

# Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades

## Introducción, selección y análisis crítico

Javier Barnes

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. *El juicio de proporcionalidad, una constante en la jurisprudencia constitucional.* 2. *El limitado objeto del análisis.* 3. *Proporcionalidad en la ley y en aplicación de la ley.*—II. EL DERECHO A LA IGUALDAD (art. 14 CE): 1. *Examen particular de la igualdad en la ley.*—III. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (art. 15 CE).—IV. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (art. 17 CE): 1. *Art. 17.1 CE.* 2. *Detención preventiva (art. 17.2 CE).* 3. *La prisión provisional.*—V. DERECHO A LA INTIMIDAD (art. 18.1 CE).—VI. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (art. 18.2 CE).—VII. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (art. 18.3 CE).—VIII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y EL DERECHO AL HONOR FRENTE AL PODER INFORMÁTICO (art. 18.4 CE).—IX. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (art. 20 CE).—X. DERECHO DE REUNIÓN (art. 21 CE).—XI. DERECHO DE ASOCIACIÓN (art. 22 CE).—XII. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO (art. 23.1 CE).—XIII. DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS (art. 23.2 CE).—XIV. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (art. 24.1 CE): a) *El acceso a la jurisdicción.* b) *Efectividad de las resoluciones judiciales.*—XV. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (art. 24.2 CE).—XVI. DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO (art. 24.2 CE).—XVII. DERECHO DE HUELGA (art. 28.2 CE).—XVIII. DERECHO DE PROPIEDAD (art. 33 CE).—XIX. EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIÓN U OFICIO (art. 35 CE).—XX. LIBERTAD DE EMPRESA (art. 38 CE).—XXI. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE PERSONAS Y DE CIRCULACIÓN DE BIENES EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL (art. 139.2 CE).

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *El juicio de proporcionalidad, una constante en la jurisprudencia constitucional*

La lógica de la proporcionalidad ha estado siempre presente, desde los inicios, en la jurisprudencia constitucional española, como técnica de control de la intervención pública (legislativa, administrativa y judicial) sobre los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Paradójico es, sin embargo, que, en su aplicación, el Tribunal, como hiciera con el principio de igualdad, no haya explicitado una doctrina general acerca de su contenido, alcance, elementos y justicia-bilidad, hasta época relativamente reciente<sup>1</sup>. En efecto, sin perjuicio de algunas sentencias especialmente significativas y de notable calidad argumental (v. gr., entre tantas, STC 66/1991), una formulación más amplia, en línea con la doctrina comparada y europea, se ha producido a través de las 66/1995 (fundamento jurídico 5); 55/1996 (fundamentos jurídicos 6 a 9); o la 207/1996 (fundamento jurídico 4.e), en las que están presentes la Administración, el legislador y el poder judicial, respectivamente.

Éstas y otras resoluciones forman un cuerpo o acervo, cuyo rigor y solidez no han pasado desapercibidos a sentencias posteriores que, además de recoger su doctrina, reproducen los elementos básicos del principio para proyectarlos con precisión a otros supuestos<sup>2</sup>. Esta teorización más elaborada podrá contribuir a una utilización cada vez más equilibrada del principio de proporcionalidad, sin desviaciones en más o en menos, por parte de jueces, administradores y, desde luego, por el legislador material. En todo caso, la doctrina sentada por estas sentencias no es sino una coronación de la jurisprudencia anterior, con la que —justo es reconocerlo— no supone ruptura alguna; aunque represente, eso sí, una reflexión más honda y de mayor calado, una sistematización necesaria que permite enmarcar los abundantes pronunciamientos habidos.

### 2. *El limitado objeto del análisis*

En las páginas que siguen se ofrece un muestrario o selección de jurisprudencia más dilatado en el tiempo, aunque escueto, que tiene por objeto destacar algunas de sus expresiones más sobresalientes, teniendo en cuenta, a efectos ilustrativos, los espacios que cubren los distintos trabajos del presente número de la revista.

La frecuente aplicación —en ocasiones casi intuitiva— del principio de proporcionalidad que late en muchas sentencias; las dudas que su proyección puede suscitar en el caso concreto; esa falta de una mayor elaboración teórica en sus orígenes; o, incluso, ciertas contradicciones, cuando menos aparentes<sup>3</sup>; entre otros factores, abonan la utilidad de registrar —a título meramente ejemplificativo—

<sup>1</sup> Lo cual no significa, obvio es decirlo, que no se hayan ido sentando progresivamente desde el principio las bases de su dogmática. No han faltado, sin embargo, ocasiones en las que, cuando ha intentado ofrecer una construcción más sólida en fechas anteriores, ha sido para polemizar. Así, v. gr.: las SSTC 215/1994 y sus votos particulares; o la 85/1992 (cuyo voto particular, por lo demás, resulta subscribible), etc. Ahora bien, la aludida falta de teorización se entiende con independencia del acierto en su aplicación al caso.

<sup>2</sup> Un elocuente ejemplo: la STC 37/1998, sobre la grabación de la huelga (asunto 3694/94), de la Sala Segunda, y de fecha de 17 de febrero de 1998, señaladamente fundamentos jurídicos 7 a 9.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la STC 6/1988, que sostiene —parece que como *obiter dicta*— que el principio de proporcionalidad no aparece explícitamente enunciado en la Constitución y «es sólo relevante, en ciertos casos, cuando lo que se denuncia es un trato arbitrario o discriminatorio en la normas o en su aplicación.» (fundamento jurídico 3). Sería, pues, sólo relevante en relación con el art. 14 CE. Afirmación ésta que, además de innecesaria para la se-

algunas de las resoluciones recaídas al hilo de los derechos constitucionales aquí escogidos. De este modo, se intenta un esbozo de la institución y su virtualidad real, en todo caso aséptico, aunque crítico, no una mera yuxtaposición de textos jurisprudenciales.

Ha de notarse, con todo, que al margen de estas u otras razones de oportunidad, es la diversa estructura y fisiología de cada derecho, su peculiar y específico reconocimiento positivo en el texto constitucional, los que determinan, en última instancia, la procedencia de este análisis individualizado.

### 3. *Proporcionalidad en la ley y en aplicación de la ley*

No obstante cuanto ha quedado dicho en el *Estudio preliminar* acerca del fundamento, alcance y contenido del principio, conviene ahora recordar, muy particularmente, la doble dimensión de la proporcionalidad, *en la ley y en su aplicación*, que luce en los distintos procesos constitucionales:

— Ciertamente, y ante todo, el legislador de los derechos constitucionales (sean éstos fundamentales o no) está estrictamente vinculado al principio constitucional de proporcionalidad<sup>4</sup>. El Tribunal ha sostenido, con carácter general y para el enjuiciamiento de las limitaciones legales, que «no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean *proporcionadas*, de modo que, por *adecuadas*, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, *por indispensables*, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor»<sup>5</sup>.

— La protección de los derechos constitucionales derivada del principio de proporcionalidad se extiende asimismo a cualquier limitación o constricción que proceda de resoluciones singulares<sup>6</sup>. Aquí cabría distinguir, de entrada, dos supuestos: la aplicación directa del principio constitucional, a falta de intermediación legislativa, y su aplicación a través de norma interpuesta. Así, en primer lugar, si el legislador guardara silencio —por no plasmar criterio alguno que sea expresión o trasunto de la proporcionalidad (v. gr.: en la Lecrim.; leyes de procedimiento; etc.)—, el juez y el administrador, así y todo, habrían de aplicar directamente al caso el principio constitucional. En segundo término, uno y otro deberán interpretar la norma interpuesta (p. ej.: sobre medidas cautelares; medios de ejecución forzosa; etc.), a su vez, de conformidad y a la luz del principio constitucional.

En todo caso, parece obvio que la norma limitadora puede ser conforme con la Constitución por proporcionada, pero no la aplicación que de ésta hagan los

cuencia argumental de la citada sentencia, se contradice con una constante aplicación del principio respecto de cualquier derecho o libertad. Asimismo, al margen de cuanto se desprende del presente estudio, *vid.* nota 1 e *infra* epígrafe núm. XI.

<sup>4</sup> Cfr. SSTC 55/1996 y 76/1996, fundamento jurídico 2. Paradigmática resulta la STC 66/1991, en la que se emplea el principio de proporcionalidad, no sólo respecto del derecho de propiedad y la libertad de empresa, sino de la libre circulación de bienes por el territorio nacional, a que se refiere el art. 139.2 CE.

<sup>5</sup> STC 66/1991, fundamento jurídico 2. Se alude aquí al juicio de utilidad o idoneidad («adecuadas» para alcanzar el fin perseguido) y al de necesidad (indispensables).

<sup>6</sup> Por ej.: SSTC 85/1992, fundamento jurídico 4; 37/1989, etc. No obstante, es ésta una consecuencia, como ya nos consta, que se desprende por sí sola del carácter constitucional de nuestro principio, con independencia de cuanto a mayor abundamiento dispongan otros preceptos constitucionales, tales como los arts. 9.1 ó 53.1 CE.

poderes públicos, en particular la Administración y los órganos jurisdiccionales. Lo que ahora interesa apuntar es que, como acontece con la igualdad, la proporcionalidad *en aplicación de la ley* presenta ciertas singularidades, señaladamente en manos de los jueces y tribunales, cuya actuación constituye objeto frecuente del recurso de amparo (por invocación, entre otros, de los derechos reconocidos en los arts. 17, 18 ó 24 CE).

Así, por ejemplo, las resoluciones que aplican los límites legalmente establecidos habrán de estar suficientemente motivadas para hacer posible el control de su proporcionalidad y, en definitiva, la constitucionalidad de la medida aplicada<sup>7</sup>, doctrina ésta conocida en la jurisprudencia del Convenio.

La insistencia de la jurisprudencia constitucional en relación con los jueces es constante, para sostener que, además de efectuar un equilibrado juicio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional ha de expresarlo para que sea susceptible de revisión. Se trata de una obligación específica o reforzada, distinta del genérico deber de motivar que cabe incardinar en los arts. 24.1 y 120 CE<sup>8</sup>. El deber constitucional, afirma el Tribunal, de motivar las resoluciones judiciales limitativas de derechos constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad<sup>9</sup>. Hay, pues, dos deberes consecutivos dimanantes del principio de proporcionalidad, aunque autónomos y, por tanto, susceptibles de ser lesionados por sí mismos: ponderar el sacrificio en clave de proporcionalidad y justificar o explicitar razonadamente la conclusión. El deber primario y fundamental consiste, desde luego, en ponderar la proporcionalidad de la medida, para, seguidamente, exteriorizarlo a través de esa motivación específica. Ambos deberes se incardinan, a efectos del amparo, en el derecho fundamental afectado.

La falta de motivación que exprese la proporcionalidad de la medida (por qué ésta es indispensable, entre otros extremos) puede llevar a la vulneración del derecho sustantivo en cuestión, no a la del art. 24.1 CE<sup>10</sup>. Es la proporcionalidad la «unidad de medida» que nos dice la «cantidad» de motivación necesaria en cada caso para justificar el acto limitativo de que se trate. Ahora bien, precisamente porque la motivación se hace inexcusable para permitir su control y enjuiciamiento, es posible superar el examen de la motivación y no, en cambio, el del juicio de proporcionalidad. El Tribunal puede disentir del juicio de proporcionalidad realizado en el caso concreto. En síntesis, puede afirmarse que el deber de motivación específica derivable del principio de proporcionalidad nace en los supuestos en los que el juez ha de adoptar una concreta medida restrictiva de derechos fundamentales: prisión provisional, interceptación de correspondencia y telefónicas, entrada y registro en domicilio, intervenciones corporales<sup>11</sup>, detención<sup>12</sup> o arresto domiciliario<sup>13</sup>, etc. No ha faltado, sin embargo, algún pronunciamiento que ha hecho extensiva la doctrina de la motivación específica, más allá de las autorizaciones judiciales y de los poderes del juez de instrucción, a la misma resolución de fondo que pone fin al proceso<sup>14</sup>.

Cualquiera que sea, en fin, la óptica (en la norma o en su aplicación) con la que nos aproximemos, ha de notarse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo<sup>15</sup>. No es posible analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta o no desproporcionada, sino sólo si esa intervención en el caso

<sup>7</sup> Cfr. STC 151/1997, fundamento jurídico 5.

<sup>8</sup> Vid. STC 123/1997, fundamentos jurídicos 3 y 4. La ponderación —y su exteriorización— ha de tener en cuenta la naturaleza y justificación de la medida, y la relación con los bienes y valores jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado. En la STC 116/1998, fundamento jurídico 4, y su voto particular, se discute si esa obligación específica sólo resulta exigible cuando se hallan en juego otros derechos fundamentales, aunque, nótese bien, a los efectos del caso (grado de proscripción de las fórmulas estereotipadas: *vid.* los antecedentes de la indicada STC).

<sup>9</sup> Cfr., entre tantas, STC 156/1997, fundamento jurídico 4.

<sup>10</sup> Vid. por ejemplo, STC 151/1997, fundamento jurídico 5.

<sup>11</sup> Cfr. STC 157/1997, fundamento jurídico 5.

<sup>12</sup> Vid. *infra* núm. IV.2.

<sup>13</sup> STC 178/1985, fundamento jurídico 3.

<sup>14</sup> Así, la STC 151/1997 (caso del honor militar y la pérdida de la profesión como consecuencia del consentimiento del adulterio de su mujer). Aunque, como en tantas ocasiones, el supuesto allí considerado hubiera admitido otros enfoques (como el de entender que la tipificación del ilícito era insuficiente), el Tribunal examina si la resolución administrativa y la sentencia ulterior ofrecen una motivación *específica* suficiente, para concluir en sentido negativo. Justifica ese examen o control en la gravedad de la consecuencia (pérdida de la profesión) y en el alto grado de indeterminación del precepto sancionador. *Vid.*, por lo demás, el estudio preliminar núm. VI.6.

<sup>15</sup> STC 55/1996, fundamento jurídico 3. *Vid.* también, *Presentación* núm. 2 *in fine*.

repercute y afecta sobre otros preceptos constitucionales<sup>16</sup>, señaladamente, los derechos constitucionales<sup>17</sup>.

## II. EL DERECHO A LA IGUALDAD (art. 14 CE)

La complejidad y singularidad del derecho a la igualdad; la existencia de una dilatada jurisprudencia en la materia, en la que por otra parte convergen los Tribunales europeos, así como las intensas relaciones que guarda con el principio de proporcionalidad, aconsejan un examen más detenido en el, así y todo, rápido análisis que aquí cabe hacer.

Ha de notarse, en primer término, que el Tribunal Constitucional ha importado abiertamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos construida en torno a este derecho<sup>18</sup>, y de acuerdo con la cual, una vez constatada que la diferencia de trato posee un fundamento objetivo, debe garantizarse que esa desigualdad que dispensa la norma, aunque justificada por el principio de igualdad, sea también proporcionada y corra paralela a la diferenciación fáctica subyacente, esto es, que la diferencia en menos —por más gravosa— se justifique estrictamente a la luz de ese motivo objetivo. La diferencia de trato, dirá el TEDH, no sólo ha de perseguir un fin legítimo y compatible con el art. 14 CEDH, sino guardar además una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desea alcanzar<sup>19</sup>. Se entiende, desde luego, que al principio de proporcionalidad le preocupa la desigualdad en menos o, lo que es lo mismo, se pone de parte del colectivo que recibe, en virtud de criterio objetivo, un trato más desfavorable. Y lo que medirá entonces es la relación de proporcionalidad que guardan dos magnitudes: el motivo de la diferencia (ya «aprobado» por el test de la igualdad), de un lado, y el régimen jurídico en menos, de otro. El término de la comparación, pues, está compuesto por la medida limitadora (medio) y el criterio objetivo y racional de discriminación (fin).

Aunque referida a la igualdad en la ley, una de las sentencias constitucionales que con mayor precisión expresa, a nuestro juicio, la inserción del test de proporcionalidad en el seno del art. 14 CE es la STC 76/1990:

«Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier

<sup>16</sup> Cfr. STC 55/1996, fundamento jurídico 3. Esta afirmación del Tribunal, aunque evidentemente referida en el contexto de la Sentencia, a los derechos y libertades, no cierra el paso a otras eventuales aplicaciones en otros terrenos.

<sup>17</sup> Cfr. STC 55/1996, fundamento jurídico 3. En todo caso, «el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales».

<sup>18</sup> De forma explícita, por ejemplo, en las SSTC 34/1981, fundamento jurídico 3; 222/1992, fundamento jurídico 6.

<sup>19</sup> Así, desde las Sentencias de 23 de julio de 1968 (asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica), núm. II.B; y la de 27 de octubre de 1975 (caso Sindicato Nacional de la Policía belga), núms. 46 y ss.

desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean *adecuadas y proporcionadas* a dicho fin, de manera que la *relación* entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen el juicio de *proporcionalidad* en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos<sup>20</sup>.

El test de la igualdad es el primero en un orden cronológico y se mueve en el plano del presupuesto de hecho que la norma contempla (v. gr.: si existe o no un criterio objetivo de diferenciación), en tanto que el juicio de proporcionalidad se sitúa en el terreno de la consecuencia jurídica (si el régimen jurídico más desfavorable se corresponde y justifica a la luz de tal criterio objetivo). El primero se plantea *si* la diferenciación en sí misma resulta legítima (a la luz del art. 14 CE o 14 CEDH, v. gr.); en caso afirmativo, el segundo se pregunta por el *cómo* de ese trato diferenciado (nunca inútil, innecesario o excesivo, responderá). Aunque uno y otro se hallen integrados en el seno del derecho a la igualdad por obra de la jurisprudencia, es posible hacer una disección ideal de su diversa estructura:

— La igualdad garantiza el trato igual; la proporcionalidad, un margen suficiente de libertad; la una prohíbe el trato discriminatorio; la otra, la inutilidad, innecesariedad o exceso en el sacrificio.

— El principio de igualdad contrasta o compara dos supuestos de hecho; el de proporcionalidad, la relación de medio a fin prevista en relación con uno de esos supuestos. El principio de proporcionalidad sopesa o pondera la finalidad del trato desigual y el instrumento elegido, valora el resultado a que puede llegar y su efecto negativo o de gravamen sobre la libertad.

— Ambos principios aceptan, como algo ajeno o externo, un término de comparación fijo que les viene dado (otro supuesto de hecho, en el caso de la igualdad; la finalidad perseguida, la proporcionalidad) y se limitan a comparar en concreto, no a descalificar una determinada regulación en abstracto. V. gr.: si hay razón para que el supuesto B reciba un trato distinto al del supuesto A (que es el término fijo); si el medio previsto (grabación de un piquete informativo de huelga) sacrifica innecesariamente la libertad en la consecución del fin (salvaguarda de la seguridad ciudadana y el respeto a otros derechos y libertades, objeto éste que constituye aquí el término fijo o no cuestionable desde el principio de proporcionalidad)<sup>21</sup>.

— La igualdad enjuicia un conjunto de supuestos que resultan comparables entre sí; la proporcionalidad analiza la necesidad del sacrificio o menoscabo de determinados bienes tutelados por el ordenamiento.

— La dinámica que a cada una le es propia y el punto de mira desde el que contemplan la acción pública sobre los derechos y libertades resultan bien diversos: en clave horizontal, en el caso de la igualdad, y vertical, en el de la proporcionalidad. No es lo mismo, en efecto, comparar dos colectivos de ciudadanos, por ejemplo, que han sido afectados de modo desigual por una medida determinada (igualdad), que justificar o autorizar una concreta medida de gravamen a la luz del fin respectivo al que aquélla se encuentra vinculada (proporcionalidad)<sup>22</sup>. Como dijera gráficamente Lerche con un

<sup>20</sup> Cfr. STC 76/1990, fundamento jurídico 9.A. La cursiva es nuestra.

Con todo rigor, en la letra «d», el Tribunal distingue, de un lado, el juicio sobre la compatibilidad constitucional del fin perseguido en sí mismo considerado y, de otro, el de proporcionalidad de los medios respecto de ese fin. Por lo demás, es fácil reconocer los tres elementos, en particular, la necesidad y la proporcionalidad *stricto sensu*, en el razonamiento de la sentencia. Por medidas «adecuadas» ha de entenderse «aptas» o «idóneas»; por «proporcionadas», tanto necesarias o indispensables, como equilibradas. Por otra parte, esta doctrina ha sido solemne y expresamente reiterada, por ejemplo, en la STC 61/1997 (fundamento jurídico 17.h.), donde se trataba de enjuiciar si un aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación inferior a la regla (arts. 32, 30 y 27 TRLS) resultaba «coherente e idóneo para alcanzar el fin propuesto y (si las consecuencias son) proporcionadas a tales diferencias».

<sup>21</sup> Ejemplo extraído de la STC 37/1998.

<sup>22</sup> Vid. en la dogmática alemana, por todos, los trabajos de P. KIRCHHOF, *Gleichmaß und Übermaß*, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, F.S. für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Ed. Beck, Munich, 1993, págs. 133-

ejemplo clásico, si el solitario Robinson Crusoe estuviera sometido en su isla a un poder público, nunca podría ser tratado desigualmente, pero sí en forma desproporcionada<sup>23</sup>. De ahí que no tengan el mismo alcance: el principio de igualdad informa la acción de todos los poderes públicos en cualesquiera de los ámbitos en que despliegan sus potestades; el principio de proporcionalidad tan sólo guía la intervención o injerencia limitadora, la que trae consigo un gravamen o restricción de las libertades. La igualdad, por tanto, entra en juego ante los beneficios y cargas; la proporcionalidad, por el contrario, sólo frente a las cargas. Por ello, la igualdad impregna todos los elementos, cuando de posiciones de ventaja se trata: el beneficiario, el motivo y la cuantía de la prestación, p.ej., mientras que la proporcionalidad no tendría aquí cabida. Para el juicio de igualdad, en efecto, es indiferente si la intervención pública ha creado una situación de ventaja o un régimen más gravoso; examina si se ha producido discriminación en más o en menos. La proporcionalidad opera siempre que haya sacrificios, también en los supuestos de colisión entre derechos. Así, cuando la injerencia sobre un derecho (v. gr.: derecho de información) fuere consecuencia de una mejor protección de otro (del derecho a la intimidad, p. ej.), el juicio de proporcionalidad se pondrá siempre del lado del que ocupa la peor posición, del destinatario de la «carga» o sacrificio para determinar si se le ha restringido más de lo necesario o en forma excesiva (en este supuesto, el derecho de información).

— En términos positivos, la ley deberá establecer reglas abstractas y generales, uniformes, por mor de la igualdad (v. gr.: un régimen de jubilación anticipada para un colectivo); mientras que la proporcionalidad puede exigir, según los casos, disposiciones concretas e individualizadas (p. ej.: disposiciones transitorias, reglas indemnizatorias, etc.), a fin de atemperar el gravamen especial y el mayor impacto que sobre ciertos grupos pudiera deparar la entrada en vigor de la norma (v. gr.: para aquellos a los que les sorprende de modo inmediato la nueva regla sobre la jubilación). Mientras el trato igual se articula en principio a través de normas generales, el trato proporcionado lo hace en singular. Puede decirse, pues, que la ley abstracta y general constituye el presupuesto inexcusable de la igualdad, hasta el punto de que sin leyes generales y abstractas difícilmente hay igualdad. Ello no empece, sin embargo, reiteramos, a que la ley, en atención a los derechos y libertades constitucionales en juego, no pueda establecer diferencias proporcionadas, disposiciones concretas e individualizadas, en ocasiones incluso constitucionalmente exigibles para no incurrir en un rigor innecesario sobre ciertos colectivos, estableciendo, por ejemplo, como se ha dicho, disposiciones transitorias, dispensas o modulaciones de un determinado régimen jurídico.

— Desde luego, pueden contemplarse ambos principios de forma indisolublemente unida si admitimos que la igualdad, en sentido amplio, no garantiza la absoluta identidad, sino tan sólo una igualdad razonable y «proporcionada», una suerte de equivalencia. Desde esta perspectiva, el factor de la igualdad inherente a la ley incorporaría internamente la prohibición de exceso propia del principio de proporcionalidad.

— La igualdad representa un mandato positivo (de igualación, compensación o remoción de obstáculos, para la consecución de una igualdad efectiva y real). La proporcionalidad, como principio constitucional, es, ante todo, una prohibición (de exceso), no un mandato positivo. De ahí que, desde ese punto de vista, la igualdad exija armonización, una actuación positiva; la proporcionalidad, eventualmente, la no intervención o injerencia, esto es, la omisión.

— Aun cuando sean muchas las relaciones que entre uno y otro principio quepa trabar en sede teórica (en cuanto expresión de la justicia horizontal y vertical; como especies de un tronco común más amplio que podría situarse en el valor justicia; con la interdicción de la arbitrariedad, etc.), la jurisprudencia constitucional española no ha admitido un supraconcepto capaz de albergar a un tiempo la prohibición del trato discriminatorio, arbitrario y desproporcionado (es más, ha distinguido entre interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad)<sup>24</sup>, posición que parece acertada, aunque sólo sea por el dato de que nuestro texto constitucional ofrece principios o valores específicos y autónomos susceptibles de prestar la cobertura necesaria a cada uno de esos juicios (arts. 1.1, 9.3, 14)<sup>25</sup>.

El Tribunal Constitucional, como ha quedado dicho, ha introducido en el corazón mismo de su doctrina sobre la igualdad el juicio de proporcionalidad, de forma que una norma es contraria al art. 14 CE, aunque el tratamiento desigual obedezca a un criterio objetivo, si las consecuencias o efectos que de tal discrimi-

149; así como *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, editado por J. Isensee und P. Kirchhof, Ed. Müller, Heidelberg, 1992, vol. V, págs. 911-913, 923-924, 949-951.

<sup>23</sup> Vid. el conocido trabajo de habilitación de P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, pág. 30 y nota 6.

<sup>24</sup> V. gr.: STC 142/1993, fundamento jurídico 9.

<sup>25</sup> Vid. Estudio preliminar núm. VI.2.

nación se desprenden resultan desproporcionadas. Ello entraña, por lo que ahora interesa, dos mandatos: que la desigualdad de trato se funde en motivos o razones objetivas (igualdad); de otro, que las consecuencias jurídicas que derivan de tal distinción (en menos) sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin (proporcionalidad). Si la norma es discriminatoria carece de sentido ya el juicio de proporcionalidad, puesto que ahí termina el examen; en cambio, el trato desigual puede no ser discriminatorio y, sin embargo, sí desproporcionado.

La inclusión del juicio de proporcionalidad en el seno de la igualdad tiene notables consecuencias prácticas por cuanto queda al abrigo de un derecho fundamental, protegible además en amparo. Nótese que, a diferencia del art. 14 CEDH, que circunscribe el derecho a la igualdad al goce y disfrute de los derechos y libertades *reconocidos en el Convenio* —lo que exige que la queja de trato discriminatorio vaya referida siempre a alguno de estos derechos—, nuestro art. 14 CE, por el contrario, no hace tal reducción y permite, a través de los pertinentes procesos constitucionales, la protección de cualquier situación subjetiva preexistente frente al trato desproporcionado, cuando, como fruto de una diferenciación objetiva, haya una «parte» o colectivo con un régimen jurídico de libertad más gravoso o restrictivo.

### 1. Examen particular de la igualdad en la Ley

Con carácter general, merece retenerse que:

«Sobre las exigencias que la igualdad impone en la creación del Derecho —igualdad en la Ley— existe una muy amplia doctrina de este Tribunal, que puede sintetizarse ahora recordando que para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una *razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*... Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una *finalidad no contradictoria con la Constitución* y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de *razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido*<sup>26</sup>. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo<sup>27</sup> como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en *desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad*<sup>28</sup>.

Más específicamente, otras sentencias insisten en la incidencia del juicio de proporcionalidad sobre el principio de igualdad:

«La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites...»<sup>29</sup>. Entre éstos, y como expresión de los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de señalarse «que se produce discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación *objetiva y razonable*, afirmando que la existencia de tal justificación *debe apreciarse en re-*

<sup>26</sup> Una vez más se distingue con acierto el test de la conformidad de los *fin*es a los que obedecen las medidas restrictivas de los derechos, de un lado, y, de otro, superado el primer juicio, el test de proporcionalidad de los *medios* en relación con el fin de que se trate, que se toma ya como una constante que no se cuestiona.

<sup>27</sup> Finalidad de voluntarismo selectivo que no sería, pues, conforme con la Constitución (art. 14).

<sup>28</sup> Cfr. STC 209/1988, fundamento jurídico 6. La cursiva no es original.

<sup>29</sup> Cfr. STC 34/1981, fundamento jurídico 3.

lación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.»<sup>30</sup> «Una doctrina constante de este Tribunal —tan reiterada que su cita es ya ociosa— viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías de derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»<sup>31</sup>.

Algunos ejemplos:

— El Tribunal considera que la diferenciación entre el cónyuge superviviente de una unión matrimonial y quien hubiera convivido *more uxorio* con la persona titular, que hacía el art. 58.1 LAU, es desproporcionada y, por tanto, inconstitucional<sup>32</sup>.

— La previsión legal que introducía un incremento de un 25% sobre el interés legal del dinero para los intereses de demora (art. 58.2.b LGT) no es desproporcionada. En este caso, el Tribunal rechazó, en primer lugar, el término de la comparación entre preceptos por entender que los supuestos de hecho que se comparaban no eran homogéneos, así como la pretendida arbitrariedad o falta de justificación de la finalidad perseguida. Por lo que aquí interesa, concluyó que tampoco son desproporcionadas las consecuencias a las que se llega con esa medida legal. «No puede razonablemente sostenerse que ese incremento porcentual sobre el interés legal resulte desproporcionado, dados los tipos de interés existentes en el mercado financiero. Es por ello constitucionalmente legítimo que el legislador pueda adoptar una medida como la que ahora enjuiciamos que persigue un progresivo acercamiento a dicha realidad financiera, sin que ello suponga un sacrificio excesivo al contribuyente moroso, ya que en definitiva el tipo de interés que viene obligado a pagar no supera los habitualmente aplicables en las relaciones entre particulares.»<sup>33</sup>

— La finalidad a la que respondía la obligación de declarar conjuntamente las rentas por razón exclusivamente del matrimonio no fue considerada en sí misma contraria a la Constitución<sup>34</sup>. Pero las consecuencias jurídicas anudadas resultaban, a juicio del Tribunal, contrarias al principio de proporcionalidad de los medios<sup>35</sup>. El sistema legal, en última instancia, sólo establecía un régimen más lesivo por razón exclusivamente del matrimonio. «Ausente, en este caso, toda proporcionada ponderación de las circunstancias que pudieran haber justificado un trato fiscal distinto y, en la generalidad de los casos, más gravoso, la obligación de acumulación de rentas y de declaración conjunta de los cónyuges se convierte inevitablemente para el recurrente en un expediente tan sólo diferenciador por razón del matrimonio y, como tal, discriminatorio.»<sup>36</sup> Al no tener en cuenta el incremento efectivo de su capacidad económica por referencia a la de quienes, con renta igual, no conviven matrimonialmente, representa una diferenciación desproporcionada<sup>37</sup>.

— La regulación en la LJCA de un procedimiento especial en materia de personal resulta proporcionado a los efectos del art. 14 CE. La finalidad que persigue el legislador es la resolución con rapidez de las cuestiones litigiosas en el entendimiento de que ello es de interés público. No es una «medida desproporcionada para la consecución de la finalidad pretendida el que el procedimiento sea de carácter sumario.»<sup>38</sup>

— Aunque se trate de un supuesto de una cierta complejidad, cuyo correcto entendimiento obliga a la remisión de la STC 34/1981, importa subrayar el que a continuación se expone por la temprana utilización del principio de proporcionalidad en relación con el art. 14 CE. El Tribunal sostiene con rigor que es contrario al principio de igualdad la previsión que contenía el art. 28.2, último inciso, del Texto Refundido de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, de 21 de abril de 1966, que, por consiguiente, declara derogada, en cuanto que establece para el jubilado por incapacidad permanente, inutilidad física o debilitación apreciable de facultades que vuelve al servicio activo, como consecuencia de una revisión, que no podrá mejorar de clasificación

<sup>30</sup> *Ibidem*. La cursiva no es original.

<sup>31</sup> Cfr. STC 222/1992, fundamento jurídico 6.

<sup>32</sup> *Ibidem*, fundamentos jurídicos 6 y 7.

<sup>33</sup> Cfr. STC 76/1990, fundamento jurídico 9.A), *in fine*.

<sup>34</sup> Cfr. STC 209/1988, fundamento jurídico 8.

<sup>35</sup> Cfr. SSTC 209/1988, fundamentos jurídicos 8 y ss. y 45/1989.

<sup>36</sup> Cfr. STC 209/1988, fundamento jurídico 10.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> STC 93/1984, fundamento jurídico 3.

por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación<sup>39</sup>. El término de la comparación lo constituye aquel otro grupo de funcionarios que se jubilaron por edad o voluntariamente, no por concurrir una incapacidad, y a los que sí se les toman en consideración todos los años de servicios efectivos prestados; en cambio, a los que sufrieron una jubilación anterior por incapacidad permanente sólo les serán computados los años de servicios efectivos anteriores a su primera jubilación<sup>40</sup>. Esta diferencia de trato es la que el Alto Tribunal considera contraria al art. 14 CE: partiendo de la premisa de que la situación de unos y otros funcionarios no es distinta mientras coincide temporalmente, es decir, con la excepción del tiempo en que se interrumpe la relación funcional por causa de la incapacidad permanente, advierte que se trata de servicios efectivos prestados dentro de una misma relación funcional. «Siendo ello así no puede calificarse de *razonable* la diferencia de trato en los términos en que se produce, ya que la jubilación por incapacidad no tiene por qué influir —lógicamente— más que en el cómputo de los años de servicios efectivamente prestados dentro de la misma relación funcional»<sup>41</sup>. De ahí que, concluye la citada STC, «al extraer unas consecuencias *desproporcionadas* de una distinción de situaciones objetivas, el precepto cuestionado vulnera el principio de igualdad consagrado por el art. 14 CE, al establecer un trato distinto que ha de calificarse de discriminatorio»<sup>42</sup>.

No siempre, sin embargo, ha sido tan evidente para el Tribunal la proporcionalidad del régimen jurídico más desfavorable que llevaba aparejada la diferencia de trato objetiva y razonable:

— Particularmente polémico resulta, en efecto, el supuesto de la diferencia de trato que se derivaba en las normas enjuiciadas en relación con el alta del trabajador al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Para el Tribunal Constitucional<sup>43</sup>, la comparación entre el grupo de trabajadores que se han afiliado tardíamente y han pagado extemporáneamente las cotizaciones correspondientes a fechas anteriores a su alta y el grupo de trabajadores que se afiliaron y cotizaron oportunamente sin dar lugar a que se produjera devengo de cotizaciones anteriores a su afiliación, y del juicio comparativo de ambas situaciones, la STC 189/1987 obtiene la conclusión de que es razonable y proporcionado que se prive de eficacia retroactiva a las cotizaciones extemporáneas, fundando dicha conclusión, sustancialmente, en las consecuencias perturbadoras que de esa extemporaneidad se siguen, tanto para las previsiones de la gestión del Régimen Especial como para la generalidad de los sujetos protegidos por ese régimen, considerando que, por tanto, el trato diferenciado que establece la norma no es contrario al art. 14 CE<sup>44</sup>. Para la indicada Sentencia, pues, la diferencia de trato que se deriva de la norma en cuestión, reguladora de este régimen, no es excesiva ni desproporcionada y, en cuanto tal, no resulta contraria al art. 14 CE<sup>45</sup>. En concreto, la diferencia de trato, a juicio del Tribunal, consiste en la privación de eficacia en orden al devengo de la prestación de jubilación de unas cotizaciones realmente pagadas, aunque extemporáneamente. En otras palabras, lo que se trata de enjuiciar es si ese efecto nulo producido como consecuencia de la norma es proporcionado a la diferencia de hecho existente entre afiliados y cotizantes oportunos o extemporáneos<sup>46</sup>.

Pues bien, para la STC 189/1987, «no resulta desproporcionado que al afiliado y cotizante tardío se le exijan, aunque privándole de efectos para las prestaciones, las cotizaciones debidas y no prescritas hasta el máximo de cinco años permitido por el art. 16 (del Decreto 2530/1970) que otorga el beneficio de la prescripción a las cuotas debidas desde una fecha anterior.»<sup>47</sup> Para alcanzar esta conclusión —en realidad, estamos en el terreno del juicio de la proporcionalidad *stricto sensu*; no se enjui-

<sup>39</sup> Cfr. STC 34/1981.

<sup>40</sup> STC 34/1981, fundamento jurídico 4.

<sup>41</sup> Cfr. STC 34/1981, fundamento jurídico 4. La cursiva no es original.

<sup>42</sup> *Ibidem*. En las expresiones literales de la Sentencia, sin embargo, no parece discernirse si la «*ratio decidendi*» descansa en la falta de criterio objetivo o si, además, las consecuencias jurídicas añadidas resultan desproporcionadas.

<sup>43</sup> *Vid.* STC 189/1987, reiterada ulteriormente por otras SSTC, como las 122, 127 y 131/1988. La polémica se refleja en los votos particulares formulados a la primera STC citada.

<sup>44</sup> La síntesis del caso la tomo del voto particular formulado por Díaz Eimil —al que se adhieren los Magistrados Latorre Segura, Truyol Serra y Rodríguez Piñero— a la indicada STC 189/1987.

<sup>45</sup> Cfr. STC 189/1987, fundamento jurídico 6.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

cia aquí si la consecuencia resulta innecesaria—, de un lado, se subraya en abstracto la importancia del cumplimiento tempestivo para el entero sistema (fundamento jurídico 6) y, de otro, se analiza —ya en concreto— el supuesto singular de la recurrente en comparación con los demás supuestos imaginables (fundamos jurídicos 7 y 8).

Para el voto particular formulado por el Magistrado Díaz Eimil y al que se adhieren tres magistrados, sin embargo, la diferencia —pago extemporáneo en un caso y pago oportuno en otro— «exige, sin duda, un trato diferenciado, que resulta razonable y proporcionado en la medida en que al cotizante extemporáneo se le impongan el recargo y la multa correspondientes, que son los que restablecen la igualdad entre ambos grupos de trabajadores, y se evidencia... irrazonable y desproporcionado si ese pago extemporáneo se sanciona, además, con la gravísima consecuencia de impedir la concesión de la pensión de vejez por medio de la declaración de ineficacia retroactiva de las cotizaciones anteriores a la afiliación, a pesar de que su pago por el trabajador sólo encuentra sentido, precisamente, en esa eficacia retroactiva que se le niega.»<sup>48</sup> La conclusión es clara: la interpretación dada por la Sentencia al precepto del que trae causa el proceso, «en cuanto priva de efecto a las cotizaciones extemporáneas de períodos anteriores al alta, pagados por quienes eran trabajadores autónomos en esos períodos, entraña un trato desigual no razonable y desproporcionado de estos trabajadores respecto a los que se diferencia de ellos, tan sólo en haber cotizado oportunamente y, por tanto, esa diferenciación introducida por la norma vulnera el principio de igualdad.»<sup>49</sup> A nuestro juicio, el voto particular resulta plenamente suscribible a la luz del principio de proporcionalidad. Acaso sea éste un supuesto más en el que un mejor manejo técnico del reiterado principio habría podido llevar a la decisión de la mayoría a tener en cuenta el test más incisivo y aprehensible y, por tanto, justiciable que aquél contiene, a saber, el test de la necesidad de la intervención<sup>50</sup>. A su trasluz, y aunque no lo exprese así el voto particular, no es difícil concluir en que la privación de efecto del pago extemporáneo constituye un sacrificio innecesario para atender los valores y bienes que el pago tempestivo pretende satisfacer. Para su protección hubieran bastado el recargo y la multa. La pérdida de efectos no guarda ya relación con la finalidad de comeler al pago en plazo. También cabe disentir, en fin, de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad en sentido estricto, como sostiene la opinión discrepante, por el patente y grave desequilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados.

### III. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (art. 15 CE)

«Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas, las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.»<sup>51</sup>

Éstas son las palabras de cabecera de una de las sentencias más ilustrativas, si no la de mayor efecto docente en la materia, la STC 207/1996, que, en lo que ahora interesa, concluirá en la desproporción de la práctica de una prueba pericial que afectaba, entre otros, al derecho a la integridad física (intervención corporal consistente en extraer coactivamente cabello a fin de determinar si había sido *consumidor de droga* no sólo en tiempos recientes), habida cuenta su innecesaria extensión, temporal y material, de la investigación pretendida y su conexión meramente indiciaria y adjetiva con el delito en cuestión, que era el de *cobhecho*<sup>52</sup>.

Algunos ejemplos:

<sup>48</sup> Cfr. núm. 3.

<sup>49</sup> Cfr. núm. 3.

<sup>50</sup> Vid. el estudio preliminar núm. I.4.

<sup>51</sup> Cfr. STC 207/1996, fundamento jurídico 4.E).

<sup>52</sup> Por lo demás, constituye un ejemplo elocuente de una correcta trabazón del término de comparación (el medio, con su fin directo o inmediato). Vid. el estudio preliminar, núm. II.4.

— Sesiones de rayos X e internos: en la STC 35/1996<sup>53</sup> luce la lógica del principio de proporcionalidad en cuanto exige, a la luz del derecho a la integridad física y para la licitud de las prácticas allí cuestionadas (exposición a rayos X), que se determine con carácter previo si tal medida es *adecuada* para satisfacer el fin pretendido (en este caso, la seguridad penitenciaria); si como señalaban las SSTC 120/1990 y 57/1994, resulta *necesaria*, esto es, si se emplean aquellos medios que «en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, fundamento jurídico 7)»<sup>54</sup>; y, por último, si el medio elegido es proporcionado en sentido estricto, juicio éste que también estima respetado el Tribunal Constitucional puesto que «el fin perseguido era el de garantizar la seguridad del establecimiento» y el medio arbitrado, como se razonaba en la resolución recurrida en amparo, consistía en «la utilización aislada y esporádica, bajo control médico, de un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no supone peligro alguno para la salud y que incluso en las últimas exploraciones se disminuyó el nivel de radiación...»<sup>55</sup>.

— En cuanto al derecho a la intimidad e investigación de la paternidad, en síntesis, la jurisprudencia tiene declarado que un análisis de sangre no constituye *per se* una injerencia prohibida, si bien tiene que estar, por lo que aquí interesa, sujeta al principio de proporcionalidad<sup>56</sup>. De acuerdo con el principio de necesidad de la intervención, las pruebas biológicas —que además conllevan la práctica de una intervención corporal— «tan sólo se justifican cuando sean *indispensables* para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios *menos lesivos* para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.»<sup>57</sup> En punto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el Alto Tribunal tiene declarado que «en ningún caso puede disponerse por el juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud»<sup>58</sup>.

#### IV. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (art. 17 CE)

##### 1. Art. 17.1 CE<sup>59</sup>

Parece claro que la modalidad de prisión no agota los supuestos de restricción o privación de libertad, como tampoco la sola comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad<sup>60</sup>. «La restricción de libertad es un concepto *genérico* del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como revela, por lo demás, el art. 5 citado (del Convenio Europeo de Derechos Humanos) al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita, y al enumerar, junto al referido a un hecho delictivo, otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad. El art. 17.1 CE no concibe la libertad individual

<sup>53</sup> Cfr. fundamentos jurídicos 3 y 4.

<sup>54</sup> *Vid.* STC 35/1996, fundamento jurídico 3. Así, se alude a que se prevea razonablemente el riesgo mediante la observancia de precauciones precisas para la inocuidad de los rayos X, tales como la utilización de aparatos idóneos, que el nivel de radiación sea adecuado y controlado, los intervalos de aplicación suficientes, etc., según las técnicas internacionalmente experimentadas y admitidas.

<sup>55</sup> Cfr. fundamento jurídico 4, párrafos segundo y primero, respectivamente.

<sup>56</sup> Véase, entre otras, la STC 7/1994 y la jurisprudencia allí citada; esta STC representa un ejemplo de cuanto se indica en el estudio preliminar, núm. VII.

Aunque pertenezca al terreno de lo obvio y evidente, como expresión de que la medida debe ser idónea para alcanzar el fin (aquí, la investigación de la paternidad), tales intervenciones corporales, afirma la jurisprudencia, habrán de ser realizadas por personal sanitario (cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3.D).

<sup>57</sup> Cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3.C). Véase, asimismo, el derecho a la intimidad y las pruebas biológicas.

<sup>58</sup> Cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3.D). Una medida tal, en efecto, rompería el razonable equilibrio entre los beneficios que se persiguen y los perjuicios irrogados. El saldo negativo impediría la persecución de ese objetivo a través de ese concreto medio; *vid.* el estudio preliminar núm. II.2.

<sup>59</sup> El citado precepto establece: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista en la ley.»

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, STC 178/1985, fundamento jurídico 3.

como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una *proporcionalidad* entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que, no siendo razonables, *rompan el equilibrio* entre el derecho y su limitación»<sup>61</sup>.

Así, por ejemplo, «la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable... es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esa limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, *excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada*. En este sentido el arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 CE, pero no lo es la restricción de la libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio *por el tiempo indispensable* para asegurar la finalidad del proceso de quiebra.»<sup>62</sup>

Lo que aquí importa destacar es que el derecho a la libertad personal a que se refiere el art. 17.1 CE, ya se vea afectado por sacrificios que, en sí mismos, no constituyen una pena *stricto sensu* (en ocasiones no son sino su consecuencia), o ya por penas privativas de libertad, exige una relación de proporcionalidad.

— La prohibición de disponer en la celda de un aparato de televisión, aunque produzca una restricción fáctica del acceso a un cierto medio público de difusión, tiene cobertura legal y, en el marco de la restricción de enseres de disposición individual, como una medida de seguridad frente a internos calificados como peligrosos, no resulta ajena al canon de proporcionalidad que debe inspirarla<sup>63</sup>.

— La privación de libertad como preso o como penado es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual puesto que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, «sin que estos supuestos supongan medidas que lo reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere»<sup>64</sup>.

— El art. 17.1 CE garantiza el derecho a la libertad frente a cualquier forma de privación, también cuando se interna a un extranjero por el tiempo indispensable para la práctica de su expulsión fuera del territorio nacional. Tal fue el caso, cuando, en aplicación de la L.O. 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros, un ciudadano extranjero fue internado sin que se motivara la resolución judicial. El Tribunal, reiterando jurisprudencia consolidada, entiende que la resolución judicial no sólo debe controlar la pérdida de libertad, sino que ha de permitir al interesado presentar los medios que a su defensa convengan, al tiempo que pondera todas las circunstancias concurrentes. A tal efecto, debe enjuiciarse si la pérdida de su libertad resulta «*indispensable* por razones de cautela o de prevención»<sup>65</sup>.

En cuanto a la proporcionalidad de las penas y, más en concreto, de las penas privativas de libertad (entendida como principio constitucional de prohibición

<sup>61</sup> Cfr. STC 178/1985, fundamento jurídico 3. El subrayado no es original.

<sup>62</sup> Vid. STC 178/1985, fundamento jurídico 3. La cursiva es nuestra. Por lo demás, «la duración de la privación de libertad en que consiste el arresto (domiciliario) del quebrado debe ser tan sólo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con que se ha decretado y, lograda esta finalidad, resultaría contrario al art. 17.1 CE la privación de libertad.» (fundamento jurídico 4.).

<sup>63</sup> Cfr. STC 119/1996, fundamento jurídico 3.

<sup>64</sup> Cfr. SSTC 89/1987, fundamento jurídico 2; 119/1996, fundamento jurídico 3.

<sup>65</sup> Cfr. STC 182/1996, fundamento jurídico 3, con cita de las SSTC 115/1985 y 144/1990. El Tribunal concluye en la violación, tanto del art. 17.1 como del 24.1 CE, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes y tampoco si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión y la mayor o menor probabilidad de que huyera (*ibidem*).

de exceso, no como mero criterio que inspira e informa la labor del legislador penal), merecen retenerse los siguientes datos:

— La denominada proporcionalidad de las penas, desde el punto de vista de su exigibilidad constitucional, no es sino una especie o rama del tronco común. Desde esta perspectiva, la pena debe ser apta o adecuada para satisfacer el fin que persigue; necesaria, por no ser de todo punto manifiesto que con una menor privación de libertad personal se protege igual el bien jurídico tutelado; y, finalmente, equilibrada, si bien es éste un juicio que difícilmente puede prosperar, como ya se ha notado<sup>66</sup>.

— El art. 17 CE, en cuanto reconoce el derecho a la libertad personal, bien puede considerarse el precepto vulnerado cuando la privación de libertad sea desproporcionada. En otras palabras, el principio constitucional de proporcionalidad en su específica variante de proporcionalidad de las penas tiene su acomodo en el artículo 17 CE, en particular en su apartado 1.º, siempre que éstas lleven aparejadas la privación de libertad. Es éste el derecho que se lesionaría si, por decirlo en modo gráfico, el legislador estableciera penas —privativas de libertad— como las que preveía el Código de Hammurabi (disponiendo, v. gr., la muerte del ladrón), sin perjuicio de que a un tiempo pudieran verse comprometidos en una hipótesis tal otros bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos. Esta tesis ha sido explícitamente confirmada por la STC 55/1996 cuando advierte que si el legislador incurriera en un exceso manifiesto por el rigor de las penas establecido vulneraría el art. 17.1 CE «al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad»<sup>67</sup>. También la pena privativa de libertad —como cualquier otra clase de sacrificio o restricción sobre los derechos y libertades— se enjuicia, por consiguiente, a la luz de los tres elementos que integran el principio general de proporcionalidad (utilidad, necesidad y equilibrio o proporcionalidad en sentido estricto)<sup>68</sup>.

## 2. *Detención preventiva* (art. 17.2 CE)

Aquí es la propia letra de la Constitución la que hace una expresa mención a uno de los elementos más significativos de la proporcionalidad, el criterio de la indispensabilidad o necesidad del sacrificio: «La detención preventiva —afirma el precepto— no podrá durar más del tiempo *estrictamente necesario* para las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.»

Con expreso apoyo en este inciso, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales detenciones que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no eran proporcionadas. Así, ha reiterado que la detención preventiva no podrá durar «más del tiempo estrictamente necesario» para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC 206/1991, fundamento jurídico 4; 341/1993, fundamento jurídico 6.A, y STC 31/1996, fundamento jurídico 9). En consecuencia, «el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 de la Constitución puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el *fin perseguido* por la medida de privación de libertad...» (cfr. STC 31/1996<sup>69</sup>, con cita de SSTC

<sup>66</sup> Véase el estudio preliminar núm. VI.6.

<sup>67</sup> Cfr. fundamento jurídico 7. *Vid.*, asimismo, núm. 8. Esta concepción ya se deja traslucir en otras sentencias, como la 19/1988, fundamento jurídico 8, por ejemplo.

<sup>68</sup> Aunque excede en mucho del tema y perspectiva que nos ocupa, debe notarse que el Tribunal ha excluido terminantemente que pueda deducirse del art. 25.1 CE un pretendido derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena en relación con la gravedad del delito (cfr. STC 65/1986, fundamento jurídico 6).

<sup>69</sup> En esta Sentencia, se concluye en que ninguna de las posibles razones esgrimibles justifican un alargamiento «tan desproporcionado del período de detención sufrido por el demandante de amparo, en perjuicio de su derecho fundamental a la libertad personal.» (cfr. fundamento jurídico 8). También se alude implícitamente al criterio de la intervención menos restrictiva posible cuando, en el mismo fundamento, se afirma que «el fin perseguido por la detención fundada en el art. 492.3 LECrim pudo seguramente haberse satisfecho mediante una comparecencia ante la autoridad pública judicial la misma tarde en que el interesado fue detenido...».

41/1982, fundamento jurídico 5; 127/1984, fundamento jurídico 3; 8/1990, fundamento jurídico 2.5; 128/1995, fundamento jurídico 3).

— El criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es igualmente aplicable a otros ámbitos, como el de las detenciones realizadas al amparo del art. 26.2 de la Ley de Extranjería<sup>70</sup>. En efecto, «el plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el tiempo estrictamente indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC 341/1993, fundamento jurídico 6 A, y 206/1991, fundamento jurídico 4). Por ende, el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 de la Constitución puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 41/1982, fundamento jurídico 5; 127/1994, fundamento jurídico 3º), 8/1990 fundamento jurídico 2º, y 128/1995, fundamento jurídico 3º (STC 31/1996, fundamento jurídico 8º)»<sup>71</sup>.

— Así, por ejemplo, aunque la detención tenga su origen en un expediente de expulsión del territorio nacional «ello no sería bastante para justificar siempre y en todo caso la privación de libertad, que ha de ser controlada en el proceso de *habeas corpus* atendiendo a la "causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial" (SSTC 115/1987, 144/1990 y 12/1994, entre otras)»<sup>72</sup>.

### 3. La prisión provisional

A mero título de ejemplo, y teniendo en cuenta que este apartado del precepto, al igual que el anterior, es objeto de un más detenido análisis en otros artículos del presente número de la revista, baste recordar ahora que el respeto de los plazos máximos de prisión provisional, de necesaria fijación *ex art.* 17.4 CE, «es una exigencia legal de trascendencia constitucional, de modo que ilegalidad e inconstitucionalidad —vulneración del derecho a la libertad— vienen aquí a coincidir. La superación de los plazos de prisión preventiva supone no sólo un tratamiento ilegal en tan trascendente materia, sino también una limitación desproporcionada del derecho a la libertad, pues es el principio de proporcionalidad, junto con el de seguridad jurídica, el que informa en última instancia el establecimiento de dichos topes temporales a la medida cautelar»<sup>73</sup>. Con estas palabras el Tribunal está aludiendo en primer término a la aplicación de una institución constitucionalmente garantizada que es trasunto de la idea de proporcionalidad. Otra cosa es que, a su vez, la interpretación y aplicación de los preceptos reguladores de la prisión provisional deban llevarse a cabo a la luz y de conformidad con el principio constitucional de proporcionalidad<sup>74</sup>. Así, el juicio de proporcionalidad resulta insuficiente cuando se resuelve mantener la prisión provisional con base exclusivamente en la gravedad de los hechos investigados, sin referencia alguna a las circunstancias personales del imputado, ni del caso concreto<sup>75</sup>.

## V. DERECHO A LA INTIMIDAD (art. 18.1 CE)

El Tribunal tiene declarado que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de ex-

<sup>70</sup> Así lo ha reiterado la STC 86/1996, fundamentos jurídicos 7 y 8.

<sup>71</sup> Cfr. fundamento jurídico 8.

<sup>72</sup> Cfr. STC 66/1996, fundamento jurídico 3.c). La cursiva es nuestra.

<sup>73</sup> STC de 4 de mayo de 1998 (Sala Segunda), recaída en el amparo núm. 4372/1996. Cfr. fundamento jurídico 2.

<sup>74</sup> *Vid. supra*, núm. 1.3.

<sup>75</sup> Cfr. STC 156/1997, fundamento jurídico 5.

perimentar se revele como *necesario*<sup>76</sup> para lograr el fin legítimo previsto, *proporcionado*<sup>77</sup> para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC 57/1994, fundamento jurídico 5)<sup>78</sup>.

Desde temprana jurisprudencia (así, en la STC 73/1982), el Tribunal Constitucional ha advertido que «el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula (fundamento jurídico 5), y la eventual limitación del derecho es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la Norma fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten *desproporcionados*»<sup>79</sup>. De esta doctrina se infiere, una vez más, que las limitaciones del derecho a la intimidad serán proporcionadas si el medio arbitrado no impone un sacrificio inútil, excesivo o sin equilibrio en relación con el fin que se busca.

Algunos ejemplos:

— La resolución judicial que ordene realizar las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) «debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.3 y 8, párrafos 3 a 5). Ponderación que debe plasmarse en la morivación de la necesidad de la medida por parte de la decisión judicial»<sup>80</sup>.

— No es desproporcionado para el derecho a la intimidad el deber legal que pesa sobre el empresario de entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos de trabajo que celebre y que deban formalizarse por escrito (a excepción del número del DNI, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que de acuerdo con la L.O. 1/1982, pudiera afectar a la intimidad personal)<sup>81</sup>. La participación de los representantes legales de los trabajadoras en las tareas de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales «es, sin duda, una medida *adecuada* para contribuir a la obtención de la finalidad de la norma»<sup>82</sup>.

En esta sede, son numerosas las sentencias que utilizan —con suerte desigual y mayor o menor explicitud— el test de la proporcionalidad como un elemento más de la ponderación para la resolución de conflictos o colisiones entre derechos (típicamente, expresión e información, de un lado, e intimidad y honor, de otro). No obstante, en este rápido excursus queda fuera de nuestra consideración esta rica problemática<sup>83</sup>.

## VI. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (art. 18.2 CE)

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que «las medidas restrictivas de los derechos fundamentales han de reducirse al *mínimo indispensable*, adoptando en su ejecución las cautelas *imprescindibles* al efecto, bajo la salvaguardia

<sup>76</sup> Porque no haya otra medida que con igual eficacia pueda ser más moderada.

<sup>77</sup> Por resultar equilibrada la «ecuación» costes-beneficios.

<sup>78</sup> STC 143/1994, fundamento jurídico 6.

<sup>79</sup> Cfr. STC 142/1993, fundamento jurídico 9. La cursiva es nuestra.

<sup>80</sup> Cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3. Se alude aquí, como es obvio, del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>81</sup> Cfr. STC 142/1993, fundamentos jurídicos 9-11. Se enjuiciaba el art. 1.1 de la Ley 2/1991, de 7 de enero, de derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

<sup>82</sup> Cfr. STC 142/1993, fundamento jurídico 10. La cursiva no es original.

Adecuada es, obviamente, sinónimo de apta, útil o idónea para alcanzar la finalidad que se dice perseguir (es más, seguidamente la misma STC afirma que es una «medida apta» en relación con el fin). Se trata, pues, del primer criterio que encierra el principio.

<sup>83</sup> *Vid.* las breves reflexiones realizadas al respecto en el estudio preliminar núm. VI.1.

del Juez (SSTC 22/1984, 137/1985, 144/1987, 160/1991 y ATC 7/1992),<sup>84</sup>. En otras palabras, están vedadas las inspecciones *inútiles*, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo *necesario* y adoptando todo género de precauciones para no comprometer su reputación, con respeto de sus secretos si no interesan a la instrucción<sup>85</sup>.

Es clásica la invocación de la doctrina sintetizada por la STC 144/1987<sup>86</sup> para asegurar la proporcionalidad de la medida autorizatoria, y según la cual, el juez ocupa la posición de «garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que *requiera* efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean *estrictamente indispensables* para ejecutar la resolución administrativa»<sup>87</sup>.

— Es proporcionada la norma que autoriza a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a proceder sin necesidad de previa autorización judicial a la «inmediata detención de los presuntos responsables» de acciones terroristas. El Tribunal advierte que la Ley entonces enjuiciada quiso circunscribir esa posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de esa inmediata detención «se hace *absolutamente imprescindible*»<sup>88</sup> la adopción directa de la medida, y en las que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la operación»<sup>89</sup>. No constituye, pues, la regla general, sino la excepción. «Sólo, de forma excepcional, en supuestos *absolutamente imprescindibles* y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que proceder a la detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial»<sup>90</sup>. La Ley ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite<sup>91</sup>.

— No es desproporcionada la entrada en domicilio y registro por la Inspección de Tributos en virtud de autorización judicial que fue obtenida directamente por la Administración sin que de forma previa el titular del derecho hubiese sido requerido expresamente a consentir el acceso a su domicilio, y que asimismo le fue exhibida por vez primera en el acto de la personación de la Inspección y sin que hasta entonces hubiese tenido conocimiento de procedimiento tributario alguno seguido contra él. El Tribunal razona que esa medida no es, en términos constitucionales, desproporcionada al fin perseguido, puesto que la eficacia de la Administración tributaria quedaría frustrada injustificadamente si en la investigación tuviera que personarse con previo aviso y aguardara —aun estando provisto de una autorización judicial— a tener constancia formal de la denegación del consentimiento del titular del domicilio, que éste podría postergar *sine die* o dificultar en extremo<sup>92</sup>.

<sup>84</sup> Cfr. STC 50/1995, fundamento jurídico 7. La cursiva no es original.

<sup>85</sup> Así resume la STC 50/1995 (fundamento jurídico 7) los mandatos legales que se deducen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 550, 552, 558, 566, 570, 571 y 572), cuya infracción, en el caso enjuiciado, adquirió relevancia constitucional.

<sup>86</sup> Fundamento jurídico 5.

<sup>87</sup> *Ibidem*. La cursiva no es original. La STC es citada también por Autos (v. gr.: 129/1990, 371/1991, etc.). Se reitera la misma doctrina en SSTC como la 76/1992, fundamentos jurídicos 2 y 3.

<sup>88</sup> Principio de necesidad.

<sup>89</sup> Cfr. STC 199/1987, fundamento jurídico 9. La cursiva no es original.

<sup>90</sup> *Ibidem*. En tales supuestos, el conocimiento judicial se produce *a posteriori*.

<sup>91</sup> *Ibidem*. Luce con meridiana claridad la lógica de la necesidad de la intervención o principio de necesidad: cuando no haya otra alternativa o remedio posible para alcanzar ese resultado. Por ello, tal medida —la supresión de la intervención judicial previa— es, en términos constitucionales, proporcionada.

<sup>92</sup> Cfr. ATC 129/1990, fundamento jurídico 7. En rigor, hubiera bastado —a efectos del juicio de proporcionalidad— que el Tribunal argumentase que, una vez determinada la legitimidad constitucional del fin, no resulta manifiesto que el sacrificio excede de lo necesario para alcanzarlo.

## VII. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (art. 18.3 CE)

La «estricta observancia» del principio de proporcionalidad por parte de la resolución judicial autorizatoria para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones «se refiere no sólo a la gravedad de la infracción punible, para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990)»<sup>93</sup>. En términos más claros, en punto a la proporcionalidad de la medida, la autorización judicial sólo es respetuosa con el principio si responde o guarda una razonable proporción con el delito que se pretende investigar; si por su naturaleza es adecuada o útil para lograr el resultado que se persigue —la aclaración de unos hechos delictivos—; si, por su duración, extensión, etc., resulta estrictamente necesaria; y proporcionada en sentido estricto por venir justificada por un hecho delictivo grave, entre otras consideraciones. La autorización desproporcionada, en cualesquiera de sus expresiones posibles, deviene inconstitucional.

Por otro lado, la motivación habrá de expresar por qué es *necesaria* la intervención y, en consecuencia, su proporcionalidad. El contenido de la motivación, su razonamiento, se resuelve, en efecto, en evidenciar su proporcionalidad<sup>94</sup>:

Así, por ejemplo, «la legitimidad de la medida de intervención telefónica se condiciona, en suma, a la consideración por el juez autorizante de su *necesidad* para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal, la resolución en que se acuerde debe mencionar expresamente las *razones* fácticas y jurídicas que *apoyan la necesidad de la intervención*, esto es, manifestar los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo *grave* por una determinada persona y, en función de esos indicios, proceder a su encaje en alguno de los tipos delictivos *justificantes de la medida*. Es imprescindible que la resolución judicial determine el objeto de la intervención: número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que en principio deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, y los períodos en que haya de darse cuenta al juez para controlar su ejecución»<sup>95</sup>. También en relación con internos en un Centro Penitenciario, ha insistido el Tribunal con intensidad en que la motivación de la intervención de las comunicaciones constituye «el único medio para comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna»<sup>96</sup>.

Con independencia de que el principio de proporcionalidad sea derivable, según nos consta, de la cláusula del Estado de Derecho y del valor justicia, como fundamento más profundo o radical, y de que su infracción no se pueda invocar en abstracto, sino por relación con algún derecho constitucional<sup>97</sup>, el Tribunal no duda en afirmar su referencia de algunos preceptos constitucionales reguladores de los derechos y libertades<sup>98</sup> y tal es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones: el principio de proporcionalidad se desprende del art. 18.3 CE, puesto que, en el fondo, la ponderación que ha de realizar el juez, sea para autori-

<sup>93</sup> Cfr. STC 49/1996, fundamentos jurídicos 3 y 3.A).

<sup>94</sup> *Vid.* más atrás núm. I.2.

<sup>95</sup> Cfr. STC 49/1996, fundamento jurídico 3.C). La cursiva es nuestra. En sentido análogo, insisten las SSTC 85/1994, 86/1995, 181/1995, 54/1996, entre otras.

<sup>96</sup> Cfr., entre tantas, STC 128/1997, fundamento jurídico 4. *Vid.* más atrás núm. I.2.

<sup>97</sup> Así, p.ej., la STC 55/1996, fundamento jurídico 3. *Vid.* el estudio preliminar.

<sup>98</sup> No se olvide, en efecto, el paralelismo de esta fundamentación con la que es clásica en la jurisprudencia constitucional alemana: Estado de Derecho y esencia de los derechos fundamentales.

zar la intervención de la comunicación telefónica o para controlar la ejecución de la medida, se resuelve y consiste en un juicio de proporcionalidad. Si desconoce los hechos que se están investigando, el juez no puede efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la finalidad perseguida con la intervención, ni tampoco considerar si resulta útil o adecuada a la naturaleza de los hechos<sup>99</sup>.

— El mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la de acordar la intervención de las comunicaciones orales y escritas del preso, «*más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican*, podría lesionar efectivamente el derecho afectado, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 206/1991, fundamento jurídico 4; 41/1996, fundamento jurídico 2, etc.)»<sup>100</sup>. La normativa penitenciaria aplicable «*lleva implícita la exigencia del levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron*, en cuanto se legitima exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento.»<sup>101</sup>. En suma, la falta de determinación temporal de la intervención aparece la carencia de proporcionalidad de la medida<sup>102</sup>. En otras palabras, la restricción «*no debe adoptarse... por más tiempo del que sea necesario para los fines que la justifican*»<sup>103</sup>. Advertencia que conduce, en el caso en cuestión, al otorgamiento del amparo y a declarar que la decisión es desproporcionada<sup>104</sup>. Por lo demás, el Tribunal añade que, a los efectos del control jurisdiccional y, más en concreto, para enjuiciar la proporcionalidad de una intervención tal, la motivación del acuerdo se hace necesaria pues constituye el único medio para ejercer tal control<sup>105</sup>.

#### VIII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y EL DERECHO AL HONOR FRENTE AL PODER INFORMÁTICO (art. 18.4 CE)

El art. 18.4 CE establece: «La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.» Tal precepto no es sólo una garantía de instituto del honor o la intimidad, sino también un derecho fundamental frente a las potenciales agresiones que puedan derivar del uso ilegítimo de la informática<sup>106</sup>. Probablemente sea uno de los derechos fundamentales con más trascendencia en un futuro próximo en el seno del ciberespacio y, más en general, en el ámbito de las bases de datos (v. gr.: genéticos, médicos, laborales, familiares, etc.). Por ello, aca-so merezcan recordarse aquí algunas de sus notas más características:

Con este precepto, «la Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso, estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»<sup>107</sup>.

<sup>99</sup> Véase STC 49/1996, fundamento jurídico 5.

<sup>100</sup> STC 170/1996.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, fundamentos jurídicos 4 y 5.

<sup>103</sup> Cfr. STC 170/1996, fundamento jurídico 6.

<sup>104</sup> Cfr. STC 170/1996, fundamento jurídico 7.

<sup>105</sup> Cfr. STC 170/1996, fundamento jurídico 5. *Vid.* más atrás núm. I.2.

<sup>106</sup> Cfr. STC 254/1993, fundamento jurídico 6.

<sup>107</sup> Cfr. STC 254/1993, fundamento jurídico 6.

Entre otras consecuencias, el derecho fundamental a la intimidad no puede agotar su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. «Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 8, y 101/1991, fundamento jurídico 2)»<sup>108</sup>.

Pues bien, para el Tribunal Constitucional —en línea, por lo demás, con lo sostenido por otros Tribunales Constitucionales<sup>109</sup>— debe observarse el principio de proporcionalidad con todo rigor, pues el poder informático acumulado por el Estado puede ser inmoderado, innecesario y excesivo y, en consecuencia, inconstitucional por desproporcionado<sup>110</sup>. Por lo que aquí interesa, la conclusión es clara: el poder público sólo puede tener a su disposición los datos informáticos estrictamente necesarios para el cumplimiento de los fines constitucionalmente establecidos. Sería desproporcionado, por ejemplo, que todos los datos sectoriales en manos de las diversas Administraciones (o ramos de una misma Administración) pudieran ponerse en común, como si de un fichero único se tratara; el cruce de datos personales entre los poderes públicos traería consigo un sacrificio innecesario de la intimidad, puesto que a su disposición tendría más información de la necesaria de cara al cumplimiento de sus fines, determinados por la respectiva asignación de competencias<sup>111</sup>. Al margen del atentado a la dignidad humana de la persona (art. 10.1 CE) que pudiera suponer el hecho de ser tratado como mera cifra abstracta con olvido de sus señas de identidad, debe subrayarse que, por legítimos que sean los fines, no puede nunca desbordarse el contenido esencial del derecho a la intimidad (arts. 18.1 y 4; 53.1 CE).

Así, por ejemplo, el denominado número único de identificación podría entrañar, según los casos y su concreta regulación, la inmediata o potencial intercambiabilidad y trasvase de datos entre las diversas Administraciones públicas, consecuencia ésta que, a la luz de cuanto se ha dicho, resultaría contraria al principio de proporcionalidad, por más que la eficacia parezca demandar medidas de esta naturaleza. Por otra parte, y aunque el Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, cabe pensar que la inminencia de la lesión del derecho fundamental a la intimidad como consecuencia de una injerencia derivada de la informática podría ser un factor relevante, no ya de cara al ejercicio de las acciones legales que procedan en Derecho, sino también en punto a la interposición, en su caso, del recurso de amparo, habida cuenta de que la vulneración efectiva de este derecho a resultados de un eventual uso ilegítimo de estos medios técnicos podría ser, según las circunstancias, sencillamente irreparable, una vez que el dato personal se ha puesto en circulación.

El Tribunal Constitucional español ha podido sostener lo que sigue: «Toda la información que las Administraciones públicas recogen y archivan ha de ser *necesaria*»<sup>112</sup> para el ejercicio de las potestades

<sup>108</sup> Cfr. STC 254/1993, fundamento jurídico 7, *in fine*.

<sup>109</sup> Véase, por ejemplo, para el caso alemán, la BVerfGE 65, 1, 65 y ss.

<sup>110</sup> Al poder informático en manos del Estado habría que añadir, a nuestro juicio, el poder informático material, aunque formalmente no público, detentado por los particulares. Con mayor razón cuando la Administración actúa vestida de civil. Es éste un tema de hondo calado que entronca con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la teoría del Derecho privado administrativo y construcciones análogas, etc., y representa un campo fértil desde el que inducir una teoría general más amplia que permita inocular determinados valores del Derecho público en el seno del Derecho privado.

<sup>111</sup> Conclusión contundente del Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia antes citada que sería perfectamente trasladable, creo, a nuestro sistema constitucional, mucho más estricto y severo en este punto que la Ley Fundamental.

<sup>112</sup> Esto es, necesario o imprescindible el sacrificio para la intimidad que entraña el archivo y registro de datos personales. Además, dice la STC, ha de ser necesario para el cumplimiento de los fines que tenga atribuidos, no

que les atribuye la Ley, y ha de ser *adecuada*<sup>113</sup> para las legítimas finalidades previstas por ella...»<sup>114</sup>. Si el derecho fundamental a la intimidad en este ámbito puede justificar en determinados casos que un ciudadano se niegue a suministrar a las autoridades determinados datos personales, «no se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aun ilegales o fraudulentos, o incluso a que esos datos personales que tiene derecho a negar a la Administración sean suministrados por terceros no autorizados para ello»<sup>115</sup>. Aun cuando no se hubiera producido el desarrollo legislativo necesario del art. 18.4 CE, el ciudadano tiene el derecho —y la Administración la obligación positiva de hacer— de comunicarle aquellos datos personales que le conciernan, que obren en los ficheros de la Administración en cuestión<sup>116</sup>.

Algunos ejemplos:

— El deber constitucionalmente declarado en el art. 31 para alcanzar la equidad fiscal consistente en facilitar determinados datos sobre la situación económica del contribuyente no supone un sacrificio desproporcionado del art. 18.1 y 4 CE<sup>117</sup>.

— La utilización por la empresa de datos personales obtenidos con una exclusiva finalidad (descontar la cuota de afiliación sindical), para, a su vez, descontar todos los días de paro a los que tienen una determinada clave, correspondiente a los afiliados al sindicato convocante, ha sido censurada por numerosas sentencias<sup>118</sup>. Aquí, sin embargo, no entra en juego la proporcionalidad, sino un criterio anterior: la ilicitud del fin. En estos casos, en efecto, se utilizó un dato sensible, que había sido facilitado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta inadmisibles a la luz de la libertad sindical.

## IX. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (art. 20 CE)

Algunos ejemplos:

— Fue declarada inconstitucional por evidentemente desproporcionada la previsión que establecía el art. 21.1 de la Ley 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, por cuanto la mera admisión de la querrela criminal llevaba anudada la clausura provisional de medios de difusión acordada por el juez, o incluso la ocupación material de los instrumentos del delito<sup>119</sup>. En efecto, razona el Tribunal, este precepto «no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades»<sup>120</sup>, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información»<sup>121</sup>.

— El ejercicio de la actividad de vídeo comunitario debe entenderse protegido por el derecho reconocido en el art. 20.1.a) CE a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción. Ahora bien, la revocación de una licencia otorgada bajo condición, por el incumplimiento de la misma, no es contraria al principio de proporcionalidad. Esa con-

otros. La mera posibilidad de que la Seguridad Social, por ejemplo, pudiera acceder a la información del Ministerio de Justicia o Interior sería, por de pronto, desproporcionada.

<sup>113</sup> Es decir, apta o idónea para alcanzar el fin que pretende. Si la información, por parcial, insegura o antigua, no es susceptible de servir la finalidad atribuida a esa concreta Administración sería inútil y, por consiguiente, ese sacrificio desproporcionado.

<sup>114</sup> STC 254/1993, fundamento jurídico 7.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> Implícitamente, entre otras, STC 110/1984 y ATC 642/1986.

<sup>118</sup> Así, entre otras, SSTC 11, 33, 35, 95, 123, 124, 125, 126/1998.

<sup>119</sup> STC 199/1987, fundamento jurídico 12.

<sup>120</sup> Se trasluce aquí el criterio de la necesidad de la intervención: como un sacrificio tal excede de lo necesario o indispensable para garantizar el fin (preventivo o de aseguramiento), resulta desproporcionado.

<sup>121</sup> Consideración ésta que se enmarca en el criterio de la proporcionalidad entendida en sentido estricto: desde la perspectiva del balance costes-beneficios se repercute además sobre derechos y libertades de terceros, con lo cual el saldo se muestra aún más deficitario.

dición (pago de tasas y cumplimiento de determinados requisitos técnicos) no es desproporcionada para el derecho reconocido por el art. 20.1.a) CE<sup>122</sup>.

— Si bien es cierto que se produce una restricción fáctica del acceso a un cierto medio público de difusión, por no disponer el interno de un aparato de televisión en la celda, no lo es menos que la misma se adopta con la adecuada cobertura legal, como una medida de seguridad frente a internos calificados como peligrosos que no resulta ajena al canon de proporcionalidad que debe inspirarla<sup>123</sup>.

## X. DERECHO DE REUNIÓN (art. 21 CE)

La Autoridad administrativa podría llegar al extremo de prohibir el ejercicio del derecho de reunión, previa la realización siempre del oportuno *juicio de proporcionalidad* y, en esta última solución, siempre que, primero, concorra el único motivo que la Constitución contempla para sacrificar el ejercicio de este derecho fundamental (la existencia de razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas o bienes); y, en segundo lugar, que dicha actuación administrativa no sea reconducible a ningún género de manifestación de autotutela y la imposición de condiciones *excesivamente gravosas* resulte inmediatamente revisables por los jueces<sup>124</sup>.

— Respecto del legislador de este derecho fundamental, pronto tuvo ocasión el Tribunal de afirmar que aun cuando el art. 21 CE no determina para la comunicación previa cuál haya de ser su antelación mínima temporal o plazo y, por consiguiente, el legislador futuro tiene un claro ámbito electivo, sin embargo, en tal opción habrá de respetar, entre otros, el principio de proporcionalidad<sup>125</sup>.

— El Tribunal anula una sentencia penal que había apreciado la existencia de un delito de desórdenes públicos en una manifestación pacífica en la que se cortó el tráfico<sup>126</sup>. Constatado que la manifestación satisfacía los requisitos constitucionales para el ejercicio del derecho de reunión, el Tribunal Constitucional entiende que en el conflicto o colisión entre el derecho a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio nacional (art. 19.1 CE) y el derecho de reunión (art. 21), no puede sacrificarse enteramente el segundo. Para la STC, la resolución impugnada resulta ser manifiestamente desproporcionada al ignorar todas las circunstancias concurrentes (carácter pacífico, brevedad y parcialidad de la ocupación; existencia de vías alternativas; etc.), «puesto que no ha efectuado un adecuado juicio de ponderación» entre ambos derechos<sup>127</sup>. Aquí luce, en efecto, el principio de proporcionalidad como elemento o criterio específico de la más amplia ponderación entre derechos<sup>128</sup>.

— La STC 66/1995, interesante por ser la primera en reconocer de forma explícita los tres elementos que integran el juicio de proporcionalidad, concluirá que la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión (en la Puerta del Sol, de Madrid) supera el juicio de proporcionalidad exigible. No es ajeno al fallo desestimatorio el hecho de que no cupiera una alternativa menos restrictiva por consecuencia de que los mismos promotores de la concentración no aceptaban ninguna propuesta de modificación del lugar o la hora, sin que, por lo demás, correspondiera a la autoridad gubernativa la propuesta de otras medidas menos restrictivas<sup>129</sup>. Con carácter general, la STC sostiene que los poderes públicos han de ejercer sus potestades proporcionalmente, «de modo que, por ejemplo, antes de prohibir una concentración por esta causa, deben proponer las modificaciones que permitan el ejercicio del derecho»<sup>130</sup>.

<sup>122</sup> Véase STC 181/1990, fundamento jurídico 3.

<sup>123</sup> Cfr. STC 119/1996, fundamento jurídico 3.

<sup>124</sup> Cfr. STC 59/1990, fundamento jurídico 5.

<sup>125</sup> Cfr. STC 36/1982, fundamento jurídico 7.

<sup>126</sup> STC 59/1990.

<sup>127</sup> Cfr. fundamento jurídico 9. *Vid.* el estudio preliminar núm. VI.1

<sup>128</sup> Al igual que acontece, aún con más frecuencia en la jurisprudencia, con los derechos reconocidos en los arts. 18 y 20 CE. *Vid.* el estudio preliminar núm. VI.1

<sup>129</sup> Cfr. fundamento jurídico 5. El voto particular formulado por el Magistrado Julio D. González Campos, entre otros extremos, discrepa de este punto y entiende que el total silencio de la autoridad gubernativa por sí solo debiera haber conducido a la declaración de nulidad del acto.

<sup>130</sup> Cfr. fundamento jurídico 3.

## XI. DERECHO DE ASOCIACIÓN (art. 22 CE)

Merece una especial consideración el derecho de asociación en sentido negativo, esto es, la libertad para no asociarse, en la justa medida en que el juicio de proporcionalidad, entre otros elementos, ha planeado en la abundante jurisprudencia constitucional que en su derredor se ha producido. La problemática de la libertad negativa para afiliarse o no a las Corporaciones de Derecho público —que es el ángulo del que más se ha ocupado el Tribunal Constitucional hasta el momento— es una cuestión de hondo calado que no es posible siquiera aquí dejar esbozada. A nuestro limitado propósito, sólo interesa uno de los interrogantes que el tema suscita, a saber: si una restricción del derecho a no asociarse, como la adscripción obligatoria, es o no proporcionada a los fines que la Ley atribuye a estas Corporaciones<sup>131</sup> (supuesto, claro está, lo que puede ser discutido, que por «asociación» haya que entender también una Administración corporativa, cuya existencia no excluye la concurrencia con otras asociaciones privadas)<sup>132</sup>.

A mero título de ejemplo, y obviando la polémica doctrinal y jurisprudencial generada por las SSTC 179/1994 y 107/1996, cuyo análisis excede en mucho del presente estudio, se apunta sucintamente cuál habría podido ser el resultado al que podrían haber llegado de haber aplicado el principio de proporcionalidad tal como lo conocemos. Para un mejor entendimiento de cuanto aquí se indica, resulta obligada la remisión a la doctrina sentada en las indicadas Sentencias, así como a los fines que la Ley estatal enjuiciada (la 3/1993) atribuye a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Adelantemos que, a nuestro juicio, la primera de aquellas Sentencias, la STC 179/1994, hace un uso de la proporcionalidad que excede de lo que su limitado contenido autoriza, tal como ha sido caracterizado. Y que la segunda, la 107/1996, podría haber llegado a una igual conclusión de constitucionalidad, basándose en el juicio de proporcionalidad.

En síntesis, el examen se resuelve en determinar exclusivamente si los objetivos asignados a las Cámaras (esos mismos, no otros) se pueden alcanzar sin la adscripción obligatoria, bien sea con la pura pertenencia libre o bien con una restricción menor. Así formulado, cabe anticipar que tal medio es proporcionado. Por lo demás, es evidente que este test es más modesto que el emprendido por la STC 179/1994 y el postulado por el voto particular a la STC 107/1996, ya que no permite cuestionar la institución en sí misma —las Cámaras como Administración corporativa— ni los fines que a éstas le ha asignado el legislador —que constituyen un *præius* lógico para el juzgador—, sino, más sencillamente, si la adscripción obligatoria es incapaz de alcanzar esos concretos fines, si representa un instrumento que excede de lo estrictamente necesario para su consecución y, finalmente, si tal pertenencia obligatoria arrostra más perjuicios que beneficios.

El «test» de proporcionalidad no tiene por objeto, como es obvio, enjuiciar los fines en sí mismos o en abstracto, ni tampoco sus posibles alternativas, sino exclusivamente los medios en relación con esos objetivos previamente fijados por el legislador. La «imposibilidad» o, al menos, «dificultad» de obtener tales fines sin la adscripción obligatoria a un ente corporativo, por utilizar las propias palabras del Tribunal (STC 179/1994, fundamento jurídico 7), acaso debiera significar, más bien, que la medida será inconstitucional por desproporcionada siempre que sea «posible» o «fácil» detectar *prima facie* una medida menos restrictiva que la adscripción forzosa para satisfacer tales fines en iguales términos (tanto cuantitativa como cualitativamente).

Para contrastar la legitimidad constitucional de la adscripción obligatoria a la luz del principio de proporcionalidad, preciso es identificar y articular correctamente la relación de medio a fin objeto de nuestra consideración. Ciertamente, la medida limitadora o restrictiva de la libertad general que se

<sup>131</sup> Su proporcionalidad fue afirmada tempranamente por el Tribunal Constitucional Federal alemán y, más recientemente, entre otros, por el Constitucional húngaro. Cfr. *Bulletin on Constitutional Case-Law, Venice Commission, Council of Europe*, de 1997.

<sup>132</sup> El TEDH ha negado que tales Corporaciones puedan ser calificadas de «asociación» a los efectos del art. 11 del CEDH. Cfr. Sentencias del TEDH, de 28 de junio de 1981, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, núm. III, 62-66; 10 de febrero de 1983, *Caso Albert y Le Compte*, IV, 43-44; y 30 de junio de 1993, *Caso Sigurjónsson*, núms. 30-38. Esta jurisprudencia, sin embargo, tiene carácter de mínimo, por lo que no impide que nuestro Tribunal, como ha ocurrido, sí entienda incluíbles las Corporaciones en el ámbito de cobertura de las asociaciones a las que se refiere el precepto constitucional.

cuestiona en este supuesto se resuelve en la reiterada pertenencia obligatoria. Los fines con los que debe ponderarse este medio restrictivo cual es la adscripción forzosa son los que resulten de la legislación vigente, estén expresa o implícitamente formulados.

A) La norma dubitada supera, en primer término, el criterio de la idoneidad o aptitud puesto que parece evidente que la pertenencia obligatoria es susceptible de obtener el fin que se propone en el sentido de que al menos puede contribuir en teoría a su consecución; dicho en otros términos, no cabe concluir «a priori» que el medio sea absolutamente inútil para lograr su propósito, única hipótesis con relevancia constitucional.

B) El segundo criterio, el de la necesidad de la restricción o el de la intervención menos restrictiva posible, también se satisface desde la perspectiva constitucional, habida cuenta de que no es posible concluir de forma manifiesta que tales objetivos puedan alcanzarse en los mismos términos que el legislador ha establecido, a través de una medida menos restrictiva, cual sería, por hipótesis, la asociación libre y voluntaria.

Ha de notarse a este propósito que para declarar la inconstitucionalidad de una medida limitadora por su incompatibilidad con este criterio no basta con que se puedan alcanzar «fácilmente» esos fines con una restricción más moderada, o sencillamente sin limitación alguna, como en el caso de la asociación libre, sino que ha de ser evidente además que pueda lograrse el fin «en sus propios términos» o si se prefiere, «con igual eficacia», cuyo grado o margen compete al legislador decidir; lo contrario supondría una intromisión en la libre esfera del legislador prohibiéndole la posibilidad de aspirar a objetivos más ambiciosos en tantas políticas sectoriales que, con respeto del contenido esencial de los derechos y libertades (art. 53.1 CE), arrostrarán paralelamente mayores sacrificios. Como no se dan esos requisitos, la STC 179/1994 podía haber llegado a la conclusión de que la pertenencia obligatoria parece necesaria.

C) Por último, la medida en cuestión debe superar el «test» de la proporcionalidad en sentido estricto, según el cual la limitación ha de ser ponderada o razonablemente equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, puesto que, aunque apta para alcanzar el fin y necesaria por no existir un medio más moderado e igualmente eficaz, podría, por hipótesis, producir un impacto excesivamente gravoso o perjudicial en relación con los beneficios que irroge. Para realizar esta concreta ponderación, conviene recordar cuál sea el sacrificio que sobre la libertad general impone la pertenencia obligatoria a las Cámaras y cuáles los beneficios que puede traer consigo. El perjuicio que esta medida genera se concreta ciertamente en un recorte de una parcela de la libertad, aunque, en rigor, consiste en una restricción de escasa entidad pues se circunscribe a la condición, impuesta por la Ley, de ser elector de las Cámaras, por lo demás justificada en los fines públicos a los que se vincula. En realidad, no hay que tener en cuenta el recurso cameral en esta ponderación, ya que ha sido configurado como exacción parafiscal que ha de soportarse con independencia de la pertenencia a las Cámaras y no como una consecuencia de la adscripción (art. 12 y Exposición de Motivos).

Los beneficios o ventajas que, por el contrario, cabe derivar de la adscripción forzosa se resuelven en los fines públicos que le han sido asignados (arts. 2 y 3 de la Ley 3/1993), que son los que se oponen o enfrentan al sacrificio resultante —la condición de elector—, sin que se haya demostrado que la ecuación costes-beneficios arroje *prima facie* o de forma manifiesta un saldo deudor. Corresponde a quien cuestiona la proporcionalidad de la limitación establecida por el legislador la carga argumental que explicate que con absoluta evidencia el sacrificio es mayor que los beneficios.

Aunque no sea necesario justificar la proporcionalidad en sentido estricto de la adscripción obligatoria —pues este control se supera si no se pone de manifiesto la evidencia de la conclusión contraria—, parece claro que sin la adscripción forzosa —y la representatividad que ello comporta— no se podrían asumir funciones como la de propuesta al Gobierno y asesoramiento a las Administraciones públicas (art. 2.1.c y d), ni con la paralela pérdida de objetividad institucional se podrían desempeñar otras funciones (como las arbitrales; art. 2.1.i), alterándose incluso la propia razón de ser de las Cámaras que late en la Ley 3/1993. La condición necesaria de elector parece, pues, proporcionada a los fines público-administrativos que la Ley 3/1993 ha asignado a las Cámaras. Por lo demás, la primera de las SSTC citadas, la 179/1994, parece concluir en la desproporción de la medida (fundamentos jurídicos 10 y ss.), a nuestro juicio, porque cuestiona implícitamente la intensidad y el grado de efectividad que la legislación pretendía perseguir. Si los hubiera considerado un término fijo, no habría podido apreciar su inconstitucionalidad por este concepto. Dicho de otro modo: no bastaba con sugerir, sin más, medidas alternativas menos restrictivas, como parece hacer la referida STC.

Con todo, importa subrayar la estrecha y artificial perspectiva que supone enjuiciar el entero fenómeno de la Administración corporativa y el principio democrático al que responde bajo el prisma

de la libertad negativa de asociación. No ha de olvidarse, en efecto, que el legislador goza de un amplio margen de maniobra para confiar la consecución del interés general mediante técnicas y fórmulas variadas al Estado y su Administración territorial o a la propia sociedad. En este sentido, todo fenómeno participativo o democrático (arts. 1.1 y 9.2 CE) supone una evidente ampliación de la esfera de libertad del particular, aunque ello implique, al mismo tiempo, su inclusión necesaria en una relación jurídica, con respeto de todos los límites y garantías, como su pertenencia a un municipio o a una Comunidad. Con carácter general, la asunción de funciones público-administrativas por cuerpos intermedios, separados de la Administración territorial, puede constituir una garantía de libertad y pluralismo (art. 1.1 CE). La mera hipótesis de que algunas funciones asignadas a las Cámaras puedan ser desempeñadas por la Administración territorial no la convierte necesariamente en una intervención más moderada para el conjunto de derechos y libertades (por más que desde la estrecha óptica de la libertad negativa de asociación pudiera ser más suave o beneficiosa). Nótese que si la entera gestión de esas funciones público-administrativas se confiara a la Administración territorial, ésta haría uso de las técnicas imperativas propias del Derecho Público con la consiguiente incidencia sobre el patrimonio de libertades que asiste al ciudadano.

## XII. EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO (art. 23.1 CE)

Algunos ejemplos:

— En la aplicación e interpretación de la legalidad en relación con los derechos constitucionales, entre otros criterios, afirma el Tribunal, se viene aplicando con reiteración el principio de proporcionalidad, esto es, «la necesaria proporcionalidad entre unos actos y sus consecuencias»<sup>133</sup>. Así, la Sentencia que se impugnaba en amparo incurrió en manifiesta desproporción respecto del derecho de sufragio activo a que se refiere el art. 23.1 CE por cuanto ante las dudas relativas a 249 votos (repartidos entre diversas mesas en las que se revelan irregularidades de escasa trascendencia numérica) y a la proclamación de un candidato anularía más de 420.000 votos regularmente emitidos y computados y de la proclamación de siete diputados electos sobre los que no se formulaba duda alguna. De esta forma se ha visto lesionado no sólo el derecho de voto de todos aquellos electores, sino también el de acceso al cargo de quienes resultaron electos. Por consiguiente, la Sentencia impugnada es inconstitucional por desproporcionada<sup>134</sup>. En iguales términos, otras Sentencias: supone un sacrificio innecesario la anulación de las elecciones válidamente celebradas en 1.085 mesas electorales anulando el ejercicio del derecho al voto de 540.000 electores y el acceso al cargo de quienes resultaron electos, y todo por las irregularidades advertidas en dos mesas (963 votantes). Téngase en cuenta que, en estos supuestos de colisión entre derechos, es la declaración de nulidad la que incurre en desproporción.

## XIII. DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS (art. 23.2 CE)

Algunos ejemplos:

— El derecho de consorte es proporcionado. El Tribunal enjuicia el denominado «derecho de consorte» que se contenía en una Orden Ministerial, y en virtud de la cual el personal a que se refiere tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que venga desempeñando, si existiera plaza vacante en la localidad en que reside el cónyuge. Ello supone que, con independencia del mérito o capacidad de los aspirantes, todo aquel otro personal en el que no concurra esa circunstancia relativa a su estado civil de casado con residencia en localidad distinta a la de su cónyuge, queda automáticamente relegado en orden a optar a la adjudicación de las vacantes respecto de las cuales se ejercite ese derecho de consorte. Ciertamente, admite el Tribunal, el principio de igualdad en el ámbito del art. 23.2 CE se proyecta no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos. Con todo, no es igual el rigor de este principio en un momento y otro. Cuando ya se ha accedido —y, por tanto, acreditado el mérito y capacidad—, la Administración puede tener en cuenta otros bienes y va-

<sup>133</sup> Cfr. STC 26/1990, fundamento jurídico 11.A

<sup>134</sup> Cfr. STC 26/1990, fundamento jurídico 11.A.

lores. Finalmente, concluye que la «diferenciación establecida entre casados cuyos cónyuges residan en localidades distintas y no casados, a los efectos de la adjudicación preferente de las plazas vacantes, no resulta injustificada, irrazonable o *desproporcionada*»<sup>135</sup>.

— La no perfección de la condición de Senador como consecuencia de haber añadido a la fórmula de acatamiento de la Constitución la expresión «por imperativo legal» resulta desproporcionada. El Tribunal entiende que la aplicación por parte del Presidente del Senado del art. 11.3 de su Reglamento, considerando que los recurrentes no habían acatado la Constitución y, por ello, no habían adquirido la condición plena de Senadores resulta excesivamente formalista y *desproporcionada* vulnerando el derecho de los recurrentes al acceso a los cargos públicos del art. 23.2 CE<sup>136</sup>. En el caso que se enjuiciaba, los Senadores electos recurrentes cumplieron con la fórmula establecida en el citado artículo del Reglamento, si bien añadiendo «por imperativo legal»<sup>137</sup>. La naturaleza misma de la función representativa, argumenta el Tribunal, «refuerza la idea de integración flexible de los requisitos formales, haciendo prevalecer, pues, los derechos de participación y representación sobre una exigencia formalista o rigorista de los requisitos, que no guarde *proporción* alguna con la *finalidad* perseguida al establecerlos y con la *trascendencia* misma del requisito.»<sup>138</sup> La expresión utilizada no sobrepasa el límite que impide desnaturalizar o vaciar de contenido el acatamiento mismo, mediante fórmulas que supongan un fraude de ley o priven de sentido al propio acatamiento<sup>139</sup>. En suma, pues, el añadido a la fórmula establecida no tiene relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso que adquirieron los recurrentes de respeto a la Constitución y de sujeción al modelo democrático que la misma representa<sup>140</sup>.

— No es desproporcionado, frente al derecho a la igualdad en la Ley que se localiza en el art. 23.2 CE, la exigencia de obtener un mínimo del 5% de los votos válidos en el conjunto de la Región de Murcia para tener acceso a la distribución de escaños en la Asamblea. La finalidad a la que obedecen este tipo de restricciones es constitucionalmente legítima: evitar una excesiva y disfuncional fragmentación parlamentaria<sup>141</sup>. Y el requisito del 5% no es «*exorbitante o desproporcionado con el fin que se persigue*: resultando, por el contrario, verosímil el suponer que, por debajo de esa cifra, sería difícil obtener la finalidad pretendida, esto es, evitar una excesiva fragmentación de la representación parlamentaria.»<sup>142</sup>

— La proporcionalidad de la representación (así, en la composición de las comisiones parlamentarias) enjuiciable en amparo, en cuanto discriminatoria, ha de venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo que la justifique<sup>143</sup>.

#### XIV. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (art. 24.1 CE)

A nuestro limitado propósito, se acotan algunas de las facultades que el derecho encierra:

##### a) El acceso a la jurisdicción

Como criterio general, en punto a la primera y más elemental facultad que cabe reconocer en el seno de este derecho —la de acceso al proceso— el Tribunal

<sup>135</sup> Cfr. STC 192/1991, fundamento jurídico 4.

<sup>136</sup> Cfr. STC 74/1991, fundamentos jurídicos 4 y ss.

<sup>137</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 5.

<sup>138</sup> *Ibidem*. El subrayado es nuestro. Obviamente, se hace referencia a la proporcionalidad en sentido estricto, a la quiebra del equilibrio entre el fin perseguido por la norma y el medio empleado en su concreta y singular aplicación (no adquisición de la condición de Senador).

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Cfr. fundamento jurídico 6.

<sup>141</sup> STC 193/1989, fundamento jurídico 4.

<sup>142</sup> Cfr. STC 193/1989, fundamento jurídico 4. La cursiva no es original.

Debe notarse que con acierto el Tribunal no cuestiona el grado de eficacia con que el legislador ha pretendido satisfacer esa finalidad. La acepta en sus propios términos. Porque, efectivamente, una menor ambición en la evitación de tal fragmentación podría exigir un requisito menos gravoso. Pero una tarea tal, de valoración política, no le corresponde al Tribunal realizarla.

<sup>143</sup> Cfr. STC 93/1998, fundamento jurídico 3.

ha reiterado que el legislador no goza de omnímoda libertad en la configuración de los requisitos o presupuestos de acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico (art. 24.1 CE), ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos para acceder al proceso que sean producto de un *innecesario* formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y *proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen*, que deben ser en todo caso *adecuadas* al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de proporcionalidad y razonabilidad el que resulta trascendente (cfr. STC 90/1983, fundamento jurídico 2, reiterada en iguales términos, entre tantas, por las SSTC 162/1986, fundamento jurídico 3; 57/1988, fundamento jurídico 1; 164/1991, fundamento jurídico 1; 193 y 194/1992, fundamento jurídico 3; 350/1993, fundamento jurídico 3; 186/1995, fundamento jurídico 2, etc.).

«Respecto de los límites que el legislador encuentra, este Tribunal ha declarado ya que “el obstáculo de acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables” (STC 158/1987, fundamento jurídico 4).»<sup>144</sup> En el plano normativo, pues, y en cuanto a la proporcionalidad de los medios se refiere, el derecho a la tutela judicial efectiva «puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean *innecesarios* y *excesivos* y carezcan de *razonabilidad* y *proporcionalidad*»<sup>145</sup> respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución, e incluso puede afirmarse que, en abstracto, también puede constituir una violación del citado derecho fundamental la imposición de requisitos o consecuencias no ya impeditivas u obstaculizadoras, sino —lo que es distinto y así se declara en la Sentencia de 25 de enero de 1983 (...)— meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones y recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos<sup>146</sup>; pero, con mayor razón, tal violación constitucional sólo es pensable si los requisitos o consecuencias legales del ejercicio de la acción o recurso fueran irrazonables o desproporcionados o el resultado limitativo o disuasorio que de ellos deriva supusiera un impedimento real a dicho ejercicio»<sup>147</sup>.

Algunos ejemplos de proporcionalidad en la ley o en su aplicación:

— Por ej.: sería desproporcionada la interpretación que condujera a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo como consecuencia de la insubsanabilidad del requisito de la comunicación previa a la Administración anunciando que se pretende recurrir (art. 110.3 de la Ley 30/1992 y 57.2.f LJCA) resulta desproporcionada en relación con el art. 24.1 CE y, en consecuencia, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>148</sup>.

— La preferencia dada a la jurisdicción penal y al procedimiento de este orden sobre el proceso civil resulta desproporcionada: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretó la le-

<sup>144</sup> Cfr. STC 206/1987, fundamento jurídico 5. La Sentencia distingue con rigor el requisito o garantía de que el fin perseguido sea compatible con la Constitución y, en segundo término y separado de aquél, que una vez superado ese test de conformidad, los medios arbitrados resulten proporcionados con la finalidad. Véase más arriba II.4.

<sup>145</sup> Aquí, como en otras sentencias, el inciso «razonabilidad y proporcionalidad» parece aludir a la proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>146</sup> En realidad, un requisito meramente dilatorio o disuasorio no sería inconstitucional por desproporcionado sino, aun antes, porque tal finalidad no es compatible con la Constitución (art. 24.1 CE). Véase la nota 144.

<sup>147</sup> ATC 171/1986, fundamento jurídico 3; expresamente refrendado por la STC 206/1987, fundamento jurídico 5; en iguales o parecidos términos, numerosas Sentencias. Más recientemente, STC 76/1996 (fundamento jurídico 2).

Obsérvese que en esta fórmula se encierran, además de la idea de la *adecuación* de los fines, tanto el criterio de la intervención más moderada posible o de la limitación estrictamente indispensable o necesaria, de un lado, como el de la proporcionalidad en sentido estricto que pondera el equilibrio entre los medios y los fines, de otro. En cuanto a este último criterio concierne, el Tribunal debe apreciar si la medida impeditiva del acceso es proporcionada por «derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (cfr. SSTC 66/1995, fundamento jurídico 5; 76/1996, fundamento jurídico 2).

<sup>148</sup> Cfr. STC 152/1996, 2, en relación con la 76/1996, fundamento jurídico 4.

gualidad en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial restringiendo la acción civil (en relación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) en favor de la vía penal, «que ha de estimarse *desproporcionado respecto del fin perseguido* por la norma legal... llevando, en el caso, a un resultado lesivo de derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable consistente en obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la civil, que había ejercitado»<sup>149</sup>. En este supuesto, al negarle la acción de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ha venido también a lesionar dichos derechos fundamentales<sup>150</sup>.

— Resulta inconstitucional, también por desproporcionada, la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que estableció la Ley Orgánica 3/1985 en cuanto que disponía que «iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado». Tal medida constituye una prerrogativa exorbitante que excede en mucho el sentido y finalidades del privilegio de la inviolabilidad, consistente en trasladar la disponibilidad del proceso a un órgano no judicial. El art. 71 CE sólo consiente la autorización previa en los procesos penales, no en los civiles, a los que se refiere la norma cuestionada. Ésta «conlleva una irrazonable y desproporcionada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva...»<sup>151</sup>.

— En términos constitucionales, no es desproporcionado para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el resultado establecido en la norma —la inmunidad del Agente diplomático de la jurisdicción civil de los Juzgados o Tribunales españoles—, en cuanto obstáculo o límite del acceso a la jurisdicción interna que se deriva del art. 21.1 LOPJ en relación con el art. 31.1 del Convenio de Viena de 1961<sup>152</sup>. Y no es *desproporcionado* o *excesivo*, afirma el Tribunal, porque el particular puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante del Agente diplomático<sup>153</sup>.

Cuestión distinta, ajena como sabemos al juicio de proporcionalidad de los *medios*, es si el *fin* que persigue la norma y al que obedece la restricción u obstáculo de que se trate resulta compatible con la Constitución misma, extremo éste negado por el voto particular formulado a la STC 140/1995, por entender que, en el caso considerado, se está ante un mero privilegio personal, alejado de las funciones diplomáticas<sup>154</sup>.

— La inadmisión de recurso contencioso-administrativo contra Reglamento como consecuencia de que la demanda no estaba debidamente estructurada en «hechos» y «fundamentos jurídicos» (art. 69.1 LJCA) incurre en evidente desproporción y resulta, por ello, inconstitucional<sup>155</sup>.

— La declaración de inadecuación del procedimiento (de conflicto colectivo) supuso en el caso concreto la imposibilidad de obtener una resolución de fondo y, con ello, de acceder realmente al proceso. El Tribunal entendió que la interpretación de la resolución impugnada (deteniéndose en su virtud en una sentencia de carácter declarativo) trae consecuencias a todas luces desproporcionadas para los justiciables<sup>156</sup>.

— En materia de reclamación previa, particularmente, aunque no sólo, para acceder a la jurisdicción laboral, son abundantes las sentencias que, indagando previamente si se ha satisfecho en realidad, y más allá de la letra, la finalidad de este requisito, otorgan el amparo por entender desproporcionada la denegación de acceso a la jurisdicción. La conclusión de desproporción se desprende con toda naturalidad, en efecto, una vez constatada que la finalidad a la que responde la institución ha sido cumplida en el caso concreto. El art. 24.1 CE, afirmará el Tribunal, prohíbe «aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifi-

<sup>149</sup> Cfr. STC 241/1991, fundamento jurídico 4.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Cfr. STC 9/1990, fundamento jurídico 5.

<sup>152</sup> Cfr. STC 140/1995, fundamento jurídico 11.

<sup>153</sup> Cfr. fundamento jurídico 10.

<sup>154</sup> El voto fue formulado por el Magistrado Sr. Viver y a él se adhieren los Sres. Mendizábal y Gimeno. Doctrina discrepante que, a nuestro juicio, resulta plenamente susceptible.

<sup>155</sup> Cfr. STC 147/1997, especialmente fundamentos jurídicos 4 y 5.

<sup>156</sup> Cfr. STC 178/1996, fundamento jurídico 11. No constituye, sin embargo, un ejemplo de aplicación rigurosa del principio: no explicita el término de la comparación; se limita a utilizar, un tanto intuitivamente, el criterio de la proporcionalidad en sentido estricto, y no queda, en fin, suficientemente razonado, en nuestra opinión, por qué la disección realizada por las resoluciones impugnadas, origen de la lesión constitucional, resulta contraria a la legalidad procesal aplicable.

can»<sup>157</sup>. Cuando en esta jurisprudencia se invoca el principio *pro actione* no se hace necesariamente una llamada a elegir aquella interpretación más favorable al acceso, sino que, con un alcance más amplio, aunque también ambiguo, se hace referencia al conjunto de criterios que operan en esta sede: interpretación finalista y no rigorista o literal; principio de proporcionalidad; existencia de base legal suficiente, etc. Es más, alguna resolución así viene a reconocerlo expresamente cuando afirma que el principio *pro actione*, no impone «la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan», sino más bien, como se ha dicho antes, la interdicción de aquellas interpretaciones que no respeten los referidos criterios (interpretación finalista, proporcionalidad, etc.)<sup>158</sup>. Acaso, por esa confesada ambigüedad, resultara más preciso abandonar la invocación del *pro actione*, para hacer referencia a los más específicos criterios que sean de aplicación. Quedará más patente así que la mera existencia de una alternativa interpretativa más favorable no determina la lesión del art. 24.1 CE. Ello tendría la ventaja añadida de evitar equívocos, como los que se generan cuando la jurisprudencia (como la STC 37/1995, a la que luego aludiremos *in extenso* con ocasión del acceso al recurso) afirma que el principio *pro actione* no rige en sede del derecho de acceso al recurso. Y es que, en rigor, tampoco es de aplicación para el acceso a la jurisdicción. Ciertamente, lo que con esa última afirmación se pretende sentar es, más bien, otra cosa fácilmente suscribible: la diversa intensidad con la que se proyecta el art. 24.1 CE sobre uno y otro derecho. Volveremos, no obstante, sobre esta cuestión.

De acuerdo con su origen histórico, el derecho a la tutela judicial efectiva encuentra su más pleno sentido cuando es el poder público, en particular la Administración, frente al que se recaba la defensa jurisdiccional de los propios derechos e intereses legítimos<sup>159</sup>. Y no sólo en lo que hace a la universalidad de la jurisdicción, sino también en punto a la calidad o características de esa tutela para que pueda ser calificada de judicial y de efectiva. Algunas sentencias parecen evocar este origen y sentido:

En relación con un asunto en el que se trataba de enjuiciar si la Sala de lo Contencioso-Administrativo había aplicado correctamente la doctrina del acto firme y consentido para inadmitir el recurso, el Tribunal reitera que a él le compete revisar en el caso si se ha podido producir una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, *en su faceta más genuina*, cual es la del acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses legítimos previamente reconocidos por el ordenamiento, frente a un acto del poder público (art. 24.1 y 106.1 CE), como consecuencia de una interpretación que carezca de base legal, sea irrazonable o resulte manifiestamente desproporcionada con la finalidad para la que se establece, conforme a una también reiterada jurisprudencia (v. gr.: SSTC 76/1996, fundamento jurídico 4; 152/1996, fundamento jurídico 2)<sup>160</sup>. Con carácter general, la STC 48/1998<sup>161</sup>, de interés en la materia y a cuya lectura nos remitimos, recuerda que, conforme a una dilatada jurisprudencia, no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean fruto de un *innecesario y excesivo formalismo* o que no aparezcan como *justificados o proporcionados* respecto de las *finalidades* para las que se establecen (cfr., entre otras, SSTC 3/1983, 90/1983, 99/1985, 162/1986, 57/1988, 60/1991, 194/1992, 350/1993, 48/1995, 186/1995, 76/1996, etc.). En particular, si no se acomoda a la finalidad perseguida —en este caso, por la doctrina del acto firme y consentido—, hasta el punto de que con ello desaparezca la *proporcionalidad entre lo que el requisito dice y el fin que pretende*, olvidando su razonable y lógica concatenación, con preferencia de su estricta literalidad, es claro que el derecho fundamental se verá restringido y anulado y con ello la posibilidad de su ejercicio (cfr., entre otras, STC 69/1987, fundamentos jurídicos 3 y 4)<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> *Vid.*, entre tantas, la STC de 1998 que pone fin al amparo núm. 3861/1994, de 17 de febrero de 1998 (Sala Segunda), fundamento jurídico 2, así como la jurisprudencia allí citada.

<sup>158</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 2, con cita de otras sentencias.

<sup>159</sup> Para una introducción, señaladamente en lo que hace a la tutela judicial en Alemania, puede verse la obra colectiva, coordinada por mí: *La Justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Madrid, Civitas, 1993.

<sup>160</sup> Cfr. STC 48/1998, fundamento jurídico 3. Esta misma idea ha sido expresada en otras sentencias, v. gr., más recientemente en la, también de 1998, que pone fin al amparo núm. 32/1995, de 21 de abril de 1998 (Sala Primera).

<sup>161</sup> Cfr. fundamento jurídico 4.

<sup>162</sup> *Ibidem*. La cursiva no es original.

— Esta doctrina también la hace extensiva el Tribunal al acceso al recurso<sup>163</sup>. Si el órgano jurisdiccional «no hace lo posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone *un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que la misma responde*<sup>164</sup>, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 36/1986). Asimismo, hemos declarado<sup>165</sup> que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento de fondo del asunto que sean *innecesarios o excesivos* y carezcan de razonabilidad y *proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen* (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1991, 48/1995 y 76/1996)<sup>166</sup>. Es doctrina reiterada, afirma el Tribunal, que aunque la Constitución no imponga la doble instancia, una vez reconocido legalmente un recurso, «el acceso a él se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) con la posibilidad de poder ser violado el mismo cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias»<sup>167</sup>.

La legítima exigencia de la regularidad formal en el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley para garantizar las finalidades a las que responden debe combinarse, sin embargo, con el principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la inobservancia de dichos requisitos, de tal manera que las consecuencias de las infracciones de alcance meramente adjetivo se correspondan a la intrínseca gravedad de éstas<sup>168</sup>.

#### Algunos ejemplos:

— Así, en virtud de esta doctrina, el Tribunal concluirá con acierto que la falta de designación de domicilio en Madrid a efectos de notificaciones era un defecto subsanable y, en consecuencia, la resolución impugnada por la que se declaraba decaído el derecho de la entidad recurrente a sostener el recurso de apelación en atención a que el escrito de interposición del recurso no se designaba domicilio resulta inconstitucional por desproporcionada<sup>169</sup>.

— Igual conclusión merece la previsión legal, según la cual para formular recurso contra una resolución judicial (casación o suplicación, v. gr.) es necesario la consignación previa del importe de la condena «incrementado en un 20 por 100»<sup>170</sup>. Este recargo —de carácter sancionatorio ligado al mero vencimiento—, sostiene el Tribunal, en su cuantía es ciertamente desproporcionado y gravoso, especialmente en condenas elevadas hoy tan frecuentes, impidiendo o dificultando gravemente el derecho al recurso que forma parte del contenido del art. 24.1 CE<sup>171</sup>. El recargo del 20 por 100 —no así la consignación de la condena— no se justifica en la defensa de ningún derecho constitucional, su cuantía resulta desproporcionada, cualquiera que sea su destino, y obstaculiza gravemente, como ha quedado dicho, el derecho a la tutela judicial en su aspecto de acceso al recurso<sup>172</sup>.

— Por aplicación de la más elemental expresión del «principio de proporcionalidad, debe concluirse que entre la voluntad de los actores de recurrir y cumplir los requisitos procesales exigidos para

<sup>163</sup> Así, v. gr., en la STC 149/1996, fundamento jurídico 2. A nuestro juicio, la tesis de la STC 37/1995, rectamente interpretada, no parece oponerse a esta conclusión.

<sup>164</sup> Esto es, rigor innecesario o principio de necesidad.

<sup>165</sup> En realidad, más que de «asimismo», la sentencia debería decir «en otros términos» o expresión equivalente, habida cuenta de que no se hace sino alusión al mismo criterio.

<sup>166</sup> Cfr. STC 149/1996, fundamento jurídico 2. La cursiva no es original.

<sup>167</sup> Cfr. STC 69/1987, fundamento jurídico 3.

<sup>168</sup> Vid. SSTC 119 y 129/1994.

<sup>169</sup> Véanse fundamentos jurídicos 3 y ss. de la STC 149/1996.

<sup>170</sup> Cfr. STC 3/1983, que resuelve y estima cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 170 LPL.

<sup>171</sup> Cfr. STC 3/1983, fundamento jurídico 6.

<sup>172</sup> Cfr. STC 3/1983, fundamento jurídico 6. Aunque se trate de un derecho de configuración legal y el acceso al recurso —salvo en el orden penal— no integre el contenido indisponible y exigible del derecho, esta STC no duda en proyectar el principio sobre los requisitos procesales que establece la norma. La Sentencia añade que ello lesiona el contenido esencial del art. 24.1 CE. Sin embargo, y como ha quedado apuntado en el estudio preliminar, la violación del principio de proporcionalidad no acarrea por sí misma la del contenido esencial, ni a la inversa.

tener acceso a la apelación, y la falta de consignación de los intereses de la indemnización ha de darse mayor trascendencia al primero de ellos, pues lo contrario comportaría un sacrificio *innecesario y desproporcionado* del derecho fundamental»<sup>173</sup>. A esta conclusión se llega después de ponderar la entidad real del defecto en relación con la finalidad perseguida por la norma que establece el citado requisito, debiendo inspirarse, insistirá el Tribunal, cualquier resolución que se tome en criterios de proporcionalidad (STC 57/1988)<sup>174</sup>. En el caso concreto, era clara la voluntad real de los recurrentes de cumplir con el requisito exigido por la Ley para recurrir en apelación al efectuar el depósito legalmente establecido, si bien en cuantía equivocada. Esta equivocación, sostiene el Tribunal, de escasa cuantía respecto al importe exacto que debió depositarse, no puede justificar la inadmisión de la apelación, «por ser absolutamente desproporcionada con la entidad real del defecto, la finalidad perseguida por la Ley.... de evitar recursos meramente dilatorios, lo que no acontece en el presente caso»<sup>175</sup>.

— Es desproporcionada la resolución judicial (Auto del Tribunal Central de Trabajo) por la que se declara que no se puede dar por anunciado un recurso de suplicación (contra Sentencia de Magistratura), habida cuenta de que en el escrito presentado en representación de la empresa recurrente, en el que se designa al Letrado que la había defendido en la instancia, no figura firma alguna al pie de dicho escrito<sup>176</sup>. La conclusión del Tribunal es terminante: elemento básico de las sanciones por defecto en las formalidades procesales es el de la «proporcionalidad entre la sanción acordada y la gravedad del defecto por el que se impone»<sup>177</sup>. La resolución del Tribunal Central de Trabajo es claramente desproporcionada por cuanto cierra el acceso al recurso, en relación con la falta cometida, cuya trascendencia real, si la tuvo, ha sido después sensiblemente atenuada en la tramitación del propio recurso. Al no tener en cuenta la subsanación engendrada por el propio curso de los hechos, cabe concluir que el Auto impugnado viola el art. 24.1 CE<sup>178</sup>.

— Resulta desproporcionado el Auto de inadmisión del recurso especial de suplicación por la falta de justificación de la representación que en el escrito de anuncio e interposición se atribuyó al abogado que lo formuló en nombre de la demandante. Este defecto había sido advertido por la otra parte y fue planteado como cuestión previa y primer motivo de oposición al recurso. El Tribunal Central de Trabajo lo acogió y tuvo por no formalizado el recurso especial de suplicación. Entre la sanción que supone la inadmisión y el defecto apreciado no hay proporción, concluye el Tribunal<sup>179</sup>. En la argumentación juega un papel destacado la idea de que la subsanación de defectos procesales que por su naturaleza sean susceptibles de ello estaba permitida por el ordenamiento procesal. En esta materia, insiste el Tribunal, es fundamental distinguir si las omisiones o defectos procesales son subsanables<sup>180</sup>. «La no presentación de un documento es subsanable; mientras que la extemporaneidad o incumplimiento de un plazo no admite ese remedio. No es, por tanto, la importancia de las omisiones y defectos procesales lo que cuenta, sino la posibilidad de su subsanación sin quebrantar los derechos que salvaguardan las normas procesales que los imponen.»<sup>181</sup>.

— La providencia de la Magistratura por la que se negaba la tramitación del recurso de reposición, por una causa inexistente, suponía, por desproporcionada, una violación del art. 24.1 CE<sup>182</sup>. Las providencias que se impugnan como lesivas de aquel derecho afirman, como fundamento de la inadmisibilidad del recurso interpuesto, que la parte no citaba en su escrito el precepto legal infringido, requisito que exige la Ley, pues, de no hacerlo, está previsto que el juez, de plano y sin ulterior recurso, declare no haber lugar a proveer. Esto fue lo que hizo el Magistrado, que entendió que el recurrente debió citar en su escrito los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se estimaran infringidos, pero no los de fondo de la Ley laboral que se citaban efectivamente<sup>183</sup>. Pues bien, esta interpretación y consiguiente aplicación de la Ley tiene trascendencia constitucional, puesto que «si no se acomoda a la finalidad perseguida por el requisito procesal, hasta el punto de que con ello desaparezca la proporcionalidad entre lo que el requisito dice y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación, con preferencia de su estricta literalidad, es claro que el derecho fundamen-

<sup>173</sup> Cfr. STC 119/1994, fundamento jurídico 4. La cursiva es nuestra.

<sup>174</sup> *Ibidem*,

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> Cfr. la, a estos efectos, importante STC 36/1986, en punto a la proporcionalidad y el art. 24.1 CE en relación con el derecho al recurso: fundamento jurídico 2.

<sup>177</sup> Cfr. STC 36/1986, fundamento jurídico 4.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> Cfr. STC 117/1986, fundamento jurídico 2.

<sup>180</sup> STC 117/1986, fundamento jurídico 3.

<sup>181</sup> STC 117/1986, fundamento jurídico 3.

<sup>182</sup> Cfr. STC 69/1987.

<sup>183</sup> STC 69/1987, fundamento jurídico 3.

tal se verá restringido o anulado y con ello la posibilidad de su ejercicio....»<sup>184</sup>. En el caso contemplado, no se cuestionaba por el actor, nótese bien, un problema procesal y, por tanto, la inadmisión del recurso por no hacer la cita de un precepto procesal «no aparece congruente con el sentido y finalidad del recurso...»<sup>185</sup>.

— No es desproporcionado, sin embargo, el requisito establecido en el proceso laboral, según el cual el actor, al interponer su recurso de suplicación, debe comparecer, por sí o por su representante, ante la Magistratura, el día siguiente hábil para hacer constar la presentación del escrito en el Juzgado de Guardia. Al no cumplir con esa comparecencia, el órgano jurisdiccional no tuvo en cuenta la presentación del recurso de suplicación, decisión que es conforme con el principio de proporcionalidad<sup>186</sup>.

— El órgano jurisdiccional realizó una interpretación de la legalidad ordinaria desproporcionada con la finalidad establecida por el art. 180 LPL, lesiva del art. 24.1 CE, cerrándole prácticamente el acceso al recurso de suplicación mediante la negativa de la medida sustitutoria que, propuesta por el recurrente, cumplía la misma finalidad que el depósito durante la sustanciación del recurso de suplicación<sup>187</sup>.

— La inadmisión del recurso de casación basándose en la errónea cita de los párrafos del art. 1.692 LEC resulta abiertamente desproporcionada<sup>188</sup>.

— También lesionó el derecho fundamental del art. 24.1 CE en su vertiente de acceso a los recursos la inadmisión por la Magistratura de Trabajo del recurso de reposición formulado, por falta de firma del escrito de interposición, y que denegaron su ulterior subsanación por inexistencia de trámite expreso. «... Esa finalidad a cuya garantía se dirige la constatación de la existencia de firma en el escrito, esto es, la acreditación de la autoría, la voluntad de recurrir y la identificación de su autor, que se inferían del contexto en que fue presentado el escrito y que posteriormente se ratificaron por el Letrado al día siguiente, deberían haber conducido al órgano judicial a permitir su subsanación en el respeto al necesario principio de proporcionalidad entre la *ratio* de la exigencia y su consecuencia procesal, ... y aunque no existiese un trámite expresamente previsto en la ley»<sup>189</sup>.

— La consignación en metálico de la cantidad objeto de la condena en favor del trabajador es un obstáculo proporcionado a la finalidad de asegurar la ejecución posterior de la sentencia<sup>190</sup>.

— La renuncia al ejercicio de toda acción impugnatoria respecto de un concreto acto administrativo y por un período de tiempo (no del derecho a la tutela judicial efectiva, que es irrenunciable e indisponible) constituye un sacrificio proporcionado<sup>191</sup>. Se trataba aquí de renunciar al ejercicio de la acción para poder solicitar así la condonación graciable de la sanción tributaria<sup>192</sup>.

— Las circunstancias del caso (situación de prisión del recurrente y las inherentes dificultades de comunicación) hubieran exigido que antes de archivar la casación penal el órgano jurisdiccional se hubiera asegurado de que el condenado tuvo efectivas posibilidades de interponer el recurso, lo que requeriría que se hubiere notificado la resolución directamente al interesado<sup>193</sup>.

En sede de acceso al recurso, merece una especial consideración la STC 37/1995, en la que recordando una línea jurisprudencial de los primeros tiempos, se subraya, entre otras consecuencias prácticas, que la inobservancia del principio *pro actione* no acarrea la violación del art. 24.1 CE<sup>194</sup>. No obstante lo cual, sólo una lectura o aplicación superficial de la doctrina sentada por la indicada Sentencia podría llevar a entender que mientras sea razonable la interpretación judicial de los requisitos de acceso se habría respetado el derecho fundamental o, lo que es lo mismo, que la denegación del recurso sólo puede ser enjuiciada a la luz del test que sobre el *fondo* de las resoluciones jurisdiccionales ejerce el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (manifiesta irrazonabilidad o

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> Cfr. STC 69/1987, fundamento jurídico 4.

<sup>186</sup> Cfr. STC 210/1989, fundamento jurídico 2.

<sup>187</sup> STC 151/1989, fundamento jurídico 3.d.

<sup>188</sup> STC 81/1986, fundamento jurídico 5.

<sup>189</sup> STC 21/1990, fundamento jurídico 7.

<sup>190</sup> Así, p. ej., STC 46/1983, fundamento jurídico 7.

<sup>191</sup> Cfr. STC 76/1990, fundamento jurídico 7.B.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> Cfr. STC 184/1997, fundamento jurídico 9.

<sup>194</sup> Cfr. fundamento jurídico 5.

arbitrariedad, error patente). Al margen de que una tal conclusión parece desmentida por los hechos (el Tribunal ha seguido otorgando el amparo por la quiebra del acceso al recurso, ejerciendo expresa o implícitamente un test o escrutinio más severo que sobre las resoluciones de fondo, y en el que se incluyen el juicio de proporcionalidad, entre otros), es lo cierto que el control del acceso al recurso resulta más aprehensible que el juicio sobre la razonabilidad de una resolución judicial de fondo, en la medida en que se enmarca dentro de unos parámetros bien determinados. En primer término, resulta fácilmente identificable la norma que sirve de base para la inadmisión; a partir de ahí y a su trasluz, en segundo lugar, cabe analizar la interpretación y aplicación judiciales, en el caso concreto, de los requisitos legales de acceso. En suma, pues, se está ante un concreto término de comparación (base legal de los requisitos, en un extremo, y aplicación judicial al caso, en el otro), lo que permite utilizar con naturalidad criterios de revisión clásicos, como el de la cobertura legal (si la interpretación cuenta con base legal suficiente); la interpretación finalista (si el órgano ha aplicado el requisito de acuerdo con la finalidad a la que sirve); o el principio de proporcionalidad (si lo ha aplicado con rigor innecesario, más allá de la finalidad para la que fue establecido). Otra cosa es que la intensidad con que se apliquen esos criterios sea distinta, dependiendo de que se trate del acceso a la jurisdicción o del acceso al recurso, como señaló la STC 37/1995<sup>195</sup>. Lo que, en todo caso, quiere subrayarse ahora es que, mientras el derecho de acceso al recurso legalmente establecido forme parte del art. 24.1 CE, el control del Tribunal Constitucional habrá de ser sustancialmente análogo al que cabe ejercer para el acceso a la jurisdicción, y, por tanto, necesariamente más severo que el test de la manifiesta irrazonabilidad sobre la resolución de fondo.

A mayor abundamiento, la más reciente STC 162/1998, reiterando lo afirmado por la STC 89/1998<sup>196</sup>, ha tenido ocasión de puntualizar, en los términos antes apuntados, el alcance de la doctrina de la STC 37/1995. Una cosa es, afirma, que cuando existan dos interpretaciones admisibles según el tenor de las leyes procesales vigentes, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones ambas razonables y otra, muy distinta, que el Tribunal Constitucional no pueda ejercer control alguno en sede de amparo de las decisiones judiciales de acceso a los recursos. Por el contrario, la intervención del Tribunal queda reservada a los supuestos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales resulte arbitraria, inmotivada, fundada en error con relevancia constitucional o tomada de forma tan rigorista y manifiestamente *desproporcionada* entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial<sup>197</sup>. Por lo demás, esta tesis parece tener un claro refrendo en la jurisprudencia del Convenio (así, recientemente, en la Sentencia de 19 de diciembre de 1997, caso «Brualla Gómez de la Torre v. España») o la de 28 de octubre de 1998 (caso «Pérez de Rada Cavanilles v. España»).

<sup>195</sup> Graduación en la intensidad, por otra parte, que en la práctica no parece fácil, si se tiene en cuenta que ya para el acceso a la jurisdicción se exige que tales criterios den positivo de forma manifiesta y evidente. ¿Cómo se mide la mayor evidencia en la denegación desproporcionada del recurso? Ha de reconocerse, sin embargo, que esa afirmación doctrinal, en clave de justicia constitucional del amparo, le permitirá al Tribunal hacer distinguos para inadmitir el amparo, difícilmente catalogables *a priori*.

<sup>196</sup> *Vid.* fundamento jurídico 3.

<sup>197</sup> *Cf.* fundamento jurídico 3.

— Así, en el caso concreto, el hecho de que el Tribunal Supremo, en relación con el recurso de casación por infracción de doctrina, venga entendiendo que la falta de aportación de las Sentencias contrarias tiene un plazo de subsanación que corre sin previo requerimiento, no es, a la vista del precepto en cuestión, manifiestamente desproporcionado «en el sentido de que se encuentre ausente de toda relación de proporción entre la entidad del incumplimiento y la pérdida del recurso»<sup>198</sup>.

— La inadmisión basada en el mero error en la calificación del recurso resulta «claramente desproporcionada»<sup>199</sup>. La Sala de lo Social había inadmitido un denominado «recurso de queja» por considerar que el procedente era el «recurso de súplica»<sup>200</sup>. El citado órgano jurisdiccional pudo abrir un trámite de subsanación; al no hacerlo, la resolución inadmisoria resulta desproporcionada para la irregularidad procesal advertida pues denegó una respuesta de fondo sólo por un error en el *nomen iuris* del recurso interpuesto<sup>201</sup>.

## b) Efectividad de las resoluciones judiciales

### Algunos ejemplos:

— «Las declaraciones legislativas de inembargabilidad (de sueldos y pensiones) deben... evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y han de desenvolverse, a tal efecto, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios. Si la ejecución se impidiera *más allá* de la cuantía que asegura ese mínimo vital<sup>202</sup>, se estaría sacrificando, *sin proporción* ni justificación constitucional, el derecho de los acreedores *ex art.* 24.1 CE a hacer efectivos los créditos reconocidos en resolución judicial»<sup>203</sup>. «El límite cuantitativo a la embargabilidad de sueldos y pensiones es, pues, de fijación legislativa, pero debe, en todo caso, existir, ya que sólo así se puede preservar el principio de proporcionalidad en el sacrificio evidente que aquella limitación comporta para el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Se concluyó, por ello, en la STC 113/1989 que el art. 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social era inconciliable con aquel derecho —y con el prescrito, por tanto, en el art. 24.1 CE— en la medida en que, al no señalar un límite cuantitativo a la inembargabilidad de las pensiones, constituía un sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las Sentencias firmes»<sup>204</sup>. Con una premisa tan clara el Tribunal podrá concluir que «lo que no está en la potestad del legislador es declarar inembargable una determinada pensión, que explícitamente se considera acumulable a «otros haberes del Estado y demás entes territoriales, de la Seguridad Social o de otros entes públicos» (art. 11), en términos absolutos, al margen de toda determinación de cuantías. Obrando de este modo se viene a imponer un límite desproporcionado y, en cuanto tal, inconstitucional al derecho que atribuye el art. 24.1 de la norma fundamental para obtener la ejecución de lo resuelto, con firmeza, por Jueces y Tribunales»<sup>205</sup>.

— La inembargabilidad de los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público resulta contraria, parece que por desproporcionada, más que por desconectada del fin que dice perseguir, con la tutela judicial, en su vertiente de derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes<sup>206</sup>.

<sup>198</sup> Cfr. fundamento jurídico 4.

<sup>199</sup> Cfr. STC (Sala Primera), de 21 de julio de 1998, fundamento jurídico 4 (R.A. 3265/1996).

<sup>200</sup> Paradójicamente, y pese a que la *ratio decidendi* explícita y real para otorgar el amparo descansa en el principio de proporcionalidad, la misma STC, en el recordatorio de la doctrina de la 37/1995, afirma, simplídicamente, que «la decisión judicial de inadmisión sólo tendría relevancia constitucional si es arbitraria, irrazonable, o se funda en error patente.» (cfr. fundamento jurídico 2.B). Que ahí no se agotan los criterios de revisión lo desmiente el siguiente párrafo de la referida Sentencia (2.C), al recoger con toda solemnidad la aplicabilidad del principio de proporcionalidad. Y por si fuera poco el mentís, en el fundamento jurídico 4 se alude de nuevo a los criterios de revisión para incluir el juicio de proporcionalidad, con cita además de la STC 89/1998, a la que hemos hecho referencia más arriba en el texto.

<sup>201</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 4.

<sup>202</sup> Esto es, si restringe más de lo imprescindible o necesario el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes (principio de necesidad).

<sup>203</sup> Cfr. STC 158/1993, fundamento jurídico 3.

<sup>204</sup> *Ibidem*. La propia STC afirma que se trata de doctrina reiterada y cita las SSTC 138 y 140/1989.

<sup>205</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico 5.

<sup>206</sup> Cfr. STC 166/1998, fundamento jurídico 15. Planea, desde luego, la doctrina de la proporcionalidad, aunque no queda explicitada, sólo anunciada, en su *iter* argumental. En realidad, no queda acreditada su incidencia o proyección en la conclusión de inconstitucionalidad. Probablemente, un examen detenido de sus distintos elementos no llegue a una clara conclusión de inconstitucionalidad, por la vía del principio de proporcionalidad.

## XV. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (art. 24.2 CE)

Algunos ejemplos:

— La STC 108/1984 considera que las resoluciones judiciales impugnadas fueron desproporcionadas y lesionaron el derecho a la presunción de inocencia. Y ello porque decidieron mantener la fianza sin efectuar el juicio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por esta medida cautelar (aquí, la garantía de comparecencia del imputado absuelto por sentencia no firme, en orden a la ejecución del fallo que pueda dictarse), de un lado, y el medio utilizado, de otro. La resolución judicial no ponderó las circunstancias concurrentes, a la luz del principio de proporcionalidad, sino que se limitó a reflejar la posición de que legalmente no procede la cancelación de la fianza. Una cosa es que la decisión de cancelar no venga impuesta al juez por la ley de forma reglada y otra que la cancelación sea procedente o improcedente de conformidad con el indicado principio, que debe inspirar el actuar jurisdiccional, precisamente cuando el ordenamiento confía al juez o tribunal tal apreciación.<sup>207</sup> Por ello, concluyó el Tribunal, las resoluciones entonces impugnadas, al mantener la fianza sin efectuar el mencionado juicio, vulneraron el derecho a la presunción de inocencia que establece el art. 24.2 CE, «el cual exige que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes se fundamenten en un juicio acerca de su razonabilidad<sup>208</sup> para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes, cuando la decisión del Juez o Tribunal no tiene carácter reglado»<sup>209</sup>. En suma, pues, «al no estar fundadas en Derecho de acuerdo con el principio de proporcionalidad... afectan a la integridad del derecho a la presunción de inocencia»<sup>210</sup>.

— «La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando es reglada 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 tendría carácter punitivo en cuanto al exceso»<sup>211</sup>.

## XVI. DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO (art. 24.2 CE)

Algunos ejemplos:

— Los Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza por los que se acordó que todos los que ejercitaban las acciones penal y civil en una determinada causa actuasen ante la Audiencia con única representación y asistencia letrada supone, en el caso concreto, una aplicación de la legalidad (art. 113 Lecrim.) contraria al principio de proporcionalidad<sup>212</sup>. Con esa decisión, en efecto, se rompió el equilibrio entre «el fin de interés público perseguido y los medios utilizados al efecto»<sup>213</sup>.

— En una interesante Sentencia, la STC 183/1994, el Tribunal sostiene que la actuación administrativa —la intervención de comunicaciones de un preso preventivo por supuesta pertenencia a organización terrorista— lesionó el derecho a la defensa a que se refiere el art. 24.2 CE y, en concreto, que tal intervención es «desproporcionada por su indeterminación temporal»<sup>214</sup>.

<sup>207</sup> Cuanto se indica en el texto se extrae, aunque no en su literalidad, de los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la indicada STC 106/1984.

<sup>208</sup> Aquí parece utilizarse el término como sinónimo de proporcionalidad.

<sup>209</sup> STC 108/1984, fundamento jurídico 5.

<sup>210</sup> STC 108/1984, fundamento jurídico 7.

<sup>211</sup> STC 66/1989, fundamento jurídico 6. El razonamiento no parece, sin embargo, muy convincente, aunque quepa compartir su resultado. Baste destacar, de un lado, que identifica «irrazonable» y «desproporcionado», licitud de fines y licitud de medios; de otro, que la desproporción en la medida cautelar la convierte a ésta en ilegítima, al margen de que tenga o no carácter punitivo, que nada añade a estos efectos.

<sup>212</sup> Véase STC 30/1981, fundamentos jurídicos 1 y 5.

<sup>213</sup> Cfr. STC 30/1981, fundamento jurídico 5.

<sup>214</sup> Cfr. fundamento jurídico 5. Véase *supra* el punto relativo al art. 18.3 CE.

## XVII. DERECHO DE HUELGA (art. 28.2 CE)

Algunos ejemplos:

— Una de las más destacadas Sentencias sobre el principio de proporcionalidad en época reciente es la recaída precisamente en el asunto de la grabación de imágenes de un piquete de huelga informativo<sup>215</sup>. La restricción o sacrificio del derecho de huelga consistió en el efecto disuasorio y, por tanto, limitador de la medida<sup>216</sup>.

En primer término, en lo que aquí interesa, examina la licitud del fin al que servía la restricción del derecho de huelga, en rigor ajeno y previo al juicio de proporcionalidad. La disección con la que procede resulta, además de acertada, particularmente ilustrativa. Así, afirma que «a la vista de estos datos, puede concluirse que en el presente caso concurría la existencia de un bien constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana que, en principio, podía justificar la adopción de una medida de control preventivo»<sup>217</sup>. Aprobado el test atinente a la finalidad, el Tribunal procede a analizar las medidas adoptadas, en el caso concreto, al servicio de ese específico objetivo, esto es, si el fin justifica los medios: «No obstante, lo que debemos indagar para concluir nuestro enjuiciamiento es si, como acabamos de apuntar, la medida concreta restrictiva del derecho de huelga resulta constitucionalmente proporcionada, dadas las circunstancias específicas del caso y las garantías concretas adoptadas en su aplicación»<sup>218</sup>.

A este propósito, pasa a examinar, primero, si la medida es apta o idónea para alcanzar el fin que dice perseguir, criterio éste que de ordinario no es difícil superar:

«No hay inconveniente para aceptar que, en principio, la grabación de imágenes puede ser una medida susceptible de conseguir el objetivo de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos, como igualmente es capaz de captar la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos penales...»<sup>219</sup>. No obstante, el medio utilizado no aprobará el siguiente test, el de la necesidad de la intervención (acaso el más incisivo), que proscribía aquellos sacrificios que, en el caso concreto, sean innecesarios y, por tanto, excesivos (en sentido relativo), por existir una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz.

«Pero si cabe aceptar lo anterior, por el contrario no puede apreciarse que, en el presente caso y atendidas las circunstancias concurrentes, la grabación de la actividad de quienes trataban de extender y hacer publicidad de la huelga fuera una medida imprescindible y justificada desde la perspectiva de la proporcionalidad...»<sup>220</sup>. En síntesis, y examinadas las circunstancias, el Tribunal apreció que la medida resultaba innecesaria para la consecución del fin teniendo en cuenta que «no se aceptó como posible medida alternativa la identificación personal ofrecida por los participantes en la acción de dar publicidad a la huelga»; la presencia de importantes efectivos de las fuerzas de orden público aunque no había datos de peligro claro, actual o inminente; la falta de acreditación de que resultara imprescindible la filmación ininterrumpida y constante de toda la actividad pacífica de extensión y publicidad de la huelga; a lo que se añade que, en aquellos momentos, no había previsiones legales sobre los supuestos, procedimientos y garantías de aquellas filmaciones<sup>221</sup>.

Todo ello le permite concluir al Tribunal que «la captación ininterrumpida de imágenes fue una medida desproporcionada para conseguir la finalidad que se pretendía con la misma»<sup>222</sup>. Las Sentencias impugnadas, añade, no realizaron una adecuada ponderación entre el derecho de huelga y la necesidad de prevenir situaciones de desorden y contrarias a otros derechos y libertades, toda vez que, como se viene razonando, existían medidas menos restrictivas para el derecho fundamental de huelga y a la vez idóneas para asegurar la evitación de desórdenes y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos»<sup>223</sup>.

<sup>215</sup> STC 37/1998 (asunto 3694/1994), de la Sala Segunda, y de fecha de 17 de febrero de 1998 (Ponente, Carles Viver Pi-Sunyer), señaladamente, fundamentos jurídicos 7 a 9.

Constituye una Sentencia sobresaliente por más de un concepto: por la disección de los distintos elementos y tests, dentro y fuera del principio de proporcionalidad; el arrastre jurisprudencial; el rigor en su aplicación; la distinción entre el plano de la proporcionalidad como criterio inspirador del legislador, y el plano de lo constitucionalmente exigible (f. j. 8, 4.º párr. ), etc.

<sup>216</sup> Cfr. fundamento jurídico 8.

<sup>217</sup> Cfr. fundamento jurídico 7, *in fine*. Vid. el estudio preliminar núm. II.3 y VII.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> Cfr. fundamento jurídico 8.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> Cfr. fundamento jurídico 9.

<sup>223</sup> *Ibidem*. Dos precisiones: a) aunque se alude aquí a la ponderación de dos magnitudes, en realidad parece

— Hay otros aspectos que no es posible aquí analizar. Por ejemplo, en la importante STC 11/1981 late en germen un planteamiento bien conocido en Alemania —en donde el derecho de huelga no tiene carácter de fundamental— y según el cual, como poder que es, aunque no público, resulta asimilable a éste y, por tanto, su ejercicio ha de estar atemperado por el principio de proporcionalidad. En efecto, el Tribunal Constitucional afirma en esta Sentencia que el ejercicio del derecho de huelga en cuanto derecho a incumplir transitoriamente el contrato constituye un poder para limitar la libertad del empresario y, en consecuencia, ha de ser *proporcionado* y cuando no lo sea la huelga puede ser considerada como abusiva<sup>224</sup>.

## XVIII. DERECHO DE PROPIEDAD (art. 33 CE)

De entre las diversas y ricas manifestaciones posibles del principio en esta sede —como se desprende señaladamente de la jurisprudencia del TEDH, comunitaria y comparada<sup>225</sup>—, el Tribunal español, que no conoce en amparo de las pretendidas lesiones del art. 33 CE y que, por tanto, no ha tenido ocasión de hacer muchos pronunciamientos, se ha ocupado, en primer lugar, de las expropiaciones legislativas singulares, para exigir, habida cuenta su carácter extraordinario, que la *causa expropriandi* se sujete con todo rigor al principio: la finalidad expropiatoria deberá venir apoyada «en un supuesto de hecho singular y excepcional que guarde adecuación con la naturaleza, igualmente singular y excepcional, que tienen las expropiaciones legislativas y, en tal sentido, su *causa expropriandi* funciona como criterio de razonabilidad y *proporcionalidad* de la medida legislativa expropiatoria, de manera igual a como lo hace el fin discernible en las normas diferenciadoras dentro del principio de igualdad, al cual, indudablemente, vienen sometidas dichas medidas»<sup>226</sup>. Así, el art. 1 de la Ley 7/1983 (de convalidación del Decreto-Ley de Rumasa), que declaró la utilidad pública e interés social de la garantía de la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros, procedió a la expropiación de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las sociedades relacionadas. Tal operación debe quedar justificada por el principio de proporcionalidad, esto es, la medida expropiatoria ha de ser proporcionada al fin que la justifica (utilidad pública e interés social)<sup>227</sup>.

Con carácter más general —se trate de intervenciones expropiatorias (art. 33.3 CE), o meramente delimitadoras del contenido del derecho (art. 33.2 CE)—, el Tribunal sostiene con acierto, a nuestro juicio, que la «potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares»<sup>228</sup>. Así, la demanialización de los recursos hidráulicos que todavía no pertenecen al dominio público, con respeto de los derechos preexistentes, no puede calificarse de desproporcionada, con independencia de la valoración política que ello pueda merecer a los recurrentes y en la que nada puede decir el Tribunal<sup>229</sup>.

---

hacerse referencia tan sólo a una de sus especies posibles, la de la proporcionalidad; y b) si bien es cierto que la Sentencia no concluye afirmando que las medidas alternativas sean igualmente eficaces para la consecución del fin (prefiere decir que también eran idóneas), no lo es menos que, del contexto, parece inferirse que otras medidas alternativas podían haber resultado de igual eficacia: aceptación de la identificación personal ofrecida; la mera presencia policial; o, en último extremo, la grabación interrumpida, entre otras posibles. No le corresponde, sin embargo, al Tribunal, como tampoco a los órganos jurisdiccionales, apostar por otra medida alternativa, so pena de invadir una esfera que les es ajena, sino, más limitadamente, constatar la manifiesta existencia de otras medidas alternativas e igualmente eficaces. Véase el *Estudio preliminar*.

<sup>224</sup> Fundamento jurídico 10.

<sup>225</sup> Puede verse la obra colectiva por mí dirigida, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, especialmente los estudios relativos a la propiedad en la Constitución española, en la jurisprudencia europea y en la Constitución alemana.

<sup>226</sup> Cfr. STC 166/1986, fundamento jurídico 13.A (caso RUMASA). Concluirá más adelante, por remisión a la STC 111/1983, que la objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la singularidad de la expropiación, así como la de su *causa expropriandi*, está reconocida y declarada en dicha Sentencia, en cuanto legitimadas en una situación excepcional que reclamaba una acción de los poderes públicos (*ibidem* fundamento jurídico 15.A). Asimismo, STC 6/1991, fundamento jurídico 6.

<sup>227</sup> Implícitamente, acepta este planteamiento la STC 6/1991, fundamento jurídico 5 en relación con el 6.

<sup>228</sup> Cfr. STC 227/1988, fundamento jurídico 7. En el caso concreto, concluye que no puede sostenerse que la Ley de Aguas de 1985 sea inconstitucional por desproporcionada.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

## XIX. EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIÓN U OFICIO (art. 35 CE)

En relación con este derecho, el Alto Tribunal ha hecho expreso uso del primer elemento del principio, esto es, de la idoneidad o aptitud de la restricción o limitación para alcanzar el fin. A tal propósito, prefiere utilizar los términos «coherencia» o «adecuación» de los medios a los fines, para advertir que las medidas que contenía la Ley 53/1984 (sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración) consistentes en disponer un régimen de incompatibilidades en pro de la debida dedicación profesional no puede considerarse desproporcionado ni incongruente con las finalidades que dicha Ley dice perseguir<sup>230</sup>.

## XX. LIBERTAD DE EMPRESA (art. 38 CE)

Así, por ejemplo, la sujeción a licencia o informe previo no es una carga desproporcionada para la libertad de empresa. Si bien la STC 227/1993 se mueve en el plano de lo competencial, es un ejemplo válido, a nuestro propósito, la afirmación de que «el sometimiento de la solicitud de licencia municipal de instalación o ampliación de un establecimiento comercial de grandes dimensiones al informe favorable de una Comisión Territorial de Equipamiento Comerciales no es un requisito exento de lógica ni carente de adecuación al respecto de otros derechos (los de los consumidores y los vecinos de las zonas afectadas) y bienes constitucionales ni, en cualquier caso, supone una carga excesiva o desproporcionada para el solicitante»<sup>231</sup>. Tampoco el sometimiento de la libertad de empresa a licencia administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y derechos de otros no es, de suyo, desproporcionada<sup>232</sup>.

## XXI. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE PERSONAS Y DE CIRCULACIÓN DE BIENES EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL (art. 139.2 CE)

El art. 139.2 CE encierra también una dimensión subjetiva, en cuanto reconoce el derecho a la libre circulación de personas y bienes y al libre establecimiento. Desde esta perspectiva, los límites que el legislador (estatal o autonómico) establezca a estas libertades habrán de estar estrictamente presididos por el principio de proporcionalidad, tal como por otro lado exige el Tribunal de Luxemburgo respecto de las cuatro libertades fundamentales de circulación en el Derecho Comunitario. Cualquier restricción, pues, deberá ser adecuada o útiles, necesaria y proporcionada al fin que se persiga. Paradigmática resulta la STC 66/1991, en la que se emplea el principio de proporcionalidad, no sólo respecto del derecho de propiedad y la libertad de empresa, sino, sobre todo, de la libre circulación de bienes por el territorio nacional, a que se refiere el art. 139.2 CE.

<sup>230</sup> Cfr. STC 178/1989, fundamento jurídico 5.

<sup>231</sup> Véase la STC 227/1993, fundamento jurídico 4d.

<sup>232</sup> Por ejemplo, STC 127/1994, fundamento jurídico 6.D.