistir en la obligación de la parte actora de aportar prueba, o al menos elementos de juicio, que permitan determinar la falta de razonabilidad de la norma o medida en cuestión. Al respecto, la sentencia señala:

*“Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. Sobre la prueba de "razonabilidad": Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya "irrazonabilidad" sea evidente y manifiesta. Retomando el alegato sobre la irrazonabilidad del plazo de dieciocho meses para optar por una pensión ordinaria, la Sala advierte que los accionantes no sólo no indican los motivos que les llevan a concluir que la norma cuestionada es irrazonable, sino que tampoco aportan prueba alguna que permita a este Tribunal llegar a esa conclusión, transformando el debate en la exposición de conceptos subjetivos. Por otra parte, el caso no presenta las características de ser una situación de "irrazonabilidad" evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa, cual es corregir las distorsiones del sistema de pensiones derogado, creando de manera paralela un nuevo sistema que resguarda el "derecho de pertenencia al régimen del Magisterio Nacional" que esta Sala ha reconocido como un derecho de los cotizantes. Es por lo expuesto que la Sala estima que este extremo de la acción resulta improcedente”.*²⁵¹ (Subrayados son parte del texto original).

En ese caso en particular, la Sala indica que el accionante no aportó elementos que permitieran sustentar que el plazo de dieciocho meses era irrazonable; por ende, la norma cuestionada se mantiene como constitucional. Claramente este aspecto deja serias dudas en cuanto al accionar de la Sala, pues al ser un Tribunal con amplias potestades y competencias,

²⁵¹ En el mismo sentido la sentencias de la Sala Constitucional N. 5503-2002 (respecto de la constitucionalidad de la normativa que regulaba la publicidad de un cantón en particular), N. 9754-2004 (contra la normativa del Impuesto sobre la Renta) y 12632-2004 (relativo a los incentivos salariales de los controladores aéreos).

tuvo la posibilidad de efectuar por sí mismo el análisis de lo que ella denomina razonabilidad (que en realidad es juicio de proporcionalidad en sentido amplio). Con esto no se pretende eximir de una responsabilidad argumentativa a los litigantes, pero sí se espera que la Sala asuma su papel de máximo intérprete de la Constitución, ya sea al efectuar los procedimientos interpretativos correspondientes o, al menos, previniendo a la parte accionante o recurrente a que sustente su decir. Más adelante se verá cómo la Sala en determinados casos, sí trae al proceso los elementos técnicos y probatorios que le permiten sustentar determinadas premisas empíricas.

Es evidente que la cantidad de defectos en los que incurre la jurisprudencia en este período; sin embargo, aunque fuera de modo excepcional existieron también resoluciones, que realizaron análisis mucho más profundos y pormenorizados de los subprincipios en estudio. Uno de estos casos es la sentencia N. 4322-2003, resultado de un recurso de amparo interpuesto por un menor de edad en contra de un centro educativo privado que le negó la posibilidad de matricularse en un nuevo curso en aplicación de una sanción disciplinaria relacionada con su estado de embriaguez en un determinado momento. Dicha sanción fue impuesta sin que se siguiera el debido proceso y afectado gravemente su derecho a la educación, alegaba el recurrente.

La Sala, al declarar conceder el recurso de amparo y anular la resolución que ordenó la cancelación de la matrícula del recurrente, señaló:

“VI.- Aunado a la garantía del debido proceso formal (audiencia, defensa, etc.), el centro educativo privado debe, por imperio de la Constitución y como formador de la niñez y la juventud, ejercer el régimen disciplinario con estricto apego al principio

*de proporcionalidad, que se erige como garantía de interdicción de la arbitrariedad. Esta Sala, en la sentencia N° 03933-98 de las 9:59 hrs del 12 de junio de 1998 recogió los componentes de la doctrina alemana en punto a la razonabilidad y ello aplicado a la actividad educativa privada, en el ejercicio del régimen sancionatorio, supone: **a) que la medida impuesta sea necesaria, es decir, si la sanción, por su naturaleza, tiene injerencia en el núcleo esencial de un derecho fundamental (en este caso el derecho a la educación) debe ser la última ratio;** consiguientemente, si el fin disciplinador se puede obtener a través de otras medidas alternativas igualmente normadas, o una graduación de las existentes, el centro educativo debe elegirse la que afecte los menos posible el derecho del educando a continuar formando parte del sistema educativo formal; **b) la proporcionalidad en sentido estricto o principio de prohibición de exceso exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de los intereses involucrados. Así, solo en el caso de una afectación gravísima al interés institucional, se justificaría la afectación del interés del educando para continuar en el mismo centro educativo.** En aplicación de este principio, la educación privada, en especial, la que se desarrolla con el apoyo de recursos públicos, no puede aplicar como primera opción la sanción disciplinaria que conlleve exclusión de los educandos del sistema educativo, en tanto ello implicaría vaciar de contenidos los derechos que el Derecho de la Constitución reconoce a la niñez y la adolescencia y que fueron desarrollados en el considerando inicial”.*

Destaca en la cita transcrita, la clara mención que efectúa del subprincipio de necesidad, porque insta a la autoridad pública a que si existen otras medidas alternativas igualmente normadas, las cuales resulten menos gravosas para alcanzar el fin disciplinador, esas deben aplicarse. Del mismo modo, se denota al menos un intento de coherente ponderación, al utilizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en forma expresa reconoce que solo en el caso de una afectación gravísima al interés institucional se justificaría la afectación tan grave (como la expulsión definitiva) del interés del educando.

Esos dos elementos apuntados resaltan positivamente entre la gran cantidad de sentencias que se separan de los contenidos jurisprudenciales y doctrinales analizados en los ordenamientos avanzados. Sin embargo, a pesar de dichas virtudes, en esta sentencia cabe señalar el hecho de que no solo la Sala mantiene la línea predominante de iniciar la aplicación de los subprincipios por el análisis de necesidad, sino que además, ni siquiera llega a

mencionar el subprincipio de idoneidad, aun haciendo referencia al contenido y aplicación del subprincipio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

IV. 2.- Sentencias sin mención de los subprincipios del principio de proporcionalidad

Como se indicó, cuando se trata de sentencias donde la referencia al principio de proporcionalidad se efectúa de forma ligera, las variables de esa cita son muy diversas y sin una línea unívoca por parte de la Sala. Una de estas formas de traer a colación dicho principio tiene lugar cuando la Sala Constitucional simplemente se “refiere” (no es posible utilizar la expresión “aplica”) al principio de proporcionalidad con una finalidad persuasiva y como un aparente complemento al análisis de la potestad reglamentaria de la administración. En este tipo de casos es dable cuestionarse si era realmente necesaria su “utilización”, cuando lo procedente debió ser analizar la *litis* solo desde la óptica de la potestad reglamentaria. Sin embargo, parece que la Sala recurre a la razonabilidad y la proporcionalidad como herramientas persuasivas que den peso a la sentencia. Esta práctica, como ha quedado plasmado en líneas previas, es una tendencia recurrente en la jurisprudencia de la Sala desde la aparición del principio de proporcionalidad.

Esta situación se vislumbra por ejemplo en la sentencia N. 7967-1998 sobre una acción de constitucionalidad mediante la cual los accionantes solicitaban se declarara la inconstitucionalidad del Capítulo II del Título III, denominado "Escuelas de Manejo" del “Reglamento para obtener prórrogas de licencias para conducir vehículos”²⁵². Los

²⁵² Decreto Ejecutivo N. 26687-MOPT-S

accionantes estimaban que el reglamento imponía una serie de requisitos para las personas dedicadas a la enseñanza de la conducción de vehículos automotores, que resultaban irracionales, desproporcionadas y de difícil cumplimiento; como determinadas características de las aulas e instalaciones, entre otros. El asunto previo de esta acción de inconstitucionalidad lo constituye un recurso de amparo promovido por los accionantes contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

La Procuraduría General de la República, al contestar la audiencia del caso señaló que, en efecto, la normativa cuestionada era inconstitucional por violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en cuanto no resulta razonable exigir determinada infraestructura para impartir aprendizaje teórico y no el práctico. Sobre este aspecto, la Sala consideró:

“IV.- DE LA INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD Y A LA POTESTAD REGLAMENTARIA. Ahora bien, en relación con la normativa impugnada [...] problema que en sentido estricto es de legalidad y no de constitucionalidad, para lo cual debe acudir a la vía correspondiente (contencioso-administrativa). Sin embargo, en atención a la posible infracción de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de la potestad reglamentaria, en tanto pareciera que las condiciones que establecen son excesivas y fuera de toda lógica en atención a la manera como la Ley (de Tránsito por las Vías Públicas Terrestres, número 7331) regula la materia, es que se analiza la misma. Por ello se toma como referencia lo dispuesto en la Ley de Tránsito [...]

Esa estructura que se exige a las escuelas de manejo realmente resulta desproporcionada e irrazonable por excesiva y constituye un abuso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Tiene que tomarse en cuenta que estas instituciones no se encuentran autorizadas para otorgar los permisos de aprendizaje ni de conducir, potestad que la mantiene el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, motivo por el que no se justifica tanto requisito. Asimismo, la Ley tampoco distingue entre las personas que aprendieron a conducir en estas escuelas y aquellos que aprenden por otros medios, los requisitos son los mismos

*para todos, que pueden resumirse en la debida capacitación para conducir vehículos automotores, la que se evalúa mediante un examen práctico [...]”.*²⁵³

Como puede comprobarse, la sentencia no cita los subprincipios del principio de proporcionalidad y, en su lugar, llega a afirmar sin mayores explicaciones que los requisitos impuestos por la norma a las escuelas de manejo son “excesivos”; por lo tanto, a su entender resultan irrazonables y desproporcionados. Este análisis efectuado por la Sala, lo realiza de forma paralela con la valoración de la potestad reglamentaria, pues la Sala Constitucional llega a la conclusión de que, adicionalmente, la norma violenta tal principio de jerarquía normativa al introducir requisitos abusivos vía reglamento.

Resulta posible interpretar, aunque la sentencia no lo indica así literalmente, que la Sala realizó una especie de examen de idoneidad; porque argumenta que los requisitos impuestos por el reglamento no tienen ningún tipo de influencia positiva, es decir, que no fomentan los fines pretendidos: Los centros de aprendizaje simplemente imparten cursos teóricos y la potestad de otorgar las licencias continúa en manos de la administración, lo cual quiere decir que en nada colabora, añade o beneficia el establecimiento de requisitos específicos para dichos centros de enseñanza. Las anteriores discusiones pudieron evitarse tan solo si la Sala examinaba con carácter previo si las medidas introducidas podían estar contenidas vía reglamento y no vía ley; sin embargo, unificó ese análisis con el de “*la infracción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad*”, pero sin realizar un verdadero examen de ese aspecto y lo dejó plasmado en el título de un considerando con el fin de dar mayor “*relieve*” a la redacción de la sentencia.

²⁵³ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 6328-2000 (sobre limitaciones a la posibilidad de testar, contenidas en la normativa civil).

Por otra parte, tal y como se indicó al inicio del presente apartado, la referencia al principio de proporcionalidad por parte de la Sala ha venido formulándose de múltiples formas, independientemente del período analizado, e incluso de la evolución que haya tenido la jurisprudencia. Una de esas formas de cita de los principios de razonabilidad y proporcionalidad consiste en que cuando la Sala tan solo realiza un examen de medios y fines de forma general, pero con un especial sustento en la ya analizada sentencia N. 1739-1992²⁵⁴, la cual mantiene su influencia en la jurisprudencia incluso en la actualidad.

Muestra de este uso del principio de proporcionalidad, es la sentencia N. 1381-1999 en la cual la Sala Constitucional conoció de una acción en contra del artículo 7 inciso c) del Código Notarial, norma que establece la limitación de cartular en actos en los que el notario tuviera un interés. El accionante alegaba que esa disposición infringe el principio de igualdad y el derecho al trabajo (artículos 33 y 56 de la Constitución Política respectivamente), en cuanto prohíbe a los notarios prestar sus servicios a las personas jurídicas cuyo director, gerente, administrador o representante legal esté ligado por parentesco con ellos.

El asunto previo de este caso lo constituyó un recurso de amparo, en el que la recurrente alegaba que durante dos años había ejercido como asesora legal y notaria de una asociación cuyo Presidente era su cuñado, labor que le impedía continuar desempeñando la disposición impugnada, con perjuicio de sus derechos adquiridos y su situación jurídica

²⁵⁴ Sentencia analizada en el capítulo tercero de la segunda parte de la presente investigación y el cual definió el contenido del análisis de razonabilidad de las leyes desde la perspectiva al debido proceso legal sustantivo norteamericano.

consolidada. En dicho caso, la Sala rechazó por el fondo la acción y no otorgó audiencia a la Procuraduría General de la República.

La Sala expresamente señaló que analizaría la razonabilidad de la norma cuestionada, para rechazar por el fondo la acción, e indicó lo siguiente:

*“V.- Sobre la razonabilidad de la norma cuestionada. Ha señalado en repetidas ocasiones este Tribunal que **la razonabilidad y la proporcionalidad son parámetros de la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en sentencia número 01739-92** de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos se consideró: [...]*

Lo que se impone aquí, por ende, es valorar si el contenido de la norma atacada es razonable y proporcionado o no, ya que sólo en caso negativo corresponderá pronunciar su inconstitucionalidad. Para este fin, nota la Sala que el inciso c) del artículo 7 del Código Notarial consta de dos oraciones, cuyos enunciados se relacionan de manera que el segundo es extensión o aclaración del primero:

*i.- La primera frase dispone que es prohibido "Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad." **El sentido de la restricción es evidente y sano: el cartulario y las otras personas enumeradas no deben beneficiarse de la actuación notarial; antes bien, el ejercicio de la fe pública debe ser absolutamente imparcial e independiente en todos los casos.** Sobre este extremo de la norma no existe mayor consideración o reparo.*

*ii.- La segunda frase, desarrollando lo expresado en la anterior, señala que "Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales". Se advierte que, curiosamente, la prevención no se hizo extensiva –con mayor razón incluso– respecto de esas mismas personas en la medida en que éstas fuesen propietarias, accionistas o similares de la persona jurídica, puesto que en tales casos evidentemente también terminarían siendo ellas las receptoras de la ventaja o ganancia obtenida del negocio. **Aun así, la restricción que en concreto se impugna es considerada razonable por la Sala, dado que es concebible que la administración de la persona jurídica en cuestión pueda favorecerse de la contratación plasmada en el instrumento notarial, por ejemplo, a través del recibo de bonificaciones.** De esta manera, el superior interés colectivo que existe en el hecho de que la función notarial se realice con máxima objetividad e independencia, dada la fe pública que en ella se deposita, justifica que se establezcan limitaciones como la de comentario”.*

Sin manifestarlo de forma expresa, lo que la resolución hace es precisamente un análisis de medios y fines. En tal sentido, la sentencia procura que el medio, en este caso la limitante de cartulación en actos con interés del notario público, sea concordante y tenga vínculo con los fines de objetividad e independencia que procura la función notarial; esto de forma poco profunda y sin el examen, o al menos mención, de los subprincipios que conforman el examen de proporcionalidad en sentido amplio.

Del mismo modo, la cita de la sentencia de la Sala Constitucional N. 1739-1992, evidencia su vigencia en el tiempo: a pesar de que ya en 1999 la mención de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio era una realidad en la jurisprudencia, seguían dictándose sentencias que sustentaban sus fallos en aquella resolución de 1992, la cual como se indicó, tiene una total influencia de la jurisprudencia norteamericana.

Ahora bien, las sentencias donde no se presentaron menciones a los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, no necesariamente deben ser catalogadas todas como poco sustanciales. Incluso en este período se presentaron resoluciones que significaron un aporte importante al principio de proporcionalidad.

Uno de estos puntos resaltables se nota en aquellas resoluciones donde la Sala, de modo excepcional y quebrando su marcada línea mayoritaria, diferencia las figuras de la razonabilidad y la proporcionalidad. Como ha quedado claro desde un inicio del análisis jurisprudencial, la Sala ha caído en una seria confusión de ambos términos, pero lo más llamativo y deficiente es que cuando ha tratado de conceptualizar específicamente el

principio de razonabilidad, lo hace con el contenido del examen de proporcionalidad en sentido amplio.

Una excepción a esa lamentable línea de confusión conceptual es la N. 7242-2004, en la cual la Sala emitió su criterio en una consulta facultativa realizada por un grupo de diputados respecto de una serie de normas en el proyecto de "Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública". Una de las normas objeto de consulta era la relativa a la obligatoriedad de declaración de bienes, como el menaje de casa e indumentaria del núcleo familiar por parte de determinados funcionarios públicos. La Sala consideró inconstitucional la norma y al respecto, indicó:

*“[...] **El juicio de proporcionalidad de la disposición es, en principio, una valoración de intensidad.** Partiendo de que el medio que se señala para alcanzar un determinado fin es adecuado –razonable- se examina, además, si es proporcional. Así, la noción se emplea, por ejemplo, para determinar si utilizar gases lacrimógenos (el uso de la fuerza como medio) es necesario en aras de disolver una manifestación (el orden público como fin); o si imponer una sanción de confiscación de todo el patrimonio (la sanción como medio) se requiere para castigar la defraudación fiscal (el deber de contribuir con las cargas públicas como fin). En ambos casos el problema radica no solamente en la relación entre medio y fin, sino también en la escogencia del medio específico de determinada intensidad entre varios posibles para alcanzar el objetivo. **Pese a que se acusa de exagerada la obligación de declarar la ropa de uso personal, no resulta exacto invocar el principio de proporcionalidad, sino más bien el de razonabilidad, en el tanto lo que se reclama es el hecho en sí mismo de la inclusión de este tipo de objetos en la declaración de bienes y no la forma en que ello se hace.**”*

***VIII.- El examen de razonabilidad de una norma difícilmente puede hacerse en abstracto, debiendo unirse para contestar la duda de constitucionalidad de los consultantes a la acusada contradicción con el derecho a la intimidad.** Desde ese punto de vista y del argumento de los consultantes sobre la inutilidad del control la disposición resultaría inconstitucional. Y esto, precisamente, porque el planteamiento nace desde el derecho de la intimidad, para el cual toda injerencia pública en la vida privada de los administrados debe ser probadamente necesaria y útil y ante la hesitación sobre la satisfacción de ese requerimiento, la intervención ha de descartarse. Con otras palabras, cuando el Estado escudriña la intimidad de*

las personas debe hacerlo no solamente por los medios que la Constitución y las leyes le autoricen sino porque hay una necesidad imperiosa de ese escrutinio”.

Independientemente de lo que la Sala Constitucional entienda por cada uno de los subprincipios, la sentencia examinada tiene la particularidad de separar la figura de la razonabilidad de la proporcionalidad²⁵⁵. A su entender, el análisis de proporcionalidad es un examen de “*intensidad*”, lo cual hace referencia a la limitación de un determinado derecho fundamental; mientras que el análisis de razonabilidad atiende al hecho en sí de regular determinada materia.

Evidentemente lo relevante de la sentencia es que al menos realiza un intento de diferenciación entre ambas figuras, pues si se entra a estudiar lo que la Sala consideró sobre cada una de ellas, se advierte una ausencia de los elementos que las conforman. En el caso de la proporcionalidad, pareciera que la resolución está haciendo referencia a la proporcionalidad en sentido estricto, al ligarla al concepto de “*intensidad*” y al mencionar que el fin es adecuado, pero no resulta fácil deducirlo de la redacción.

En el caso concreto, la Sala indicó que si bien el recurrente impugna la proporcionalidad de la medida de declaración de menaje para funcionarios públicos, en realidad lo que se debe analizar es la razonabilidad de dicha disposición, pues no se impugna la forma, sino la limitación como tal, limitación que, al examinarse en conjunto con el derecho a la intimidad, resulta inconstitucional a juicio de la Sala, por ser una disposición sin real utilidad.

²⁵⁵ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 5977-2006 (en cuanto a la constitucionalidad de las penas privativas de libertad, por delitos de injurias y calumnias cometidos en medios de prensa).

IV. 3.- Recapitulación y valoración de la etapa

Una vez analizado este período, se evidencia un aumento significativo en la utilización del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, principalmente a finales de los años 90, cuando la extensión en el uso de esta figura por parte de la Sala y los sujetos procesales que accedieron a ella fue significativa. Del mismo modo, se denotan sentencias más profundas y detalladas en comparación con las etapas históricas precedentes, pero sin erradicar aún entuertos conceptuales y aplicaciones poco sistematizadas de la figura en estudio.

Como se indicó en su momento, la propia clasificación de las sentencias por sí misma genera una evidente conclusión, y es que a partir de 1998 resulta posible afirmar que, en materia del principio de proporcionalidad, existen dos tipos de sentencias: las que utilizan o al menos realizan, una referencia a los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, y las que no recurren a dichos subprincipios cuando utilizan el principio de proporcionalidad.

Si se toman como base las anteriores consideraciones, en la etapa indicada se concluye que el examen de proporcionalidad, en sentido amplio, tiene las siguientes características en la jurisprudencia constitucional costarricense:

- Es una constante en la mayoría de las sentencias analizadas en esta etapa, el hecho de que la Sala mantenga una referencia a la figura de la razonabilidad. Incluso, en las sentencias donde se recurre a los citados subprincipios, la Sala indica que dichos

elementos forman parte del análisis de razonabilidad; lo que evidentemente resulta incorrecto, al ser los subprincipios un aporte de la doctrina alemana al principio de proporcionalidad, gestados desde el Derecho de Policía de Prusia hasta las sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán. Esta conclusión se pone de manifiesto especialmente en la sentencia N. 5236-1999, la cual si bien es la primera resolución de la Sala que reconoce la existencia de una doctrina alemana en el tema, de forma literal señala que dicho aporte alemán es *“un aporte importante al tema de la “razonabilidad” al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes [...]”* Esto significa que, si bien la jurisprudencia constitucional costarricense en la etapa analizada recurre a la figura de la proporcionalidad y sus subprincipios, la sigue catalogando como un examen de *“razonabilidad”*.

- Lo anterior es una corriente jurisprudencial absolutamente predominante, de la cual se exceptúan unas pocas sentencias, que en los años finales del período estudiado, intentan en cierta medida explicar la diferencia que, según la Sala, existe entre razonabilidad y proporcionalidad. Dichas resoluciones aisladas sustentan, de forma poco clara, que la razonabilidad examina lo relativo a la regulación de un determinado tema o derecho fundamental, mientras la proporcionalidad examina la intensidad de esa regulación desde una perspectiva relacional con el medio empleado.
- En algunas de sus sentencias, la Sala consideraba como un subprincipio independiente la “legitimidad” del fin. Este aspecto ha sido superado por la doctrina de forma mayoritaria y la jurisprudencia analizada en la primera parte de la investigación. En los ordenamientos avanzados, en general sobre dicho análisis se

considera la que legitimidad se subsume en la idoneidad y que no es un subprincipio propiamente dicho.

- Una cantidad importante de sentencias inician el análisis o la aplicación de los subprincipios con el examen de necesidad y no con el de idoneidad. Este aspecto, si bien pudiera parecer una simple cuestión de orden, en realidad tiene mucha repercusión, pues incide directamente en la forma de argumentar y presentar de manera ordenada y lógica los razonamientos contenidos en la sentencia. Resulta evidente que previo a estudiar si existen medidas optativas al medio elegido por el poder público, es un requisito de racionalidad determinar que el medio elegido resulta idóneo, es decir, que fomenta de alguna forma el fin pretendido. Lo contrario pone en riesgo la transparencia del protocolo de proporcionalidad y permitiría cuestionar sus posibles resultados. La importancia de este aspecto radica en que un real examen de necesidad parte del supuesto de que los medios evaluados son todos idóneos y esto no se concretiza cuando en el examen de idoneidad hay incertidumbre acerca de la adecuación técnica de los medios.
- Ligado íntimamente a lo anterior, es dable señalar que varias de las sentencias que inician con el análisis de necesidad, tienen una característica en común, y es que equiparan o catalogan el examen de necesidad con una valoración de la “importancia” de regular el tema o derecho fundamental del que trata la sentencia (análisis de la relevancia en la regulación del bien jurídico). Esto significa, que en realidad no se trata de un examen de medios opcionales, como ha sido conceptualizado el examen de necesidad por la doctrina y la jurisprudencia comparada citada en su momento,

sino de una especie de examen de relevancia, donde la Sala valora la importancia o no de regular un tema para la sociedad. En ese sentido cabe reiterar que el examen de necesidad debe responder la siguiente interrogante: ¿se puede evitar la restricción del derecho por medio de otro medio o, por lo menos, reducir el grado de limitación?, y no a la pregunta: ¿es relevante este fin?, pues esa segunda cuestión no forma parte de tal etapa, la cual podría estar situada en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

- Las sentencias que mencionaron los subprincipios en el examen de proporcionalidad en sentido amplio, centran el protagonismo en los subprincipios de idoneidad y necesidad, pues si bien el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra citado de manera general en diversos considerandos de las sentencias, en la solución de los casos concretos éste no aparece.
- Finalmente, las sentencias que no realizan una referencia a los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, no guardan una concordancia que permita visualizar algún tipo de línea jurisprudencial clara. Al respecto se presentan diversas formas y nociones de proporcionalidad, entre ellas: sentencias que recurren de forma innecesaria a la noción de proporcionalidad; resoluciones en las que es posible vislumbrar un examen general de medios y fines sustentando líneas jurisprudenciales de etapas anteriores; y otras donde la referencia a la proporcionalidad es meramente enunciativa, o sea, no hay ningún tipo de aplicación sustancial de la figura y solo se la menciona.

CAPÍTULO V: LA UTILIZACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (2007-2017)

El presente capítulo realiza un estudio de las sentencias de la Sala Constitucional a partir de 2007 hasta el 2017, motivo por el cual este período permite determinar las características y el panorama actual en la configuración de la jurisprudencia de la Sala, en cuanto la utilización del principio de proporcionalidad.

Como se resaltó en el período anteriormente estudiado, con posterioridad a 1998 se dio un aumento significativo en la cantidad de sentencias que se refieren al citado principio, aumento que ha continuado en esta última etapa por dos motivos dieron pie a que los accionantes o recurrentes alegaran cada vez más el principio de proporcionalidad, a saber, las reformas en materia de sanciones de tránsito y los cuestionamientos a los contenidos de las convenciones colectivas del sector público.

Clasificamos las sentencias en este período de la siguiente manera: las sentencias donde se presenta una aplicación concreta y escalonada de los subprincipios, con independencia de la materia, las resoluciones donde el principio de proporcionalidad se utiliza para examinar sanciones, y, las sentencias donde el principio tiene aparición en el análisis de constitucionalidad de convenciones colectivas. Si bien la primera de las categorías atiende a la forma y las otras dos al objeto, cada una de estas tendencias tiene sus propias particularidades y de ahí su importancia.

Tal y como se observará, las sentencias donde se aplicaron los subprincipios son una muestra clara de la evolución del examen de proporcionalidad en sentido amplio en la jurisprudencia constitucional costarricense, al pasar cada vez más de una simple cita de los subprincipios a su aplicación concreta. Dentro de estos subprincipios y a diferencia de etapas anteriores, se da un mayor protagonismo al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, sin que esto llegue a implicar una verdadera ponderación en los casos concretos.

Esa evolución de las sentencias no es absolutamente coherente y resulta lamentable que en este reciente período se presenten resoluciones no solo con serios errores conceptuales, que vienen de períodos anteriores, sino que además muestra una aplicación indebida del principio en estudio, según tendrá ocasión de verse.

V. 1.- Aplicación concreta y escalonada de los subprincipios del principio de proporcionalidad, con independencia de la materia

La principal diferencia entre las sentencias previas al 2007, que se refieren a los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, respecto de las de años subsiguientes, radica en la mayor aplicación pormenorizada de dichos subprincipios en las sentencias más recientes. Evidentemente, al no estar ante apartados estancos, existen puntos convergentes entre las diversas etapas evolutivas expuestas en la presente investigación.

En ese sentido, en los primeros años del período que inicia en el 2007, se denotan sentencias con una profunda identidad con las resoluciones de la etapa precedente. Elementos como el inicio de la aplicación de los subprincipios por medio del examen de necesidad y la definición de este como un análisis de importancia de la regulación del bien, son aspectos

que la jurisprudencia de la Sala arrastra del periodo anterior. Muestra de esto es la connotada sentencia N. 16099-2008, en la cual la Sala conoció por el fondo una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia, donde se establecía la prohibición de un divorcio por mutuo consentimiento antes de cumplirse un plazo de tres años de celebrado el matrimonio.

El accionante -el cual era un particular afectado por la disposición, que había interpuesto un recurso de amparo por la misma causa y al que se le previno a interponer la acción de inconstitucionalidad- consideraba que el plazo de tres años para obtener un divorcio por mutuo consentimiento violentaba el derecho de autodeterminación (artículo 28 de la Constitución Política), al no tener dicha exigencia una base razonable. La Procuraduría General de la República, al rendir su informe señaló que, una vez aplicado el “*test de razonabilidad*”, efectivamente la norma quebrantaba el principio constitucional de razonabilidad, y en general, el bloque de constitucionalidad. Esto porque no existe una justificación razonada en forma objetiva, ni consta la existencia de estudios científicos que ameriten imponer dicho plazo como impedimento para que las parejas que hayan contraído matrimonio por su propia voluntad puedan disolver el vínculo de la misma forma.

Sobre esta norma se debe señalar que ya una década antes la Sala había conocido una acción de inconstitucionalidad contra ella. En aquel momento, por medio de la sentencia N. 0105-1998 la Sala rechazó la acción por el fondo, al considerar que la norma no contenía una limitación indefinida sino simplemente un presupuesto procesal que era cierto y determinado (el plazo de tres años). A diferencia de lo que sucede en la sentencia que actualmente se analiza, en aquella sentencia de 1998, la Sala si bien se refirió al principio de

proporcionalidad, no efectuó una aplicación o mención de sus subprincipios, ni tampoco sustentó en qué consistía o cómo operaba dicho principio de proporcionalidad. Dicha variación de criterio es expresamente reconocida por esta en sus considerandos y la justifica en el cambio de integración, al señalar que: “Este Tribunal con una nueva conformación se replantea el tema y resuelve variar el criterio emitido en aquella oportunidad...”. Adicionalmente, en el caso bajo análisis, la Sala contó con el criterio sustentando de la Procuraduría General de la Republica, lo cual no sucedió en 1998, según se expondrá.

En el presente caso, sin embargo, la Sala consideró de forma general que los derechos fundamentales no resultan en principio irrestrictos, en tanto que una limitación para que sea válida constitucionalmente, debe atender a un interés público, ser razonable y proporcionada y, por ende, cumplir con la triple condición de ser necesaria, idónea y proporcional. Partiendo de tal posición, la Sala declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y, para ello, realizó una referencia pormenorizada de lo que entiende por cada uno de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, proyectándolo a continuación en el caso para el caso concreto²⁵⁶:

- Sobre la necesidad:

*“La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. **En el presente caso, se ha justificado la necesidad de la norma fundamentándose en que nuestro Estado reconoce el matrimonio como base**”*

²⁵⁶ En el mismo sentido la Sentencia de la Sala Constitucional N. 3682-2009.

esencial de la sociedad y que como tal, un matrimonio viene a constituirse en pieza muy importante [...]”.

- En cuanto a la idoneidad:

*“La limitación además de ser necesaria debe ser válida e idónea. Requisitos que no se cumplen actualmente, **pues cuando las parejas se encuentran frente a una decisión de divorcio es porque no se está frente a lo que es considerado verdaderamente un matrimonio, no satisface los fines señalados y el plazo legal estipulado como un impedimento para que se opte por el divorcio tampoco resulta idóneo, puesto que lo que subyace es únicamente una ficción jurídica, donde sólo los une un estado civil, no lo que supone el presupuesto de la norma, que se reconcilie la pareja y se mantenga el matrimonio [...]”.***

- Sobre la proporcionalidad en sentido estricto:

*“Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De conformidad con lo ya expuesto, **en criterio de este Tribunal la medida cuestionada no resulta proporcionada a los efectos que pretende, pues son mayores los perjuicios que conlleva la obligatoriedad de mantener a dos personas conviviendo dentro del ámbito más privado de todo individuo en un mismo lugar y con las obligaciones y efectos de todo matrimonio contra su voluntad, que el fortalecer la institución matrimonial bajo criterios voluntaristas que propicien los fines de un verdadero matrimonio base esencial de nuestra sociedad [...]”.***

En dicho caso la Sala consideró que la norma era inconstitucional al no cumplir los parámetros de idoneidad ni de la proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, la anterior aplicación concreta de los subprincipios del principio de proporcionalidad que realiza la Sala, se encuentra plagada de una serie de entuertos, a saber: define el subprincipio de necesidad como un análisis de relevancia del bien jurídico y no como un estudio de medios alternativos; la resolución toma como subprincipio de partida, a efectos de iniciar el análisis, al

subprincipio de necesidad y no el de idoneidad, como dicta su orden racional; y si bien considera que la medida no es idónea, continúa con el protocolo de análisis y procede a enjuiciar la proporcionalidad en sentido estricto de la norma, en clara desaplicación del carácter escalonado del juicio de proporcionalidad en sentido amplio.

En este caso resulta evidente que la Sala toma como punto de apoyo las manifestaciones de la Procuraduría General de la República, que sustentó la inconstitucionalidad de la norma, producto de haber realizado dicho órgano un “*test de razonabilidad*” que el artículo impugnado no superó. Sin embargo, resulta llamativo que la Sala no solicitará al accionante la denominada “*prueba de la razonabilidad*”, que sí ha requerido, en ocasiones anteriores, consistente en la exigencia de aportar los elementos y las alegaciones del caso que permitan sustentar la irrazonabilidad y desproporción de la norma. En la presente disputa, el accionante, si bien alega que el contenido de la norma no tiene una base razonable, no llega a detallar o sustentar tal alegato y es la propia Sala (con el apoyo de la Procuraduría) la que introduce la aplicación de los subprincipios y su respectivo sustento.

Esta acción de inconstitucionalidad generó que actualmente en Costa Rica no exista ya un plazo que las parejas casadas deban esperar para proceder a concretar un divorcio por mutuo consentimiento. Al respecto resulta evidente que existe una diferencia entre el resultado vertido en esta sentencia, producto de la aplicación de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, y la sentencia de 1998, donde la Sala solo utilizó la noción de proporcionalidad a modo de referencia general. Queda claro que se comparte el resultado final de la presente sentencia, en especial por el carácter inidóneo de la medida y sin pretender desconocer sus yerros aplicativos, es posible afirmar que la práctica de la Sala

de hacer una simple cita del principio de proporcionalidad (como la realizada en 1998 para resolver el mismo caso), produce sentencias poco seguras desde la perspectiva metodológica como se demuestra el hecho de que al conocerse la misma *litis* por medio de la aplicación de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, varían el resultado y la posición de la Sala.

Por lo que viene dicho, la Sala continuó realizando en diversas sentencias una aplicación específica de los subprincipios del principio de proporcionalidad y, dentro de esas resoluciones en particular, paulatinamente se fue notando un proceso de depuración aplicativa. Uno de estos casos donde es posible vislumbrar una utilización concreta y ajustado a los postulados propios de la figura analizada, así como sus a similares en la jurisprudencia analizada en la primera parte de la investigación, es la sentencia N. 16933-2011, la cual trató una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley N. 6122 “Ley para Garantizar al País Mayor Seguridad y Orden”. La norma establece que solo se otorgarán permisos para el establecimiento de “*casas de empeño*” (centros de compra y venta de artículos usados) a personas físicas.

Los accionantes de ese caso consideraban que tal disposición era contraria a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, libertad de comercio e igualdad ante la ley. Específicamente, en lo que tiene que ver con su alegación de una supuesta violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los accionantes consideraron dichos principios como elementos autónomamente susceptibles de vulneración, es decir como si se trataran de un derecho fundamental; siendo esta la tendencia generalizada de quienes alegan estas figuras ante

la jurisdicción constitucional en Costa Rica y constituyéndose como uno de los factores que ha incidido en su alegación desmedida y poco razonada.

Al contestar la audiencia del caso, la Procuraduría sostuvo que la limitación que contiene la norma impugnada, resulta razonable en función de la tutela del orden público y de la seguridad, con el fin de evitar la impunidad o la legitimación de actividades ilícitas por lo que no puede considerarse violada la libertad de comercio. Además, a su entender, tal limitación resulta proporcional, pues no niega a la ciudadanía el ejercicio de esta actividad, más bien la restringe a que se realice de manera personal y no mediante una persona jurídica, lo que es proporcional y resguarda el contenido de la libertad de comercio.

De forma precisa, la Sala señaló sobre cada uno de los subprincipios las siguientes consideraciones:

*“IV.- ANÁLISIS DE LA NORMA IMPUGNADA. Al examinar el artículo 19 impugnado, con base en los elementos de juicio expuestos, se verifica que la limitación formal a la libertad de comercio allí contenida se ajusta a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad constitucionales y no resulta discriminatoria. En la especie, atinente al test de razonabilidad, se tiene que los fines perseguidos - particularmente, la seguridad y la protección de la propiedad- con la norma impugnada son del todo legítimos. Asimismo, **tal disposición deviene idónea**, por cuanto resulta efectiva a efectos de asegurar una eventual responsabilidad penal y proteger así el orden público. En efecto, contribuye a dificultar la comercialización -por vías legales- de bienes robados o sustraídos ilícitamente, en la que medida que facilita la imputación de los delitos contemplados en los artículos 323 y 324 del Código Penal, como se explica adelante con más detalle. Asimismo, **el aspecto de la necesidad se cumple**, toda vez que del elenco de alegatos planteados no se extrae otra medida alternativa capaz de cumplir el propósito supra citado con igual eficiencia. **En adición, la medida es proporcional en sentido estricto**, porque se preserva el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de comercio, toda vez que se mantiene la posibilidad de que sea realizado por personas físicas, es decir, no se vacía de contenido el derecho fundamental afectado. En efecto, existe un equilibrio entre el medio empleado y el fin perseguido, de manera que la intensidad de la afectación del*

*derecho fundamental (en este caso de la libertad de empresa y comercio) resulta acorde con el grado de satisfacción o cumplimiento del bien constitucional que se quiere lograr, representado por la necesidad social de garantizar al país mayor seguridad y orden, así como disminuir la posibilidad de que el delito en cuestión quede impune [...]”.*²⁵⁷

Por lo dicho, la Sala consideró que el impedir a las personas jurídicas ejercer la actividad comercial de compra y venta de artículos usados o préstamos sobre prenda con custodia del bien a cargo del acreedor, no es irrazonable ni desproporcionado. Para llegar a esta conclusión, la Sala aplicó los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio y de esa utilización se rescatan dos aspectos positivos. En primer término, respecto del subprincipio de necesidad, el abandono de la concepción de “relevancia” en la regulación de un fin, sostenida en sentencias anteriores para sustentar la postura correcta en cuanto a la valoración de medios alternos; en tal sentido la Sala indica “*no se extrae otra medida alternativa capaz de cumplir el propósito supra citado con igual eficiencia*”. Y por otro lado, el hecho de que la aplicación de los subprincipios sea realmente escalonada, al haber iniciado en el orden precedente con el examen de idoneidad de la medida enjuiciada, variando con esto la tendencia dominante en el pasado que procuraba iniciar el análisis con el examen de necesidad.

Esta posición de la Sala Constitucional, donde se procura un análisis escalonado de los subprincipios y en la cual se conceptualiza el principio de necesidad como un examen de medios alternos, debe ser catalogada como un logro. Incluso, de manera reciente y como un caso con un importante peso mediático, la sentencia N. 3564-2015 conoció de un recurso de

²⁵⁷ En el mismo sentido la Sentencia de la Sala Constitucional N. 1593-2013 (sobre la constitucionalidad de ciertos requisitos para acceder a un puesto público).

amparo interpuesto por un periodista en contra del Directorio de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. El recurso atacaba un acuerdo de dicho Directorio que indicó que: "*Se acuerda: Instruir a las diferentes unidades administrativas a fin de que canalicen la entrega de la información requerida por los periodistas, a través de la Dirección Ejecutiva; esto con el propósito de mantener un orden y unidad en la entrega de esta documentación*". El recurrente alegaba violación a la libertad de expresión de los funcionarios administrativos de la Asamblea Legislativa y acceso a la información de la colectividad, por cuanto los ciudadanos reciben información filtrada o con algún tipo de censura. En ese caso la Sala tuvo por acreditado que, si bien brindó audiencia al Directorio de la Asamblea Legislativa con el fin de que alegase en el recurso de amparo, no se aportó al expediente respuesta o documento alguno por parte de ese órgano.

En la citada sentencia, con el objetivo de conceder el amparo y anular el acuerdo citado, la Sala realiza una síntesis general del principio de proporcionalidad, así como de cada uno de sus subprincipios. Al respecto, la sentencia señala:

“Como la ha señalado esta Sala, para que una medida se estime razonable debe satisfacer los siguientes elementos: a) la legitimidad, en el sentido de que la medida no violente de manera evidente algún mandato legal jerárquicamente superior; b) la adecuabilidad, en tanto la medida sirva efectivamente para alcanzar el fin pretendido; c) la necesidad implica que entre varias medidas adecuadas, se debe escoger la menos lesiva; y d) la denominada “proporcionalidad en sentido estricto”, que obliga a que desde ninguna circunstancia se vea afectado el contenido esencial de un derecho constitucional en un proceso de ponderación normativa. Debe decirse que para el sector doctrinario mayoritario, el elemento legitimidad es concebido más bien como un presupuesto. Este protocolo se aplica por fases, de manera que si el examen de una primera fase es insatisfactorio, resulta innecesario proseguir con el estudio del resto de aspectos, aunque, en algunos casos, para mayor contundencia del fallo se puede ahondar en ello. En la especie, la medida tomada para alcanzar los fines de mantener el orden y unidad en la entrega de la documentación, incumple francamente el requerimiento de la necesidad, toda vez que la autoridad recurrida bien puede alcanzar tales fines con medidas menos gravosas que no

vengan a lesionar los derechos constitucionales de la libertad de prensa, igualdad y acceso a la información pública, como por ejemplo que las diversas dependencias administrativas informen posteriormente a la Dirección Ejecutiva acerca de las peticiones de información tramitadas”.

Específicamente para el caso concreto, la Sala estimó que el acuerdo del Directorio Legislativo no superaba el examen de necesidad, pues dicho órgano pudo haber elegido otro medio menos gravoso para limitar los derechos fundamentales en juego. Incluso, la Sala llega a proponer otros de esos posibles medios, como que las diversas dependencias informen a la Dirección Ejecutiva posterior a la entrega de la información. En su parte dispositiva, la Sala anuló la directriz impugnada -indica de forma expresa- para garantizar los derechos fundamentales de los periodistas, a saber, derecho de acceso a la información (artículo 30 de la Constitución Política), la libertad de expresión y prensa (artículo 28 de la Constitución Política) y el derecho a la igualdad (artículo 33 de la Constitución Política). Asimismo, apercibió a los miembros del Directorio Legislativo a abstenerse de incurrir de nuevo en los actos que fueron objeto de impugnación.

Como se indicó, resaltan positivamente en estas resoluciones el hecho de que, por un lado, la Sala reconoce que la figura en estudio es un “*protocolo*” (examen-juicio); que se aplica por fases eliminatorias, por lo tanto, en principio podría ser innecesario continuar con la fase posterior si la analizada no es superada; y, que se da una clara definición conceptual-general de cada uno de los subprincipios.

Adicionalmente, no se manifiesta y, por tanto, es posible interpretar, que la Sala intenta despejar en cierta medida la idea de que la proporcionalidad y la razonabilidad son aspectos alegables en sí mismos de forma autónoma, como si se trataran de derechos

fundamentales y no como lo que son, una regla de segundo grado que coadyuva en la forma de interpretación de tales derechos fundamentales. Esto es posible derivarlo de una lectura de la parte dispositiva de la sentencia, en el tanto señala expresamente que ese fallo procura proteger los derechos fundamentales de los periodistas de acceso a la información, la libertad de expresión y prensa y el derecho a la igualdad, sin que en ningún momento indique que esa conducta “*viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad*”, como sucedió en sentencias mucho menos precisas en ese sentido, de años anteriores.

Ahora bien, desde la perspectiva dogmática del principio de proporcionalidad, es evidente que sobresalen aspectos negativos en la aludida sentencia, aspectos que en la actualidad se continúan arrastrando en la jurisprudencia constitucional, a saber: la Sala mantiene su posición de denominar al examen de proporcionalidad en sentido amplio o principio de proporcionalidad como análisis de “*razonabilidad*”, y la Sala continúa considerando la “*legitimidad*” como un subprincipio específico e independiente²⁵⁸.

V. 2.- La utilización del principio de proporcionalidad en sanciones

Como ha quedado evidenciado, las sentencias analizadas en todos los anteriores períodos, e incluso en los primeros años de este, centran su análisis o fundamentación de inconstitucionalidad en los subprincipios de idoneidad y necesidad, no así en el subprincipio

²⁵⁸ Incluso, posteriormente en la sentencia N. 6057-2015 de la Sala Constitucional, esta continua considerando que el elemento “*legitimidad*” es un subprincipio y reconociendo expresamente que la mayoría de la doctrina lo considera como un presupuesto.

de proporcionalidad en sentido estricto, el cual en el mejor de los casos era descrito de modo general y sin un detalle relativo al caso concreto.

Esta situación experimentó un giro importante a partir de 2011, con la emisión de una serie de sentencias en donde se cuestionaba la constitucionalidad de sanciones. El principal hecho que generó gran cantidad de resoluciones en este sentido, fue la promulgación de la Ley N. 8696 de 17 de diciembre de 2008, la cual introdujo una serie de reformas a la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres N. 7331 del 13 de abril de 1993, también conocida como “Ley de Tránsito”. Dichas reformas tuvieron un importante impacto mediático y social, en razón de las fuertes sanciones que se imponían a los infractores de sus preceptos, pues muchas de estas multas llegaron a conocimiento de la Sala, tal y como se expone.

En línea con lo apuntado, y como una resolución donde precisamente se vislumbra un mayor énfasis en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, sobresale la sentencia N. 6805-2011. En esta resolución la Sala analizó una acción de inconstitucionalidad interpuesta por un particular en contra del artículo 131 inciso k) de la Ley de Tránsito y sus reformas que establecía una multa de un 75% de un salario base mensual correspondiente al “Auxiliar administrativo 1” del Poder Judicial, por no usar el cinturón de seguridad o permitir que otros pasajeros no lo utilicen.

El accionante consideraba que la multa impuesta por no utilizar el cinturón de seguridad y tolerar su no uso era irrazonable y desproporcionada, en virtud de que un salario mensual de un chofer era insuficiente para pagar dicha multa. Por su parte, al contestar la audiencia del caso la Procuraduría consideró que, si bien existió un aumento en la multa

impugnada, según la anterior versión de la norma, la redacción actual no llega a constituirse en un porcentaje confiscatorio. Antes de entrar a resolver el fondo del asunto, la Sala manifestó en la sentencia que para ella resultaba claro que, no se discutía la constitucionalidad de la decisión estatal de imponer a sus ciudadanos el uso del cinturón de seguridad en vehículos automotores, así como tampoco el hecho de que el legislador hubiera decidido asegurar el cumplimiento de tal obligatoriedad por medio del establecimiento de una sanción de multa. Por lo tanto, solo analizaría si la sanción era o no desproporcionada e irrazonable, y ese aspecto es el que permite interpretar el enfoque de la sentencia hacia el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En dicha disputa, la Sala declaró inconstitucional la norma impugnada y anuló la multa que impone por el no uso del cinturón de seguridad. Para valorar la alegada desproporción de la ley, la sentencia efectúa un análisis profundo y detallado, sustentado en estudios económicos, del hecho de que el legislador haya impuesto una multa fija, en virtud de la realidad de los ingresos de un porcentaje importante de trabajadores en Costa Rica. Al respecto, la sentencia indica:

VII.- [...] En el caso de las multas de la Ley de Tránsito se incurre en estos quebrantos constitucionales, en vista de que se establecen multas fijas haciendo abstracción de la población económicamente más débil que, por cierto son los más desgraciadamente, a causa de una injusta distribución del ingreso nacional donde, incluso, las últimas tendencias son a la concentración de la riqueza en grupos cada vez más reducidos. Al respecto, en los informes que a continuación se citan encontramos cifras que denotan un claro alejamiento del ideal que se encuentra plasmado en el numeral 50 de la Constitución Política. Con base en la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo, “Encuesta Nacional de Ingresos y Gasto de Hogar”, del año del 2006, cuya cobertura abarcó los últimos 16 años en el país, se demuestra una profundización de la desigualdad y la ampliación de brechas sumamente graves. [...]

Así las cosas, cuando se imponen multas fijas, haciendo abstracción de la capacidad económica de los potenciales infractores y de las condiciones económicas de la mayor parte de la población, dejando lado el hecho de que la mayoría de ésta tiene un ingreso promedio inferior a mil dólares mensuales -el 90 por ciento- y la mitad un ingreso inferior a cuatrocientos dólares -hay aproximadamente 600.000 trabajadores que ganan menos del salario mínimo, sea menos de 206.045 colones, que representan un 28.9% de los trabajadores y un 17% de éstos que apenas gana ese salario- (véase el estudio del Instituto de Investigaciones de Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica), no cabe duda que se lesionan principios cardinales del Estado social y democrático de Derecho, entre ellos: el de igualdad, el de proporcionalidad, razonabilidad y se amenaza y les afecta el mínimo vital de la persona. [...]

*Desde esta perspectiva, la imposición de una multa de 307.100 -237.000 más el 30%- a una persona que tiene un salario que apenas le alcanza para llenar sus necesidades básicas, constituyen un trato discriminatorio en relación con aquellas personas que, dado sus niveles de ingresos, la multa representan un porcentaje razonable de éstos. **De ahí que, dada la situación socioeconómica de la mayoría de los trabajadores costarricense, resulta irracional, desproporcionado e injusto sancionarlo con multas fijas y altas cuando sus ingresos son escasos, como lo demuestra la realidad actual de la mayoría de los trabajadores costarricenses y no costarricenses.** En este sentido, esta realidad salta a la vista cuando la acción de inconstitucionalidad ha sido interpuesta por un chofer que acude a esta Sala en busca de la protección constitucional de sus derechos fundamentales, e incluso si se hubiera interpuesto por cualquier otro trabajador de transporte de personas y de bienes, no hay duda que se encontraría en similares condiciones, en el tanto viven de esa ocupación como medio de subsistencia”.²⁵⁹*

Como se deriva del anterior extracto, la Sala por mayoría (cuatro votos en favor) consideró que el tipo y el porcentaje de la multa era “*irracional y desproporcionado*” si se valoraba en el contexto y la realidad de los ingresos de la mayoría de los trabajadores de Costa Rica. A continuación, la Sala procede a efectuar un extenso recuento de su jurisprudencia respecto de lo que se entiende por razonabilidad y proporcionalidad, llegando incluso a citar jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán y el Tribunal Constitucional español, entre otros Tribunales Constitucionales; y concluye que resulta

²⁵⁹ En el mismo sentido las sentencias de la Sala Constitucional N. 0129-2012, 3942-2012, 5250-2012, 9206-2012, todas en contra de sanciones en materia de tránsito, así como la sentencia N. 13533-2016, relativa al proyecto de Modificación de la Ley de Maltrato Animal, específicamente en cuanto a sus sanciones.

indudable que el monto de la multa (a esa fecha de 307.100 colones, aproximadamente 500 euros), impone una restricción más allá de lo razonable a los derechos fundamentales de la mayoría de la población costarricense y, por ende, es un acto “*intrínsecamente injusto*” al impedir hacer frente las necesidades básicas de una persona o familia, si llega a pagar la multa. En este caso, tres Magistrados se separaron del criterio de mayoría y emitieron un voto salvado que, en síntesis señala que debía declararse sin lugar la acción, toda vez que el accionante no aportó a la Sala los elementos de juicio que permitieran la valoración que solicita entre los diversos bienes jurídicos protegidos por las distintas conductas tipificadas.

De la sentencia citada se extrae que esta sustenta sus consideraciones en un aspecto medular: las pruebas sobre los elementos económicos en cuanto a los ingresos de los trabajadores de Costa Rica, lo cual se traduce en la presencia de un “*control de evidencia*”, que busca la rigurosidad de las premisas empíricas, tal y como se expuso en la primera parte de la investigación. Esos estudios fueron traídos al proceso de oficio por la propia Sala constituyeron la piedra angular sobre la cual se basó la resolución, y juegan el papel -al no indicarlo la sentencia expresamente - de un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, deduciéndose claramente de la redacción que la idoneidad y la necesidad de la medida se encontraban comprobadas, al no discutirse en ningún momento la procedencia de una multa para castigar el incumplimiento de la obligación de portar el cinturón de seguridad, sino solo la cuantificación de tal multa; sobre este aspecto, se volverá luego.

Por otro lado, desde líneas atrás ha quedado claro que existe una constante en la jurisprudencia de la Sala en cuanto a insistir en la denominación de “*razonabilidad*” a componentes y figuras propias de la “*proporcionalidad*”. Precisamente, como un aspecto de

necesaria referencia dentro de ese mismo caso y de especial trascendencia a efectos de la presente investigación, cabe señalar que la Sala efectúa una cita de una sentencia del Tribunal Constitucional español, la STC 55/1996, de la que, en la transcripción que hace de ella, elimina el término “*proporcionalidad*” y lo sustituye por la palabra “*razonabilidad*”, tal y como se pasa a explicar. El fragmento original y literal de la citada del Tribunal Constitucional español (párrafo segundo, del Fundamento Jurídico N. 3) indica:

*“Esta apelación genérica al principio de **proporcionalidad** exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar debe advertirse que el principio de **proporcionalidad** no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]”.*

Mientras que la transcripción realizada por la Sala Constitucional, expresa:

*“Esta apelación genérica al principio de **razonabilidad** exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar debe advertirse que el principio de **razonabilidad** no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]”.*

Por ende, con este modo de proceder queda absolutamente comprobado no solo que la Sala entiende que existe una plena y total identidad entre las figuras de la razonabilidad y la proporcionalidad, sino que además considera necesario ajustar expresamente el contenido de sus sentencias, para que la figura que prevalezca sea la de la razonabilidad, en clara contradicción con los diversos orígenes, contextos, y en especial, contenidos de ambas figuras, los cuales ya fueron expuestos en su momento.

Ahora bien, esa posición mayoritaria de la Sala, consistente en aplicar implícitamente el examen de proporcionalidad en sentido estricto, evolucionará posteriormente dictando resoluciones donde en forma expresa se señalaba que se analizaría dicho subprincipio. Uno de esos casos es la sentencia N. 3950-2012, también sobre una acción de inconstitucionalidad en contra de una sanción contenida en la Ley de Tránsito, que establecía una sanción del 30% del salario base de un auxiliar judicial para el conductor que no portase un extintor de incendios en perfecto estado de funcionamiento. Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, la Sala indicó:

*“V.- Sobre la desproporcionalidad de la sanción. **No obstante, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto de la sanción**, esto es, la relación entre la conducta y la multa prevista en la norma impugnada, considera esta Sala que el legislador excedió el monto razonable, tomándose en cuenta las condiciones socioeconómicas de la mayor parte de la población costarricense, particularmente, el nivel de ingresos percibido, de acuerdo a diversos estudios donde se demuestra una profundización de la desigualdad y la ampliación de brechas sumamente graves”.*

Luego de la anterior cita, la Sala reitera los considerandos expuestos en la resolución N. 6805-2011, en cuanto al sustento del ingreso de la población costarricense, para fundar la inconstitucionalidad del artículo impugnado. Ahora bien, no es posible ocultar que el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto realizado por la Sala resulta sumamente general y sin constituirse en una ponderación orientada por reglas, ya que ni ha determinado con claridad los pesos a ponderar del derecho fundamental involucrado y la medida establecida, ni comparado en forma concreta tales pesos, ni ha establecido una regla de precedencia condicionada.

La particularidad de este caso radica en la nota separada²⁶⁰ del magistrado Paul Rueda Leal, sustentada igualmente por este magistrado en otros casos similares, quien si bien concurre con el voto de mayoría, expone razones distintas por las cuales estima que la norma impugnada es inconstitucional. En primer término, la nota expuso la posición del magistrado respecto de lo que denomina “*test de razonabilidad*”, ya que designa al principio de proporcionalidad o examen de proporcionalidad en sentido amplio como “*test de razonabilidad*”; califica a dicho test como un “*protocolo*” y no como un principio; indica que dicho test tiene como finalidad “*objetivizar, en cierto grado, el proceso reflexivo mediante el cual el juzgador llega a concluir que determinada medida es irrazonable o desproporcionada*”; establece que dicho protocolo está conformado por cuatro fases, a saber, legitimidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; si bien cita la “*legitimidad*” como un subprincipio, reconoce que en doctrina se concibe más como un presupuesto que como un subprincipio; y señala que es un protocolo que se aplica de forma escalonada, por lo tanto, la no superación de un subprincipio hace innecesario continuar con el análisis.

Claramente, los anteriores elementos son un aporte importante a la dogmática de la figura analizada en el contexto costarricense, en virtud de que en términos generales, son una especie de síntesis de lo que establecen la jurisprudencia y la doctrina analizadas en la primera parte de esta investigación. Esto excepto el primero de los puntos, respecto de la denominación que le otorga al test o protocolo, pues la nota separada lo define como “*test de*

²⁶⁰ La “nota separada” es aquella consideración particular de uno o varios Magistrados, que tiene como finalidad exponer razones distintas a las del Pleno de la Sala, pero que, no llega a constituirse en un voto salvado, por concurrir con la mayoría en la parte dispositiva de la sentencia.

razonabilidad” y no como principio de proporcionalidad o examen de proporcionalidad en sentido amplio.

Del mismo modo, la nota separada analiza de forma concreta la norma en cuestión e indica que, en sentido contrario a lo que señala la mayoría, la norma a su entender no supera el subprincipio de necesidad, toda vez que el efecto disuasivo que pretende la norma se puede lograr con una sanción de menor monto habida cuenta que también se está sancionando con rebaja de puntos en la licencia. Este es un aspecto que la nota introdujo y que permitiría sustentar también la falta de necesidad de la medida.

Como un elemento particular y que, como se ha visto, genera división en las votaciones de la Sala Constitucional, recientemente se han presentado sentencias de la Sala en que se suscita una discusión acerca de la “*prueba de razonabilidad*”. Uno de estos casos es la sentencia N. 15239-2014, por medio de la cual la Sala, con un voto salvado, rechazó por el fondo una acción de inconstitucionalidad contra artículo 44 del Reglamento Interior de Trabajo del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. En lo que interesa, la norma señala:

“El trabajador que por dolo o complacencia marque una tarjeta que no le corresponde incurrirá en falta a sus obligaciones y por la primera vez se le impondrá una sanción de ocho días de suspensión. La reincidencia en un período de tres meses se sancionará con el despido. Iguales sanciones se aplicarán al trabajador, a quien se compruebe haber consentido en que otro le marque su tarjeta [...]”.

La acción la interpuso un trabajador del citado Banco al que se le aplicó la norma, así como su representación sindical, los cuales consideraban que la norma era desproporcionada e irrazonable. Tal alegación la intentaron sustentar en el hecho de que el mismo Reglamento

establece que a las faltas en las cuales incurran los trabajadores les serán aplicadas cuatro tipos de sanciones, a saber: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del trabajo sin goce de salario y despido. Dichas faltas, opinaban los accionantes, no concuerdan con el contenido de la norma impugnada. Su legitimación la amparan en la tramitación actual de un procedimiento administrativo en contra del trabajador al que se le pretende aplicar la norma.

Con el fin de rechazar por el fondo la acción -es decir, sin haber dado traslado a la Procuraduría General de la República-, en sus consideraciones la Sala reitera el contenido de sus propias sentencias (ya analizadas en su momento) y realiza un especial énfasis en el tema de la “*prueba de razonabilidad*”, donde reitera que:

*“Sobre la prueba de "razonabilidad": Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, **el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad.** Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya "irrazonabilidad" sea evidente y manifiesta.” (Sentencia No. 1999-05236 de las 14:00 horas del 07 de julio de 1999, y 2004-9754 de las 14:46 del 1° de septiembre de 2004).*

El anterior extracto le permite a la Sala indicar que en el caso concreto la accionante no presentó una línea argumentativa coherente (y por esta razón rechazó la acción por el fondo). Sin embargo, en forma adicional y a pesar de que la sentencia rechazó por el fondo la acción, la propia Sala afirma que la disposición impugnada no atenta contra la razonabilidad ni la proporcionalidad, como lo sostuvieron los accionantes, puesto que la

norma en particular únicamente pone de manifiesto lo previsto en el mismo conjunto normativo general; por lo tanto, tampoco encuentra vicio alguno que permita derivar una violación a la Constitución Política.

Precisamente sobre ese aspecto, en la sentencia se presentó el Voto salvado del magistrado Paul Rueda Leal, quien se separó de la posición de la mayoría que rechazó por el fondo la acción. El Voto salvado afirma que la supuesta falta de fundamentación debió ser prevenida a la accionante, según lo permite la Ley de la Jurisdicción Constitucional en el artículo 80²⁶¹, y no proceder con el rechazo a esa altura procesal. Del mismo modo, esa postura disidente afirma no compartir la posición de la mayoría en cuanto sostiene que la norma no es irrazonable ni desproporcionada, justamente porque la propia sentencia afirmó echar de menos los argumentos necesarios para realizar tal examen; es decir acusa una contradicción y desnuda el hecho de que en ocasiones la Sala llega a la conclusión de sostener la razonabilidad y la proporcionalidad de una norma o acto sin haber realizado el protocolo específico, que permita sustentar tal conclusión. En ese sentido el Voto salvado, indica:

*“En el sub examine, se echa de menos la apropiada fundamentación de la inconstitucionalidad atribuida al artículo impugnado; sin embargo, la Mayoría indica que no se produce la irrazonabilidad o desproporcionalidad señalada. **Tal análisis, el suscrito no puede hacerlo, si carece precisamente de los elementos por los cuales la accionante fundamenta la inconstitucionalidad en mención.** Es por lo anterior, que salvo el voto y ordeno continuar con el trámite de la acción, a efecto de prevenir a la accionante subsanar el defecto señalado, de previo a resolver por el fondo lo correspondiente”.*

²⁶¹ “Artículo 80.- Si no se llenaren las formalidades a que se refieren los dos artículos anteriores, el Presidente de la Sala señalará por resolución, cuáles son los requisitos omitidos y ordenará cumplirlos dentro de tercero día [...]”.

La anterior divergencia de criterios en el seno de la Sala permite sacar a la luz lo poco contundente que puede ser la exigencia de la “*prueba de razonabilidad*”. Si bien la posición predominante del órgano encargado del control de constitucionalidad consiste en que es la parte accionante la que tiene la carga de demostrar la falta de razonabilidad y proporcionalidad de una norma o acto por medio de elementos de juicio que sustenten su alegación, dicha posición no es del todo absoluta y contundente, como revelan los casos donde es la propia Sala Constitucional la que trae al proceso dichos elementos y no la parte accionante, según se vio en las sentencias analizadas relativas a la Ley de Tránsito .

Del mismo modo, la existencia de votos salvados en este tema, redactados de forma clara y contundente, permite afirmar que se está ante un tema inacabado que podría presentar mayores discusiones en un futuro. Concretamente en cuanto a la posición mayoritaria imperante, resulta posible cuestionar: ¿la Sala exige que la parte aplique el protocolo de proporcionalidad en sentido amplio?, o ¿solo pretende que la parte aporte “pruebas” que permitan sustentar un alegato general de proporcionalidad? Si bien esto no es un aspecto del todo claro aún, si se analiza atendiendo a las amplias potestades del Tribunal Constitucional pareciera que la Sala no podría renunciar a su labor de máximo intérprete de la Constitución Política, aduciendo que en determinados casos esperaba mayor elaboración del accionante. Como se indicó en otros apartados, esto no exime de la necesaria argumentación lógica que debe presentar todo litigante. Por lo tanto, debe imperar un equilibrio entre la responsabilidad de la parte que acude a la Sala y las competencias de ésta, con el fin de resolver los casos con los mayores elementos de juicio existentes.

V. 3.- La referencia al principio de proporcionalidad en el análisis de constitucionalidad de convenciones colectivas

Como un tema que ha generado fuertes discusiones en el nivel político y social en Costa Rica, la Sala Constitucional ha conocido acciones de inconstitucionalidad en contra de diversas cláusulas de convenciones colectivas suscritas en el sector público²⁶² y a los efectos de esta investigación, lo trascendente es que para sustentar sus fallos ha recurrido a las figuras de la razonabilidad y la proporcionalidad. Si bien en el 2000 y el 2006 la Sala ya había conocido este tipo de casos²⁶³, es a partir de 2007 y hasta la fecha, cuando se genera una evidente proliferación de las sentencias que han tratado este tema²⁶⁴.

Son diversos los cuestionamientos que se pueden efectuar, no solo al hecho de que la Sala entre a conocer este tipo de casos, sino en especial al intento de fundamentación de sus decisiones por medio del principio de proporcionalidad. Sobre este aspecto, la principal falencia de dichas sentencias radica en la notoria inaplicabilidad del examen de proporcionalidad para enjuiciar casos donde se otorgaron o ampliaron derechos, porque virtud esa no es la función de tal principio, el cual -como se vio en la primera parte de esta investigación- está ideado para examinar la limitación a un derecho fundamental en determinados casos complejos.

²⁶² La figura de la “convención colectiva”, también es conocida como “Convenio Colectivo” y tiene como finalidad regular las condiciones, así como las obligaciones de cada una de las partes de la relación laboral.

²⁶³ Al respecto las sentencias de la Sala Constitucional N. 7966-2000, N. 17441-2006, N. 6729-2006, N. 6730-2006, N. 7261-2006, N. 17437-2006, N. 17440-2006, N. 11086-2006 y N. 17438-2006, en las cuales la Sala conoció impugnaciones en contra de convenciones colectivas.

²⁶⁴ Según el Departamento de Prensa del Poder Judicial, en información divulgada el 13 de julio de 2016, desde el 2000 al 2015, la Sala ha emitido 28 sentencias en las cuales ha declarado inconstitucionalidades de cláusulas de convenciones colectivas del Sector Público.

Evidentemente, atendiendo al contenido de las sentencias de la Sala en esta materia, lo que la misma procura resguardar es la buena gestión de los fondos públicos; un objetivo que no cabe discutir, pero que se sitúa fuera de la órbita de los derechos fundamentales y, como tal, sin relación alguna con el examen de proporcionalidad en sentido amplio.

A lo anterior, debe sumarse el hecho de que se está ante sentencias que al hacer referencia a la razonabilidad y la proporcionalidad, lo hacen de forma totalmente general, sin ningún tipo de pormenor respecto del caso concreto, y en especial, con total inaplicación de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Son sentencias ya descritas en anteriores capítulos, que coexisten con las que sí intentan la aplicación del protocolo de proporcionalidad. Una sentencia que ejemplifica con claridad la forma en la cual la mayoría de los magistrados de la Sala ha utilizado la figura de la proporcionalidad en este tipo de resoluciones es la N. 5798-2014, en cual se conoció acerca de constitucionalidad de una serie de cláusulas de la Segunda Convención Colectiva suscrita entre la Asociación Nacional de Empleados Públicos (ANEP) y la Municipalidad de Santa Ana. En concreto, entre otras disposiciones, se cuestionaba que artículo 52 inciso e), el cual otorgaba días de vacaciones adicionales en favor del trabajador, desde determinados requisitos:

“Artículo 52.- Los servidores municipales disfrutarán de una vacación anual de acuerdo con el tiempo consecutivo servido en la siguiente forma:

[...]

e.- En el caso de que un trabajador no haya faltado ni incurrido en llegadas tardías durante un año tendrá derecho a disfrutar tres días hábiles de vacaciones como estímulo [...].”

La acción fue interpuesta por un ciudadano particular, quien alegaba para fundar su legitimación la tutela de un interés difuso como es la protección de los fondos públicos, lo

que fue aceptado por la Sala. Por su parte, la Procuraduría señaló que el artículo impugnado era irrazonable y desproporcionado por dos motivos: porque otorgaba de manera ilegítima beneficios laborales no dispuestos ni basados en la ley, y porque de igual forma, propiciaba un eventual desequilibrio financiero en el nivel municipal. El Alcalde Municipal y el Sindicato solicitaron rechazar la acción, con fundamento en que los acuerdos suscritos por esa municipalidad y los trabajadores se habían alcanzado al amparo del libre ejercicio de la autonomía municipal.

En la citada sentencia, la Sala concluye (con dos votos en contra que declararon inadmisibles la acción, a los que se hará referencia posteriormente) que el incentivo impugnado en efecto era inconstitucional, al considerarlo contrario a “*principios constitucionales de alto rango como la razonabilidad y proporcionalidad*”. La Sala fundamenta su sentencia en la siguiente consideración:

“VI.- [...] En cuanto al inciso e):

*En efecto, en concordancia con lo señalado en el considerando anterior, este Tribunal estima que reconocer a los servidores municipales del cantón de Santa Ana tres días hábiles adicionales de vacaciones al año, siempre y cuando el trabajador no haya faltado ni incurrido en llegadas tardías durante ese mismo año, **significa un beneficio adicional por una conducta que, de por sí, todo servidor municipal se encuentra llamado a observar. Es evidente que dentro de las obligaciones fundamentales de todo empleado está la de asistir a su centro de trabajo los días previamente acordados, así como cumplir puntualmente con el horario establecido para ello. De ahí que recibir este tipo de "recompensas" simplemente por cumplir de manera correcta las diversas condiciones pactadas al momento de prestar labores, se convierte en un privilegio excesivo que, per se, carece de sustento constitucional.** A mayor abundamiento, en la sentencia reseñada en el considerando anterior, la Sala fue enfática en señalar que las Administraciones Públicas tienen limitaciones para otorgar ciertos beneficios a sus trabajadores, toda vez que algunas autorizaciones de tales ventajas conllevan serios efectos sobre las finanzas públicas que muchas veces no encuentran sustento o lógica alguna. Este Tribunal ha considerado constitucionalmente válido que el Estado (en su faceta de patrono) reconozca a sus servidores en forma excepcional e individual, algún plus económico como una forma*

*de incentivo para propiciar en el ambiente laboral de grupo una mayor consciencia de competitividad entre sus trabajadores. Pero ello en el tanto se trate de un reconocimiento por una conducta personal e individual que supere el debido cumplimiento de la prestación de trabajo. Es decir, se puede recompensar a aquel funcionario que haga un mayor o mejor esfuerzo (por encima de lo normal) durante la prestación del servicio. En la especie, el reconocimiento de tres días hábiles adicionales de vacaciones al año, en los términos regulados por el inciso e) del artículo 52 impugnado, no es consecuencia de un sacrificio o exigencia particular del servidor más allá de las normales exigidas a los empleados municipales, pues únicamente debe cumplir con no haberse ausentado ni incurrido en llegadas tardías (conducta que, de por sí, debe hacer). **Por ende, debe reputarse que el beneficio convencional dispuesto en el inciso e) del artículo 52 de la citada convención colectiva es contrario al Derecho de la Constitución, por reflejar un indebido uso de los fondos públicos en detrimento de los servicios públicos municipales que presta la institución, así como por infringir principios constitucionales de alto rango como la razonabilidad y proporcionalidad**".²⁶⁵*

El considerando citado resulta contundente en mostrar la constante en la utilización del principio de proporcionalidad en el examen de constitucionalidad de convenciones colectivas en el sector público. Se trata de casos donde la Administración Pública, al amparo del derecho fundamental a la negociación colectiva de sus trabajadores, establecido en el artículo 62 de la Constitución Política, pacta con estos determinados beneficios en sus condiciones de trabajo, y un particular o un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa, considera que esas mejoras “*violan los principios de razonabilidad y proporcionalidad*”. En razón de lo que viene expuesto, se está ante casos donde los accionantes invocan el examen de proporcionalidad, no para cuestionar la limitación de un derecho fundamental, sino como una especie de control general de preceptos constitucionales, en este caso, el buen manejo de fondos públicos.

²⁶⁵ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 1144-2007 (en la cual se conoció la impugnación, por parte de un grupo de diputados, de varios artículos de la Convención Colectiva de la Universidad Nacional)

En la sentencia citada y como un aspecto adicional al cuestionamiento acerca de la aplicabilidad del examen de proporcionalidad al caso, resulta evidente que la resolución encierra otras falencias importantes, a saber: considera al principio de proporcionalidad como de índole sustancial, susceptible de afectación directa y autónoma, y no aplica el protocolo de proporcionalidad en sus distintos pasos, ni tampoco brinda una explicación fundada que permita comprender el porqué determinada cláusula es desproporcionada.

Lo que la sentencia realiza es un análisis de las razones por las cuales es improcedente, injusto e indebido desde la óptica de un buen manejo de fondos públicos, el hecho de que un funcionario reciba vacaciones adicionales tan por solo haber cumplido con una obligación inherente a su condición, como es no faltar a sus labores. Sin embargo, estas loables consideraciones que quizás cuenten con un fuerte fundamento jurídico y respaldo en la colectividad, en nada guardan relación con el ámbito de los derechos fundamentales y, por ende, la referencia al principio de proporcionalidad para su resolución es totalmente improcedente.

Como se adelantó, esta posición de la Sala de conocer la constitucionalidad de convenciones colectivas así como resolverlas por medio de la referencia al principio de razonabilidad y proporcionalidad, no ha sido pacífica ad intra de dicho Tribunal, pues ha contado con la oposición debidamente sustentada por parte del propio Presidente de la Sala, doctor Ernesto Jinesta. Así puede verse en una reciente resolución, que anula cláusulas de una convención colectiva, a saber, la sentencia N. 4247-2015. Esta sentencia conoció de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el propio Alcalde Municipal en contra de una serie de artículos de la Convención Colectiva de Trabajo entre la Municipalidad de Acosta y

el Sindicato de Trabajadores de la dicha Municipalidad, en tanto establecían el derecho de los trabajadores al auxilio de cesantía²⁶⁶ sin sujeción a límite de años²⁶⁷. En este caso, la Procuraduría General de la República consideró que la norma debía ser declarada inconstitucional, al romper el tope que vía jurisprudencia había impuesto la propia Sala Constitucional, pues la norma de rango legal que regula el tema no establece plazos máximos.

En esta resolución la Sala, para declarar la inconstitucionalidad de las normas, indicó:

*“VI.- Según se hizo ver en los acápite anteriores, **la Sala ha establecido que el auxilio de cesantía debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, considerándose que límite superior de dicho auxilio es de 20 años.** En el sub examine, las normas cuestionadas estatuyen que el cálculo y pago del auxilio de cesantía se realizará sin límites temporales; es decir, se prevé la posibilidad de exceder el límite que este Tribunal ha fijado como constitucionalmente razonable. La conclusión infranqueable a la que se llega es que las frases contenidas en dichos artículos, las cuales permiten el pago del auxilio de cesantía por encima de los 20 años, son inconstitucionales por transgredir el tope establecido jurisprudencialmente”.*

Este caso, así como en todos los que resolvieron el tema de topes de cesantía, se echa de menos un análisis pormenorizado por parte de la Sala, que permita entender el motivo de que el “tope de 20 años” sea en efecto el “razonable”, y no uno de 25 de años, como por ejemplo sucede en otras instituciones. En dicho caso, la Sala, si bien señala que los topes de cesantía pueden superar el plazo mínimo de ocho años establecido en la ley ordinaria, indica que esto se debe hacer según parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, no explica o sustenta cómo se aplican dichos parámetros a ese tipo de disputas.

²⁶⁶ El auxilio de cesantía es una indemnización al favor del trabajador, aplicable en contratos por tiempo indefinido, que se origina al momento de finalizar la relación laboral por despido injustificado, jubilación o muerte del trabajador.

²⁶⁷ En el mismo sentido la sentencia de la Sala Constitucional N. 11506-2013 (que es una impugnación de la Contraloría General de la República en contra de la Convención Colectiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo).

Independientemente del fondo de ese caso particular, lo relevante de esa sentencia es que contiene un reiterado voto salvado del magistrado Ernesto Jinesta, en el cual se explican las razones por las que, a su entender, la jurisdicción constitucional en Costa Rica no tiene la competencia para conocer de impugnaciones de cláusulas de una convención colectiva. La postura del magistrado Jinesta en este aspecto, luego de realizar una referencia al derecho fundamental a la negociación colectiva en un considerando específico, se expone en el siguiente extracto:

*“II.- ALCANCES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS. A tenor del artículo 10 de la Constitución Política la declaratoria de inconstitucionalidad procede respecto de las “[...] normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público [...]”. **Las convenciones colectivas, aunque ex constitutione (artículo 62 de la Constitución Política), tienen fuerza de ley, no pueden ser asimiladas a una ley en sentido material y formal, por cuanto, no emanan de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de la función de legislar a través del procedimiento legislativo y tampoco tienen efectos generales y abstractos. El grado, jerarquía y valor que le concede el constituyente originario no determina, per se, la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas.** La razón del constituyente originario de otorgarle, por constitución, fuerza de ley a las convenciones colectivas fue precisamente, reforzar los efectos y las consecuencias del pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la sindicalización y a la negociación colectiva, en vista de su elevada trascendencia para lograr un clima de estabilidad y armonía social, laboral y económica y de sus fines particulares. Consecuentemente, la equiparación, en potencia, fuerza y resistencia a la ley, no debe conducir al equívoco de estimar que, como tal, resulta pasible del control de constitucionalidad. Debe tomarse en consideración, que la convención colectiva, asimismo, no es una disposición general por cuanto carece de efectos generales y normativos. Adicionalmente, si bien puede comprender aspectos del Derecho público, atinentes a una relación estatutaria o una relación de empleo público, su contenido es definido por las partes involucradas en ejercicio de su libertad o autonomía de acción. **Bajo esta inteligencia, una convención colectiva no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que hace un elenco de las actuaciones o conductas objeto de la acción de inconstitucionalidad.** El texto constitucional le reconoce, indirecta o implícitamente, a los trabajadores, empleados y patronos o sus organizaciones el derecho de negociar de forma libre y autónoma, a través de la concertación de un pacto o contrato colectivo que establece un orden para un grupo determinado o determinable de trabajadores, empleados y patronos. Consecuentemente, al tratarse de un contrato colectivo está fuera del control de constitucionalidad, puesto que, el propio constituyente le otorga a las partes*

autonomía y libertad para concertar y regular sus condiciones y relaciones laborales. Lo anterior, no excluye, desde luego, que pueda, eventualmente, existir un control de legalidad ordinaria acerca de los vicios de forma o de procedimiento en la negociación que afecten los acuerdos finalmente pactados o por un incumplimiento de los mínimos legales preestablecidos”.

De forma contundente, el voto salvado señala que la Sala Constitucional carece de competencia para conocer acciones de inconstitucionalidad en contra de convenciones colectivas, al considerar que ese tipo de asunto no solo no guarda relación con ninguna de las habilitaciones competenciales del 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (expuesto en el capítulo primero de la segunda parte de esta investigación), sino además, es un acuerdo entre partes en el ejercicio de su libertad de acción. Por este motivo considera, que de existir algún cuestionamiento sobre su contenido, debe ser la jurisdicción ordinaria la que conozca del caso. No cabe duda que esta posición minoritaria resulta impopular, en virtud de que la colectividad exige cada vez más un uso eficiente de fondos públicos; sin embargo, una interpretación estrictamente jurídica, es la más acorde con las competencias de la Sala.

Contra la anterior posición si bien podría alegarse que el inciso a) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional muestra una cierta amplitud²⁶⁸ que permitiría incluso habilitar la competencia de la Sala en este tipo de casos, lo cierto es que una convención colectiva de una institución pública no es una ley, ni un acto de alcance general, ni mucho menos un acto de un sujeto de derecho privado. Respecto al tema del carácter de “fuerza de ley” que ostentan estas convenciones, se debe aclarar que dicha fuerza (que proponga un respeto entre las partes y terceros a lo pactado) no las convierte en una ley de la república y,

²⁶⁸ La norma indica que cabrá acción de inconstitucionalidad: “a) *Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.*”

por ende, tal postura en contra del voto salvado del magistrado Jinesta Lobo a nuestro entender es improcedente.

En lo que respecta específicamente con el objeto de la presente investigación, el voto salvado citado también realiza un aporte clave, en concreto sobre la utilización de las figuras de la razonabilidad y la proporcionalidad para dilucidar la constitucionalidad de las diversas cláusulas de una convención colectiva, al señalar que el sometimiento de dichas convenciones a los principios de razonabilidad y proporcionalidad produce inseguridad jurídica. Al respecto, el voto indica:

*“IV.- NEGATIVA SUJECCIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS A LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD: CLIMA DE INSEGURIDAD JURÍDICA. Desde el punto de vista del Derecho de la Constitución, el contenido o clausulado de las convenciones colectivas podría tener -si se admite la posibilidad de impugnarlas en sede constitucional- como único límite que no se incumplan los mínimos en materia laboral establecidos en el propio texto constitucional. Ni siquiera los vicios de forma en el curso de la negociación podrían constituir límites constitucionales para el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva, toda vez, que el procedimiento no lo define la Constitución, sino que debe hacerlo la ley o el reglamento, de modo que quedan librados a la discrecionalidad legislativa o administrativa, siempre y cuando no infrinjan el principio sustancial de la negociación colectiva libre y voluntaria establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que constituye el contenido esencial del derecho y, por consiguiente, el límite de límites. **El someter el contenido y clausulado de una convención colectiva, surgido de la libre y voluntaria negociación, a los parámetros de la proporcionalidad y razonabilidad, además de socavar el equilibrio interno de los acuerdos, provoca, a mediano o largo plazo, un claro y evidente estado de inseguridad jurídica.** En efecto, los trabajadores o empleados pueden desconfiar de su asociación o afiliación a las organizaciones sindicales, de sus representantes y de los propios representantes patronales, creando un clima de tensión e inestabilidad en las relaciones laborales, todo lo cual desalienta el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de sindicalización y de negociación colectiva, conquistas invaluable del Estado Social y Democrático de Derecho. Adicionalmente, cualquier futuro o eventual trabajador que pretenda afiliarse a un sindicato, probablemente, puede tener, razonablemente, serios reparos sobre la utilidad de su adherencia ante la anulación eventual y futura de los convenios colectivos que se hayan negociado, con lo cual el derecho a la negociación colectiva*

*deja de cumplir con su fin fundamental de mejorar las condiciones laborales y queda, virtualmente vaciado de contenido y devaluado. Los ajustes y controles sobre el eventual contenido del clausulado de una convención colectiva deben ser muy laxos, a priori y persuasivos para que las partes directamente involucradas decidan voluntaria y libremente si toman en consideración, en el curso de la negociación, las observaciones (modificaciones, ajustes, variaciones) formuladas, sin que sea posible, incluso, imponer una renegociación ulterior. **Consecuentemente, la fiscalización a posteriori sobre criterios de proporcionalidad y razonabilidad, constituye una injerencia externa que afecta el equilibrio interno del convenio colectivo concertado y que puede provocar serias dislocaciones o distorsiones de la seguridad, la paz social y de las relaciones laborales que no resultan congruentes con el Derecho de la Constitución**".*

Claramente la sencilla afirmación de que someter las convenciones colectivas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad crea un clima de inseguridad jurídica, tiene un mayor contexto y profundidad de la que el propio voto salvado plasma en su texto. La inseguridad jurídica que señala el voto es posible traducirla, no solo en la intromisión competencial en que incurre la Sala, según se expuso líneas atrás, sino que va ligada a la inaplicabilidad de este protocolo de actuación a cláusulas que lo que hacen es ampliar el espectro de derechos de un trabajador, no limitarlo. Del mismo modo, tal afirmación implica que no es posible asegurar en todos los casos qué se entiende por razonabilidad y proporcionalidad, máxime cuando las nociones utilizadas por la Sala son diversas y, en muchos casos sin referencia a los subprincipios respectivos.

Por ende, no solo existe el problema de que las sentencias de la Sala no tienen una línea uniforme en materia del principio de proporcionalidad, sino que además, por las razones expuestas, su aplicación a las convenciones colectivas deviene en improcedente. Todo esto es lo que a criterio del autor, el magistrado Jinesta Lobo intenta cubrir con el concepto de "inseguridad jurídica".

Por lo dicho, si bien esta ha sido la postura del magistrado Jinesta en todas las sentencias donde ha tenido que conocer cuestionamientos de constitucionalidad en contra de convenciones colectivas, lo cierto es que su posición es minoritaria y no resulta la imperante en la Sala. Sin embargo, vale la pena resaltar tal posición, no solo por la explicación que la fundamenta, sino porque demuestra los yerros que comete la Sala al citar el principio de proporcionalidad de forma aventurada y desconectada de su real contenido.

V. 4.- Recapitulación y valoración de la etapa

En una importante medida y con las excepciones que se dirán, las sentencias analizadas en esta última etapa que llega hasta hoy, muestran una mayor depuración aplicativa por parte de la Sala en lo relativo a la utilización del principio de proporcionalidad. A su vez, el aumento tanto en su alegación por parte de los sujetos procesales, como en el contenido de las sentencias, tiene respaldo situaciones reales, como lo fueron la emisión de leyes con fuertes sanciones en materia de tránsito y el ambiente político-social en torno a la eliminación de privilegios indebidos de los funcionarios públicos, contenidos en sus convenciones colectivas.

Las sentencias en el período analizado que llega hasta hoy, tal como se expuso, fueron clasificadas en tres categorías: sentencias donde se presenta una aplicación concreta y escalonada de los subprincipios independientemente de la materia, resoluciones donde el principio de proporcionalidad se utiliza para examinar sanciones, y sentencias donde el principio es citado para análisis de constitucionalidad de convenciones colectivas.

Con fundamento en lo anterior, en la presente etapa se concluye que el examen de proporcionalidad, en sentido amplio, muestra los siguientes caracteres en la jurisprudencia constitucional costarricense:

- Las sentencias donde se presenta una aplicación concreta y escalonada de los subprincipios, son una muestra clara de la evolución del principio de proporcionalidad en tal jurisprudencia constitucional. Al respecto, la Sala Constitucional pasó de una simple referencia en etapas anteriores, a una aplicación concreta de dichos subprincipios para los supuestos específicos.
- Evidentemente, dentro del propio grupo de sentencias donde la Sala realiza una aplicación de los subprincipios del examen de proporcionalidad en sentido amplio, se presentan divergencias e incluso una evolución dentro del propio período analizado, ya que las primeras sentencias mantenían aún algunos resabios de etapas anteriores, pues, por un lado, iniciaban el análisis de proporcionalidad con el subprincipio de necesidad y no con el de idoneidad, y por otro, conceptualizaban a ese subprincipio no como un examen de medios alternativos, sino como un análisis de la relevancia de la regulación de un bien jurídico. Tal situación fue variando hasta llegar a las sentencias más recientes, las cuales constituyen resoluciones de referencia respecto de la concepción actual del examen de proporcionalidad en sentido amplio y pueden ser catalogadas con un importante grado de cercanía a los conceptos y las resoluciones analizadas en la primera parte de la investigación de los sistemas comparados más influyentes en el nuestro. Actualmente, dichas sentencias reconocen de forma expresa que se está ante un “protocolo”; por lo tanto, hasta cierto punto se abandona la

concepción sustantiva y autónoma que la jurisprudencia constitucional costarricense le venía dando a este principio y se le sitúa en su dimensión real, como un examen o juicio que ayuda a ordenar de forma escalonada el análisis de constitucionalidad en determinados casos, y, también en forma expresa ya en un voto de mayoría, reconoce que el elemento "*legitimidad*" la doctrina lo considera como una especie de presupuesto y no como un subprincipio más, teniendo al menos conciencia de esta realidad, pues continúa valorándolo como un subprincipio.

- En cuanto a las resoluciones donde el principio de proporcionalidad tiene como finalidad examinar la constitucionalidad de sanciones, el análisis de la Sala principalmente se ha centrado en un examen de proporcionalidad en sentido estricto, incluso reconociéndolo así expresamente. El acento en este subprincipio es una particularidad propia de esta etapa, el cual no estaba presente en los períodos históricos precedentes. Dicha valoración de la proporcionalidad en sentido estricto que ha realizado la Sala, la ha hecho de forma general, sin llegar a constituirse en una verdadera ponderación orientada por reglas, lo que significa que, la Sala no ha determinado con claridad los pesos a ponderar del derecho fundamental involucrado y la medida establecida, ni ha comparado en forma concreta tales pesos, ni ha establecido una regla de precedencia condicionada. A lo sumo, la ponderación ha consistido en una especie de análisis general del grado de afectación del derecho, según el fin que se persigue.
- Las resoluciones de la Sala en materia de sanciones de tránsito, contienen un elemento importante en la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Con

el fin de sustentar sus consideraciones y realizar un estudio real del caso, la Sala trajo al proceso una serie de elementos de las ciencias económicas que le permitieron declarar determinadas sanciones como desproporcionadas; esto es, lo que la doctrina y jurisprudencia analizada en la primera parte de la investigación cataloga como “*control de evidencia*”.

- De especial mención son los votos salvados del magistrado Rueda Leal en las sentencias N. 3950-2012 y 15329-2014, en virtud de que el primero de ellos constituye un adelanto de lo que en sentencias posteriores se concretaría como la posición actual de la Sala en materia del principio de proporcionalidad; esto, claro está, en las sentencias donde en la Sala intenta aplicarlo en realidad; y el segundo pone sobre la mesa un punto importante para cuestionar, cual es la carga de la parte promovente (accionante o recurrente) ante la Sala cuando se alega la falta de proporcionalidad de determinada conducta pública: cabe entender que la respuesta a esta interrogante es que la parte que alega tiene la obligación de sustentar su alegato, y si no lo hace, la Sala tiene la obligación de prevenirlo para tal efecto; adicionalmente, la Sala, dentro de sus competencias, puede traer al proceso todos los elementos necesarios para la resolución del caso, como por ejemplo sucedió en los casos de las sanciones de la Ley de Tránsito.
- Lo acontecido con la sentencia N. 6805-2011, en cuanto a la falta de coincidencia del texto original de una resolución del Tribunal Constitucional español con la cita realizada por la Sala Constitucional, es una muestra clara de la preferencia de la Sala por denominar, a toda costa, al protocolo analizado como test de “*razonabilidad*”, en

lugar de test de “*proporcionalidad*”, lo cual, como ya se ha indicado, desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial europeo no tiene respaldo.

- Las sentencias que analizaron la constitucionalidad de convenciones colectivas en el sector público en las que se hace referencia al principio de proporcionalidad, muestran como clara deficiencia el hecho de pasar por alto que tal figura está conceptualizada para examinar, en determinados casos complejos, la limitación a un derecho fundamental, situación que no se da en esas sentencias, que lo que consideran como vulnerado es el adecuado manejo de fondos públicos, objetivo, tarea u obligación que no es un derecho fundamental. Adicionalmente y por medio de una serie de votos salvados del Presidente de la Sala, ha quedado claro que dicho Tribunal no tiene una competencia clara para conocer de estos casos relativos a convenciones colectivas.
- Por último, dichas resoluciones que conocen impugnaciones de convenciones colectivas no utilizan o aplican de ninguna forma el protocolo de proporcionalidad (o como en muchas ocasiones lo denominan las sentencias, “razonabilidad”), sino que simplemente las sentencias indican que determinada disposición es contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin más detalle o análisis; por ende, es posible catalogar su uso como meramente persuasivo. E igualmente estas sentencias consideran el principio de proporcionalidad como una figura sustantiva susceptible de ser “*vulnerada*”, como si se tratara de un derecho fundamental o una garantía institucional y no, se insiste, como lo que en realidad es: una herramienta procedimental.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de la presente investigación son producto del análisis detallado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, relativa al principio de proporcionalidad, en estricta relación con la base dogmática descrita y con los objetivos establecidos en el plan de trabajo elaborado para tal efecto.

De forma general se comprueba que existen dos formas básicas en las que la Sala ha utilizado el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales. De modo que cualquier sentencia, que contenga referencia a dicho principio, puede ser categorizada en una de las siguientes dos opciones.

En primer término, las sentencias con contenido técnico-científico, que al menos intentan aplicar de forma racional lo que de modo generalizado en la doctrina y la jurisprudencia europeas se entiende por principio de proporcionalidad. Ello independientemente de que apliquen o no con exactitud los postulados doctrinarios o jurisprudenciales europeos, pues son resoluciones que por sí mismas describen algún iter metodológico que intenta dotar de objetividad el análisis de constitucionalidad.

En segundo lugar, también quedó acreditada la existencia de sentencias que lamentablemente se convierten en terreno fértil de las críticas que históricamente han existido en otros ordenamientos sobre el principio de proporcionalidad, porque son resoluciones que realizan una simple referencia a dicho principio, sin mayor contenido o desarrollo. En esas sentencias, tal invocación tiene fines meramente persuasivos o discursivos y, frente a lo que

sucede en las resoluciones con contenido técnico-científico, crean una importante incertidumbre en los operadores jurídicos, que no logran saber a qué atenerse respecto del principio de proporcionalidad y, del mismo modo, promueven la utilización indiscriminada en diversos sectores.

Con lo expuesto, se detallan seguidamente los diversos resultados específicos, a los cuales se llegó con la presente investigación y que demuestran la forma en que la Sala Constitucional de Costa Rica aplica, conoce e interpreta el principio de proporcionalidad; en especial, en las sentencias que en mayor o menor medida, intentan realizar una real aplicación del protocolo en estudio y no tanto en las que recurren a dicho principio como una mera cita discursiva:

- I. **Evolución jurisprudencial:** se acreditó que la jurisprudencia constitucional que intenta aplicar de forma analítica el contenido de este principio presenta un proceso evolutivo en Costa Rica que se puede catalogar de positivo y el cual se describe de la siguiente manera, como síntesis de la división aplicada en la segunda parte de la investigación, a saber: (i) **De 1989 a 1992:** surgen las primeras apariciones de alguna noción de proporcionalidad, de forma escueta, intermitente y no sistemática; al respecto se debe señalar que ciertos contenidos de esas sentencias guardan relación con resoluciones iniciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (ii) **De 1992 a 1997:** se da lugar a la formación inicial del principio de proporcionalidad de manera un poco más elaborada y con una aparición más constante, concretamente en 1995 (en sentencia N. 4285-1995), la Sala le concede por primera vez al análisis de “razonabilidad y

proporcionalidad”, un considerado exclusivo en una sentencia. (iii) **De 1998 al 2006:** concretamente en 1998 (en la resolución N. 3933-1998), se presenta la primera sentencia de la Sala Constitucional en la que aparecen de manera expresa los subprincipios del principio o examen de proporcionalidad en sentido amplio; si bien esto estuvo acompañado de un aumento significativo en el uso del principio de proporcionalidad por parte de la Sala, la aplicación de dichos subprincipios surgió de forma genérica, poco sistematizada y en especial, no escalonada; al respecto, conviene recordar que la primera sentencia del Tribunal Constitucional español que cita los tres subprincipios data de 1995; siendo clara la influencia de dicho Tribunal en la Sala Constitucional. (iv) **A partir de 2007 y hasta el cierre del análisis de sentencias (2017):** se inicia un proceso más depurado, concreto y escalonado en el caso de los subprincipios del principio de proporcionalidad. Del mismo modo, a partir de ese momento se inicia un fenómeno de expansión normativa en el nivel nacional, con referencia a diversas nociones de proporcionalidad. En este sentido se debe indicar que es en el 2008 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite ya una sentencia donde de forma expresa y mucho más ordenada se desarrollan los tres subprincipios del principio de proporcionalidad. Adicionalmente, en el 2009 adquiere eficacia jurídica la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, en su artículo 52.1, menciona el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Tal y como se puede apreciar, el proceso evolutivo expuesto se encuentra ligado, de manera íntima, a una serie de acontecimientos globales, que lo nutren e influyen de manera importante en determinados momentos.

- II. **Categorización:** no es posible advertir una constante definitiva y clara por parte de la Sala en cuanto a la categorización del principio de proporcionalidad, ya que en sus inicios se le catalogó como un “*principio del Derecho de los Derechos Humanos*” y, posteriormente, la mayoría de sentencias ni siquiera intentó categorizarlo. Sin embargo, ya en el 2015 se detecta que la Sala de forma expresa reconoció, en algunas sentencias, que se está ante un “*protocolo*” que se aplica por fases y cuya finalidad es objetivizar el análisis de constitucionalidad. Precisamente, la consideración del principio de proporcionalidad como un “criterio estructural”, un “juicio” o un “examen”, es la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia europea analizada.
- III. **Sobre el carácter no autónomo:** íntimamente ligado a lo anterior, en su mayoría la doctrina y la jurisprudencia europea de la que se ha dado cuenta en la primera parte de la investigación, consideran al principio de proporcionalidad como un canon constitucional “no autónomo”, lo cual significa que no es alegable de forma aislada, sin relación con al menos un derecho fundamental. Evidentemente ello así por su categorización como un “protocolo” de actuación y no como una figura sustantiva alegable por sí misma. A pesar de esto, se ha concluido que la Sala Constitucional no ha reconocido, de manera expresa, este carácter “no autónomo” de dicho principio, sino que por el contrario, hay gran cantidad de sentencias donde la Sala parece dotar al principio de una sustantividad propia. Esta concepción contradice la posición dominante, la cual si bien a la figura analizada se le denomina “principio”, en realidad se está en presencia de una regla de segundo grado, que determina cómo deben ser aplicados los principios.

- IV. **Fundamento:** si se parte de la premisa de que en Costa Rica -al igual que sucede en España-, la figura objeto de estudio no está prevista de forma expresa en la Constitución Política, conviene recordar que el Tribunal Constitucional español ha emitido una cantidad importante de sentencias que intentan explicar el fundamento del principio de proporcionalidad. En cambio, en el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica se acredita que esta labor no se presenta. La Sala no indica con contundencia el sustento que le permite aplicar, o del cual deriva, la existencia del principio de proporcionalidad, independientemente de su categorización; a lo sumo, de forma aislada y al hacer referencia a la figura de la “razonabilidad”, indica que el “sentido de justicia” implica la existencia de exigencias fundamentales y, entre ellas, cita la proporcionalidad, pero, sin llegar a indicar de forma directa que este es su fundamento, como sí sucede en la dogmática europea analizada, que le atribuye su razón de ser a la cláusula del Estado de Derecho, al carácter jurídico de los derechos fundamentales y al valor justicia.
- V. **La influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:** no es dable indicar que en sus inicios, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Sala Constitucional se viera directa y fuertemente influenciada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; solo es posible hablar de cierta similitud en el análisis básico de la “idoneidad” que se presentaba en los primeros años de existencia de la Sala, con respecto del contenido de algunas resoluciones en la que las Corte Interamericana de Derechos Humanos presentó las primeras tentativas de aplicar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, ya en

años recientes, concretamente a partir de los años 2007 – 2008, se comprueba una importante coincidencia sustancial en el contenido de las sentencias de ambos Tribunales, que inician una depuración aplicativa del referido principio, principalmente con la aplicación específica y escalonada de sus subprincipios.

- VI. **La expansión normativa:** como un aspecto que sin duda influye en la configuración de la jurisprudencia y, a su vez, es producto de la utilización del principio de proporcionalidad por parte de la Sala, cabe señalar que a partir de los años 2006 - 2007 se constata el inicio de un proceso de expansión y proliferación -hoy en desarrollo- de normativa de rango legal que se refiere a diversas conceptualizaciones del “principio de proporcionalidad”. Evidentemente, el contenido de estas normas no concreta ni detalla la forma o contenido de dicho principio, ni mucho menos lo cataloga como una estructura procedimental en materia de resolución de casos complejos, en los que aparecen derechos fundamentales de por medio; sin duda, dicho aumento en la referencia por parte del legislador significa un “apoyo” que le permite a la Sala emitir sentencias que no sean catalogadas como “activistas” o carentes de sustento, pues utiliza una figura que no es extraña al ordenamiento nacional.
- VII. **La relación con la “razonabilidad”:** sin duda alguna, la principal particularidad detectada en la jurisprudencia constitucional costarricense es la estrecha relación - incluso llegando al punto de confusión o utilización como sinónimos- entre la razonabilidad y la proporcionalidad. Son muy pocas las sentencias que, de alguna forma, intentan reconocer las diferencias existentes entre estas dos figuras. Claramente se comprueba que la línea jurisprudencial ha consistido en una de las

siguientes dos opciones: o hacer una cita conjunta de ambas figuras, a saber, un “*análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad*” de una medida, aunque lo que se aplique sea solo el protocolo de proporcionalidad, o denominar al test o protocolo de proporcionalidad como “*test de razonabilidad*”. La segunda de las opciones es la que más auge ha tenido recientemente, pero al fin y al cabo hay que entenderlo e interpretarlo como una simple variante en la denominación, pues el contenido del protocolo corresponde al examen de proporcionalidad en sentido amplio, con origen en el Derecho de policía de Prusia e impulsado por el Tribunal Federal Constitucional Alemán y no en las nociones de razonabilidad típicas del sistema norteamericano.

- VIII. **Las principales influencias de la Sala Constitucional:** lo anteriormente indicado pone de relieve, precisamente, que las influencias de la Sala en este tópico han sido variadas y cambiantes. En un primer momento, hubo una clara influencia de la jurisprudencia norteamericana, en especial con la aplicación de la figura del “*substantive due process of law*”, para valorar la razonabilidad de las leyes. Luego, la jurisprudencia reconoció de forma expresa el “*aporte alemán*” al tema, articulando ambas influencias incluso, en ocasiones, en una misma sentencia. Ya en años recientes y como se adelantó líneas atrás, la tesis o influencia imperante es la “alemana de los subprincipios”, pero con la particularidad o matiz de que se le denomina “*test de razonabilidad*” y no de proporcionalidad.
- IX. **Sobre el componente “*legitimidad*”:** como se señaló en su momento, el análisis de la legitimidad del fin no es considerado mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia europea como un subprincipio específico del examen de

proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, en el caso de la jurisprudencia constitucional costarricense, el mismo ha estado presente en los pronunciamientos de la Sala de las siguientes formas: cuando la Sala introdujo la aplicación de los subprincipios, fue considerado en forma expresa como el primero de ellos; luego su aparición en las sentencias fue mermando de forma importante; y, en la actualidad, dicho elemento ha vuelto a reaparecer en la cita de los subprincipios, pero con el reconocimiento expreso por parte de la Sala de que este es considerado por la doctrina como un presupuesto y no como subprincipio. Al respecto se debe acotar que, si bien este aspecto es una particularidad de la jurisprudencia costarricense, en realidad el mismo no debería tener incidencia en la aplicación del principio objeto de análisis, puesto que, independientemente de que sea considerado un presupuesto, o sea parte del examen de idoneidad, o incluso que se le vea como un elemento distinto, el examen de la legitimidad del fin debe existir y debe ser valorado dentro de algún punto del protocolo citado.

- X. **Subprincipio de idoneidad:** este subprincipio se entiende como la premisa que presupone que toda intervención limitativa en un derecho fundamental debe, al menos, contribuir al fomento de un fin constitucionalmente legítimo. Cabe destacar, según ha podido verse, que su aplicación en la jurisprudencia de la Sala ha sido una constante, desde el inicio. Así: el análisis de idoneidad (sin necesariamente usar de manera expresa este término) estaba presente en las primeras sentencias de la Sala, con el apoyo e influencia de antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual realizaba en ciertos casos un examen de la relación medio – fin; incluso, con carácter previo a la incursión de los subprincipios en la jurisprudencia

constitucional costarricense, el examen de idoneidad fue un elemento clave en el análisis de casos donde se alegaron violaciones a la libertad de comercio y al principio de igualdad; con una importante similitud con el “*rational basis-test*” o el “*intermediate scrutiny*” de la jurisprudencia norteamericana, ya que solo se procuraba en su estudio un fin legítimo y algún vínculo racional con los medios empleados, cuando se trataba de violaciones a la libertad de comercio, o un fin importante y una relación sustancial con los medios, cuando se trataba de violaciones al principio de igualdad. Actualmente, con la aplicación expresa de los subprincipios, el examen de idoneidad incluso ha sido motivo suficiente en algunos casos para la declaratoria de inconstitucionalidad de determinadas medidas que afectan derechos fundamentales.

- XI. **Subprincipio de necesidad:** busca cuestionar si es posible restringir el derecho fundamental utilizando otro medio que sea menos gravoso que el elegido por la autoridad pública. Su aparición en la jurisprudencia constitucional costarricense es bastante posterior a la del subprincipio de idoneidad: con anterioridad a la introducción de los subprincipios, el mismo se encuentra en unas pocas sentencias en las cuales en realidad se trataba de un análisis parcial, porque aunque la Sala reconoce la existencia de medios optativos, afirma carecer de competencia para analizarlos; luego, con la aparición de los subprincipios, el estudio de la necesidad de la medida muestra dos particularidades: por un lado, es un análisis que la Sala aplica antes que el examen de idoneidad y, a su vez, no es concretamente un examen de medios alternativos, sino una especie de análisis de la relevancia en la regulación del bien jurídico en cuestión, esto es, la Sala analizaba si era pertinente o no que una

determinada materia fuera regulada en razón de su importancia; incluso, las primeras sentencias que realizan una aplicación concreta y escalonada de los subprincipios tienen dichas peculiaridades, que se comprueba que de manera paulatina han ido desapareciendo y en la actualidad es posible advertir un mayor rigor en la aplicación del subprincipio de necesidad.

XII. **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:** sin duda alguna, el subprincipio que más reservas presenta en ciertos sectores del campo jurídico, es el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se debe no solo a que es un elemento que responde más a variables jurídico-normativas que a aspectos fácticos, como sucede con la idoneidad y la necesidad, sino además, porque por lo general, la formación del profesional en derecho se enfoca en el método de la subsunción y no el de la ponderación, que es la clave de este subprincipio. En el caso de la jurisprudencia constitucional costarricense, se comprueba que la utilización del principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido muy limitada y en pocas sentencias y no ha sido hasta años recientes cuando tiene lugar una aplicación específica y escalonada de los subprincipios. Dicho elemento de la ponderación se aplica de forma inicial al menos en las sentencias que analizan sanciones; “inicial”, porque en las sentencias donde la Sala pretendió utilizarlo no se denotan con claridad el método que permita vislumbrar los elementos a ponderar (del derecho fundamental involucrado y la medida establecida), la comparación concreta de tales elementos y el establecimiento de una regla de precedencia condicionada, aspectos todos estos propios de una verdadera ponderación orientada por reglas.

- XIII. **El “control de evidencia”:** el “control de evidencia” ha sido definido en la primera parte de la investigación como aquel análisis comprobado y riguroso de las premisas empíricas, las cuales forman parte del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Esto implica la existencia y cita de fuentes fundamentadas, que ofrezcan soporte a las afirmaciones que se realizan en cada uno de los subprincipios en el caso concreto. En la jurisprudencia constitucional costarricense, quedó acreditado que en la mayoría de las sentencias la Sala no ha procurado este control, pues ha sido laxa en la comprobación de sus premisas; sin embargo, cabe destacar que, al igual que sucede con la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, éste ha sido un fenómeno que recientemente se ha empezado a revertir, en particular en las sentencias sobre multas de la Ley de Tránsito, en las que los elementos económicos (estudios científicos concretos) jugaron un papel clave en la resolución del caso.
- XIV. **La “prueba de razonabilidad”:** íntimamente ligado al punto anterior, se debe destacar que existen diversas sentencias donde la Sala Constitucional ha citado la figura de la “prueba de razonabilidad” -esto es, prueba del alegato de desproporción en sentido amplio de una determinada conducta pública-, para fundar el rechazo de una petición ante la Sala, requiriendo pruebas o elementos de juicio que permitan sustentar la argumentación de la parte promovente. Esta posición de la Sala resulta contradictoria con muchas de sus propias sentencias, ya que por lo general dicho Tribunal no aplica un control de evidencia y además, esta posición ha encontrado rechazo en los propios votos salvados de alguno de sus integrantes, votos que abogan por una prevención al accionante, con el fin de que cumpla con las formalidades respectivas, antes de decretar la inadmisión del recurso.

XV. **Perspectiva a futuro:** las conclusiones específicas señaladas confirman lo apuntado en un inicio de este apartado, en el sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Sala Constitucional ha mostrado una evolución importante y positiva, al punto de que actualmente es una figura con contornos mucho más delineados y más acorde con la dogmática aplicable si se le compara con los inicios de la utilización jurisprudencial. Resulta evidente que esta debe ser una labor constante para continuar en el futuro, con el apoyo de sectores académicos y profesionales, porque existen aún aspectos por depurar, tal y como se apuntó. Todo lo expuesto tiene como finalidad disponer de una verdadera herramienta que coadyuve en la estructuración de los argumentos en los casos complejos, donde se discute la constitucionalidad de medidas que, adoptadas por el poder público, comporten limitaciones de derechos fundamentales. Podría “coadyuvar”, indicamos, porque no existe un método (ni el que consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, ni ningún otro) que tenga la virtud de dar una respuesta única y por completo objetiva al caso. Sin embargo, lo cierto es que el principio de proporcionalidad puede contribuir a un análisis de constitucionalidad más transparente y controlable, con la condición de que no sea invocado como un mero elemento discursivo (según lo ha hecho en quizá demasiadas ocasiones la Sala Constitucional), sino observando los criterios dogmáticos reiteradamente analizados a lo largo de este trabajo de investigación, cuya aplicación goza de una experiencia constatada en sistemas europeos de referencia, donde surgieron y evolucionaron.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ABERNATHY, C.F. *Law in the United States: cases and materials*, International Law Institute, Georgetown University, Washinton D.C., 1995.
- ADKINS, J. A. “Meet Me at the (West Coast) Hotel: The Lochner Era and the Demise of Roe v. Wade”, *Minnesota Law Review*. Vol. 90, No. 2, 2005.
- ALAÉZ CORRAL, B. “Defensa de la constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, No. 15, Madrid, 1999.
- ALEINIKOFF, A. T. *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Edición en español, Palestra Editores, Perú, 2010.
- ALEXY, R. “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da Edición en español, Madrid, 2007.
- ALONSO GARCÍA, R. *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, R. *Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Madrid, cuarta edición, 2012.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. *El concepto de necesidad en derecho público*. Civitas, Madrid, 1996.
- ARAGÓN REYES, M. *Constitución y democracia*. Tecnos, Madrid, 1990.
- ATIENZA, M. Para una razonable definición de “razonable”, *Doxa*, No. 4. 1987.

- ATIENZA, M. y RUIZ, J. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona, cuarta edición, 2004.
- BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998.
- BASTRES, R. “El principio de la alternativa menos restrictiva en Derecho constitucional norteamericano”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998.
- BELTRÁN DE FELIPE M., GONZÁLEZ GARCÍA J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, No. 26, 2003.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ra. Edición, Madrid, 2007.
- BILBAO UBILLOS, J. “Las libertades de reunión y asociación (ART.11 CEDH): Algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección”, en *La Europa de los derechos*, Pablo Santolaya Machetti y Francisco Javier García Roca (coordinadores) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2009.
- BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CARRASCO PERERA, A. “El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, No. 11, mayo - agosto, Madrid, 1984.

- CIACIARDO J. *El principio de razonabilidad*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998.
- CLÉRICO L. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, L. “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- DI SARNO, F. *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Tirant lo blahc, Valencia, 2013.
- *Diccionario de la Real Academia Española*. Edición No. 22, 2001.
- DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona, 1994.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2013.
- ENGLE, E. “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview”, *Dartmouth Law Journal*, Vol. 10, Salem, 2012.
- FASSBENDER BARDO. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de derecho público*, No. 5, 1998.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2008.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Derechos sociales y ponderación*. Editorial Fontarama, México, 2007.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1959. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”. *Revista de Administración Pública*, No. 30.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
- GEDICKS, F.M. “An originalist defense of substantive due process: Magna Carta, Higher-Law Constitutionalism, and the Fifth Amendment”, *Emory Law Journal*, Vol. 58, Atlanta, 2009.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2006.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. COLEX, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ, C. 1999. “La Constitución 50 años después”, *Temas claves de la Constitución Política.*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.
- HERNÁNDEZ VALLE, R. *El Derecho de la constitución*. Volumen II, Editorial Juricentro, San José, 1994.
- JESTAEDT M. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, *La ponderación en el Derecho*, Universidad de Externado, Colombia, 2008.
- JINESTA LOBO, E. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Guayacán, San José, 2014.
- LINARES, J.F. *Razonabilidad de las leyes*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

- LOPERA MESA, G. P. *El principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.
- MARICA A. *Unión Europea y el Perfil Constitucional de su Tribunal de Justicia*. Thomson Reuters–Aranzadi, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ J.I. y ZÚÑIGA URBINA F. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 9, No. 1, 2011.
- MARTÍNEZ TAPIA R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería, Almería, 2000.
- MEDINA GUERRERO, M. 1996. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 9, No. 1, 2011.
- PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Palestra, Lima-Bogotá, 2008.
- PIZA ESCALANTE, R. *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José, 1995.
- PORAT I., COHEN-ELIYA, M. “American Balancing and German Proportionality: The Historical origins”, *International Journal of Constitutional Law*”, Oxford University Press and New York University School of Law, 2010.

- PRIETO SANCHÍS L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N. 8, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L. “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de Proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad de Externado, Colombia, 2007.
- REY MARTÍNEZ, F. “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre *affirmative action* basada en género”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres*, N. 4, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. M. y VELASCO CABALLERO F. “La ponderación entre derechos públicos”. Separata del libro *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial BOSH, Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SAGGESE, R. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*. Rubizal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, No. 12-13, 2003.
- SANTIAGO JUÁREZ, M. *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007.

- SAPAG, M. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado*. Dikaion, Vol. 22, No. 17. Disponible en Redalyc, 2008.
- SARMIENTO D., MIERES L., PRESNO M. *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*. Universidad Externado, Colombia, 2007.
- SEGURA ORTEGA, M. *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- TRIBE, L.H. *American Constitutional Law*. Segunda edición. The Fundation Press, New York, 1988.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, C.A. *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. Porrúa, México, 2011.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional español

- STC 22/1981, de 2 de julio de 1981.
- STC 62/1982, de 15 de octubre de 1982.
- STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988.
- STC 209/1988, de 10 de noviembre de 1988.
- STC 37/1989, de 15 de febrero de 1989.
- STC 142/1993, de 22 de abril de 1993.

- STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995.
- STC 48/1995, de 14 de febrero de 1995.
- STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996.
- STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.
- STC 123/1997, de 1 de julio de 1997.
- STC 161/1997, de 2 de octubre de 1997.
- STC 37/1998, de 17 de febrero de 1998.
- STC 126/2000, de 16 de mayo de 2000.
- STC 14/2003, de 28 de enero de 2003.
- STC 106/2013, de 6 de mayo de 2013.
- STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 29 de noviembre de 1956 - Asunto C- 88/55.
- Sentencia de 17 de diciembre de 1970 - Asunto C-11/70.
- Sentencia de 13 de mayo de 1997 - Asunto C-233/94.
- Sentencia de 13 de abril de 2000 - Asunto C-292/97.
- Sentencia de 12 de junio de 2003 - Asunto C-122/00.
- Sentencia de 14 de octubre de 2004 - Asunto C-36/02.
- Sentencia de 30 de abril de 2014 - Asunto C-390/12.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside contra Reino Unido*.
- Sentencia de 26 de abril de 1979, *The Sunday Times contra Reino Unido*.
- Sentencia de 9 de julio de 1986, *Lingenes contra Austria*.
- Sentencia de 23 de noviembre de 2000, *Ex Rey de Grecia y otros contra Grecia*.
- Sentencia de 30 de enero del 2008, *PCU de Turquía contra Turquía*.
- Sentencia de 3 de marzo del 2012, *Sessa Francesco contra Italia*.
- Sentencia de 9 de julio de 2013, *Sindicatul Pastorul cel Bum contra Rumania*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “*sobre la colegiación obligatoria de periodistas en Costa Rica*”.
- Sentencia de 5 de febrero del 2001, “*Olmedo Bustos y otros vs Chile*”.
- Sentencia de 2 de julio del 2004, denominado “*Herrera Ulloa vs Costa Rica*”.
- Sentencia de 31 de agosto de 2004, “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”.
- Sentencia de 02 de mayo del 2008, “*Kimel vs Argentina*”.
- Sentencia de 20 de noviembre del 2009, *Usón Ramírez vs Venezuela*”.
- Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto del 2014, “*sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”.

Tribunal Constitucional Federal Alemán

- Sentencia BverfGE 53, 135.
- Sentencia BverfGE 86, 1.
- Sentencia BverfGE 7, 377.
- Sentencia BverfGE 19, 342.
- Sentencia BverfGE 71, 206.
- Sentencia BverfGE 67, 157.
- Sentencia BverfGE 39, 210.
- Sentencia BverfGE 30, 250.

Corte Suprema de los EE.UU.

- Sentencia 165 US 587; 1897, “*Allgeyr vs Lousiana*”.
- Sentencia 198 US; 1905, “*Lochner vs New York*”.
- Sentencia 304 US 144; 1938, “*United States vs Carolene Products Co*”.
- Sentencia 300 US 379; 1937, “*West Coast Hotel vs Parrish*”.
- Sentencia 323 U.S. 214; 1944, “*Toyosaburo vs United States*”.
- Sentencia 341 US. 494, 1951, “*Dennis vs United States*”.
- Sentencia 429 U.S. 190; 1976, “*Craig vs Boren*”.
- Sentencia 413 U.S. 528; 1973, “*United States Dept. of Agriculture vs Moreno*”.
- Sentencia 452 US. 314, 1981, “*Hodel vs Indiana*”.
- Sentencia 458 US. 718; 1982, “*Mississippi University for Women vs. Hogan*”.

Sala Constitucional de Costa Rica

- Sentencia N. 1147-1990.
- Sentencia N. 454-1991.
- Sentencia N. 1209-1991.
- Sentencia N. 1195-1991.
- Sentencia N. 1225-1991.
- Sentencia N. 1420-1991.
- Sentencia N. 1925-1991.
- Sentencia N. 941-1992.
- Sentencia N. 1290-1992.
- Sentencia N. 1528-1992.
- Sentencia N. 1545-1992.
- Sentencia N. 1739-1992.
- Sentencia N. 2751-1992.
- Sentencia N. 3125-1992.
- Sentencia N. 3550-1992.
- Sentencia N. 3834-1992.
- Sentencia N. 316-1993.
- Sentencia N. 1066-1993.
- Sentencia N. 1216-1993.
- Sentencia N. 1224-1993.
- Sentencia N. 4788-1993.

- Sentencia N. 5279-1993.
- Sentencia N. 791-1994.
- Sentencia N. 1045-1994.
- Sentencia N. 1699-1994.
- Sentencia N. 1770-1994.
- Sentencia N. 2092-1994.
- Sentencia N. 2359-1994.
- Sentencia N. 3606-1994.
- Sentencia N. 5398-1994.
- Sentencia N. 7333-1994.
- Sentencia N. 1944-1995.
- Sentencia N. 4285-1995.
- Sentencia N. 1953-1996.
- Sentencia N. 1428-1996.
- Sentencia N. 3864-1996.
- Sentencia N. 4848-1996.
- Sentencia N. 7044-1996.
- Sentencia N. 1750-1997.
- Sentencia N. 4569-1997.
- Sentencia N. 5393-1997.
- Sentencia N. 105-1998.
- Sentencia N. 2645-1998.
- Sentencia N. 1900-1998.

- Sentencia N. 3332-1998.
- Sentencia N. 3933-1998.
- Sentencia N. 4525-1998.
- Sentencia N. 7098-1998.
- Sentencia N. 7967-1998.
- Sentencia N. 8858-1998.
- Sentencia N. 1000-1999.
- Sentencia N. 1381-1999.
- Sentencia N. 4465-1999.
- Sentencia N. 5236-1999.
- Sentencia N. 6990-1999.
- Sentencia N. 9874-1999.
- Sentencia N. 2858-2000.
- Sentencia N. 6328-2000.
- Sentencia N. 7730-2000.
- Sentencia N. 7966-2000.
- Sentencia N. 3060-2001.
- Sentencia N. 4840-2001.
- Sentencia N. 7517-2001.
- Sentencia N. 1764-2002.
- Sentencia N. 4881-2002.
- Sentencia N. 5503-2002.
- Sentencia N. 7702-2002.

- Sentencia N. 4322-2003.
- Sentencia N. 10422-2003.
- Sentencia N. 7242-2004.
- Sentencia N. 9754-2004.
- Sentencia N. 10051-2004.
- Sentencia N. 2236-2005.
- Sentencia N. 5977-2006.
- Sentencia N. 6729-2006.
- Sentencia N. 6730-2006.
- Sentencia N. 7261-2006.
- Sentencia N. 11086-2006.
- Sentencia N. 17437-2006.
- Sentencia N. 17438-2006.
- Sentencia N. 17440-2006.
- Sentencia N. 17441-2006.
- Sentencia N. 5677-2007.
- Sentencia N. 1144-2007.
- Sentencia N. 16099-2008.
- Sentencia N. 3682-2009.
- Sentencia N. 8298-2010.
- Sentencia N. 6351-2011.
- Sentencia N. 6805-2011.
- Sentencia N. 16933-2011.

- Sentencia N. 129-2012.
- Sentencia N. 3950-2012.
- Sentencia N. 3942-2012.
- Sentencia N. 5250-2012.
- Sentencia N. 9206-2012.
- Sentencia N. 1593-2013.
- Sentencia N. 11506-2013.
- Sentencia N. 1227-2014.
- Sentencia N. 5798-2014.
- Sentencia N. 12632-2004.
- Sentencia N. 15239-2014.
- Sentencia N. 3564-2015.
- Sentencia N. 4247-2015.
- Sentencia N. 6057-2015.
- Sentencia N. 13533-2016.