

El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español

Nicolás González-Cuéllar Serrano
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS: A) *Legalidad*. B) *Justificación teleológica*. III. REQUISITOS EXTRÍNSECOS: A) *Judicialidad*. B) *Motivación*.—IV. REQUISITOS INTRÍNSECOS: A) *Idoneidad*: 1. Adecuación cualitativa y cuantitativa. 2. Adecuación del ámbito subjetivo de aplicación. 3. Prohibición de la desviación de poder. B) *Necesidad*. C) *Proporcionalidad en sentido estricto*: 1. El interés de persecución penal. 2. Los intereses de los ciudadanos.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho procesal español el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio comenzó a ser objeto de estudio doctrinal a finales de la década de los ochenta. El primer trabajo monográfico sobre el tema fue la tesis doctoral de V. ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su aplicación judicial» (Valladolid, 1989). Un poco más tarde publiqué la monografía *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Ed. Colex, 1990), que recoge mi tesis doctoral. Con anterioridad el principio de proporcionalidad no había merecido la atención de los estudiosos de nuestra disciplina, con algunas excepciones, entre las que cabe destacar a GIMENO SENDRA, que incluía la proporcionalidad entre los principios del proceso penal en sus manuales¹ y a quien siempre agradeceré que tuviera la deferencia de dirigir mi te-

¹ *Derecho procesal*, tomo II: *Proceso penal*, VV.AA., Valencia, 1988, págs. 73 y 74.

sis, y a PEDRAZ PENALVA, autor de diversos estudios sobre el tema² y director de la tesis de V. ORTEGA BENITO³.

En los últimos ocho años son numerosos los autores que han planteado en sus trabajos análisis de las instituciones procesales desde la perspectiva de la proporcionalidad⁴. Y muchas las sentencias de la Sala 2.^a del TS, de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional que han aplicado el principio para la resolución de los más variados conflictos (SSTS 2.^a de 15 de abril de 1993, 15 de julio de 1993, 11 de octubre de 1994, 28 de diciembre de 1994, 1 de febrero de 1995, 5 de junio de 1995, 15 de febrero de 1997, 4 de marzo de 1997, 10 de marzo de 1997, 11 de abril de 1997, 18 de abril de 1997, 6 de mayo de 1997, 2 de abril de 1998, 27 de abril de 1998...). Permítaseme ahora recordar, entre los referidos autores, a Enrique RUIZ VADILLO⁵. Entre los grandes méritos de tan insigne jurista estuvo la de incorporar a la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la necesidad de respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, objeto, por primera vez, de riguroso análisis judicial en el famoso ATS 2.^a de 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*).

También en órdenes jurisdiccionales distintos del penal el principio de proporcionalidad ha sido aplicado por los tribunales, especialmente en el ámbito de los límites del derecho a la tutela judicial constituidos por los requisitos procesales condicionantes de la válida actuación procesal, aunque no exclusivamente, al afectar a cualquier caso de restricción de derechos fundamentales.

Mención aparte ha de realizarse a la jurisprudencia del TC, que durante la década de los ochenta mantuvo una vacilante postura en torno al principio de proporcionalidad, tanto en cuanto a su fundamento, como a su contenido y a sus consecuencias (cfr. SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 6/1988, de 21 de enero; 37/1989, de 15 de febrero...). Más tarde diversas sentencias abordaron las fuentes constitucionales del principio y definieron los presupuestos y requisitos que el mismo impone a toda limitación de los derechos fundamentales. En el ámbito del Derecho procesal es necesario resaltar la STC 207/1996, de 16 de diciembre, referida a las intervenciones corporales, la cual constituye un magnífico ejemplo de rigor conceptual en el tratamiento del principio que nos ocupa.

² «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, págs. 313 y ss.; «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana» (con V. ORTEGA BENITO). *Poder Judicial*, 2.^a época, núm. 17 (marzo 1990), págs. 69 y ss.

³ Otros autores que se ocuparon del principio de proporcionalidad en el proceso penal son VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Poder Judicial*, 1986, número especial II, «Justicia penal», pág. 110, y ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, págs. 96 a 99.

⁴ *Vide*, entre otros trabajos, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991; MONER MUÑOZ, «Las intervenciones corporales», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 164 y ss.

⁵ «Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.», en *La restricción...*, cit., págs. 9 y ss.

En las próximas páginas examinaremos los presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad y sus repercusiones en el Derecho procesal. Para ello seguiré la sistemática que ya empleé en la monografía antes citada (y a la que, para mayor detalle, me remito), coincidente básicamente con la utilizada por la STC 207/1996.

Como el TEDH ha reiterado en numerosas sentencias, entre las que destacan las Sentencias de 7 de diciembre de 1976, *caso Handyside*; de 26 de abril de 1979, *caso The Sunday Times*, y de 25 de marzo de 1985, *caso Bartholdt*, la admisibilidad de las medidas restrictivas de los derechos tutelados por el Convenio de Roma queda condicionada a que las injerencias se encuentren *previstas por la ley* y sean *necesarias en una sociedad democrática* para alcanzar ciertos *finés legítimos* previstos. Así formulado, el principio de prohibición de exceso puede descomponerse en determinados presupuestos y requisitos de validez de las medidas que, conjuntamente considerados, constituyen un completo y riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales, el cual ha de ser utilizado tanto en relación con la creación normativa como en la aplicación del Derecho.

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno *formal*, constituido por el principio de legalidad, y otro *material*, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto *formal* porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es *material* porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos.

Además, el principio de prohibición de exceso requiere que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos *extrínsecos* al contenido de las medidas. Son los requisitos de *judicialidad*, que reclama en determinados casos la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de *motivación*. Los requisitos *intrínsecos*, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, acuñados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas⁶.

⁶ Con mayor amplitud, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., págs. 69 y ss.

II. PRESUPUESTOS

A) *Legalidad*

En principio podría pensarse que el principio de legalidad es ajeno al examen de proporcionalidad, pero debe considerarse que es su primer presupuesto porque carece de sentido enjuiciar la constitucionalidad de una medida, desde la perspectiva de la proporcionalidad, si su inconstitucionalidad resulta ya de la transgresión del principio de legalidad, al que toda restricción de derechos fundamentales queda sometida (arts. 53.1 y 81 CE). La inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad⁷. Debe hacerlo, pues en caso contrario el principio de proporcionalidad asume una función perversa, al servir como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistas de cobertura legal que se dicen imprescindibles para la defensa de importantes intereses públicos. Con ello el principio de proporcionalidad invierte su papel y se convierte en coartada para la quiebra del Estado de Derecho y la arbitrariedad⁸.

Reiteradamente, en materia de limitación del derecho a la tutela judicial, ha sostenido el TC que la restricción del acceso a los tribunales, para ser constitucionalmente admisible debe poseer cobertura legal (SSTC 29/1993, de 25 de enero; 221/1994, de 18 de julio; 48/1995, de 14 de febrero; 10/1996, de 29 de enero...). En otros terrenos, la jurisprudencia del TC ha sido excesivamente flexible, al igual que la del TS. Veamos algunos ejemplos.

El más claro era el constituido por la práctica de intervenciones telefónicas, sin cobertura legal alguna antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1988, de 25 de mayo, que reformó el art. 579 de la LECrim. Ni el TC ni el TS las prohibieron, a pesar de la evidente transgresión del principio de legalidad que suponían (STC 22/1984, de 17 de febrero; STS de 5 de febrero de 1988). Finalmente, el TEDH ha condenado por ello al Estado español (STEDH de 30 de julio de 1998 —*caso Valenzuela Contreras*—).

En la actualidad, el art. 579 de la LECrim. sí regula las intervenciones telefónicas, pero lo hace de modo tan insuficiente y oscuro que el precepto ha sido objeto de durísimas críticas, incluso por la jurisprudencia. Al respecto, el ATS 2.^a de 18 de junio de 1992 recuerda que una parte muy importante de la doctrina científica ha puesto de relieve «con autoridad y argumentos muy poderosos» la «excesiva indeterminación y amplitud de la normativa», lo que lleva a la citada resolución a precisar las condiciones de admisibilidad de la medida y las garantías que deben respetarse en su ejecución. La STEDH antes citada enfatiza el esfuerzo de la jurisprudencia de los tribunales españoles en trasladar a la práctica las garantías deri-

⁷ ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, Basel, 1978, pág. 25.

⁸ Vide HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, págs. 192, 196 y 197.

vadas del CEDH en la realización de intervenciones telefónicas y menciona como el mejor ejemplo de ello el ATS 2.^a de 18 de junio de 1992, el cual en ocasiones ha sido criticado en nuestro país, muy injustamente, como ejemplo de un exceso de garantismo.

Tampoco las restricciones del derecho a la libertad deambulatoria son respetuosas con las exigencias del principio de legalidad: la detención policial se efectúa a espaldas del plazo legal máximo de veinticuatro horas establecido por el art. 496 de la LECrim., el cual en el Parlamento se ha llegado a calificar de norma «en desuso»; las retenciones y los cacheos se aplican con la única cobertura del art. 19.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, el cual, como la STS 2.^a de 7 de julio de 1995 señala, «deja mucho que desear»; y lo peor es que, al respecto, el TC sostiene que la «inmovilización de una persona, instrumental de prevención o de indagación» no afecta al derecho reconocido por el art. 17 de la CE (STC 341/1993, de 12 de noviembre, en contradicción con la doctrina sentada en la STC 98/1986, de 10 de julio, según la cual no existen zonas intermedias entre libertad y detención)⁹, posición compartida por el TS, salvo en la última sentencia citada (SSTS 2.^a de 15 de abril de 1993, 23 de diciembre de 1994, 12 de julio de 1995, 27 de septiembre de 1996, 17 de enero de 1997...).

En materia de secreto sumarial, se autoriza su prórroga aunque se exceda el plazo máximo de un mes fijado por el art. 302 de la LECrim.: según la STC 176/1988, de 4 de octubre, el secreto del sumario puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, cuando así lo justifique el interés público de la investigación penal. Nos encontramos ante una utilización pervertida de la proporcionalidad que soslaya las exigencias de la legalidad.

En lo que a las intervenciones corporales concierne, afortunadamente la STC 207/1996, de 16 de diciembre, ha corregido la criticable doctrina contenida en la STC 37/1989, de 15 de febrero.

B) *Justificación teleológica*

Toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, para ser constitucionalmente admisible, tiene que responder a una finalidad legítima. Su fin ha de ser el de tutelar bienes constitucionalmente protegibles y socialmente relevantes.

⁹ Sobre las redadas policiales y los cacheos una Sección del TC dictó tres polémicas providencias de inadmisión de recursos de amparo (una de 26 de noviembre de 1990 —recurso núm. 2252/1990— y dos de 28 de enero de 1991 —recursos núms. 2260 y 2262/1990—) en las que señaló que el derecho a la libertad y el derecho a circular libremente por el territorio nacional no resultan afectados por las referidas diligencias policiales, pues «aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuentemente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía».

El campo propio de aplicación del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es el fin perseguido por la injerencia, pues si dicho fin es ilegítimo o irrelevante la medida habrá de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria. Y ello sin necesidad de examinar la idoneidad de los medios, sus posibles alternativas, ni efectuar ponderación alguna de intereses.

Desde la perspectiva del Derecho procesal, posee un gran interés la aplicación del principio de justificación teleológica a la prisión provisional. Sus fines legítimos no pueden deducirse de su regulación legal, contenida en los arts. 503 y 504 de la LECrim. —sumamente defectuosos—, y han sido precisados por el TC que ha seguido la doctrina emanada del TEDH: evitar el riesgo de fuga, la reiteración delictiva y el peligro de destrucción de pruebas (SSTC 128/1995, de 26 de junio; 56/1997, de 17 de marzo...). Nuestro TC ha acogido así la jurisprudencia del TEDH sobre los «tres peligros», y *lege lata* ha aceptado incluso la posibilidad de acordar la prisión provisional en un supuesto carente de cualquier base legal en nuestro país —el peligro de destrucción de pruebas—, lo cual parece poco respetuoso con el principio de legalidad. Pero al margen de este problema, lo que queda claro es que ninguna otra finalidad puede justificar la adopción de la prisión provisional. Expresamente se niega que la citada medida cautelar de carácter excepcional pueda aplicarse para impulsar el proceso, obtener pruebas o declaraciones (STC 128/1995, de 26 de julio), sancionar anticipadamente al sujeto (STC 41/1982, de 2 de julio) o para calmar la «alarma social», cuya invocación, sostiene la STC 98/1997, de 20 de mayo, «no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional»¹⁰.

Muy reiterada también ha sido la jurisprudencia del TC sobre las finalidades legítimas que pueden justificar los requisitos procesales que condicionen el derecho de acceso a la Jurisdicción. Dichas finalidades han de estar en conexión con el propio proceso, con las relaciones jurídico-sustantivas subyacentes o con la regularidad del tráfico jurídico, sin que otros fines, aunque sean legítimos, puedan ser admitidos, como puso de relieve la STC 141/1988, de 12 de julio, la cual llegó a la conclusión, al enjuiciar el art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley de Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de que la inadmisión y falta de eficacia en los «Tribunales» y «Oficinas Judiciales» de los docu-

¹⁰ El TEDH no ha declarado contraria al art. 5 del CEDH la prisión provisional basada en el peligro grave de alteración del orden público con daño para personas o bienes. Ahora bien, permite tener en cuenta tal circunstancia sólo cuando el Derecho interno la prevea expresamente, y siempre que además descansa sobre hechos adecuados para demostrar que la liberación del detenido perturbaría realmente el orden público, pues en caso contrario la prisión provisional anticiparía una pena privativa de libertad (SSTEDH de 27 de agosto de 1992, *caso Tomasi*, y de 27 de noviembre de 1991, *caso Kemmache*). Además, el TEDH recomienda que Jueces y Tribunales extremen su celo a la hora de revisar de oficio la duración de la medida, de modo que decreten la libertad tan pronto como haya desaparecido la situación (STEDH de 26 de junio de 1991, *caso Letellier*).

mentos que contuvieran actos o contratos sujetos al impuesto, respecto a los que no se justificara su pago, exención o no sujeción a efectos tributarios, vulneraba el art. 24 de la CE, en concreto los derechos a la tutela, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (*vid.* también la STC 5/1993, de 14 de enero).

Por su parte —entre otros ejemplos que podrían citarse—, la STC 158/1993, de 6 de mayo, analizó, desde el punto de vista de la proporcionalidad, las limitaciones que para el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, contenido en el derecho a la tutela, suponen las disposiciones legales de inembargabilidad: «tales límites legislativos a la embargabilidad tienen, en principio y con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la norma fundamental), principio al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo económico vital del deudor». Ahora bien, «si la ejecución se impidiera más allá de la cuantía que asegura ese mínimo vital, se estaría sacrificando, sin proporción ni justificación constitucional, el derecho de los acreedores *ex* art. 24.1 a hacer efectivos los créditos reconocidos en resolución judicial».

III. REQUISITOS EXTRÍNSECOS

A) *Judicialidad*

La consideración de la judicialidad como requisito de la proporcionalidad, en los casos en los que la CE impone la decisiva intervención de un órgano judicial para la limitación de los derechos fundamentales (arts. 17.2 y 4, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4), se basa en el hecho de que son precisamente los órganos judiciales los constitucionalmente previstos para garantizar de forma inmediata la eficacia de dichos derechos y, por ello, queda sometida en todo caso a su juicio la decisión sobre la proporcionalidad de las medidas limitativas, desde la perspectiva del caso concreto, sin que el legislador se encuentre autorizado para privar a los jueces de un margen de apreciación en esta materia, que les permita calibrar el peso de los intereses en conflicto, estableciendo normas de efectos automáticos. Como advierte la doctrina alemana, las disposiciones limitativas de derechos constitucionalmente garantizados sólo son admisibles como «disposiciones de poder» (*Kann-Bestimmungen*), nunca «de deber» (*Muss-Bestimmungen*), en tanto la Constitución haya previsto determinados órganos justamente para controlar la admisibilidad de las medidas en el caso concreto¹¹.

¹¹ Cfr. GENTZ, «Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen», *NJW*, 69, págs. 1606 y 1607.

Como se ha dicho, la CE, en los preceptos antes citados, reserva a los jueces la primera palabra para la restricción de determinados derechos fundamentales: el derecho a la libertad deambulatoria, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión y el derecho de asociación. Junto a ello, el TC ha considerado que también las medidas de intervención corporal quedan reservadas a la autoridad judicial (STC 37/1989, de 15 de febrero), «sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad» (STC 207/1996, de 16 de diciembre).

B) *Motivación*

Como señala la STC 207/1996, de 16 de diciembre, «el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de la proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)».

En la práctica, sin embargo, no siempre el deber de motivación se cumple escrupulosamente en las resoluciones judiciales mediante las que se acuerdan intervenciones telefónicas o entradas y registros domiciliarios. Aunque desde el ATS 2.^a de 18 de junio de 1992 la situación ha cambiado y las autorizaciones judiciales genéricas a la policía no son tan frecuentes y, cuando se producen, en muchos casos son rechazadas por el TS o el TC (SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre;

54/1996, de 26 de marzo) todavía se aprecia en la Sala 2.^a del TS cierta permisividad. Como ejemplos de sentencias recientes excesivamente flexibles en cuanto a la utilización de formularios o modelos que se remiten a la solicitud policial, para la autorización de entradas y registros, cabe citar las SSTs 2.^a de 15 de febrero de 1997, 2 de abril de 1998 y 27 de abril de 1998. La STS de 19 de diciembre de 1997 trata de matizar la mencionada postura permisiva: «La adopción del acuerdo intervencionista de las comunicaciones ha de verificarse por medio de Auto, y éste debe ofrecerse suficientemente motivado. Ahora bien, no es infrecuente hallarnos ante autos sin apenas motivación aunque con explícita y clara referencia a la solicitud policial antecedente en las que se plasman las razones de la solicitud. Generalmente, en supuestos en que la instancia de la medida se realiza en los umbrales del procedimiento y el juez no tiene más apoyo valorativo que el oficio de la policía. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido que la remisión a las razones de la solicitud policial, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial (cfr. Sentencias del TS de 5 de julio de 1993, 4 de noviembre de 1994, 19 de octubre de 1996 y 8 de febrero de 1987)».

IV. REQUISITOS INTRÍNSECOS

En síntesis, utilizando de nuevo palabras de la STC 297/1996, de 16 de diciembre, «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”».

A) *Idoneidad*

El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.

En la RFA se ha considerado que no es necesaria una aptitud completa del medio para que pueda ser considerado idóneo desde la perspectiva

de la prohibición de exceso. Una medida es idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los supuestos más claros, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin¹².

Parece evidente que no es exigible a una medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta, pero la dificultad estriba en determinar el grado de eficacia requerido por el principio de idoneidad. La cuestión se complica por el hecho de que quien está autorizado a perseguir un fin se encuentra también facultado para tratar de obtener un éxito menor¹³. El problema consiste en trazar la frontera entre las medidas no absolutamente idóneas, que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del principio de idoneidad, y aquellas que deben excluirse por resultar inidóneas y, por tanto, desproporcionadas.

Un grave obstáculo del enjuiciamiento de la idoneidad viene dado por los problemas que lleva aparejada la realización del pronóstico sobre el éxito de la medida, el cual se debe efectuar por el órgano actuante y es realmente complicado cuando se trata de determinar la eficacia total o parcial del medio escogido¹⁴.

1. Adecuación cualitativa y cuantitativa

Prescindiendo de la dificultad apuntada, la adecuación del medio se ha de manifestar, objetivamente, desde el doble punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Las medidas deben ser, en primer lugar, cualitativamente idóneas para alcanzar el fin previsto, es decir, aptas por su propia naturaleza. Así, por ejemplo, es cualitativamente adecuado acordar la entrada y registro en un domicilio con el fin de recoger fuentes de prueba. En este sentido, el art. 546 de la LECrim. autoriza al Juez a «decretar la entrada y registro (...) cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación». Por su parte, el art. 579 de la LECrim., en sus apartados primero y tercero, permiten al Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica y la intervención de las comunicaciones, si hubiera indicios de obtener por tales medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante para el proceso. Como cabe deducir de los preceptos transcritos, no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado

¹² GENTZ, *op. cit.*, pág. 1603. Vide también RESS, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht», en *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, pág. 17.

¹³ HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, pág. 51.

¹⁴ GRABITZ, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1973, págs. 572 y ss.

desde una perspectiva abstracta. Es preciso además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin.

Ahora bien, una medida restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada respecto al fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la finalidad concreta que pretenda alcanzar¹⁵.

La LECrim. obliga en varios de sus preceptos a restringir la intensidad de las injerencias dirigidas a la investigación de los hechos punibles a los límites necesarios para alcanzar la finalidad perseguida. Su art. 574 autoriza al Juez que haya acordado la entrada y el registro de un domicilio recoger los «instrumentos y efectos del delito» y «los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubieran encontrado», pero sólo «si esto fuere necesario para el resultado del sumario». «Al practicar los registros —dispone el art. 552 de la LECrim.— deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción». El art. 587 del mismo texto legal obliga a la autoridad judicial a devolver al afectado «la correspondencia que no se relacione con la causa», y en el ámbito de las escuchas telefónicas el art. 579.3 establece como límite un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos.

En lo que a las medidas cautelares personales concierne, merece ser destacado, en relación con la exigibilidad constitucional de adecuación cuantitativa, el art. 17.2 CE, según el cual «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos».

Por su parte, el art. 506 LECrim. establece un límite para la incomunicación de detenidos y presos, medida que —dirigida a asegurar el éxito de la instrucción (frente al peligro de ocultación o destrucción de pruebas o confabulación)— goza de doble carácter extraordinario, pues supone una excepción a la situación que es normal en la detención, ya de por sí excepcional: «sólo podrá durar el tiempo preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que, por regla general, deba durar más de cinco días». El art. 507 permite prolongar la medida «si las citas hubieran de evacuarse fuera de la Península o a larga distancia», por «el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación»¹⁶.

¹⁵ Vide la STC 175/1985, de 19 de diciembre, relativa al arresto del quebrado.

¹⁶ Las citadas normas, relativas a la incomunicación, ofrecen una solución satisfactoria en cuanto a la adecuación cuantitativa del plazo de duración de la medida, que sólo puede prolongarse durante el tiempo «preciso», sin perjuicio de la conveniencia de la regulación de un plazo máximo que previera la necesidad de ampliar, en supuestos excepcionales, la duración máxima de la incomunicación establecida con carácter general (cinco días), pero que simultáneamente fijara un tope infranqueable.

En otro orden de consideraciones, no parece que pueda valorarse positivamente, desde el punto de vista de la adecuación cuantitativa, el art. 527 LECrim. Dicho precepto no regula el plazo de la incomunicación, pero sí determina su contenido. Y lo hace de un modo que, a nuestro juicio, infringe

En relación con la prisión provisional, el TC ha declarado que «la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada¹⁷, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» (STC 108/1984, de 26 de noviembre).

Así, la prisión provisional, aunque se muestre en el caso concreto cualitativamente adecuada, vulneraría el principio de idoneidad y, por ello, resultaría desproporcionada, si, prescindiendo de otras limitaciones temporales reclamadas por la CE (art. 17.4) y reguladas por la LECrim. (art. 504) —que deben ser observadas en cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto—, su duración excediera de la duración de la pena privativa de libertad prevista para el delito imputado al sospechoso. La inidoneidad de la medida por ausencia de adecuación cuantitativa sería en este caso clarísima¹⁸. Pero incluso, en supuestos en los que la duración de la prisión provisional sea mucho menor que la de la pena prevista, la exigencia de adecuación cuantitativa juega un papel fundamental, al reclamar la limitación de la injerencia en la medida realmente precisa. En este sentido, el art. 520.1 LECrim. prevé que «la detención y la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio», y el art. 528 del mismo texto legal establece que la prisión sólo durará mien-

el principio de idoneidad y que, en consecuencia, cabría reputar desproporcionado. El art. 527 establece el alcance de la incomunicación en relación con los derechos que la Ley atribuye a todo detenido o preso: a) «en todo caso su abogado será designado de oficio»; b) no tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2 del art. 520; «tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista en el apartado c) del número 6».

La incomunicación no sólo ha de acordarse durante el tiempo estrictamente necesario, sino que también ha de adoptarse excepcionalmente, y sólo con el alcance necesario para satisfacer el fin de la medida. El art. 527.a), en cuanto prescribe con efectos automáticos («en todo caso») la atribución al comunicado de un abogado de oficio, extiende indebidamente y de forma, a nuestro parecer, inconstitucional la restricción del derecho fundamental a la asistencia letrada del detenido a supuestos en los que puede no ser preciso privar al comunicado de un abogado de confianza, sobre todo cuando el art. 527.c) puede servir, por sí mismo, para evitar los peligros para el éxito de la investigación, al restringir el derecho del detenido a entrevistarse con su abogado. Por otro lado, si el abogado es de oficio no se comprende la finalidad de la supresión de la entrevista reservada que el art. 520.6 garantiza. Se trata, en definitiva, de medidas de extraordinaria gravedad que, al menos, deberían atribuir al Juez un margen de maniobra que le permitiera acordar únicamente las que estimara necesarias, sin sujetarle a la obligación de ordenar las tres simultáneamente.

A pesar de ello, lo cierto es que la constitucionalidad del art. 527 LECrim. ha sido avalada por la STC 196/1987, de 11 de diciembre, criticada a su vez por los dos votos particulares de cinco Magistrados. Como el primero de dichos votos señala, «una previsión pensada para casos excepcionales no debe, en buena técnica jurídica y de política penal, convertirse en norma penal indiscriminada...».

¹⁷ Y no puede serlo cuando se trate de la restricción de derechos fundamentales, conforme vimos con anterioridad.

¹⁸ Supuesto distinto es el de la prisión provisional ante las sospechas de comisión de delitos castigados con penas distintas de las privativas de libertad. Al respecto son de gran interés las SSTC 66/1989, de 17 de abril, y 85/1989, de 10 de mayo.

tras subsistan los motivos que la hayan ocasionado, que el detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia y que todas las autoridades estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención o la prisión. El art. 504.3 LECrim. dispone, por su parte, que «el Juez o Tribunal que conozca de la causa, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario». Dichas disposiciones son de fácil cumplimiento gracias a la norma contenida en el art. 539.1.º LECrim., a tenor del cual «los autos de prisión y libertad provisional y de fianza serán reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa» —véanse también los arts. 790.6.3 y 861 bis a).3.º—. «En consecuencia —añade el párrafo segundo del art. 539—, el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser aumentada o disminuida en cuanto resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio».

Por otro lado, la cuestión de la adecuación cuantitativa de la prisión provisional puede también plantearse en relación con el alcance de la limitación de aquellos derechos fundamentales que, junto con el derecho a la libertad deambulatoria, quedan restringidos en virtud del ingreso del imputado en prisión (*vid.*, por todas, la STC 60/1997, de 18 de marzo).

2. Adecuación del ámbito subjetivo de aplicación

Para la determinación de la adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas restrictivas de derechos, resulta estrictamente necesaria la individualización de los sujetos pasivos de las mismas. Ello significa, en relación con las medidas cautelares y de investigación acordadas en el proceso penal, que los órganos de persecución no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales. Es preciso, por tanto, que concurren determinadas circunstancias que constituyan la base para la realización de un pronóstico desde el que se prevea cierta probabilidad de éxito de las injerencias (STC 37/1989, de 15 de febrero).

En la adopción de las medidas cautelares las circunstancias que permiten su individualización son las mismas que fundamentan la sospecha acerca de la participación del imputado en la comisión del hecho punible. En relación con las medidas de investigación es precisa la valoración del grado de la imputación —como en el caso de las medidas cautelares— y, por otro lado, se requiere, si es un tercero el sujeto pasivo de la medida, la valoración de las circunstancias que indiquen cierta probabilidad de éxito de la investigación, debido a las posibilidades de incorporación a la causa de material fáctico relevante para la instrucción. El pronóstico referente a tal probabilidad debe realizarse de un modo estricto, partiendo del hecho de que el tercero perjudicado por ser elegido sujeto pasivo de la medida

tenga cierta conexión con la causa, relación que se pueda haber establecido de forma voluntaria o involuntaria. La LECrim. exige un cierto grado de sospecha, esto es, un juicio de imputación —si bien no en todos los casos con la misma intensidad—, para la adopción de las medidas dirigidas contra el imputado a que se refieren los arts. 486 y 488, 490 y 491, 503, 529, 546 y 550, 573, 579 y 589. También reclama la LECrim., en la regulación de los actos de investigación, la existencia de circunstancias que indiquen la probabilidad de éxito de las medidas, sea o no el imputado quien deba soportarlas: arts. 546, 550, 573, 574, 575 y 579 (sobre la necesaria existencia de sospechas —concretadas en datos objetivos— para acordar la entrada y registro, véanse las SSTS 2.^a de 11 de octubre de 1994, 22 de mayo y 20 de noviembre de 1995, 3 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1998 y 27 de abril de 1998).

3. Prohibición de la desviación de poder

El examen de la idoneidad de los medios no debe detenerse en la comprobación de la aptitud abstracta de la medida para la satisfacción del fin, ni puede circunscribirse a la adecuación objetiva de las injerencias, aun tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. Es preciso, además, preguntarse por la verdadera intención del titular del órgano actuante que adopta la medida (Juez, Fiscal o Policía). El respeto por el principio de idoneidad debe ser reclamado en el caso concreto y en la voluntad de quien decide la restricción de un derecho fundamental, lo que significa que los órganos de persecución penal no pueden perseguir una finalidad distinta de la prevista por la ley amparándose precisamente en la habilitación que esta última ofrece, pues, en tal caso, el precepto que contuviera la habilitación legal sería utilizado como «norma de cobertura» para defraudar el derecho fundamental cuya limitación está legalmente preordenada a la satisfacción de fines legítimos previstos. Recuérdese, a estos efectos, la doctrina administrativa de la «desviación de poder» y los términos del art. 18 CEDH.

En definitiva, toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia ha de ser considerada inconstitucional, sean cuales sean los móviles, de carácter público o privado, del sujeto actuante, siempre que la ley no autorice la restricción con la finalidad que efectivamente se trate de alcanzar.

Desde esta perspectiva parece que puede ser resuelto el problema planteado por el art. 34 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicho precepto permite a la Administración practicar investigaciones domiciliarias, previo consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial, y establece en su apartado 6.º que «los datos o informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley». La restricción legalmente establecida resulta excesi-

va si, en el registro, practicado conforme a Derecho y sin desviación de poder alguna, se hallan casualmente datos que puedan fundamentar serias sospechas sobre la posible comisión de un delito.

El problema de la legitimidad de la utilización, a efectos procesales, de los datos encontrados casualmente en el curso de investigaciones dirigidas a la obtención de informaciones relativas a hechos punibles que no guardan relación con los finalmente descubiertos, se ha planteado doctrinalmente en España respecto a la entrada y registro domiciliario y a las escuchas telefónicas. Se ha considerado que si la medida es adoptada regularmente (bajo la observancia de las garantías constitucional y legalmente establecidas) los resultados hallados gozan de plenos efectos probatorios, siempre que la gravedad de los hechos descubiertos pudiera haber justificado la adopción de la medida, sin que quepa, en estos casos, hablar de prueba prohibida, incluso en aquellos supuestos en los que las informaciones incriminen a personas distintas de las inicialmente investigadas.

Sobre los descubrimientos casuales, la STS 2.^a de 30 de marzo de 1998 resume la postura de la Sala:

«Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. Así se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 4 de octubre de 1996, 25 de abril de 1996 y 3 de octubre de 1996, y en esta última se expresa que el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, al haber dado la investigación sobre éste resultado positivo, aplicándose las normas de conexión de los arts. 17.5 y 300 de la LECrim., por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste. Apunta la citada sentencia otras dos de 18 de febrero de 1994 y 4 de octubre de 1994 que siguen la misma posición.

No se puede seguir, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1994, el mismo criterio que cuando se trata de una intervención telefónica. En ésta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

Nada impide, pues, que en la diligencia de registro puedan obtenerse pruebas de otro delito distinto de aquel para cuya investigación fuera inicialmente concedida, máxime cuando tales pruebas se hubieran podido obtener mediante una autorización judicial de entrada y registro.»

También es de gran interés la STC 49/1996, de 26 de marzo, según la cual, si obtenida una autorización para intervenir comunicaciones para investigar un delito, se descubre otro, sin que la policía lo ponga en conocimiento del Juez y posteriormente se solicita nueva autorización a otro Juez, que acuerda nuevas grabaciones (ya para investigar el delito descubierto), dichas grabaciones son de valoración probatoria prohibida.

B) *Necesidad*

El principio de necesidad, también denominado «de intervención mínima», «de la alternativa menos gravosa» o «de subsidiariedad», es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.

La LECrim. contiene un elenco de medidas restrictivas de derechos fundamentales aplicables en el proceso sin declarar expresamente en ninguna norma la posibilidad de sustituir tales medidas por otras menos lesivas, excepción hecha de la regulación de la libertad provisional, configurada como estado del imputado que no se halla sometido a prisión provisional, y del arresto domiciliario, concebido por la LECrim. como modalidad de cumplimiento de la prisión provisional. La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, por su parte, sí regula en su art. 8.3 ciertas medidas alternativas a la prisión provisional, pero en esta materia se echa en falta una regulación general de las medidas alternativas a la prisión provisional que acoja un catálogo amplio de medidas sustitutivas, tales como la vigilancia por parte de terceros, el internamiento en instituciones educativas o sanitarias, la obligación de asistencia a un centro de trabajo o de formación, la obligación de permanecer en el país, de no alejarse de una zona determinada o de residir en una cierta dirección, la prohibición de residencia en lugares determinados o de acercarse a ellos, de entrar en contacto con ciertas personas o frecuentar determinados medios, etc.¹⁹.

No obstante, a pesar de la falta de regulación de medidas alternativas en nuestra Ley procesal y sin perjuicio del deseable desarrollo legislativo de alternativas menos gravosas en relación con todas las inferencias practicable durante el proceso que sean sustituibles por medidas suficientemente idóneas, puede defenderse en España la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas siempre que sean observadas tres condiciones que inmediateamente veremos. Ello es

¹⁹ Vide BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona, 1988.

consecuencia del rango constitucional que hemos atribuido al principio de intervención mínima y es técnicamente realizable por medio de la interpretación de las normas en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

Las tres condiciones que proponemos son: a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa; b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja, y c) existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación.

Estas tres condiciones tratan de evitar, en su conjunto, la arbitrariedad judicial, el excesivo desconocimiento de las formalidades legales y la falta de eficacia de la sustitución. La total libertad de los jueces en la aplicación de medidas por ellos inventadas, apartándose de la normativa procesal, lejos de suponer una mayor garantía para el libre ejercicio de los derechos fundamentales, supondría una amenaza para la seguridad de su disfrute. Por otro lado, la ausencia de la infraestructura humana y material precisa para garantizar el éxito de las medidas destruiría su idoneidad.

La condición de idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa nada añade a lo hasta ahora manifestado acerca del principio de intervención mínima. Precisamente dicho principio tiene como fin evitar los perjuicios innecesarios a los afectados y exige que la medida menos gravosa sea suficientemente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida por la medida sustituida. Si esta primera condición es incumplida, si no se trata de una medida idónea y menos gravosa, no cabe hablar de aplicación del principio de intervención mínima y la actuación judicial no contaría con el respaldo constitucional que ofrece el principio.

En segundo lugar hemos reclamado la existencia de cobertura legal suficiente para la limitación de los derechos que la medida restrinja. El principio de legalidad exige, como sabemos, que toda restricción de derechos fundamentales se encuentre regulada por la ley, mientras que el problema del que ahora nos ocupamos consiste en determinar las condiciones necesarias que permitan la adopción de medidas que no se hallen previstas por la ley, pero cuya adopción, por ser menos dañosas que las que sí cuentan con expreso respaldo legal, es reclamada por el principio de intervención mínima. Ambos principios, legalidad y necesidad, son principios constitucionales y deben ser cohonestados en interés de los derechos individuales.

Precisamente para cohonestar los dos principios citados se exige la observancia de esta segunda condición. La medida alternativa menos gravosa debe asegurar la consecución del fin mediante la restricción de aquellos derechos que la medida excluida limite de forma excesiva. Como la medida que ha de ser sustituida en aplicación del principio de necesidad sí se encuentra, por definición, regulada por la ley, pues de otro modo el examen de su proporcionalidad carecería de sentido por ausencia del presupuesto constituido por el principio de legalidad, la restricción del derecho limitado por la medida alternativa dispone de cobertura legal, ya que la

ley autoriza la limitación en un volumen mayor que el finalmente ocasionado por el medio sustitutivo menos gravoso. Por tanto, la relativización del principio de legalidad que de esta manera se produce es tan sólo parcial, de carácter cuantitativo y en interés del ciudadano, quien ve limitados sus derechos en un grado menor que el previsto por la ley con carácter general. En este sentido, la aplicación judicial del principio de intervención mínima con adopción de medidas no reguladas por la ley, limitativas de los derechos cuya restricción se prevé con mayor intensidad, no supone más que la aplicación del conocido aforismo «quien puede lo más, puede lo menos», siendo además la elección de «lo menos» exigencia constitucional.

En tercer lugar, los jueces pueden imaginar multitud de medidas alternativas diferentes de las legalmente previstas, pero sus ideas no podrán ser llevadas a la práctica con eficacia si dichas medidas presuponen la existencia de una infraestructura adecuada que permita su aplicación. Mientras el legislador no decida regularlas y dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos apropiados para garantizar su éxito, las medidas alternativas carecerán de la necesaria eficacia y habrán de ser consideradas inidóneas en muchos casos.

Semejante condición, de carácter instrumental, muestra su importancia en relación con las medidas alternativas a la prisión provisional. Muchas de ellas no precisan de una especial infraestructura y para su aplicación basta contar con los medios ordinarios de la Administración de Justicia (Jueces, Fiscales, Policía...). Sin embargo, otras precisan de la existencia de funcionarios especializados (asistentes sociales, educadores, médicos...) e instalaciones adecuadas (centros de rehabilitación, de formación...).

C) *Proporcionalidad en sentido estricto*

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

Debido a que es el proceso penal el sector del ordenamiento procesal en el que más graves restricciones de los derechos fundamentales se producen, centraremos nuestra atención en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto en dicho ámbito.

El proceso penal es considerado generalmente un instrumento necesario de protección de los valores recogidos por el Derecho penal, cuya función primordial consiste en dotar al Estado de un cauce preestablecido para la aplicación del *ius puniendi*. La finalidad, por tanto, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal se orientaría así, en principio, a permitir a los órganos del Estado la satisfacción de los fines propios del derecho material, dando de este modo respuesta al interés de persecución penal que anima su actuación y que se opone al *ius libertatis* de los ciudadanos. No obstante, conviene precisar, por un lado, que el proceso no es un simple instrumento al servicio de fines ajenos que le serían impuestos por normas materiales, y, por otro, que no sólo el interés de persecución penal justifica la restricción de los derechos de los particulares en el proceso penal, pues la actuación de los órganos del Estado puede ir dirigida a la satisfacción de otros intereses constitucionalmente protegibles (por ejemplo, si se acuerda la celebración del juicio a puerta cerrada para proteger los intereses de un menor o si se requiere la prestación de fianza para presentar querrela al actor popular para garantizar el abono de costas en caso de ser impuestas).

1. El interés de persecución penal

Es indudable que la actividad de persecución penal desarrollada por los órganos del Estado va encaminada esencialmente —y sin desconocer el fin de otorgar adecuada tutela a la víctima— a posibilitar la aplicación del *ius puniendi*, cuya finalidad, en un Estado de Derecho, ha de consistir en asegurar la tutela eficaz de los bienes jurídicos que sean constitucionalmente protegibles por medio de las normas penales y que el legislador, en cumplimiento de las exigencias derivadas de la Norma Fundamental, haya considerado conveniente salvaguardar de forma tan intensa.

El peso del interés de persecución penal, por tanto, sólo puede ser legítimamente comparado con la relevancia de los derechos fundamentales limitados si dicho interés es concebido como el interés propio de los órganos de persecución penal, tendente a asegurar la protección final de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, mediante la aplicación de las restricciones que en el proceso resultan necesarias, ya tengan finalidad cautelar, preventiva o de investigación.

Una vez definido el interés de persecución penal, es preciso tratar de descubrir los criterios de medición del mismo, con el fin de compararlo con la relevancia de los derechos fundamentales limitados en el caso concreto. En la RFA se ha considerado que los criterios de medición de los intereses enfrentados que permiten la aplicación del principio de proporcionalidad no pueden establecerse con carácter general²⁰. Los intereses en

²⁰ DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Berlín, 1985, pág. 71.

conflicto son muy diversos y los indicadores de su importancia absolutamente distintos, según sea la materia sobre la que se proyecte el principio. Los indicadores deben aislarse dentro de cada sector del ordenamiento y han de adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto.

Sin embargo, simultáneamente, en el seno ya de un sector del ordenamiento en particular (el proceso penal), como el principio de proporcionalidad en sentido estricto no se apoya sobre consideraciones empíricas sino valorativas, resulta necesario contar con una ayuda orientativa adicional, que permita aplicar el principio en relación con las medidas procesales penales, estableciendo ciertos criterios de medición del interés de persecución penal, a través de los cuales pueda conocerse su volumen, y que resulten de utilidad en la generalidad de los casos. Así, la doctrina alemana ha aislado los siguientes indicadores del interés estatal: la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de la imputación y el éxito previsible de la medida²¹. A ellos nos referiremos a continuación.

El primero y más importante criterio de utilidad para la valoración del interés de persecución penal es, sin duda, el así llamado «criterio de la consecuencia jurídica del delito». Su formulación ha sido realizada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, sobre la base de su utilización en la aplicación, explícita o implícitamente aceptada, del principio de proporcionalidad en la adopción de las medidas restrictivas dentro del proceso penal y por impulso sobre todo de su consagración legal en el p. 112 (1) StPO, principalmente. Dicho precepto prohíbe la prisión provisional del imputado cuando la medida fuera desproporcionada en relación con «la importancia de la causa» y «la pena o medida de corrección y de seguridad esperada».

El «criterio de la pena o medida esperada», más felizmente denominado, a nuestro parecer, «criterio de la consecuencia jurídica»²², no precisa, sin embargo, de su consagración legal expresa para influir decisivamente en la valoración del interés de persecución penal. Prueba de ello es que en la RFA no sólo es apreciado en relación con las medidas en cuya regulación se contempla, sino que sirve como criterio de medición del interés público en el proceso penal, cualquiera que sea la medida restrictiva de derechos sobre la que ha de aplicarse el principio de proporcionalidad. Incluso antes de la admisión expresa del criterio en el p. 112 (1) StPO, la doctrina alemana advertía sobre su utilización generalizada²³.

En definitiva, se trata de un criterio de inexcusable aplicación en la medición del interés de persecución penal, cuya consagración legal no es necesaria, pues es reclamado por el principio constitucional de proporcionalidad.

En España, la LECrim. exige expresamente tomar en consideración la gravedad de la pena esperada en relación con las siguientes medidas: de-

²¹ DEGENER, *op. cit.*, pág. 35.

²² DEGENER, *op. cit.*, págs. 73 y ss.

²³ SCHMIDT-LEICHNER, «Untersuchungshaft und kleine Strafprozessreform», *N/W*, 1961, pág. 338.

tención (arts. 492 y 495), prisión provisional (arts. 503 y 504), libertad provisional, con o sin fianza (arts. 504 y 529), en el establecimiento de los plazos máximos de la prisión provisional y con respecto a la decisión sobre su prolongación (art. 504). Además, es un criterio que ha de ser apreciado, como ya se ha advertido, en la adopción de toda medida restrictiva de derechos, pues constituye un elemento imprescindible para la realización de la medición del interés estatal, cuya comparación con el interés individual hace posible la aplicación del principio de proporcionalidad.

Ya se ha indicado que el segundo factor que la StPO, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria alemanas proponen como instrumento de medición del interés estatal es el criterio de la importancia de la causa (*Bedeutung der Sache*). La opinión más extendida atribuye al citado factor un contenido propio, consistente en la valoración del interés del público en la persecución penal, basado en la posición del imputado o en la gravedad del hecho.

Sin embargo, contra la aplicabilidad del criterio de la importancia de la causa se han puesto muy serias objeciones y, así, ha sido considerado excesivamente indeterminado e incluso tautológico respecto al criterio de la consecuencia jurídica²⁴. Frente a la opinión de la doctrina mayoritaria se ha aducido que constituye un criterio de indicación del interés de la Justicia penal vacío de contenido que, además, no es independiente del criterio más concreto de la consecuencia jurídica, por lo que cabría reputarlo un «estereotipo» o un «satélite» de este último²⁵.

A pesar de ello, lo cierto es que el legislador alemán lo introdujo en el p. 112 (1) StPO y en el p. 81 (2) y que la doctrina mayoritaria lo considera un criterio que no coincide exactamente con el indicador de la gravedad de la pena o medida esperada. Incluso se ha llegado a mantener que el criterio de la importancia de la causa es el más amplio y general criterio de proporcionalidad de los que pueden ser manejados en el proceso penal²⁶.

En nuestra jurisprudencia, en relación con las intervenciones telefónicas, se ha aceptado que la valoración del interés público no se reduce en todos los casos a la gravedad de la pena que puede ser impuesta. La STS 2.ª de 28 de diciembre de 1994 y el ATS 2.ª de 24 de enero de 1996 hablan de la necesaria realización de la ponderación sobre la base de la «contraposición de dos parámetros»: «la gravedad o trascendencia social del hecho a investigar y las molestias o invasión de los derechos del sujeto». La STS 2.ª de 25 de junio de 1993 afirma que «no sólo los delitos castigados con penas graves pueden ser objeto de esta modalidad de investigación, su aplicación puede extenderse a todos aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan excepcionales. Los delitos cometidos por los funcionarios públicos o los que afecten al buen

²⁴ Jürgen BAUMANN, «Neue Haftgründe», *JZ*, 1962, págs. 651 y 652.

²⁵ DEGENER, *op. cit.*, págs. 84 y 85.

²⁶ Véase, al respecto, DEGENER, *op. cit.*, pág. 88.

funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado aconsejan o posibilitan la implantación de medidas de estas características. Los delitos que fueron investigados en esta causa —cohechos y maquinaciones para alterar el precio de las cosas— encajan perfectamente en las modalidades delictivas que pueden ser objeto de esta clase de investigación, por lo que la medida, en este aspecto, la encontramos ajustada al principio de proporcionalidad».

En otro orden de consideraciones, ya dijimos al examinar el requisito de individualización de las medidas procesales penales, dentro del estudio de la exigencia de adecuación del ámbito subjetivo de aplicación, reclamada por el principio de idoneidad, que los órganos de persecución penal no pueden adoptar arbitrarias restricciones de derechos, sino que deben dirigir su actuación hacia el fin perseguido, circunscribiendo la aplicación subjetiva de las medidas al imputado o a terceros con relación con la causa. Centrándonos ahora en la determinación de los criterios indicadores del interés de prosecución penal, cabe añadir que, en la valoración de dicho interés, juegan un importante papel dos factores que han de ser apreciados conjuntamente con los criterios de la gravedad de la pena esperada y de la importancia de la causa: nos referimos al grado de la imputación y al éxito previsible de la medida. Mediante la exigencia de aplicación de ambos criterios se pretende reforzar la necesaria relación medio-fin que las injerencias han de observar²⁷.

El criterio del grado de la imputación es aplicable en relación con las injerencias que deba sufrir el sospechoso, mientras que el criterio del éxito de la medida se referiría tanto a las que afectan a este último como a las que recaen sobre terceros.

La LECrim. establece distintos grados de imputación como presupuesto para la adopción de injerencias procesales, utilizando para ello distintas expresiones que la doctrina ha tratado de ordenar atendiendo a su significado. No obstante, si tal ordenación puede ser realizada, ello no depende de las palabras empleadas, sino de la naturaleza y gravedad de las medidas.

Las expresiones empleadas por la LECrim. para referirse a los diversos grados de intensidad de la sospecha son las siguientes: imputación de un acto punible (art. 486); resultar contra las personas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad (art. 488); motivos racionalmente suficientes para creer en la rebeldía de aquel sobre el que pesa una causa pendiente o que el sujeto intentara cometer un delito o lo está cometiendo (arts. 490 y 491); motivos bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y en la participación en él de la persona (art. 492.4); motivos bastantes para creerla criminalmente responsable (art. 503.3); indicios racionales de criminalidad (arts. 529, 546 y 579.1, 2

²⁷ SCHÜTZ, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Untersuchungshaft», *NJW*, 1973, pág. 66.

y 3, en relación todos ellos con el art. 384), y, finalmente, indicios de responsabilidad criminal (art. 589).

La existencia de todos los grados de imputación indicados obliga a preguntarnos por su significado y por la posibilidad de su ordenación en una escala de mayor o menor intensidad.

Las expresiones utilizadas por la LECrim. hacen referencia a distintos grados de probabilidad de enjuiciamiento y punición del sujeto sobre la base de su responsabilidad criminal, los cuales deben ser apreciados al ser acordadas las distintas medidas. Sin embargo, la ordenación de los distintos grados de intensidad del juicio de imputación no puede deducirse simplemente del significado filológico de las palabras utilizadas, más bien habrá de ser determinada de acuerdo con la naturaleza y mayor o menor gravedad de las medidas. Cuanto más restrictiva sea la medida, mayor grado de imputación debe reclamarse.

Finalmente, la lectura de la literatura alemana sobre los criterios de medición del interés de persecución penal muestra, en relación con el factor del «éxito previsible de la medida» o de su «rendimiento», que, mientras ciertos autores se inclinan por considerarlo un parámetro de necesaria aplicación dentro del marco del principio de proporcionalidad en sentido estricto, parte de la doctrina y la jurisprudencia del BVerfG lo excluyen, considerándolo un criterio relevante en el estudio del principio de idoneidad, pero carente de virtualidad para determinar el interés de persecución penal²⁸.

Al examinar el principio de idoneidad vimos cómo la exigencia de adecuación cualitativa reclamaba no sólo que las medidas fueran aptas abstractamente para la consecución del fin, sino que debían, además, tener ciertas posibilidades de ser eficaces en el caso concreto. De nada sirve autorizar una entrada en un domicilio si cabe excluir de antemano que las personas u objetos buscados no se encuentran en ese lugar. Ello no significa que el criterio del éxito previsible de la injerencia carezca de utilidad como indicador del interés de persecución penal, dentro del marco del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Puede ocurrir, desde luego, que el criterio sea doblemente utilizado (en el examen de idoneidad y en el de proporcionalidad), pero tal hecho tampoco resulta extraño si se tiene en cuenta la participación de ambos subprincipios en uno más general, la prohibición de exceso, basada en el esquema medio-fin, alrededor del cual giran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Por otro lado, la utilización del criterio en el ámbito de la ponderación de valores permite exigir una mayor rigurosidad que la imposición de restricciones a los ciudadanos sea compensada por las posibilidades de éxito de las medidas —a mayor gravedad de las injerencias, mayor rendimiento deberá ser reclamado—, sobre todo frente a la flexibilidad del principio de idoneidad, que puede ser absolutamente difuminado si se

²⁸ SCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 66 y 77.

considera suficiente una aptitud exageradamente parcial y limitada para la consecución del fin²⁹.

Un ejemplo de la utilización del criterio del «éxito previsible de la medida» en la ponderación de intereses reclamada por el principio de proporcionalidad en sentido estricto lo ofrece la STC 207/1996, de 16 de diciembre: «la finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario —el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (v. gr., SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia—, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea “necesaria” a los fines del aseguramiento del ejercicio del *ius puniendi*, ni, por tanto, acorde con la regla de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal».

2. Los intereses de los ciudadanos

En el otro polo del conflicto se encuentran los intereses individuales enfrentados al interés estatal, los cuales pueden derivar de la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos por la CE o provenir de otros valores, también atendibles, aunque menos protegidos. En principio, los intereses de los particulares se resumen en uno: el mantenimiento de su *ius libertatis*, entendido como pleno disfrute de sus derechos, tanto frente a una sentencia de condena como frente a cualquier injerencia adoptada durante el proceso.

Resulta difícil determinar cuáles son los intereses individuales que deben ser ponderados por los órganos de persecución penal en contraposición con el interés estatal. Dejando al margen a los detractores del principio de proporcionalidad, que se resistirían a comparar el interés de los particulares con los del Estado, cualquiera que sea el contenido del primero, en el cuadro de las distintas posiciones que sobre la cuestión suscitada se han mantenido, podría describirse plásticamente como una sucesión de círculos concéntricos que se va haciendo progresivamente más amplio, del mismo modo como se alejan las ondas provocadas por el lanzamiento de una piedra sobre un estanque. El centro del círculo estaría ocupado por la opinión de quienes defendieran una restrictiva limitación del principio de proporcionalidad, circunscribiendo los intereses individuales atendibles a la esfera de los derechos fundamentales a los que afecte el acto, o si se prefiriera ponderando tan sólo las consecuencias queridas por el órgano ac-

²⁹ DEGENER, *op. cit.*, págs. 104 y 105.

tuante. El interés individual debería ser medido tomando en consideración la magnitud de la intervención estatal, según la intensidad y la duración temporal de la injerencia. Sin embargo, cabe también considerar que, como el círculo de intereses individuales afectados es mayor, junto con los parámetros ya indicados —intensidad y duración temporal de la restricción— deben también ser valorados, en el marco del principio de proporcionalidad, otras consecuencias de las medidas, tanto si afectan a otros derechos fundamentales distintos de los directamente limitados, como si perjudican a otros derechos o intereses de los ciudadanos.

La doctrina mayoritaria alemana considera que debe incluirse en la ponderación la valoración de todas las consecuencias de las medidas, tanto si han sido intencionadamente producidas por el órgano actuante como si se trata de perjuicios involuntariamente causados, y tanto si afectan al sujeto pasivo como si perjudican a terceros, siempre, en todo caso, que sean previsibles, esto es, cuando el Juez pueda sostener un pronóstico bastante seguro sobre los efectos colaterales de las injerencias³⁰.

En consecuencia, si se acepta el criterio que acaba de ser expuesto, y al cual nos adherimos, los órganos de persecución penal han de valorar también los perjuicios ocasionados a los afectados, incluyendo en la ponderación de los intereses enfrentados las consecuencias que las medidas procesales penales pueden acarrear en su salud, física y psíquica, y en su vida familiar, social y profesional. Ha de añadirse, no obstante, que la doctrina mayoritaria alemana y la jurisprudencia del BVerfG tratan de restringir los posibles excesos a que pudiera conducir la sobreestimación judicial de los intereses individuales, y la supeditación del interés de persecución penal al examen de potenciales desventajas para el ciudadano, exigiendo la realización de un pronóstico sobre el daño que puede ser ocasionado que raye en la seguridad de su comisión³¹.

En conjunto, el problema de la valoración de todas las circunstancias en la ponderación entre interés individual e interés estatal, reside en que, cuanto más se alejen los intereses de los particulares del núcleo central constituido por los derechos fundamentales limitados, la exigibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad se difumina por la progresiva pérdida de normatividad que causa el distanciamiento del ámbito de protección de los derechos fundamentales más fuertemente tutelados, que son aquellos que se contemplan en la Sección 1 del Capítulo 2 del Título I de la CE. Por ello, la «clase» de interés apreciado en la ponderación repercute necesariamente en los efectos del principio de proporcionalidad y en su grado de obligatoriedad respecto a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

³⁰ Vide SCHÜTZ, *op. cit.*, pág. 47; LERCHE, *Übermassverbot und Verfassungsrecht*, Köln, Berlin, 1961, pág. 151; KLEINKNECHT, «Die Beweisverbote im Strafprozess», *NJW*, 1966, pág. 1540; GENTZ, *op. cit.*, pág. 1604.

³¹ SCHÜTZ, *op. cit.*, págs. 48 y 49; DEGENER, *op. cit.*, pág. 70.

INFORMES SOBRE
ORDENAMIENTOS
NACIONALES

