

LA DESVIRTUACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD REALIZADA POR LOS ALTOS TRIBUNALES ESPAÑÓLES DURANTE LA PANDEMIA COVID19

**The distortion of the proportionality assessment conducted by the
Spanish High Courts during the COVID19 pandemic**

Por Ricardo Ignacio Bachmann Fuentes

Profesor Ayudante Doctor Departamento de Derecho Administrativo Universidad de Granada
ribachmann@ugr.es

Artículo recibido: 15/05/23 | Artículo aceptado: 20/07/23

RESUMEN

El presente artículo analiza las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictadas durante la crisis sanitaria del COVID-19 que recayeron sobre leyes y reglamentos mediante los cuales se impusieron medidas restrictivas de derechos individuales y libertades públicas, a la luz de la doctrina que propone el examen de proporcionalidad. La principal conclusión que se obtiene en esta investigación es, que la aplicación que realizan estos Altos Tribunales del examen de proporcionalidad es una desvirtuación del planteamiento doctrinal, así como del principio de proporcionalidad en sí, que tiene como objeto velar por el equilibrio entre derechos fundamentales y los poderes públicos, por lo que se habrían autorizado -parcial o totalmente- medidas incongruentes y desproporcionadas.

ABSTRACT

The present paper analyzes the judgments of the Constitutional Court and the Supreme Court issued during the COVID-19 health crisis that involved laws and regulations imposing restrictive measures on individual rights and public freedoms, considering the doctrine advocating for the proportionality test. The main conclusion reached in this research is that the application of the proportionality test by these High Courts represents a distortion of the doctrinal approach, as well as the principle of proportionality itself, which aims to safeguard the balance between fundamental rights and public authorities. As a result, incongruous and disproportionate measures were partially or fully authorized.

PALABRAS CLAVE

Examen de proporcionalidad, pandemia COVID-19, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, medidas sanitarias, restricción de derechos fundamentales

KEYWORDS

Proportionality test, COVID-19 pandemic, Constitutional Court, Supreme Court, health measures, restriction of fundamental rights

Sumario: 1. La crisis sanitaria por COVID-19. 2. Estado de excepción, Derechos y libertades fundamentales. 3. Subsunción y ponderación. 4. Debate en torno a la ponderación. 5. La prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia española y comparada. 5.1. Estados Unidos 5.2. Alemania 5.3. Francia 5.4. Reino Unido 6. Sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo 6.1. STC 148/2021, de 14 de julio 6.2. STC 183/2021 de 27 de octubre 6.3. STS N^o 1103/2021, de 18 de agosto 6.4. STS N^o 1112/2021, de 14 de septiembre 6.5. STS 1412/2021, de 1 de diciembre 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. La crisis sanitaria por COVID-19

En marzo de 2020, el gobierno español declaró el estado de alarma, que es una modalidad específica de estado de emergencia contemplada en la Constitución Española (en adelante, CE) y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con el objetivo de frenar la propagación del virus. Esta medida implicó confinamientos, restricciones de la movilidad de los ciudadanos, el cierre de empresas y establecimientos considerados no esenciales y la implementación de medidas sanitarias, entre otras acciones. Durante esta declaración, se produjo un debate acerca de cómo equilibrar las restricciones necesarias para contener la pandemia con la preservación de los derechos individuales y las libertades públicas¹.

En el brote inicial de la pandemia en 2020, también denominada primera ola, España fue uno de los países europeos más afectados y por ello el gobierno tomó estas severas medidas para contener la propagación del COVID-19. Una de ellas fue el confinamiento estricto, que se implementó el 14 de marzo de 2020 y duró hasta junio de 2020. La movilidad de los ciudadanos se vio fuertemente

¹ España. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400.

restringida, tanto que algunos juristas consideraron esta medida como “ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles”².

La polémica en torno al confinamiento en España involucró principalmente los siguientes aspectos:

- **Impacto económico y social:** El confinamiento tuvo un impacto económico significativo, especialmente en pequeñas empresas y trabajadores autónomos. Muchos argumentaron que las restricciones eran demasiado severas y que se deberían haber implementado medidas de apoyo económico más efectivas³.

- **Libertades individuales:** Algunas voces críticas argumentaron que las restricciones impuestas durante el confinamiento eran excesivas y violaban las libertades individuales de las personas. Hubo debates sobre si el gobierno tenía el derecho de limitar la movilidad y las actividades de las personas de manera tan drástica⁴.

- **Impacto psicológico:** El confinamiento prolongado tuvo un impacto psicológico en muchas personas debido al aislamiento social, el miedo al virus y la incertidumbre sobre el futuro. Algunos argumentaron que se debería haber prestado más atención a la salud mental de la población⁵.

- **Brotos en residencias de ancianos:** Uno de los aspectos más trágicos de la pandemia fue la alta tasa de mortalidad en las residencias de ancianos. Hubo críticas hacia el gobierno por la gestión de esta situación y la protección insuficiente de las personas más vulnerables⁶.

- **Desigualdades sociales:** La pandemia puso de manifiesto las desigualdades sociales existentes en España, con impactos desproporcionados en

² ARAGÓN REYES, M. “Hay que tomarse la Constitución en serio”. Publicado en el diario El País el 10 de abril de 2020. Recurso electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

³ HIDALGO PÉREZ, M. “El impacto económico del COVID-19 en España”. ICE, Revista de Economía, 2021 N° 923, pp. 91-103.

⁴ ARAGÓN REYES, M. Cita 2.

⁵ SANDÍN, B; VALIENTE, R.M; GARCÍA ESCALERA, J; CHOROT, P. “Impacto psicológico de la pandemia de COVID-19: Efectos negativos y positivos en población española asociados al periodo de confinamiento nacional”. Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, 2020, Vol. 25, (1), pp. 1-22.

⁶ GALLEGO BERCIANO, P. “Estudio de brotes COVID-19 en residencias de mayores. Informe julio-octubre 2021. Unidad de vigilancia de las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria”. Centro Nacional de Epidemiología (CNE), Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2021.

comunidades marginadas y desfavorecidas, puesto que se unió a la prevalencia de enfermedades crónicas⁷.

- **Gestión del gobierno:** La forma en que el gobierno español comunicó y gestionó las restricciones también generó controversia. Hubo críticas sobre la falta de claridad en las medidas, la percepción de cambios frecuentes en las directrices y la falta de coordinación entre las diferentes autoridades, así como la elusión a los controles parlamentarios mediante la extensión de 6 meses⁸.

A esto se podría agregar la falta de debates públicos y entrega de información contrastada, toda vez que se hizo oficial el discurso favorable a las políticas restrictivas emitido desde la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la Comisión Europea y otras organizaciones nada democráticas, pero sí muy influyentes, como el Foro Económico Mundial, cerrándose la posibilidad a debates serios en torno a la efectividad de las medidas impuestas. A las voces que se opusieron a estas políticas se les ignoró desde los grandes medios de comunicación, por lo que interesantes opiniones científicas fueron ignoradas, tales como *Great Barrington Declaration* promovida por investigadores de Harvard, Oxford y Stanford, respaldados por medio centenar de prestigiosos académicos de las principales universidades del mundo, en la cual criticaron las medidas de confinamiento o *lockdown* y como alternativa propusieron medidas de protección focalizada⁹.

En efecto, la pandemia presentó desafíos sin precedentes recientes para los ciudadanos y gobiernos en todo el mundo. La aplicación a rajatabla de la máxima ciceroniana *salus populi suprema lex est* justificó estas medidas excepcionales impuestas por los poderes públicos¹⁰. En este contexto, la vacunación se propuso como la herramienta más eficaz para combatir la expansión del virus y proteger la salud pública¹¹.

Con todo, la cuestión sobre una suerte de coacción ejercida sobre los ciudadanos españoles y de otros países para someterse a las políticas sanitarias ha suscitado debates intensos en relación con los derechos individuales y la autoridad gubernamental. La coacción, entendida como la presión o influencia

⁷ BACIGALUPE, A; MARTÍN, U; FRANCO, M; BORRELL, C. “Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España”. Informe SESPAS 2022, Gaceta Sanitaria, 2022, Vol. 36, Supl. 1, pp. S13-S21.

⁸ DELGADO RAMOS, D. “El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional”, Revista Electrónica Iberoamericana, 2022, Vol. 16, N° 1, pp. 254-265.

⁹ Great Barrington Declaration, publicada el 4 de octubre de 2020, disponible en el siguiente enlace: <https://gbdeclaration.org>

¹⁰ FARRÉS JUSTE, O. “Salus populi suprema lex”. Revista de Bioética y Derecho, 2020, N° 50, Dossier sobre cuestiones bioéticas de la pandemia COVID-19, pp. 5-17.

¹¹ STOFFELS, P. “Vaccines can win the race against COVID-19 variants. Here’s how”, publicado el 17 de agosto de 2021, en Foro Económico Mundial. Recurso electrónico disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2021/08/vaccines-win-race-against-covid-19-variants/>

ejercida sobre las personas para que tomen decisiones en contra de su voluntad, ha sido una preocupación en el contexto de la vacunación¹². Desde el inicio de la campaña, los gobiernos de los países miembros de la Unión Europea implementaron estrategias para incentivar a la población, incluyendo campañas de concientización con información científica -en principio veraz- y acceso facilitado a las vacunas¹³. Sin embargo, la línea entre el fomento legítimo y la coacción indebida se aprecia difusa y sujeta a interpretación¹⁴.

Por ejemplo, la política que implementó el requerimiento del pasaporte COVID para acceder a ciertos lugares o servicios podría ser considerada coercitiva. Si bien el propósito de estos pasaportes era asegurar lugares y prevenir la propagación del virus, la obligación implícita de vacunarse para participar plenamente en la sociedad podría ser vista como una forma de presión indebida sobre los individuos con preocupaciones legítimas sobre la vacunación¹⁵. Estos pasaportes, también conocidos como certificados COVID o pases sanitarios, se propusieron como una herramienta para la movilidad entre países de la Unión Europea (UE), pero también fueron utilizados para regular el acceso a determinados lugares, eventos y servicios a personas que se habían vacunado, que habían dado negativo en pruebas recientes o se habían recuperado recientemente de la enfermedad¹⁶.

Primeramente, la controversia sobre los pasaportes COVID se centró en cuestiones éticas y de equidad, ya que estos pasaportes podrían generar una discriminación injusta entre los ciudadanos, creando una división entre quienes tenían acceso a la vacuna y los que no, debido a limitaciones médicas y respecto

¹² DARE, T. KINGSBURY, J. "COVID Passports: discrimination, inequality and coercion". En: Steve Matthewman (Ed.) A Research Agenda for COVID-19 and Society, capítulo 8. Editorial Edward Elgar, Londres, 2022.

¹³ BERGER, P. "Proportionality, evidence and the COVID-19 jurisprudence in Germany", European Journal for Security Research, 2022, N° 7, pp. 211-236.

¹⁴ La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) publicó periódicamente informes de farmacovigilancia sobre vacunas COVID-19, en los cuales advirtió de distintos aspectos, siendo los más relevantes, los efectos secundarios de esas inyecciones. A su vez, advirtió acerca del carácter experimental de las inoculaciones y de su cuestionable eficacia. Sin embargo, esta información, hasta la fecha, ha experimentado una escasísima cobertura en los medios de comunicación españoles.

¹⁵ BERGER, P. Cita 13.

¹⁶ Vid. Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, DOUE núm. 211, de 15 de junio de 2021, páginas 1 a 22.

de quienes decidieron no vacunarse por elección personal¹⁷. A su vez, existía el temor de que el acceso diferenciado a ciertos lugares y servicios pudiera socavar los principios de igualdad y no discriminación que son fundamentales en una sociedad democrática¹⁸

También, la preocupación por la privacidad y la protección de datos es otro aspecto fundamental de la polémica. La implementación de los pasaportes COVID implicaba la recopilación y el procesamiento de datos personales sensibles, como el estado de salud y la información médica. Esto plantea inquietudes legítimas sobre cómo se manejarían y protegerían estos datos, así como la posibilidad de que se utilicen con fines indebidos o se produzcan violaciones de la privacidad¹⁹. La transparencia y la seguridad en la gestión de estos datos eran fundamentales para garantizar la confianza pública en la implementación de estos documentos²⁰.

Asimismo, los desacuerdos en torno a los pasaportes también reflejan diferencias ideológicas sobre el papel del gobierno en la gestión de la pandemia. Hay quienes defendieron la implementación de esta medida como razonable para controlar la propagación del virus y permitir la reanudación segura de actividades económicas y sociales²¹.

En medio de la crisis de salud pública, se argumentaba que las medidas excepcionales eran necesarias para proteger la salud colectiva y evitar un resurgimiento de casos. A este respecto, De la Quadra-Salcedo plantea que el principio basal de estas medidas es el de *alterum non laedere*, que podría traducirse como que nadie tiene derecho a hacer daño a otro²². Compara las situaciones de

¹⁷ PARIS, E. "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates". *European Journal of Risk Regulation*, 2021, Volume 12, Special Issue 2: Symposium on COVID-19 Certificates and Special Issue on the Global Governance of Alcohol, pp. 287 – 297.

¹⁸ BERGER, P. Cita 13.

¹⁹ ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. "A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad". *Revista Vasca de Administración Pública*, 2021, N° 119, pp. 209-248.

²⁰ ARENAS RAMIRO, M. "Pasaporte COVID, ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?". *La Ley privacidad*, 2021, N° 8.

²¹ PONTES VIDAL, J. "Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças?" *Cadernos EBAPE.BR*, 2020, Vol. 18, N° 4, pp. 924-935.

²² El *alterum non laedere*, es un principio fundamental en derecho que también se aplica en materia de seguridad sanitaria. Este principio establece que todas las personas y entidades tienen la obligación de llevar a cabo sus acciones de manera que no causen daño injustificado a los demás. En el contexto de la seguridad sanitaria, este principio implica que todas las medidas y acciones relacionadas con la protección de la salud pública deben ser adoptadas de manera que se minimice el riesgo de daño a las personas. Por tanto, las autoridades sanitarias están facultadas para tomar medidas preventivas para evitar la propagación de enfermedades, garantizar la calidad y seguridad de los productos y servicios relacionados con la salud, así como proteger a

un conductor ebrio o drogado con una persona que potencialmente podría estar o no contagiada por un virus presuntamente mortal, para así justificar que el Estado restrinja el derecho a circular libremente de uno y otro²³.

Sin embargo, otros entendieron que la implementación de los pasaportes constituía una intromisión excesiva en los derechos individuales y una erosión de las libertades públicas, además de carecer de sentido y de justificación científica²⁴. De hecho, se sostiene que las restricciones impuestas por estos pasaportes podrían establecer un precedente peligroso y duradero para la supervisión gubernamental de la vida personal²⁵.

En efecto, la polémica en torno a los pasaportes COVID en la UE refleja la complejidad de encontrar un equilibrio entre la salud pública, los derechos individuales y las preocupaciones éticas. La implementación de estos pasaportes ha planteado cuestiones fundamentales sobre la igualdad, la privacidad y el alcance de la autoridad gubernamental en situaciones de emergencia. Cualquier medida adoptada que restrinja los derechos fundamentales debe ser proporcionada y debe estar en línea con los valores democráticos que sustentan la sociedad. La discusión en curso sobre este tema resalta la necesidad de un debate público informado y una deliberación cuidadosa para tomar decisiones que reflejen los intereses y las preocupaciones de todos los ciudadanos²⁶.

Del mismo modo, la declaración del estado de alarma también puso de relieve la necesidad de una comunicación clara y transparente por parte de las autoridades. Los ciudadanos deben entender las razones detrás de la declaración y las medidas que se tomen, lo que puede contribuir a generar confianza y cooperación en tiempos de crisis²⁷.

la población de posibles riesgos o peligros. En resumen, el principio *alterum non laedere* en materia de seguridad sanitaria conlleva que las autoridades tienen la obligación de tomar medidas preventivas y proporcionadas para proteger la salud pública y minimizar el riesgo de daño injustificado a las personas. Esto se logra a través de la evaluación de riesgos, la implementación de medidas preventivas, la supervisión y control efectivo, así como la respuesta oportuna ante situaciones de emergencia.

²³ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. "Límite y restricción, no suspensión". Publicado en el Diario El País, con fecha 8 de abril de 2020, documento electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

²⁴ SÁNCHEZ SÁEZ, A. "El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios". En: *Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19* (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022, pp. 1-53.

²⁵ PARIS, E. Cita 17.

²⁶ RUIZ RICO, G. "Foro debate. Aspectos jurídicos del estado de alarma y la pandemia COVID 19", *Revista de Estudios Jurídicos*, 2020, Nº 20, pp. 481-485.

²⁷ ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. Cita 19.

Por ello, el control y la supervisión por parte de los poderes legislativo y judicial son cruciales para garantizar que el ejercicio de la autoridad estatal no se convierta en una vulneración indiscriminada de los derechos individuales. En última instancia, la declaración del estado de emergencia debe ser vista como una herramienta excepcional, utilizada con responsabilidad y en consonancia con los valores democráticos y los derechos humanos que sustentan el orden constitucional de España²⁸. En efecto, el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES) establece que las medidas adoptadas y la duración de estas, se aplicarán de forma proporcionada a las circunstancias. Por todo esto, el objetivo del presente trabajo es, principalmente desde el análisis jurisprudencial, analizar cómo se aplicó el examen de proporcionalidad por los distintos tribunales, a fin de establecer si las restricciones a los derechos fundamentales impuestas durante la crisis sanitaria provocada por el virus SARS-Cov2 se ajustaban a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

2. Estado de excepción, Derechos y libertades fundamentales

La declaración del estado de alarma es un instrumento legal excepcional que permite a un gobierno tomar medidas extraordinarias para hacer frente a situaciones que ponen en peligro la estabilidad y el orden público de un país. En el contexto español, la declaración del estado de alarma ha sido un tema de debate y análisis en términos de su alcance, implementación y equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la protección de los derechos fundamentales, toda vez que el estado de alarma carece de efecto suspensivo alguno sobre derechos y libertades, ya que ha sido concebido como un estado de naturaleza completamente distinta a los de excepción y sitio, pudiendo limitarse el ejercicio de alguno de estos derechos y libertades de una forma muy parecida a la prevista por el derecho ordinario en situaciones excepcionales²⁹.

La Constitución Española de 1978 establece las bases jurídicas para la declaración del estado de alarma en el Título VI, que regula la organización territorial del Estado. Según el artículo 116, la declaración del estado de alarma debe ser aprobada por el Congreso de los Diputados y tiene una duración máxima de quince días, pudiendo ser prorrogado por el mismo período si así lo aprueba el Congreso. Por su parte, el artículo 8 de la LOEAES exige al gobierno las obligaciones de dar cuenta de la declaración del Estado de Alarma, así como

²⁸ DELGADO RAMOS, D. "El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional". Revista Electrónica Iberoamericana, 2022, Vol. 16, N° 1, pp. 254-265

²⁹ HERBÓN COSTAS, J.J. "El mando y gestión del estado de alarma". En: Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional (Biglino, P; Durán, F, coordinadores). Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

de suministrar la información requerida y de dar cuenta de los decretos que dicte en relación con este, al Congreso de los Diputados.

En el periodo conocido como crisis sanitaria COVID 19, se dictaron una treintena de Reales Decretos, Decretos Leyes, Leyes y varias docenas de reglamentos que establecían medidas restrictivas a una amplia gama de derechos y libertades fundamentales tales como: el derecho a la libertad, el derecho de libre circulación, al derecho de reunión y manifestación, a la intimidad y a la protección de datos personales, así como a aquellos derechos que forman parte de la denominada Constitución económica, tales como la propiedad y la libertad empresarial. Todos ellos quedaron sometidos a un objetivo prioritario que era garantizar la salud pública³⁰.

Fulano a disfrutado de su trabajo.

3. Subsunción y ponderación

Antes de entrar de lleno al análisis de la ponderación, me parece pertinente hacer la distinción entre estos dos esquemas argumentativos, ya que existen distintas hipótesis sobre su aplicación. Según Cabra Apalategui la subsunción y la ponderación pueden concebirse como alternativas, en cuanto a que la primera, opera en los conflictos entre reglas y, la segunda, en casos de colisiones de principios; también se plantean como complementos, en tanto que ambos métodos operarían en fases distintas del Derecho y, a su vez, se propone concebirlas como intercambiables, esto debido a que en la mayoría de los casos judiciales de gran complejidad se resuelven de ambas maneras³¹.

En principio, la subsunción es un proceso legal que implica aplicar una regla de rango superior sobre una regla de rango inferior. En el caso de las reglas de rango constitucional, significa subsumir una ley o norma de menor jerarquía a la Constitución³². En general, las constituciones establecen los principios fundamentales y los derechos y libertades básicos de un país. Estas disposiciones constitucionales son consideradas de rango superior y gozan de un estatus especial en la jerarquía normativa. Las leyes y demás normas inferiores, como los reglamentos administrativos, siempre deben estar en concordancia con los principios y derechos constitucionales.

Cuando surge un conflicto o se plantea una cuestión interpretativa, el proceso de subsunción implica analizar y comparar la norma constitucional involucrada con la norma de rango inferior que se está aplicando. El objetivo es, determinar si la norma inferior es compatible y coherente con los principios y

³⁰ RUIZ RICO, G. Cita 26.

³¹ CABRA APALATEGUI, J.M. "Conflictos de normas y razón práctica". En: Razonar sobre derechos (coord. J.A. García Amado), Tirant lo Blanch, Madrid, 2016.

³² ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, Vol. 44, pp. 43-59.

derechos protegidos por la Constitución. Si la norma inferior cumple con los requisitos constitucionales, se considerará que está subsumida dentro de la norma constitucional correspondiente. Esto significa que la norma inferior se aplica y se interpreta de acuerdo con los límites y alcances establecidos por la Constitución³³.

Sin embargo, si la norma inferior entra en conflicto con alguna disposición constitucional, se considerará inconstitucional y no podrá ser aplicada en la medida en que contradiga los principios constitucionales. En estos casos, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la norma o bien, los tribunales de justicia, acoger recursos de amparo y tomar medidas para velar por la supremacía de la Constitución³⁴.

Por su parte, la ponderación se refiere a un proceso de evaluación y equilibrio de diferentes intereses y factores que deben tenerse en cuenta al tomar decisiones administrativas. En otras palabras, implica sopesar y considerar cuidadosamente los diversos elementos relevantes antes de tomar una decisión en un caso particular.

Particularmente, en cuanto al derecho administrativo que se ocupa de las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas, en muchas ocasiones las decisiones administrativas pueden entrar en conflicto con derechos individuales, intereses públicos y otros factores. En tales casos, los órganos administrativos a menudo deben sopesar los intereses y valores en juego antes de tomar una decisión que pueda afectar a los ciudadanos o a la sociedad en general³⁵.

La ponderación en el derecho administrativo puede involucrar uno o varios de los siguientes aspectos:

- Derechos fundamentales: Los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad de expresión, la igualdad, la propiedad privada y otros, pueden entrar en conflicto entre sí o con otros intereses públicos. La ponderación busca encontrar un equilibrio razonable y proporcionado entre estos derechos y otros valores.
- Intereses públicos: Las administraciones públicas deben considerar el interés público y el bienestar general al tomar decisiones. Esto podría implicar evaluar cómo una decisión afectará a la comunidad en su conjunto, incluso si puede haber inconvenientes o restricciones individuales.

³³ GARCÍA AMADO, J.A. “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, Revista Iberoamericana de Argumentación, 2016, Vol. 13, pp. 1-22.

³⁴ BARNES, J. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”. Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5, pp. 333-370.

³⁵ ARROYO JIMÉNEZ, L. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2009, Vol. 2, pp. 1-32.

- Principios jurídicos y políticos: En muchas ocasiones, las administraciones deben sopesar principios legales y políticos, como la eficiencia administrativa, la transparencia, la equidad y la legalidad, antes de tomar decisiones.
- Hechos y evidencia: La ponderación también se basa en la evidencia y los hechos disponibles. Las administraciones deben considerar la información relevante antes de tomar una decisión informada y justificada.
- Precedentes y jurisprudencia: La ponderación puede tener en cuenta decisiones anteriores de tribunales o autoridades administrativas en situaciones similares. Esto puede proporcionar orientación sobre cómo equilibrar los intereses en juego.

En resumen, la ponderación en el derecho administrativo es un proceso crítico que implica considerar y equilibrar cuidadosamente diferentes intereses, derechos y valores antes de tomar decisiones administrativas. Esto ayuda a garantizar que las decisiones sean razonables, proporcionadas y justificables en el contexto de la legislación y los principios legales aplicables.

En cuanto al principio de proporcionalidad como elemento esencial en la ponderación, este es un estándar importante utilizado por los tribunales contencioso-administrativos para evaluar la legalidad de las decisiones y acciones de la administración pública. Este principio se basa en la idea de que las medidas adoptadas por la administración deben ser proporcionales al objetivo que se busca lograr, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de las personas afectadas. Cuando un tribunal contencioso-administrativo evalúa si una decisión administrativa cumple con el principio de proporcionalidad, generalmente considera tres aspectos:

- a) **Idoneidad:** Se evalúa si la medida adoptada por la administración es idónea para lograr el objetivo legítimo perseguido. Es decir, si hay una relación lógica entre la medida y el resultado esperado.
- b) **Necesidad:** Se analiza si la medida adoptada es necesaria y no existen otras alternativas menos restrictivas que puedan alcanzar el mismo objetivo. Si hay medidas menos intrusivas que podrían lograr el objetivo sin afectar de manera desproporcionada los derechos e intereses de las personas, la medida puede considerarse desproporcionada.
- c) **Proporcionalidad en sentido estricto (también razonabilidad):** Se examina si los beneficios obtenidos a través de la medida justifican los sacrificios o las restricciones impuestas a los derechos o intereses de las personas afectadas. En otras palabras, se busca determinar si los efectos negativos de la medida son proporcionales a los beneficios esperados³⁶

Los tribunales contencioso-administrativos aplican esta prueba para garantizar que las decisiones y acciones de la administración sean equilibradas y respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos. En caso de que se

³⁶ Vid. BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. Cuadernos de Derecho Público, 1998, N^o 5, pp. 15-50; SÁNCHEZ SÁEZ, A. Cita 24; CLÉRICO, L. “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”. Anuario de Filosofía del Derecho, 2015, Vol. XXXI, pp. 73-99.

encuentre una violación del principio de proporcionalidad, el tribunal puede declarar la decisión o acción administrativa como ilegítima y tomar las medidas necesarias para corregir la situación, como la anulación de la decisión o la orden de adoptar una medida alternativa más proporcionada³⁷. Asimismo, los tribunales las circunstancias específicas de cada caso y toman en cuenta los principios generales del derecho para determinar si una medida cumple con estos criterios.

4. Debate en torno a la ponderación

El uso de la ponderación, también conocido como equilibrio o ponderación de intereses, es un principio fundamental en la jurisprudencia europea que comenzó a surgir a mediados del siglo XX como respuesta a las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, ya que se asumió que los sistemas jurídicos debían evolucionar para proteger eficazmente los derechos y libertades fundamentales. Como resultado, países como Alemania, Italia y Francia, entre otros, comenzaron a incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en sus sistemas legales nacionales.

Uno de los principios clave que surgieron durante este período fue la idea de que diferentes derechos e intereses podían entrar en conflicto entre sí, y que los tribunales y los legisladores debían considerar y equilibrar cuidadosamente estos intereses contrapuestos. De esta manera, el principio de equilibrio o ponderación se ha ido convirtiendo en un componente central de la jurisprudencia europea³⁸.

Por otra parte, la idea de ponderación implica un análisis cuidadoso de los derechos e intereses en juego en un caso concreto y, una determinación de cuáles de estos deben prevalecer a la luz de las circunstancias particulares. Esto puede implicar sopesar factores como: la importancia de los derechos o intereses en juego, el daño que resultaría de limitarlos o restringirlos y el impacto en otras personas o en la sociedad en su conjunto³⁹.

Hoy en día, el principio de ponderación sigue siendo una característica clave de los sistemas jurídicos europeos y se utiliza en una amplia gama de contextos, incluido el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho penal. Se considera una herramienta crucial para garantizar que las normas jurídicas sean justas, ecuanímes y reflejen las complejas realidades de la sociedad moderna.

Entre los autores que han escrito sobre la ponderación de intereses en las ciencias jurídicas, destacan: Robert Alexy, que ha desarrollado una teoría del

³⁷ BARNES, J. "El principio de..." Cita 36

³⁸ BARNES, J. "Jurisprudencia constitucional sobre..." Cita 34.

³⁹ GARCÍA AMADO, J.A. "¿Qué es ponderar? ..." Cita 33.

equilibrio que se basa en los principios de proporcionalidad y racionalidad; Ronald Dworkin, quien plantea que las decisiones legales deben basarse en un conjunto coherente y consistente de principios, lo que a veces puede requerir el equilibrio de intereses contrapuestos; John Rawls, quien argumentó que el equilibrio de intereses debe fundarse en el principio del mayor beneficio para los menos favorecidos; Jürgen Habermas, quien sostiene que las decisiones judiciales deben basarse en un proceso de deliberación que implique la ponderación de intereses contrapuestos; Luigi Ferrajoli, que sostiene que el equilibrio de intereses debe guiarse por el principio de máxima protección de los derechos fundamentales y, Cass Sunstein que desarrolló el uso del análisis de costo-beneficio y otras formas de sopesar los intereses en la toma de decisiones⁴⁰.

Todos estos autores han hecho contribuciones significativas al desarrollo de la teoría y la práctica de la ponderación y sus ideas siguen influyendo en el pensamiento jurídico y la toma de decisiones en todo el mundo.

Por su parte, Robert Alexy⁴¹ ha planteado una controversia en torno al concepto de ponderación en el razonamiento jurídico. Para él, la ponderación es el proceso de equilibrar principios o valores en conflicto para llegar a una decisión. Por ello, propone que cuando dos o más principios o derechos entran en colisión, no es simplemente una cuestión de jerarquía en la que uno prevalece sobre el otro automáticamente, sino que se debe realizar una ponderación para determinar cuál principio o derecho debe tener mayor peso en una situación particular.

A su vez, plantea una serie de inquietudes sobre cómo debe realizarse este proceso: Una de las principales preocupaciones de Alexy es que la reflexión a veces podría llegar a ser demasiado subjetiva. En otras palabras, diferentes jueces o tomadores de decisiones pueden sopesar los mismos factores de manera distinta, lo que llevaría a adoptar resoluciones incoherentes o arbitrarias⁴².

Otra cuestión que plantea Alexy es, que la ponderación a veces puede resultar una especie de negociación entre diferentes valores o intereses, en lugar de ser un verdadero equilibrio, lo que se denomina fórmula de peso⁴³. Por ejemplo, un tomador de decisiones podría sacrificar un poco de libertad por un poco de seguridad, sin considerar realmente las implicaciones más amplias de esta transacción. Para abordar este problema, Alexy sugiere que la ponderación debe guiarse por un conjunto de principios normativos, como el principio de la

⁴⁰ DICKSON, J. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning". Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010. Recurso electrónico revisado el 3 de julio de 2023, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

⁴¹ ALEXY, R. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2009, N° 11, pp. 3-14.

⁴² ALEXY, R. Cita 41.

⁴³ CLÉRICO, L. Cita 36.

dignidad humana o el principio de igualdad, que pueden ayudar a garantizar que las decisiones se tomen de una manera más coherente y basada en estos principios⁴⁴.

En general, la crítica de la ponderación de Alexy plantea preguntas importantes sobre cómo se toman las decisiones judiciales y cómo se equilibran los valores y los intereses. Si bien la ponderación es una herramienta importante en el razonamiento jurídico, debe aplicarse con cuidado y de acuerdo con principios claros y objetivos, para garantizar que las decisiones sean justas, consistentes y basadas en principios.

A modo de resumen, la teoría de la ponderación de Alexy⁴⁵ se basa en tres elementos clave:

a) Ponderación como comparación de grados: sostiene que los principios y derechos tienen peso o grado de importancia en una escala. Al enfrentar un conflicto entre principios, se debe determinar cuál tiene un grado de importancia mayor en ese contexto específico.

b) Principio de proporcionalidad: establece que la ponderación debe realizarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Esto significa que, en última instancia, la decisión debe ser la menos restrictiva posible para los principios o derechos involucrados. La decisión debe ser adecuada y necesaria para alcanzar un objetivo legítimo.

c) Argumentación racional: La ponderación debe basarse en una argumentación racional y justificada. Los tribunales y los legisladores deben explicar claramente por qué están dando mayor peso a un principio sobre otro en un caso particular.

La teoría de la ponderación de Alexy ha tenido un impacto significativo en la jurisprudencia de derechos humanos y ha influido en cómo los tribunales abordan los casos en los que los derechos fundamentales entran en conflicto. Esta teoría enfatiza la importancia de una toma de decisiones justificada y razonada en situaciones complejas donde los valores y los derechos compiten entre sí⁴⁶.

A pesar de sus muchos puntos fuertes, las teorías de la ponderación han sido objeto de críticas por parte de algunos estudiosos del derecho. Una de las principales críticas a estas teorías es que pueden ser difíciles de aplicar en la práctica. El equilibrio requiere que los jueces emitan juicios difíciles y, a menudo, subjetivos sobre la importancia relativa de los diferentes valores e intereses, lo que puede conducir a resultados legales inconsistentes o impredecibles. Asimismo, se advierte el peligro de dar demasiada discrecionalidad a los jueces pudiera abrir la posibilidad de libre creación del Derecho⁴⁷.

⁴⁴ ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación...". Cita 32.

⁴⁵ ALEXY, R. Cita 41.

⁴⁶ Vid. ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación..." Cita 32; CLÉRICO, L. Cita 36.

⁴⁷ VIDAL FUEYO, C. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Tomo II, pp. 427-447.

En España, destacan dos juristas que han mantenido un debate en torno a la ponderación y sus consecuencias: Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. Atienza es un iusfilósofo que ha desarrollado una teoría de la ponderación en el razonamiento jurídico. Sostiene que la ponderación es una herramienta necesaria para resolver conflictos entre valores o intereses en colisión en la toma de decisiones. Su teoría de la ponderación implica un proceso de tres pasos:

-Primero, se identifican los valores o intereses relevantes en juego en una decisión legal.

-En segundo lugar, estos valores se evalúan y se comparan entre sí para determinar su importancia relativa.

-Finalmente, quien toma las decisiones utiliza los resultados de este proceso de ponderación para llegar a una decisión que equilibre los valores en conflicto de manera justa y equitativa

Una de las características clave de la teoría de la ponderación de Atienza es el énfasis en el contexto de la decisión judicial. Propone que el proceso de ponderación debe tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, así como consideraciones sociales y políticas más amplias. Esto significa que, los mismos valores o intereses pueden sopesarse de manera diferente en diferentes contextos, dependiendo de los hechos y circunstancias específicos involucrados⁴⁸

Otro aspecto importante de la teoría de Manuel Atienza es el papel de los principios jurídicos. Si bien reconoce la importancia de los principios para guiar la toma de decisiones legales, también argumenta que es posible que no siempre sean suficientes para resolver los conflictos entre valores⁴⁹. En general, la teoría de la ponderación de Atienza es un enfoque matizado y sensible al contexto para la toma de decisiones legales que enfatiza la importancia de equilibrar valores e intereses en competencia de manera justa y equitativa

Por su parte, Juan Antonio García Amado es un iusfilósofo que ha desarrollado una teoría del razonamiento jurídico crítica con el concepto de ponderación. Según García Amado, el proceso de ponderación es inherentemente subjetivo y arbitrario, y puede conducir a decisiones legales inconsistentes o incluso contradictorias⁵⁰.

Asimismo, argumenta que las decisiones judiciales deben basarse en principios o reglas objetivas, en lugar de un equilibrio subjetivo de valores o intereses en competencia. Él cree que el uso de principios objetivos proporciona

⁴⁸ ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación...". Cita 32.

⁴⁹ AGUILÓ REGLA, J. "Son mandatos de ponderación". Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza". Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2023, N° 46, pp. 15-39.

⁵⁰ GARCÍA AMADO, J.A. ¿Qué es ponderar?... Cita 33.

un marco claro y coherente para la toma de decisiones y ayuda a garantizar que las decisiones sean justas y equitativas⁵¹.

Una de las principales críticas que plantea García Amado contra el proceso de ponderación es que puede otorgar demasiada discrecionalidad a los jueces, lo que conduciría a una toma de decisiones incoherente o arbitraria. Por ello, sugiere que los principios legales deberían tener prioridad sobre el equilibrio subjetivo, ya que esto proporciona un enfoque más objetivo y consistente para la toma de decisiones⁵².

También expresa preocupaciones sobre el uso de la ponderación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales. Argumenta que el proceso de equilibrar los derechos constitucionales a través de la ponderación puede conducir a un debilitamiento de esos derechos y que, en su lugar, se deben usar principios jurídicos para garantizar que los derechos se protejan de manera coherente y objetiva. En general, la teoría del razonamiento jurídico de García Amado critica el uso del equilibrio subjetivo y la discrecionalidad en la toma de decisiones jurídicas. En cambio, enfatiza la importancia de los principios y reglas legales objetivos para garantizar que las decisiones judiciales sean justas⁵³.

En resumen, García Amado argumenta que el proceso de ponderación es inherentemente subjetivo y arbitrario, pudiendo conducir a decisiones inconsistentes o incluso contradictorias. Él sugiere que el uso de principios o reglas jurídicas objetivas es una mejor manera de resolver, ya que proporciona un marco claro y consistente para resolver. En cambio, Atienza defiende el uso de la ponderación como herramienta necesaria en el razonamiento jurídico, ya

⁵¹ GARCÍA AMADO, J.A. ¿Qué es ponderar?... Cita 33.

⁵² GARCÍA AMADO, J.A. "Interpretar, argumentar, decidir". En: Interpretación y aplicación de la Ley Penal, Anuario de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 31-73.

⁵³ A este respecto, conviene hacer la salvedad de que el positivismo garantista es una corriente dentro del positivismo jurídico que se enfoca en la importancia de proteger y garantizar los derechos individuales de las personas. Considera que el objetivo principal del Derecho es salvaguardar los derechos humanos y limitar el poder del Estado para evitar abusos. Se basa en la idea de que las normas jurídicas deben ser claras, precisas y predecibles, para que las personas tengan seguridad jurídica y puedan confiar en el sistema legal. Por otro lado, el positivismo principialista también es una vertiente del positivismo jurídico, pero se centra en la importancia de los principios morales en la interpretación y aplicación del Derecho. Según esta corriente, además de las normas jurídicas escritas, existen principios éticos y morales que deben tenerse en cuenta para tomar decisiones en casos difíciles o controvertidos. Considera que el Derecho no debe ser solo una cuestión de reglas, sino que debe tener en cuenta los valores y principios fundamentales de la sociedad. En resumen, mientras que el positivismo garantista se enfoca en proteger los derechos individuales y limitar el poder estatal, el positivismo principialista destaca la importancia de principios morales en la interpretación y aplicación del Derecho. Ambas corrientes comparten la base del positivismo jurídico, pero difieren en cuanto a la importancia relativa de los derechos y los principios en el sistema legal.

que las decisiones judiciales a menudo involucran valores o intereses en conflicto y que el proceso de ponderación permite a los tomadores de decisiones equilibrar estos valores de una manera justa y equitativa.

5. La prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia española y comparada

El test de proporcionalidad es un concepto fundamental en el ámbito del derecho constitucional y administrativo, que busca equilibrar la toma de decisiones del gobierno y otros poderes públicos con el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En España, este principio ha sido incorporado y aplicado por los tribunales como una herramienta esencial para evaluar la validez de medidas estatales que puedan afectar los derechos y libertades de los individuos. A lo largo de los años, los tribunales españoles han desarrollado y perfeccionado su enfoque en la aplicación del examen de proporcionalidad, adaptándolo a la realidad jurídica y social del país⁵⁴.

En esencia, la prueba busca establecer si una medida restrictiva impuesta por el Estado es necesaria y proporcionada para alcanzar un objetivo legítimo y, si los efectos negativos sobre los derechos individuales son proporcionales a los beneficios buscados. En el contexto español, este principio ha sido plasmado implícitamente en la Constitución de 1978 y ha sido ampliamente utilizado por los tribunales para analizar asuntos relacionados con la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, la igualdad, y otros derechos fundamentales⁵⁵.

El proceso de aplicación de la prueba por los tribunales españoles generalmente involucra tres etapas fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Un ejemplo de la aplicación por los tribunales españoles se puede encontrar en casos relacionados con la libertad de expresión. Si una ley limita la libertad de expresión en ciertos casos, los tribunales evaluarán si esta limitación es idónea para proteger un interés legítimo (como la protección del orden público), si es necesaria para alcanzar ese objetivo y si los efectos negativos sobre la libertad de expresión son proporcionados en relación con los beneficios buscados⁵⁶.

En definitiva, el examen de proporcionalidad es una herramienta esencial en la jurisprudencia de los tribunales españoles para garantizar que las medidas estatales sean coherentes con los principios fundamentales de la Constitución y los derechos humanos. A través de su aplicación rigurosa y equilibrada, los

⁵⁴ VIDAL FUEYO, C. Cita 47.

⁵⁵ BARNES, J. "Jurisprudencia constitucional sobre..." Cita 34.

⁵⁶ Vid. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 7/2023, de 21 de febrero, del Pleno del Tribunal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023).

tribunales buscan armonizar los intereses legítimos del Estado con la protección de los derechos individuales, contribuyendo así a la consolidación del estado de derecho en España.

5.1. Estados Unidos

El sistema judicial de Estados Unidos ha sido históricamente un referente en el mundo debido a su enfoque en la protección de los derechos individuales y la garantía de un debido proceso judicial (*due process of law*). Entre los diversos métodos y herramientas que utilizan los tribunales para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, el test de proporcionalidad se ha convertido en una herramienta crucial para asegurar la protección de derechos fundamentales y mantener el equilibrio entre el interés público y las libertades individuales.

También conocido como test de razonabilidad, es un enfoque analítico utilizado en diversos países para evaluar si una medida gubernamental es constitucionalmente válida. Si bien sus raíces se encuentran en el derecho europeo, la doctrina ha sido adoptada y adaptada por los tribunales de Estados Unidos, especialmente en cuestiones relacionadas con la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda⁵⁷.

El test de proporcionalidad consta de tres etapas clave que los tribunales deben aplicar para determinar la constitucionalidad de una ley o política gubernamental:

a) Fines Legítimos: Los tribunales deben evaluar si el objetivo perseguido por la ley o política es legítimo y constitucionalmente válido, como proteger la seguridad pública, promover el bienestar general o salvaguardar los derechos de grupos vulnerables;

b) Idoneidad o Adecuación: Se determina si la medida adoptada es idónea para alcanzar el fin legítimo establecido previamente, es decir, si tiene una relación racional con dicho fin;

c) Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto: Se evalúa si la medida es necesaria para alcanzar el objetivo legítimo y si no existen alternativas menos restrictivas de derechos fundamentales que puedan lograr el mismo fin⁵⁸

Los tribunales federales de Estados Unidos han aplicado esta prueba en una amplia variedad de casos, abordando cuestiones relacionadas con derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad religiosa, la igualdad

⁵⁷ JACKSON, V. "Constitutional Law in the age of Proportionality". The Yale Law Journal, 2015, Vol. 124, N° 8, pp. 2680-3203.

⁵⁸ SULLIVAN, E. T. y FRASE, R. S. "Proportionality principles in American law: Controlling excessive government actions" (Thomas Sullivan, Richard S. Frase Editores). Oxford University Press, Oxford, 2009. .

ante la ley y la privacidad. En cuanto a la libertad de expresión, los tribunales han sostenido que las restricciones a esta libertad solo son válidas si están diseñadas para proteger un interés público legítimo y si son proporcionales a ese objetivo, evitando así censurar la expresión protegida. Respecto de la libertad religiosa, los tribunales han examinado si las políticas gubernamentales son proporcionales y no discriminatorias respecto a las creencias religiosas de los ciudadanos. Respecto de la igualdad ante la ley, el test de proporcionalidad también ha sido utilizado para evaluar si ciertas leyes o políticas gubernamentales discriminan injustamente a ciertos grupos, garantizando así una igualdad real y efectiva ante la ley⁵⁹.

El test de proporcionalidad es una herramienta crucial utilizada por los altos tribunales de Estados Unidos para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales. Su aplicación ha sido fundamental para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, al tiempo que mantiene un equilibrio con los intereses legítimos del Estado. Aunque enfrenta críticas y desafíos, la aplicación cuidadosa y justa de este enfoque analítico sigue siendo esencial para salvaguardar el sistema de derechos y libertades que caracteriza a la democracia estadounidense⁶⁰.

5.2. Alemania

La prueba de proporcionalidad o *Verhältnismäßigkeitsprüfung* en alemán, es un principio fundamental en el sistema judicial de este país. Los tribunales de alzada alemanes han aplicado de manera extensa este enfoque analítico para evaluar la compatibilidad de leyes y acciones gubernamentales con la Constitución alemana (*Grundgesetz*). Su importancia radica en proteger los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el Estado y los individuos⁶¹.

El *Verhältnismäßigkeitsprüfung* tiene sus raíces en el derecho constitucional alemán y es una herramienta esencial para asegurar que las medidas gubernamentales respeten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Se basa en la idea de que cualquier restricción a los derechos individuales debe ser proporcional y justificada en una sociedad democrática⁶².

La estructura de la revisión tiene algunas diferencias con las antes estudiadas, toda vez que sus etapas tiene algunos matices:

⁵⁹ JACKSON, V. Cita 57.

⁶⁰ SULLIVAN, E.T; FRASE, R.S. Cita 58.

⁶¹ WIENBRACKE, M. "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Zeitschrift für das Juristische Studium* (online), 2013, N° 2, pp. 148-155.

⁶² TISHBIREK, A. "Die Verhältnismäßigkeitsprüfung Methoden migration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht". Editorial Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.

a) **Fin y medios legítimos:** El objetivo perseguido debe ser legítimo, así como los medios empleados para su consecución. En principio, los intereses públicos son siempre legítimos, excepto cuando afectan derechos fundamentales desproporcionadamente, por ejemplo. En cuanto a los medios estos pueden ser ilegítimos, como en el caso de la censura.

b) **Idoneidad:** Se determina si el medio es suficiente para conseguir el fin perseguido. Solo se descartan aquellos medios absolutamente inadecuados.

c) **Necesidad:** En el marco de comparación entre varios medios, se deben considerar la naturaleza de la intervención, su intensidad, el número de afectados tanto los perjudicados como los beneficiados y los posibles efectos secundarios de la medida. Por ello, suele exigirse al menos otro medio para comparar.

d) **Adecuación o proporcionalidad en sentido estricto:** Aquí se evalúa la gravedad de la afectación a los derechos fundamentales respecto del fin o propósito perseguido. Para ello, se evalúa el valor abstracto de los medios y del fin. A su vez, se realiza una evaluación concreta de la injerencia que consiste en determinar la gravedad concreta de la limitación y el grado de logro del fin⁶³.

Los tribunales alemanes, especialmente el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), aplican rigurosamente el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, especialmente en las siguientes materias:

- **Protección de Derechos Fundamentales:** La prueba es crucial para proteger los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y la privacidad. Los tribunales garantizan que cualquier restricción a estos derechos sea estrictamente justificada.

- **Políticas Públicas:** En asuntos relacionados con políticas públicas, se aplica para equilibrar los intereses del Estado y el bienestar general con los derechos de los ciudadanos.

- **Constitucionalidad de Leyes:** Los tribunales revisan la constitucionalidad de leyes y pueden declararlas inconstitucionales si no superan la prueba⁶⁴.

En definitiva, esta prueba es una herramienta esencial en el sistema judicial alemán para evaluar la constitucionalidad de leyes y actos gubernamentales. Su aplicación rigurosa garantiza la protección de los derechos

⁶³ VID. WIENBRAKE, M. Cita 61; HEINTZEN, M; KRIEGER, H. "Gliederung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung". Facultad de Derecho, Universidad Libre de Berlín, 2015. Documento electrónico revisado el 7 de junio de 2023, disponible en: https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-_Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.html.

⁶⁴ TISHBIREK, A. Cita 62.

fundamentales y el equilibrio entre el interés público y los derechos individuales⁶⁵.

5.3. Francia

El *Contrôle de proportionnalité* es un principio jurídico fundamental en Francia, que permite a los altos tribunales evaluar la adecuación y la justificación de las medidas adoptadas por el Estado en relación con los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos⁶⁶. A continuación, se analizará cómo los tribunales franceses aplican este enfoque analítico, su relevancia en el sistema jurídico francés y su papel en proteger los derechos individuales en un Estado de Derecho

Tremblay explica que, en Francia, el control de proporcionalidad se centra en tres principios clave⁶⁷:

a) Principio de Idoneidad (*Principe d'adéquation*): La medida adoptada por el Estado debe ser adecuada y razonable para alcanzar el objetivo legítimo perseguido.

b) Principio de Necesidad (*Principe de nécessité*): La medida debe ser necesaria y no puede haber una opción menos restrictiva de los derechos fundamentales que pueda lograr el mismo objetivo.

c) Principio de Proporcionalidad en sentido estricto (*Principe de proportionnalité au sens strict*): La medida no debe imponer una carga desproporcionada sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y debe equilibrarse adecuadamente con los objetivos de interés público.

En Francia, los tribunales superiores, como el Consejo Constitucional (competente en el orden constitucional) y el Consejo de Estado (competente en el orden administrativo), aplican rigurosamente este control para evaluar la legalidad y la constitucionalidad de leyes, reglamentos y decisiones gubernamentales, específicamente en las siguientes materias:

- Protección de Derechos Fundamentales: El control de proporcionalidad es una eficaz herramienta para garantizar que las leyes y acciones gubernamentales no violen los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad de expresión, la libertad religiosa y el derecho a la privacidad. Los llamados a velar por el respeto irrestricto a estos derechos son los tribunales ordinarios de justicia.

⁶⁵ WIENBRACKE, M. Cita 61.

⁶⁶ GOESEL-LE BIHAN, V. "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?" *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, 2012, N° 7, pp. 1-13.

⁶⁷ TREMBLAY, L.B. "Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle", *McGill Law Journal*, 2012, Vol. 57, N° 3, pp. 429-471.

- **Control de Actos Administrativos:** En esta materia, el control es aplicado por el Consejo de Estado para revisar la legalidad de actos administrativos y asegurarse de que no se excedan los límites de los derechos individuales.

- **Control de Constitucionalidad:** El Consejo Constitucional revisa la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento y puede declararlas inconstitucionales si no superan el control de proporcionalidad⁶⁸.

La aplicación del control de proporcionalidad es crucial para proteger y equilibrar los derechos y libertades fundamentales en Francia. Sin embargo, su aplicación es todo un desafío ya que a veces es difícil determinar qué medida es la más proporcionada, y puede haber interpretaciones diferentes entre los tribunales.

El *Contrôle de proportionnalité* se ha convertido en un pilar fundamental en el sistema jurídico francés que permite a los tribunales de alzada equilibrar los intereses del Estado con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su aplicación rigurosa asegura que las medidas gubernamentales sean justificadas y proporcionales, evitando así posibles abusos de poder y protegiendo los derechos individuales en un Estado de Derecho⁶⁹. Aunque enfrenta desafíos en su implementación, este control sigue siendo una herramienta esencial en el sistema legal francés para garantizar una sociedad justa, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales.

5.4. Reino Unido

El Reino Unido tiene un sistema judicial que se basa en el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Entre las herramientas utilizadas por los tribunales para evaluar la legalidad y constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, el test de proporcionalidad se ha destacado como un enfoque analítico crucial. Si bien el Reino Unido no cuenta con una constitución escrita como en otros países, su ordenamiento jurídico se basa en el principio de Soberanía Parlamentaria y, en lo que a derechos fundamentales se refiere, existen leyes que se consideran como estatutos constitucionales entre las cuales se contemplan: la Carta Magna, la Ley de Derechos Humanos de 1998, el *Bill of Rights* y el Acta de Unión de 1707⁷⁰.

⁶⁸ Vid. PHILLIPE, X. “El principio de proporcionalidad en el Derecho público francés”. Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5, pp. 255-272; GOESEL-LE BIHAN, Cita 66.

⁶⁹ DUCLERCQ, J.B. “Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”. Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2015, N° 49, pp. 121-126.

⁷⁰ JOWELL, J. “Proportionality in the United Kingdom. Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC. 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils”, Revue générale du droit on line, 2018, N° 29678, pp. 1-11.

Aunque esta prueba no es una doctrina legal propia del Reino Unido, ha sido adoptada y aplicada por los tribunales británicos a través de su membresía en el Consejo de Europa, la Unión Europea y la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Reino Unido reconoce la importancia de proteger los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el interés público y las libertades individuales⁷¹. Por ello, siguiendo a Möller, la prueba de proporcionalidad comprende cuatro elementos principales⁷²:

a) **Objetivo legítimo (*Legitimate goal*):** Lo que debe determinarse es si la política o medida es objetivamente justificable, siendo irrelevante las ideas o intenciones de quienes la adoptaron. Un ejemplo de incumplimiento de este requisito es el caso *Smith y Grady v. Reino Unido*, en que se resolvió por la CEDH condenar a ese Estado ya que la política de exclusión de homosexuales del ejército no perseguía un objetivo legítimo, ya que la tendencia sexual de las personas forma parte de su intimidad.

b) **Razonabilidad o Idoneidad (*Reasonableness or Suitability*):** Establece que debe existir una conexión racional entre la injerencia y el fin legítimo. La interferencia sobre un derecho debe ser, al menos en un grado, adecuada para conseguir el objetivo. Es decir, si la perturbación del derecho contribuye al logro del fin en cierta medida, entonces se entiende satisfecho este requisito.

c) **Necesidad (*Necessity*):** La medida debe ser necesaria y no puede haber una alternativa menos restrictiva de los derechos fundamentales que pueda alcanzar el mismo objetivo. En la medida que el Estado vaya más allá de lo necesario, es decir, hace lo necesario y más, no se incumpliría este requisito, aunque es probable que adolezca de falta de idoneidad. Ahora bien, si existe una medida menos restrictiva, entonces se considera innecesaria.

d) **Proporcionalidad en sentido estricto (*Proportionality in the Narrow Sense*):** La medida no debe imponer una carga excesiva o desproporcionada sobre los derechos individuales y debe equilibrarse adecuadamente con el interés público perseguido.

Los tribunales superiores del Reino Unido, incluida la Corte Suprema, aplican el test de proporcionalidad para evaluar la legalidad y constitucionalidad de medidas gubernamentales y leyes referentes a las siguientes materias:

- **Protección de Derechos Humanos:** La prueba es esencial para garantizar la protección de los derechos humanos consagrados en la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido y en la Convención Europea de Derechos Humanos.
- **Constitucionalidad de Leyes:** Los tribunales evalúan la constitucionalidad de las leyes y pueden declararlas incompatibles con los derechos fundamentales si no cumplen con la prueba de proporcionalidad.

⁷¹ SALES, L. "Proportionality review in appellate courts: a wrong turning?" ALBA, Annual Lecture, 2020. Documento electrónico revisado el 5 de julio de 2023, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181120.pdf>

⁷² MÖLLER, K. "Proportionality: Challenging the critics". International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10, N° 3, pp. 709-731.

- **Decisiones Administrativas:** El test se utiliza para revisar decisiones gubernamentales y administrativas para asegurar que no sean arbitrarias o desproporcionadas.

Hoy en día, es una herramienta relevante que permite a los tribunales del Reino Unido garantizar que las leyes y medidas gubernamentales sean razonables y respeten los derechos fundamentales. Sin embargo, su aplicación puede enfrentar desafíos, especialmente en situaciones en las que es difícil determinar el nivel de restricción justificada y equilibrar los intereses en juego⁷³.

Este control se ha convertido en una herramienta esencial utilizada por los altos tribunales del Reino Unido para asegurar la protección de los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el interés público y los derechos individuales. Su aplicación rigurosa permite que el sistema judicial británico mantenga la integridad del Estado de Derecho y asegure que las políticas y leyes sean razonables y proporcionadas. Aunque su implementación no ha estado exenta de problemas, el test seguirá siendo una pieza central en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos británicos en el marco de una sociedad justa y democrática⁷⁴.

6. Sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

Siguiendo el orden cronológico de desarrollo planteado por Álvarez García, en este apartado se analizará la aplicación de la prueba de proporcionalidad en distintas resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en el periodo del estado de alarma, tanto en aquellas en que se confirmó la implementación de medidas restrictivas de derechos y libertades públicas, como en aquellas que rechazaron su aplicación⁷⁵.

Antes, se abordará someramente el examen de proporcionalidad que realizó el Tribunal Constitucional en dos sentencias, sobre el primer estado de alarma y su declaración parcial de inconstitucionalidad, así como de la prórroga del estado de alarma por seis meses.

6.1. STC 148/2021, de 14 de julio⁷⁶

Un grupo parlamentario presentó un recurso de inconstitucionalidad en contra algunas disposiciones del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el

⁷³ JOWELL, J. Cita 70.

⁷⁴ SALES, L. Cita 71.

⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, V. "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte Covid en un país carente de una legislación antipandemias". Diario del Derecho, publicado el 10 de enero de 2022, recurso electrónico revisado el 15 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218492

⁷⁶ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 148/2021 de 14 de julio.

COVID-19; del RD 465/2020, de 17 de marzo, mediante el cual se modificó el primero; de los RD 476/2020, de 27 de marzo, RD 487/2020, de 10 de abril y, RD 492/2020, de 24 de abril, mediante los cuales se prorrogó el estado de alarma. Además, se recurrió la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, que estableció medidas excepcionales para los velatorios y ceremonias fúnebres.

En el largo y complejo texto de esta sentencia (que en ningún caso se pretende resumir aquí), la distinción entre suspensión y limitación de derechos fundamentales pareciera ser uno de los ejes centrales de la discusión. Los recurrentes ponen como ejemplo de esta diferencia, lo sucedido con el derecho a la educación: la suspensión de las clases presenciales significó para un 10% de la población española (que no cuenta con conexión a internet en sus hogares) una suspensión de su derecho. De tal manera que, el mandato del artículo 27.1 CE no se estaría cumpliendo para ese porcentaje del alumnado. Por su parte, el abogado del Estado defendió la constitucionalidad y proporcionalidad de la medida.

Como puede apreciarse en este botón de muestra, el TC toma el examen de proporcionalidad como un elemento de interpretación desde que inicia su análisis. De hecho, el Ejecutivo alega en todo momento que las medidas adoptadas cumplen con todos los requisitos de legalidad y superan el test de proporcionalidad:

- (i) “las medidas están previstas en una ley (Constitución y Ley Orgánica 4/1981), y en los sucesivos reales decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma, sin que quepa duda de su fin legítimo;
- (ii) han sido eficaces para el fin perseguido, conforme al informe que se aporta; y
- (iii) han sido adoptadas en casi todos los países del mundo, sin que ningún Estado conociera el desarrollo de la enfermedad, más allá de sus dramáticas consecuencias mortíferas”.

Referente al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el Ejecutivo reconoce que se han producido perjuicios, los cuales serían inferiores a los beneficios. De hecho, los perjuicios se han mitigado con la adopción de una serie de medidas cuyo propósito ha sido movilizar recursos a la población.

Finalmente, el TC concluye que, las medidas son idóneas, necesarias y proporcionadas. De hecho, su inconstitucionalidad parcial no deriva del contenido material de las medidas, sino del instrumento jurídico mediante el cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales.

A mi juicio, el TC debió realizar un examen de la idoneidad tanto del fin perseguido como respecto del medio empleado, tal como se aplica en Alemania. Ergo, si el Ejecutivo erró en el instrumento, las medidas no son idóneas, toda vez que la Administración siempre supo que el estado de alarma no permitía la suspensión de derechos fundamentales.

Manuel Atienza lamentó que la discusión se haya visto condicionada al hecho de que el recurso fuese presentado por un partido calificado de extrema

derecha (Vox), ya que esto habría avivado las diferencias entre jueces conservadores y progresistas. Sin embargo, hubo jueces conservadores y progresistas que habrían “cambiado de bando”. En todo caso, lo fundamental para él es que tanto el voto de la mayoría como los particulares recurren a la concepción de principios y ponderación para resolver los conflictos entre derechos fundamentales⁷⁷. Ahora bien, en cuanto a la estructura de los argumentos, tanto en unos como en otros, se parte con una subsunción (constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas) para luego proceder a ponderar, aplicando la fórmula de peso propuesta por Alexy.

6.2. STC 183/2021 de 27 de octubre⁷⁸

Esta sentencia se pronunció respecto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el mismo grupo parlamentario en contra de ciertas disposiciones del RD 926/2020, de 25 de octubre y contra la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados, por la que se acordó la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma. Específicamente, se recurrió la delegación de competencias del Gobierno a los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas, las normas que permitieron la prórroga del estado de alarma por seis meses y, además, varios preceptos que vulneran derechos fundamentales. Ruiz Bursón precisa que, si bien ni la Constitución ni la LOAES establecen plazos, llama la atención lo que él considera absoluta desproporción entre la extensión del primer plazo y su prórroga, doce veces superior al primero⁷⁹.

En este caso, el TC aplica el examen de proporcionalidad a cada uno de los preceptos que imponen medidas restrictivas para, en definitiva, concluir que todas ellas superaban la prueba y así desestimar estas impugnaciones. Se estimó el recurso respecto de la prórroga del estado de alarma y a la regulación del régimen de delegación que efectuó el Gobierno. Por ello, considero oportuno referirme al voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, específicamente al análisis que desarrolla sobre la ponderación y el examen de proporcionalidad:

⁷⁷ ATIENZA, M. “La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia”, *Sí-lex Formación Jurídica*, publicado el 4 de noviembre de 2021, revisado el 27 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>

⁷⁸ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 183/2021 de 27 de octubre.

⁷⁹ RUIZ BURSÓN, F. “La jurisprudencia constitucional española sobre los estados de alarma de 2020”. En: *Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19* (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022, pp. 87-121.

“15. Los derechos fundamentales operan como principios, es decir, como normas categóricas (Von Wright) o mandatos de optimización (Alexy). En consecuencia, como acepta la opinión mayoritaria, la tensión o contraposición entre ellos no puede resolverse mediante técnicas formales de subsunción, sino mediante un método pragmático de valoración de la proporcionalidad para sopesar la licitud del sacrificio de uno de ellos.”

Acto seguido, parte analizando la legitimidad del fin, en torno al cual no parece haber discusión ni dudas sobre la protección al derecho a la vida, aunque critica las escasas menciones al este derecho y al de la salud, en la valoración de los demás derechos afectados. Respecto de la idoneidad y necesidad, Xiol se hace cargo de los antecedentes científicos que le fueron aportados y ve justificado restringir el derecho a la libre circulación y otros derechos fundamentales, en el sentido que Philippa Foot desarrolla la idea del sacrificio éticamente necesario para evitar males mayores.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el Magistrado expone lo siguiente:

“Aun así creo, sin embargo, que la regla de los tres pasos en que se inspira la opinión mayoritaria, ampliamente aceptada en la jurisprudencia constitucional española, es más compleja que el razonamiento formulado por la mayoría, pues exige aplicar la fórmula del peso: valorar el peso de cada uno de los derechos afectados y determinar cuál tiene valor prevalente”.

Prosigue describiendo el método de ponderación que, a su juicio, en este punto, debía realizarse:

- i. Gravedad de la afectación del derecho fundamental en concreto,
- ii. Gravedad de la afectación del derecho fundamental en abstracto,
- iii. Seguridad en la afectación.

Hecho este ejercicio, concluye que la afectación al derecho a la libre circulación y los demás derechos fundamentales es menor a la afectación que el derecho a la vida, que tiene un carácter primario. Por todo ello, las medidas impugnadas se ajustarían a la ley de la proporcionalidad.

Lo cierto es que para dar por cumplido el requisito de idoneidad, las medidas propuestas deben ser cotejadas con otras alternativas. A mi juicio, esa información debe ser entregada por la Administración que pretende aplicar las restricciones de manera explícita y no deberían responder a planteamientos teóricos hipotéticos. A su vez, se hace evidente que los antecedentes científicos estudiados obedecen a una misma visión de la situación sanitaria y su posible manejo, quedando patente la falta de ponderación de evidencias discrepantes, con base en el tan básico principio de contradicción. Por su parte, Izquierdo-Carrasco sostiene que, dada la incertidumbre científica en torno al COVID-19, los

tribunales tuvieron cierta deferencia con las decisiones administrativas, la cual quedó patente en el control de constitucionalidad de las medidas adoptadas mediante los Reales Decretos que declararon los estados de alarma⁸⁰.

6.3. STS N° 1103/2021, de 18 de agosto⁸¹

La Sala de verano del Tribunal Supremo se pronunció sobre un recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, mediante el cual se rechazó el recurso y se confirmó el Auto de denegación de la ratificación de la implementación del pasaporte COVID para acceder a recintos de hostelería y esparcimiento con música, establecido mediante Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, de 5 de agosto de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente la Magistrada María Isabel Perelló Doménech.

Respecto de la resolución recurrida, la Sala estima que:

“...en su análisis del triple test de la proporcionalidad - coincidente en este punto con el del Ministerio Fiscal-concluye sobre la no acreditación de dos de los subprincipios o elementos que conforman este principio : el de la idoneidad y el de la necesidad de la medida tal cual se define por la Administración Andaluza, conclusión que alcanza teniendo en cuenta tanto el carácter alternativo y carente de equivalencia de la medida, la afectación a un determinado sector de ocio, su carácter general para todo el territorio de la Comunidad y su vigencia indefinida en el tiempo”.

La Sala de Granada había considerado que, respecto de las medidas implementadas, solo concurría el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, sin llegar a cumplirse los otros subprincipios, conclusión que tanto el Tribunal Supremo como el Ministerio Fiscal compartieron.

La Sala de Verano del Tribunal Supremo agregó a este razonamiento lo siguiente:

“Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4° a la <<efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio>> dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida”.

Sánchez Sáez advierte que en esta sentencia el Tribunal Supremo aceptó el argumento científico de que los vacunados y no vacunados contagiaban del

⁸⁰ IZQUIERDO-CARRASCO, M. “COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2022, N° 17, pp. 6-30.

⁸¹ España. Tribunal Supremo (Sala de verano). Sentencia núm. 1103/2021 de 18 de agosto.

mismo modo, por lo tanto, la exigencia de un pasaporte COVID no cumplía con ninguno de los requisitos del juicio de proporcionalidad, pero esta convicción posteriormente cambiaría, en la sentencia que se analizará a continuación⁸².

6.4. STS N° 1112/2021, de 14 de septiembre⁸³

La Sección Cuarta de la Sala Contencioso-Administrativo estimó un recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de fecha 20 de agosto de 2021 que denegó la ratificación de la medida que exigía la exhibición del pasaporte COVID para acceder al interior de establecimientos de ocio nocturno y de restauración, adoptada mediante Orden de la Consellería de Sanidade de 13 de agosto de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente la Magistrada María del Pilar Teso Gamella.

La Sala advierte que, en este caso, la Orden que es objeto de análisis, modificó una Orden anterior (de 25 de junio de 2021) en el sentido de que sustituye la presentación del certificado COVID por una “regulación transitoria y provisional” para los establecimientos de hostelería y restauración y de juegos y apuestas, imponiendo una limitación de aforo. A su vez, en dicha Orden se recomienda el uso para determinadas zonas de los comercios afectados, la exhibición del documento que acredita la pauta completa de vacunación, una prueba diagnóstica de infección activa o test de antígenos y certificado de recuperación de la infección por SARS- Cov.2.

A su vez, indican los magistrados, la medida no se establece con carácter indefinido, sino condicionada a la adopción de nuevas medidas, según el desarrollo de los acontecimientos y el conocimiento científico. A mayor abundamiento, se hace la aclaración de que fue la Orden de esta Consellería, de fecha 22 de julio de 2021, la que establecía la obligación de exhibir la documentación antes señalada. Estas medidas no fueron sometidas a autorización del TSJG, por lo que la Sala del TS entiende que carecen de vigencia.

Los magistrados descartan aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto porque no existe discrepancia procesal en cuanto a que la afectación a los derechos fundamentales es de baja intensidad, ya que se trata de la mera exhibición de una documentación con el fin de proteger la salud y la vida. Sobre la idoneidad, concluyen que las medidas se aplican en establecimientos donde se bebe y se come, razón por la cual no es posible utilizar la mascarilla todo el tiempo, así como se habla más alto y se canta, lo que favorece la “inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado”.

⁸² SÁNCHEZ SÁEZ, A. cita 24.

⁸³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1112/2021 de 14 de septiembre.

Finalmente, respecto de la necesidad, de los informes científicos aportados se colige que la tasa de contagio es menor entre los vacunados que entre los no vacunados, por lo que la medida sí permitiría proteger la salud pública.

Por estas razones, la Tercera Sala considera que la Orden de Sanidade no vulnera derechos fundamentales y cumple sobradamente los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, al tenor de su propia jurisprudencia.

Además, en la sentencia consta el voto particular del magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo donde expresa los siguientes razonamientos:

No comparte la interpretación que la Sala realiza del Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación, toda vez que considera que esta norma no contempla la imposición de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales ni las justifica de manera indirecta, ateniendo a lo expuesto en su Considerando 14:

"El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública. No debe entenderse que facilita o fomenta la adopción de restricciones a la libre circulación o restricciones a otros derechos fundamentales, en respuesta a la pandemia de COVID-19, dados sus efectos perjudiciales para los ciudadanos y las empresas de la Unión."

En segundo lugar, tampoco coincide en estimar como leve la restricción a los derechos fundamentales que conlleva la medida impuesta, sino más bien la califica como severa, extensa e intensa, especialmente en lo que respecta a la igualdad y a la intimidad. En relación con el primer derecho, considera que la norma da trato diferente a personas en la misma situación, ya que nadie está obligado a vacunarse, pero se exige el certificado de pauta completa de vacunación, nadie está obligado a someterse a la prueba diagnóstica para obtener un certificado de negatividad, pero se exige su posesión y exhibición y, se exige certificado de recuperación en tanto en cuanto no todas las personas se han contagiado. Respecto a la intimidad, se admite abiertamente que la medida impone la obligación de revelar datos personales íntimos, como la identidad y salud o si está vacunado o no. Además, esto se exige para acceder a determinados locales cuando no existe una norma legal que así lo permita.

Finalmente, disiente en considerar que las medidas impuestas cuenten con una cobertura legal habilitante, juicio que se funda en una aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Prosigue señalando que no se ha acreditado que la medida implantada sea indispensable y necesaria, toda vez que

no se demuestra que existan otras medidas menos invasivas y que permitan la obtención de los mismos resultados.

Álvarez García afirma que en esta sentencia el TS desvirtuó la prueba de proporcionalidad, puesto que descarta a limine que se haya infringido el tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, constatando solo la aprobación de los requisitos de necesidad e idoneidad⁸⁴. A mi juicio, esta sentencia reviste interés nuclear aquí, en cuanto que el TS da por aprobado el examen sin haber realizado el tercer análisis.

6.5. STS 1412/2021, de 1 de diciembre⁸⁵

La sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó un recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco en contra de un Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) de fecha 22 de noviembre de 2021, mediante el cual no se autorizó la exigencia de certificado COVID digital de la UE, dispuesto por la Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno Vasco, de fecha 17 de noviembre de 2021, como medida adicional a las establecidas en la Orden de 6 de octubre de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente el Magistrado Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Respecto de la resolución recurrida, el tribunal estimó que:

“En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre.”

En cuanto al examen de proporcionalidad, la Sección Cuarta concluyó que:

- i. Se trataba de una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad,
- ii. Además, necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos,
- iii. Y proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras incide tenuemente sobre los derechos a la igualdad y la intimidad.

Por ello, se procedió a estimar el recurso de casación, a anular el auto N.º 91/2021 y a ratificar la Orden de la consejera de Sanidad.

Al igual que en la sentencia anteriormente analizada, consta voto particular del Magistrado Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, esta vez más extenso y detallado: Primeramente, no se cuestiona la cobertura normativa empleada por la Administración vasca. Es decir, no se realiza un análisis de la

⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, V. Cita 75.

⁸⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1412/2021 de 1 de diciembre.

validez del reglamento puesto que no se ampara en la legislación nacional que vincula al gobierno autonómico, cual es, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, así como tampoco a la Ley autonómica de ordenación sanitaria que, según la jurisprudencia de esa Sala, es fundamento de medidas que pudieran limitar o restringir derechos fundamentales y que supere el triple examen de proporcionalidad. Asimismo, rechaza la aplicación del principio *iura novit curia* ya que considera que no le corresponde al tribunal fijar el marco normativo en el que se sustenta la medida que restringe derechos fundamentales.

Sobre este punto convendría destacar que solo la habilitación del citado artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 permite la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, debiendo someterse a la autorización preceptiva de la justicia, tal como se dispone en los artículos 8.6 y 10.8 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁶

Seguidamente, Fonseca-Herrero rechaza el argumento de que la medida impuesta cumpla rotundamente con los tres subprincipios del examen de proporcionalidad, puesto que no se analizan los hechos que motivaron las medidas en Galicia ni se comparan los datos con los aportados actualizados, como son la ocupación hospitalaria, la cobertura de la vacunación y el porcentaje de incidencia que, según informes acompañados, es significativamente menor. De hecho, tal como se expresa en el Auto recurrido, la administración no justifica la proporcionalidad de la medida ni explica -con los datos epidemiológicos tomados como fundamento- que la situación actual es igual que la existente al momento de adoptarse la medida de Galicia y que dio lugar a sentar jurisprudencia.

Otro aspecto que no se ha tomado en consideración y que hace a la medida desproporcionada es, su vigencia indefinida ya que solo establece la Orden que la medida será sometida a seguimiento y evaluación, lo que claramente podría llevar a la desproporción de la medida.

En tercer lugar, el Magistrado coincide con lo resuelto por el TSJPV, en cuanto a que no se aportan datos y ni argumentos suficientes que justifiquen la necesidad de implementar el pasaporte COVID para los locales de ocio indicados en la Orden, lo que no permitiría comprender la proporcionalidad de la medida, así como tampoco se indica si existen o no otras medidas menos intensas.

Finalmente, reitera sus argumentos en torno a la gravedad de las injerencias sobre el derecho a la igualdad y a la intimidad, así como la insuficiencia del Reglamento (UE) 2021/953 como fundamento jurídico de la medida impuesta.

⁸⁶ IZQUIERDO-CARRASCO, M. Cita 80.

En este voto particular, destaco el detallado análisis que Fonseca-Herrero realiza de los datos sobre incidencia acumulada a 14 días, a la cobertura de la vacunación con una dosis y pauta completa, así como la falta de contrastación de datos sobre la efectividad de la imposición del pasaporte COVID en otras Comunidades Autónomas. Sin duda, las medidas restrictivas de derechos fundamentales deben basarse en datos concretos y actualizados y no en información abstracta atemporal.

7. Conclusiones

A diferencia de lo que concluye Álvarez Buján que durante la pandemia COVID-19 el principio de proporcionalidad cayó en el olvido, mi apreciación es que lo que sucedió con este principio y, específicamente, con el examen de proporcionalidad, es que resultó completamente desvirtuado, en el sentido que establece la Real Academia de la Lengua Española: “hacer disminuir o perder la virtud o las características propias de una cosa”⁸⁷.

A su vez, la aplicación amplia (o más bien laxa) del principio de proporcionalidad en sentido estricto lo aleja de su fin último, cual es, la realización de exámenes rigurosos tanto por parte de la administración como de los tribunales, ya que las medidas que restringen derechos fundamentales no pueden ser adoptadas de manera intuitiva, azarosa e impuestas sobre la base de información incompleta e imprecisa. Este rigor no solo reviste carácter jurídico-interpretativo/teórico, sino también fáctico, de manera que los antecedentes deben dejar claramente establecido que la medida a implantar es proporcionada.

El examen de proporcionalidad no puede utilizarse como argumento falaz que justifique los excesos cometidos sobre la base de que no había apenas información disponible sobre el virus y no existían experiencias recientes de cómo actuar ante una situación de emergencia sanitaria global. Lo cierto es, que las autoridades deben mantener en todo momento la cabeza fría y evitar caer presas del pánico, guiando su actuar por virtudes cardinales como la prudencia y la templanza. Por ello, el test de proporcionalidad cobra aún más protagonismo puesto que una vez realizada la ponderación entre principios o derechos fundamentales, el resultado no debería ser la derrota de uno o varios con el objetivo de preservar otros. De hecho, tanto el constituyente como el legislador orgánico tienen claro que este tipo de limitaciones tienen un carácter excepcional (si no, excepcionalísimo) y por ello la aplicación e interpretación de esta prueba debe tener carácter restrictivo y, en ningún caso laxo, en tanto en cuanto subyace la idea de razonabilidad, ya que su incorrecta aplicación deviene en decisiones carentes de razonabilidad e incongruentes con todo el tinglado de valores y principios del Ordenamiento Jurídico

⁸⁷ DRAE: <https://dle.rae.es/desvirtuar>

La ciencia jurídica aborrece lo imprudente, lo irracional, lo impreciso, lo absurdo. Todo acto o decisión administrativa debe estar debidamente fundada en consideraciones razonables y susceptibles de contrastarse, lo que evitaría la adopción de medidas como la exigencia del pasaporte COVID implantado sobre argumentos falaces y, como lo afirma Sánchez Sáez, resultó ser un instrumento carente de sentido⁸⁸. Por ello, la prueba de proporcionalidad pareciera ser un requisito de la naturaleza de los actos administrativos ya que, al existir otros medios menos lesivos, costosos o molestos, se debe optar por ellos. En definitiva, el subprincipio de necesidad vendría siendo una aplicación de la Navaja de Ockham o *Lex Parsimoniae* en el Derecho Público.

Con todo, resulta evidente que la doctrina y la jurisprudencia española deberían considerar la legitimidad del fin y de los medios empleados como el primer elemento de este examen de proporcionalidad ya que, al final del día, también es un examen de razonabilidad. Como señalé anteriormente, en la sentencia del TC sobre la primera declaración del estado de alarma, el hecho de que el Gobierno haya errado en el instrumento constituiría una falta de legitimidad de los medios empleados y, al mismo tiempo, una falta de idoneidad de estos.

Por todo lo anterior, no parece mala idea incorporar preceptos en la Ley 40/2015, LEOAES o en la Ley Orgánica 3/1986, en los que se indique que entre los motivos de una medida administrativa que restrinja derechos fundamentales, se justifique un propósito y medios legítimos, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así las cosas, pareciera que esta partida ha ganado la postura de García Amado ya que, para prevenir futuras situaciones similares, resulta preferible contar con normas objetivas claras y precisas.

Como corolario, considero necesario recordar la frase de Walter Jellinek, cuando explicó esta cuestión con una metáfora: “el problema de la proporcionalidad consiste en averiguar si hemos disparado a los gorriones con cañones de artillería”⁸⁹.

8. Bibliografía

AGUILÓ REGLA, J. “Son mandatos de ponderación”. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2023, N° 46.

ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2009, N° 11.

⁸⁸ SÁNCHEZ SÁEZ, V. Cita 24.

⁸⁹ Cfr. PHILLIPE, X. Cita 68, p. 264.

ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. “A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad”, Revista Vasca de Administración Pública, 2021, N° 119.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte Covid en un país carente de una legislación antipandemias”. Diario del Derecho, publicado el 10 de enero de 2022, revisado el 19 de febrero de 2023. Recurso electrónico disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218492

ARAGÓN REYES, M. “Hay que tomarse la Constitución en serio”, publicado en el Diario El País de 10 de abril de 2020, revisado el 12 de marzo de 2023. Documento electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

ARENAS RAMIRO, M. “Pasaporte COVID, ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?, La Ley privacidad, 2021, N° 8.

ARROYO JIMÉNEZ, L. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2009, Vol. 2.

ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, Vol. 44.

ATIENZA, M. “La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia”, Sí-lex Formación Jurídica, publicado el 4 de noviembre de 2021, revisado el 27 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>

BACIGALUPE, A; MARTÍN, U; FRANCO, M; BORRELL, C. “Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España. Informe SESPAS 2022”, Gaceta Sanitaria, 2022, Vol. 36 Supl 1.

BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5.

BARNES, J. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”. Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5.

BERGER, P. “Proportionality, evidence and the Covid-19 jurisprudence in Germany”, European Journal for Security Research, 2022, N° 7.

CABRA APALATEGUI, J.M. “Conflictos de normas y razón práctica”. En: Razonar sobre derechos (coord. J.A. García Amado), Tirant lo Blanch, Madrid, 2016.

CLÉRICO, L. “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, Anuario de Filosofía del Derecho, 2015, Vol. XXXI.

DARE, T.; KINGSBURY, J. "COVID passports: discrimination, inequality and coercion". En: Steve Matthewman (ed.), *A Research Agenda for COVID-19 and Society*, capítulo 8, pp. 121-138, Editorial Edward Elgar, Londres, 2022.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. "Límite y restricción, no suspensión". Publicado en el Diario El País, con fecha 8 de abril de 2020, documento electrónico disponible en:
https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

DELGADO RAMOS, D. "El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional", *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2022, Vol. 16, Nº 1.

DICKSON, J. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. Recurso electrónico revisado el 3 de julio de 2023, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

DUCLERCQ, J.B. "Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, Nº 49.

FARRÉS JUSTE, O. "Salus populi suprema lex", *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, Nº 50, Dossier sobre cuestiones bioéticas de la pandemia COVID-19".

GALLEGO BERCIANO, P. Estudio de brotes de COVID-19 en residencias de mayores. Informe julio-octubre 2021. Unidad de Vigilancia de las Infecciones Relacionadas con la Asistencia Sanitaria. Centro Nacional de Epidemiología (CNE), Instituto de Salud Carlos III (ISCIII). Madrid. España, 2021.

GARCÍA AMADO, J.A. Interpretar, argumentar, decidir". En: *Interpretación y aplicación de la Ley Penal*, Anuario de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

GARCÍA AMADO, J.A. "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 2016, Vol. 13.

GOESEL-LE BIHAN, V. "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?" *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, 2012, Nº 7.

HEINTZEN, M; KRIEGER, H. "Gliederung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung". Facultad de Derecho, Universidad Libre de Berlín, 2015. Documento electrónico revisado el 7 de junio de 2023, disponible en: https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.html

HERBÓN COSTAS, J.J. "El mando y gestión del estado de alarma". En: *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (Biglino, P; Durán, F, coordinadores). Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

HIDALGO PÉREZ, M. "El impacto económico del COVID-19 en España". ICE, Revista de Economía, 2021, N° 923.

IZQUIERDO-CARRASCO, M. "COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2022, N° 17.

JACKSON, V. "Constitutional Law in the age of Proportionality". The Yale Law Journal, 2015, Vol. 124, N° 8.

JOWELL, J. "Proportionality in the United Kingdom. Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC. 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils", Revue générale du droit online, 2018, N° 29678.

MÖLLER, K. "Proportionality: Challenging the critics". International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10, N° 3.

PARIS, E. "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates". European Journal of Risk Regulation, 2021, Volume 12, Special Issue 2: Symposium on COVID-19 Certificates and Special Issue on the Global Governance of Alcohol.

PHILLIPE, X. "El principio de proporcionalidad en el Derecho público francés", Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5.

PONTES VIDAL, J. "Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças?" Cadernos EBAPE.BR, 2020, Vol. 18, N° 4.

RUIZ BURSON, F. La jurisprudencia constitucional española sobre los estados de alarma de 2020. En: Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19 (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022.

RUIZ RICO, G. "Foro debate. Aspectos jurídicos del estado de alarma y la pandemia COVID 19", Revista de Estudios Jurídicos, 2020, N° 20.

SANDÍN, B; VALIENTE, R.M; GARCÍA-ESCALERA, J; CHOROT, P. "Impacto psicológico de la pandemia de COVID-19: Efectos negativos y positivos en población española asociados al periodo de confinamiento nacional", Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, 2020, Vol. 25 (1).

SALES, L. Proportionality review in appellate courts: a wrong turning? ALBA, Annual Lecture, 2020. Documento electrónico revisado el 5 de julio de 2023, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181120.pdf>

SÁNCHEZ SÁEZ, A. "El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios". En: Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19 (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022.

STOFFLES, P. "Vaccines can win the race against COVID-19 variants. Here's how", publicado el 17 de agosto de 2020 por el Foro Económico Mundial, revisado el 18 de junio de 2023. Texto disponible en:

<https://www.weforum.org/agenda/2021/08/vaccines-win-race-against-covid-19-variants/>

SULLIVAN, E. T. y FRASE, R. S. “Proportionality principles in American law: Controlling excessive government actions” (Thomas Sullivan, Richard S. Frase Editores). Oxford University Press, Oxford, 2009.

TISHBIREK, A. “Die Verhältnismäßigkeitsprüfung Methoden migration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht”. Editorial Mohr Siebeck, Tubinga, 2020.

TREMBLAY, L.B. “Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle”, McGill Law Journal, 2012, Vol. 57, N° 3.

VIDAL FUEYO, C. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Tomo II.

WIENBRACKE, M. “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, Zeitschrift für das Juristische Studium (online), 2013, N° 2.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.