

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal

AGUSTÍN EMMANUEL BLANCO(1)

Profesor de la Universidad Nacional del Nordeste
Abogado

RESUMEN

El Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde quizás, con mayor intensidad, pueden restringirse derechos fundamentales. Es así que el principio de proporcionalidad surge como un mecanismo que permite determinar la legitimidad de esas limitaciones. En este sentido, el mencionado principio no solo encauza los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como rector de todo el proceso penal, ya que es en el marco de este donde se llevarán a cabo diversas diligencias probatorias y medidas cautelares que significarán afectaciones, mayores o menores, a los derechos fundamentales de los investigados. En el presente trabajo se exponen y analizan algunos de los lineamientos brindados por el Tribunal Constitucional español sobre la aplicación e interpretación del principio de proporcionalidad en el proceso penal.

Palabras clave: *Derecho penal, proceso penal, derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, control de constitucionalidad.*

(1) Abogado, escribano y profesor universitario en Abogacía, egresado por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Magíster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

ABSTRACT

Criminal law is the sphere of the legal system where perhaps, with the greatest intensity, fundamental rights can be restricted. Thus, the principle of proportionality arises as a mechanism that allows determining the legitimacy of these limitations. In this sense, the aforementioned principle not only channels the criminal types and the criminal scales, but it must govern entire criminal process, since it is within the framework of this that various evidentiary proceedings and precautionary measures will be carried out. they will mean major or minor effects on the fundamental rights of those investigated. In this paper, some of the guidelines provided by the Spanish Constitutional Court on the application and interpretation of the principle of proportionality in criminal proceedings are exposed and analyzed.

Keywords: *Criminal law, criminal process, fundamental rights, principle of proportionality, control of constitutionality.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los derechos fundamentales y su delimitación por el poder público. 1. Los derechos fundamentales en la constitución española. 2. El carácter limitado y el contenido esencial de los derechos fundamentales. 3. ¿En qué casos puede el estado restringir derechos fundamentales?–III. El principio de proporcionalidad como límite al poder del estado. 1. El principio de proporcionalidad en el Derecho penal material. 2. El principio de proporcionalidad en el proceso penal. 2.1 La presunción de inocencia 2.2 La prisión provisional 2.3 Intervención de comunicaciones telefónicas 2.4 Entrada y registro del domicilio 2.5 Otras medidas que afectan la intimidad de las personas 2.5.1 Intervenciones corporales 2.5.2. ADN 3. Posibles consecuencias de la violación del principio de proporcionalidad: la doctrina de la prueba ilícita.–IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales (en adelante DDFF) son aquellos inherentes al ser humano, pertenecientes a todos por el hecho mismo de ser persona, en razón a su dignidad y que tienen plena fuerza normativa. Sin embargo, estos derechos no son absolutos, ya que, como todos, deben convivir con otros derechos y pueden ser limitados o restringidos.

El llamado «principio de proporcionalidad» (en adelante PP) surge como límite de toda intervención de los poderes públicos que afecte a DDFF, con sus tres requisitos clásicos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los que puede sumarse un cuarto, la finalidad lícita de la restricción. Asimismo, el Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde quizás, con mayor intensidad, pueden

restringirse DDFP, desde la tipificación de conductas como prohibidas u obligadas, hasta la imposición de una pena y su ejecución.

Mucho se ha dicho, tanto en doctrina como en jurisprudencia, acerca del PP en la imposición de las penas, ya sea en abstracto (dirigido al legislador) o en concreto (dirigido al juez). Sin embargo, en ese recorrido intermedio de la previsión general a la aplicación en particular, existe el proceso penal. Es en el marco de este donde se llevarán a cabo diversas diligencias probatorias y medidas cautelares, donde algunas de ellas significarán afectaciones, mayores o menores, a los DDFP de los investigados.

En este trabajo se expondrá cómo opera el PP en el proceso penal. Para ello, la metodología propuesta es la siguiente. En un primer apartado se abordará la concepción de los DDFP en la Constitución española, el carácter limitado y contenido esencial de los mismos, para luego precisar en qué casos pueden ser restringidos. En una segunda instancia, se mencionará brevemente la función del PP en el Derecho penal material o de fondo, para luego, ahondando en el núcleo de nuestra tarea, exponer como opera el PP como mecanismo lógico para la delimitación de los DDFP en el proceso penal. A ese fin, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de presunción de inocencia, restricciones concretas de DDFP (la prisión provisional, intervención de comunicaciones telefónicas, entrada y registro del domicilio y otras medidas que afectan la intimidad de las personas) y se dedicará un breve apartado a las consecuencias de la violación del PP.

Se destaca que el objeto del trabajo consiste en exponer y analizar los lineamientos brindados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español con respecto al PP y su ponderación en las medidas que restringen DDFP durante el proceso penal, por lo que la profundización teórica de los temas a tratar excede el marco del presente.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU DELIMITACIÓN POR EL PODER PÚBLICO(2)

1. Los derechos fundamentales en la Constitución española

La Constitución de 1978 institucionalizó en España el Estado constitucional democrático. Los elementos básicos de este modelo de Estado

(2) En este acápite se hará una breve reseña de los DDFP –su expresión constitucional, límites y contenido esencial–, necesaria para el abordaje de la temática central del presente trabajo.

son el reconocimiento de la dignidad humana y de los DDFF, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia y el establecimiento de la jurisdicción constitucional. Los DDFF se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos(3).

Los DDFF se caracterizan por su importancia material y su rango formal. Desde un punto de vista material son los derechos más importantes del ciudadano, pues consisten en facultades o pretensiones relativas a ámbitos vitales del individuo en su libertad, relaciones sociales o participación y constituyen el núcleo básico de su status jurídico(4).

A través de los DDFF, el Estado social y democrático de derecho que la CE consagra (art. 1.1, CE), viene a otorgar a estas manifestaciones inmediatas y concretas de la «dignidad de la persona» (art. 10.1, CE) la máxima protección jurídica de que dispone: la norma constitucional. En este sentido, bien puede decirse que los DDFF son «derechos constitucionales», es decir, derechos subjetivos dotados de la fuerza normativa propia de la Constitución y, más específicamente, de una Constitución que pretende imponerse de modo efectivo a todos los poderes públicos(5).

2. El carácter limitado y el contenido esencial de los derechos fundamentales

El TC declaró tempranamente que no existen en el ordenamiento español derechos ilimitados(6), ya que todo derecho tiene sus límites (con

(3) BERNAL PULIDO, C., «Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 273-291, Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.

(4) SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Los derechos fundamentales en la constitución española», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 105, 1999, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27574>.

(5) CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., «Los derechos fundamentales en la constitución española de 1978», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII (97), 2000, pp. 65-154. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3621/4384>.

(6) «...*En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino tam-*

excepción del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes(7)), manifestación que ha sido repetida en numerosas sentencias del Alto Tribunal. Esta idea de la limitación de los derechos responde a la pretensión de que el reconocimiento de un derecho no lleve, *de facto*, a una situación de abuso o de uso antisocial del derecho y permite, también, avalar la tesis de que para que todos los derechos reconocidos puedan ser ejercitados ninguno de ellos puede ser ilimitado(8).

Ahora bien, encontrar el límite de los derechos consistiría, en definitiva, en determinar la extensión de cada uno de ellos, o cómo alcanzar su convivencia armónica. Es así que el interrogante resulta claro, ¿cómo delimitamos el alcance de los derechos?

Los DDFE establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, ceden al legislador el amplio terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido). Lo constitucionalmente imposible es aquello que deriva de la faceta de vinculación negativa de los DDFE y consiste en la prohibición de que la ley intervenga en exceso en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, es decir, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las injerencias del Estado y de los particulares. Lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, lo que no está decidido ni prefigurado por la Constitución; en otras palabras, es el espacio que se abre a la política criminal y punitiva en la democracia(9).

bién otros bienes constitucionalmente protegidos [...] Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso...» (STC 2/1982, FJ 5).

(7) «Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas [...]. Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, FJ 5).

(8) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, 2015.

(9) BERNAL PULIDO, C., «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal». *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: Juan Antonio Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 93-117.

Si se sigue esta metodología, aparece de súbito la pregunta de si existe algún criterio racional y plausible para determinar el ámbito de lo constitucionalmente posible, evitando la degradación del contenido esencial de un derecho, convirtiéndolo en un derecho puramente formal, en una mención constitucional sin alcance efectivo alguno(10). En aras a tal fin, cabe reconocer que el respectivo contenido de los derechos está fijado en la Constitución española y es al TC a quien corresponde la tarea de hacer explícito cuál sea ese contenido partiendo de sus límites lógicos o, si se quiere, conceptuales, y atendiendo, seguidamente, a los que resultan de su inserción en un sistema que, para seguir siendo tal, recaba la necesidad de articular tales derechos de manera que todos puedan coexistir(11).

Profundizando la idea expresada, el legislador no debe alterar el núcleo básico o contenido esencial de los DDFF. Esta exigencia se encuentra en el art. 53.1 de la Constitución, que determina que el desarrollo legislativo deberá respetar el contenido esencial del Derecho, y ha tenido amplia repercusión en la jurisprudencia constitucional tanto nacional como foránea. Sin embargo, nada dice la Constitución acerca del concepto y alcance del contenido esencial de los derechos, como reconoció el TC(12), el cual ha ido progresivamente delimitando lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho en abstracto y, a través de sus sentencias, también el de derechos concretos(13).

En la sentencia 11/1981, el TC expuso las dos maneras a través de las cuales se puede alcanzar y conocer el contenido esencial de los derechos. En primer lugar, propuso acudir a la naturaleza jurídica de cada derecho, remitiéndose al lenguaje utilizado y las concepciones armónicas existentes entre los juristas, jueces y especialistas del Derecho(14).

(10) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, p. 208.

(11) CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 151-201.

(12) «...No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación...» (STC 37/1981, FJ 2).

(13) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, p. 209.

(14) «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos; siguiendo esta idea, se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección(15).

Añade el TC, por último, que estos dos caminos para encontrar el «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, sino que por el contrario se pueden considerar como complementarios.

3. ¿En qué casos puede el Estado restringir derechos fundamentales?

Esbozado un esquema para la delimitación del contenido esencial de los derechos, fuera de ese núcleo es que los DDFP pueden ser restringidos, para ser realizados en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas de cada situación.

Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales...» (STC 11/1981, FJ 8).

(15) «...El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección...» (STC 11/1981, FJ 8).

Esto es así en tanto la expansión ilimitada del ámbito de protección de los DDFP implicará indefectiblemente el choque y contradicción entre los mismos, en una descarnada pugna por imponerse unos sobre otros(16). El PP, en sentido amplio, surge de esta necesidad de tener en cuenta el coste que tiene para un DDFP dar preferencia a otro bien jurídico relevante.

En consonancia, no es necesario que la Constitución se refiera expresamente a la exigencia de proporcionalidad, porque esta se deriva del propio reconocimiento constitucional de los DDFP, que por su naturaleza no tienen determinados sus límites en abstracto, sino que estos se manifestarán en el caso concreto, evitando que la limitación de un derecho, para que otro prevalezca, suponga un mayor coste que beneficio(17).

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE AL PODER DEL ESTADO

Los principios son normas básicas del ordenamiento jurídico, que se inspiran en valores y encauzan las reglas concretas del mismo, indicando si una norma es tolerable o no desde una perspectiva axiológica(18). Entre los principios que el TC ha ido reconociendo y desarrollando, se encuentra el PP(19).

Entendido en su sentido amplio, el PP es reconocido por la doctrina y jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a

(16) CASTILLO CÓRDOVA, L., «Los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen en un régimen de excepción», *Revista de derecho de la Universidad de Piura*, 9, 2008, pp. 11-49, Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2020/Derechos_fundamentales_suspenden_ni_restringen_regimen_excepcion.pdf?sequence=1.

(17) MIR PUIG, S., «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal». *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tomo II*, Directores: CARBONELL MATEU J. C., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. y ORTS BERENGUER E, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.

(18) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Principios del derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal». *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Coordinador JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE), 2019, pp. 37-68.

(19) Además del principio de proporcionalidad, completan el cuadro de principios penales democráticos los siguientes: legalidad, culpabilidad, igualdad, prohibición de penas inhumanas y el mandato de resocialización.

DDFF. Es un límite que han de encontrar las restricciones de derechos por parte del Estado, «el límite de límites»(20).

En el ámbito internacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en su art. 49.3, reconoce expresamente una de sus clásicas manifestaciones: la proporcionalidad de las penas. Asimismo, la proporcionalidad como límite infranqueable a cualquier restricción de los derechos de los ciudadanos europeos, por parte de los poderes públicos (europeos y nacionales), ha sido reconocida, primero por vía jurisprudencial, como principio general de derecho comunitario, y después como principio positivo en el art. 52,1 de la Carta(21).

Retornando al ordenamiento español, en sus primeras sentencias, el TC consideró implícito el PP en la proclamación del art. 1,1 de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el art. 10 de la Constitución efectúa de la dignidad humana, y en el principio de culpabilidad(22). Sin embargo, más adelante acabó reconociendo que no constituye un canon de constitucionalidad independiente, sino un criterio de interpretación(23).

En primera instancia, la idea de proporcionalidad no estuvo necesariamente ligada al Derecho penal o procesal penal. Por ejemplo, en la STC 22/1981, FJ 3, al referirse al derecho a la igualdad, el TC sostuvo que la misma es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, reiterando esta idea en sentencias posteriores(24). A su vez, en la STC 26/1981, FFJJ 13 y 15, el Tribunal Constitucional habló de la regla de proporcionalidad de los sacrificios, para delimitar si existió una violación al derecho a huelga. Por otra parte, en la STC 241/1991, FJ 4, el TC pondera los bienes en conflicto al objeto de determinar si el ejercicio del derecho a comunicar información reconocido en el art. 20 CE,

(20) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1361.

(21) MUÑOZ DE MORALES MORELO, M., «El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: un puzle con muchas piezas», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ Y MAXIMILIANO RUSCONI, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 359-415.

(22) SSTC 65/1986, FJ 2, y 150/1991, FJ 4.

(23) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1374.

(24) SSTC 34/1981, FJ 3, c; 76/1990, FJ 9; 6/1991, FJ 5 y 158/1993, FJ 2, b.

cumple con las exigencias de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo(25).

Como se aprecia, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el PP es el de los DDFF. Así ha venido reconociéndolo el TC en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza(26).

Incluso el TC ha hecho referencia al PP como derivado de los principios de valor justicia(27), del Estado de Derecho(28), interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos(29) o de la dignidad de la persona(30). También se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos(31).

El TC declaró expresamente, por primera vez, en la STC 66/1995 que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los DDFF debe llevarse a cabo mediante el PP, con relación a una medida de prohibición de una concentración de personas. En concreto dijo: *«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes–; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»* (FJ 5).

(25) PERELLO DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Revista Jueces para la Democracia*, (28), 1997, pp. 69-75, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174691>.

(26) SSTC 62/1982, FJ 5; 66/1985, FJ 1; 19/1988, FJ 8; 85/1992, FJ 5; 50/1995, FJ 7 y STC 55/1996, FJ 3.

(27) SSTC 160/1987, FJ 6; 50/1995, FJ 7 y 173/1995, FJ 2.

(28) STC 160/1987, FJ 6.

(29) SSTC 6/1988, FJ 3 y 50/1995, FJ 7.

(30) STC 160/1987, FJ 6.

(31) STC 55/1996, FJ 3.

En efecto, tal como es concebido el PP en su acepción amplia por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, incluye los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres conceptos se afirman respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos(32).

En consonancia, la idea de proporcionalidad debe respetar lo que dicho concepto significa. En concreto, expresa una relación entre dos realidades apreciables con arreglo a una magnitud o criterio de medición y exige un parámetro de comparación o medición, que debe ser conocido para poder afirmar si se da o no proporcionalidad; de lo contrario, cualquier par de realidades puede ser proporcionado o no, de una manera arbitraria(33). Nada es proporcionado o desproporcionado ontológicamente, sino en referencia a unos criterios que deben concretarse. No existe un juicio de proporcionalidad absoluto, sino temporal y localmente determinado, relacional y teleológicamente definido, formado en base a consideraciones de política-criminal que se consideren asentadas en cada ámbito penal(34).

1. El principio de proporcionalidad en el Derecho penal material

Sin perjuicio de que el presente trabajo tiene por objeto principal analizar las implicancias y la utilización del PP en el proceso penal, previamente formularemos algunas referencias con relación al Derecho penal de fondo o sustantivo.

Abocado a ello, debemos comenzar remarcando que toda ley penal implica una limitación de DDF(35), desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución, por cuanto elimina la posibilidad de que el individuo lleve a cabo determinadas conductas o

(32) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1362.

(33) SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 511-534.

(34) DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La actuación proporcionada. Una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ y MAXIMILIANO RUSCONI, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 201-234.

(35) No obstante, partiendo de la aseveración efectuada oportunamente por el TC, acerca de que la ley penal no siempre debe ser orgánica, podría darse el caso (inusual) de que ni la conducta sancionada ni la pena afecten DDF.

disfrute de ciertas posiciones jurídicas protegidas por tales derechos(36).

Con todo, esta sujeción del Derecho penal a los DDFP no implica ni mucho menos reconocer que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez para siempre el contenido de la legislación penal. Dentro de los amplios márgenes de la Constitución, el legislador está dotado de un ámbito de discrecionalidad para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas(37).

Es por ello que, para delimitar la restricción de DDFP por parte del legislador, se busca trasladar al ámbito penal la concepción del PP en sentido estricto, surgida y desarrollada en el campo del Derecho administrativo. Este principio exige una ponderación entre el medio y el fin elegidos, de forma que, si preponderan los perjuicios generados por sobre la medida, esta no debe adoptarse(38).

El PP, entendido como proporcionalidad entre el delito y la pena, tiene una raíz garantista que pretende evitar la instrumentalización del individuo, actuando como freno a la actividad punitiva del Estado(39). A su vez, en tanto que la exigencia de proporcionalidad abstracta, comprendida como proporción entre la gravedad del injusto y la de la pena con la que este se conmina, se dirige al legislador, la exigencia de proporcionalidad concreta, percibida como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al juez o tribunal(40).

Retomando los requisitos del PP, la idoneidad y necesidad, en relación con la finalidad última de protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos, son congruentes con una fundamentación utilitarista del Derecho penal. Ello presupone que la intervención penal sea idónea, esto es, un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido y exige, además, que resulte necesaria, es decir, que la finalidad perseguida no pueda ser conseguida con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no

(36) BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2014, p. 96.

(37) BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2014, p. 98.

(38) NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?». Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2010. Disponible en: <http://agora.edu.es/ejemplar/242320>

(39) NAVARRO FRÍAS, *op. cit.*, p. 14.

(40) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, p. 69.

haya alternativas menos lesivas que la respuesta penal, en respeto del principio de intervención mínima(41).

El tercer requisito, el de proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y la de los bienes a cuya protección ha de servir aquella. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección), aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir.

Como cuarto requisito «previo» el TC incorpora, a partir de la STC 55/1996, la finalidad lícita de la restricción de DDFP. En referida oportunidad, sostuvo el máximo Tribunal que deben fijarse los fines inmediatos y mediatos de protección de la norma cuestionada, lo que constituye el basamento lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 C.E., al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado de DDFP(42). A *contrario sensu*, este análisis permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al PP si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes(43).

2. El principio de proporcionalidad en el proceso penal

Al poseer rango constitucional, no puede exigirse el respeto del PP exclusivamente en el ámbito de las penas, sino también en el resto de las consecuencias que se pueden derivar de un proceso penal para los investigados(44).

En otras palabras, el PP no solo encauza los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como un principio rector de todo el proceso penal, ya que en este se adoptan diversas medidas que restringen los DDFP, con la nota distintiva de que, mientras no exista condena, el imputado goza de la presunción de inocencia y

(41) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1364.

(42) STC 55/1996, FJ 7.

(43) STC 111/1993, FJ 9.

(44) AGUADO CORREA, T., *op. cit.*, 64.

podríamos estar limitando derechos de un inocente que finalmente no será penado.

En virtud de ello, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de DDFF y más, en particular, las adoptadas en el curso de un proceso penal⁽⁴⁵⁾, viene determinada por la estricta observancia del PP.

En este sentido, se ha destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «*si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*»⁽⁴⁶⁾.

A continuación se verán algunos lineamientos otorgados por el TC, para analizar cómo opera la restricción de los DDFF en el proceso penal, previo a la existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria.

2.1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Al tratar el PP en el Derecho penal material, fundamentalmente tenemos en miras a la pena en abstracto (proporcionalidad dirigida al legislador) o en concreto (dirigida al juez o tribunal), pero ambos casos comparten el presupuesto de un delito comprobado, de la presencia de una condena. Es decir, el Derecho penal de fondo no se preocupa por la posibilidad de restringir DDFF de un inocente, mientras que todas las medidas del proceso penal se ven atravesadas por el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que impone una carga aún mayor al PP.

La presunción de inocencia tiene tres significados claramente diferenciados: (i) garantía básica del proceso penal, (ii) regla de tratamiento del imputado durante el proceso y (iii) regla relativa a la prueba⁽⁴⁷⁾. En razón del objeto del presente trabajo, nos centraremos en la segunda de estas acepciones.

(45) SSTC 37/1989, FJ 7; 85/1994, FJ 3 y 54/1996, FJ 7.

(46) STC 66/1995, FJ 5.

(47) MONTAÑÉS PARDO, M. Á. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «La presunción de inocencia», *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL

Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, se parte de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, debe ser excepcional la restricción de sus derechos durante el proceso, lo que el TC ha reflejado desde sus primeras sentencias(48).

Asimismo, el TC aclaró ya en la STC 108/1984, FJ 2, que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en derecho. En referida oportunidad el Alto Tribunal determinó que, cuando no es reglada, la cautelar ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. En consonancia con ello, la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, no permite que las medidas cautelares privativas de libertad se adopten sin que existan indicios racionales de criminalidad, ni como pena anticipada(49).

Ahora bien, analizaremos algunos supuestos concretos en los que se restringen DDF, aún con la vigencia de la presunción de inocencia y cómo ha reaccionado la jurisprudencia del TC al respecto.

2.2. LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional es la mayor restricción a un derecho fundamental (la libertad) que se puede dar durante el proceso penal. Esta institución está emparentada directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente(50); y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de su inocencia(51). En cuanto a los principios en juego en la aplicación de la prisión provisional, estos son: legalidad(52), adopción judicial de la

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER Y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 840-859.

(48) SSTC 66/1984, FJ 2 y 109/1986, FJ 1.

(49) SSTC 217/2001, FJ 5; 140/2012, FJ 2 o 21/2018, FJ 6.

(50) STC 32/1987, FJ 3.

(51) STC 128/1995, FJ 3 y 4.

(52) Entre otras, SSTC 99/2006, FJ 4 y 95/2007, FJ 5.

medida(53), excepcionalidad(54), modificabilidad(55) y temporalidad(56).

A su vez, la pena de privación de libertad ha de ser así una medida proporcionada, lo que supone, en primer lugar, que no puede estar dirigida a la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes; y, en segundo lugar, que no puede suponer un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad(57).

Por otra parte, sin perjuicio del principio de legalidad, el TC ha remarcado que la regulación legal de la prisión provisional y sus presupuestos no supone una legitimación automática de la misma, al decir que: *«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»*(58). Referida idea fue matizada en la STC 341/1993, FJ 4: *«la ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad»*.

La prisión provisional nace así con una sed intensa de legitimación que solo colma con su respeto a los principios de legalidad y de proporcionalidad, con su imposición a un probable culpable y, en lo procedimental, con el respeto a las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación(59). En la STC 128/1995, FJ 3, se ha consignado expresamente que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios

(53) STC 147/2000, FJ 4, B y referencias jurisprudenciales allí contenidas.

(54) STC 88/1988, FJ 1; 98/2002, FJ 3 y 95/2007, FJ 4.

(55) STC 66/2008, FJ 3.

(56) STC 95/2007, FJ 5.

(57) SSTC 55/1996, FJ 7; 161/1997, FFJJ 8 y ss.; 136/1999, FFJJ 22 y ss.; 45/2009, FJ 8; 127/2009, FJ 9.

(58) STC 178/1986, FJ 3.

(59) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Artículo 17.4. Hábeas corpus y prisión provisional». *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PÍÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 493-509.

racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

En efecto, ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(60), que la constatación de «razonables sospechas» de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar que, además, en cuanto «*particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona*»(61), queda supeditada en su aplicación a una estricta necesidad y subsidiariedad, que se traduce tanto en la eficacia de la medida como en la ineficacia de otras de menor intensidad coactiva y queda también gobernada por los principios de provisionalidad, en el sentido de que debe ser revisada si cambian las circunstancias que dieron origen a su adopción; y de proporcionalidad(62), limitativo tanto de su duración máxima como de la gravedad de los delitos para cuya efectiva sanción y prevención pueda establecerse(63).

En cuanto a la legitimidad de los fines, la jurisprudencia del TC ha consagrado tres metas posibles de la prisión provisional y lo ha negado a otras tres. Integran el primer grupo la necesidad «*de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo*»(64). Y, junto a este objetivo principal, se contemplan también los siguientes: 1) asegurar el sometimiento del investigado al proceso, mediante la evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de

(60) SSTEDH caso Stögmüller c. Austria, 10 de noviembre de 1969, FJ 4; caso B. c. Austria, 28 de marzo de 1990, párrafo 42; caso Letellier c. Francia, 26 de junio de 1991, párrafo 35; caso Kemmache c. Francia, 27 de noviembre de 1991, párrafo 45; caso Toth c. Austria, 12 de diciembre de 1991, párrafo 67; caso Clooth c. Bélgica, 12 de diciembre de 1991, párrafo 36; caso Tomasi c. Francia, 27 de agosto de 1992, párrafo 84 y caso W. c. Suiza, 26 de enero de 1993, párrafo 30 (todas citadas en la STC 128/1995, FJ 3).

(61) STC 71/1994, FJ 7.

(62) SSTC 108/1984, FJ 2, b; 178/1985, FJ 3; 8/1990, FJ 1 y 9/1994, FJ 3 y 5.

(63) STC 128/1995, FJ 3.

(64) STC 138/2002, FJ 4.

justicia(65); 2) prevenir el riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso(66); y 3) conjurar el peligro de reiteración delictiva(67).

Conforman el club de las finalidades constitucionalmente proscribas, en primer lugar, las punitivas o de anticipación de la pena(68); en segundo, la obtención de declaraciones de los imputados que impulsen la instrucción(69); y en tercer lugar, la genérica alarma social presuntamente causada por un delito(70). Estas finalidades declaradas como constitucionalmente admisibles coinciden con las que reconoce como legítimas la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa(71), que no obstante añade: «*aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá sin embargo estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves*»(72).

Por otra parte, en la STC 55/1996, FJ 8, el TC ha reconocido que al dictarse la prisión provisional deben evaluarse la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas, pero de la misma eficacia que la analizada y lo ha reiterado en la STC 161/1997, FJ 11, al afirmar que las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de

(65) «*Al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia– resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio –de aplicación objetiva y puramente mecánica– a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculcado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.–» (STC 128/1995, FJ 4, b).*

(66) Tal y como reconoce el propio art. 503.1 3 b) LECrim, y contemplan, entre otras, las SSTC 128/1995, FJ 3; 333/2006, FJ 3 y 27/2008, FJ 4.

(67) STC 128/1995, FJ 3; 191/2004, FJ 4 y 27/2008, FJ 4.

(68) STC 41/1982, FJ 3; 128/1995, FJ 3 y STC 140/2012, FJ 2.

(69) STC 128/1995, FJ 3.

(70) STC 66/1997, FJ 6; 98/1997, FJ 9, STC 47/2000, FJ 5.

(71) «*La prisión preventiva solo podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave*».

(72) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 500.

menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporción.

Es así que, por exigencia del PP, la prisión provisional ha de perseguir fines legítimos, ha de ser necesaria y ha de ser ventajosa o estrictamente proporcionada. Esta última exigencia incide en la institución en, al menos, tres aspectos: recorta su ámbito objetivo por abajo, al proscribir su adopción en supuestos de imputación de un delito de escasa gravedad; supedita su duración al plazo razonable para la resolución procesal del conflicto en el que se enmarca y limita su duración en función de un plazo máximo indeclinable e independiente de la pervivencia del presupuesto y de los fines para los que se decreta(73).

Finalmente, en cuanto a las garantías procesales que rodean a la prisión provisional –imparcialidad, intermediación, cosa juzgada y motivación–, será necesario que esta última tenga los elementos suficientes para la realización de un análisis de proporcionalidad de la medida, sin que sea imprescindible que ello se exprese en el auto judicial. Estos elementos habrán de ser, por de pronto, los caracteres esenciales de la imputación y la finalidad que persigue la medida privativa de libertad(74). Deben consignarse, además, respecto al primero de los elementos citados, los datos que aporta la investigación respecto a la probabilidad de culpabilidad y, respecto al segundo, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado(75), que sostienen la concurrencia del riesgo que se quiere conjurar y, con ello, la funcionalidad concreta de la medida(76).

2.3. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Desde la STC 49/1999, FJ 7, el TC, apoyándose en su propia jurisprudencia(77) y en la del TEDH(78), viene afirmando que del PP se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas ha de limitarse a las dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas (sobre todo la prevención de los delitos calificables como graves) y solo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho funda-

(73) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 501.

(74) STC 44/1997, FJ 5, b.

(75) STC 128/1995, FJ 4, b.

(76) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 506.

(77) SSTC 85/1994, FJ 3; 181/1995, FJ 5; 49/1996, FJ 3; 54/1996, FJ 7 y 123/1997, FJ 4.

(78) SSTEDH de 24 de abril de 1990, caso Huvig c. Francia y caso Kruslin c. Francia; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras c. España.

mental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese respecto(79).

A partir de ello, se advierte que el primer presupuesto que habilita constitucionalmente la adopción de la decisión judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas es la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de una infracción punible grave, en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida(80).

Empero, para la legitimidad constitucional de la medida, no basta invocar frente al secreto de las comunicaciones el interés público propio de la investigación de un delito grave, sino que es preciso verificar también la existencia de un ligamen entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad, para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)(81). Esa conexión constituye el presupuesto habilitante de la medida y es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad.

Son numerosas las sentencias que hacen referencia a la importancia de identificar las concretas personas investigadas como titulares o usuarias del teléfono intervenido, como expresión del alcance subjetivo de la medida(82). Ahora bien, lo relevante para preservar el PP, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida, es la exclusión de las escuchas prospectivas, por cuanto estas suponen un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental(83).

En cuanto a la forma de efectuar el análisis en el caso concreto, la STC 145/2014 ha sido bastante ilustrativa, al decir que el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, los que han de ser algo más que simples sospechas(84). Además, se debe determinar con pre-

(79) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Art. 18.3. El secreto de las comunicaciones», *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*. Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 544-561.

(80) SSTC 166/1999, FJ 3, a; 299/2000, FJ 2; 167/2002, FJ 4 y 104/2006, FJ 3.

(81) STC 49/1999, FJ 8.

(82) SSTC 171/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 5 o 184/2003, FJ 10.

(83) STC 150/2006, FJ 3.

(84) SSTC 167/2002, FJ 2; 184/2003, FJ 11 y 197/2009, FJ 4; todas referenciadas en la STC 145/2014, FJ 2.

cisión los números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, al igual que los períodos en los que deba darse cuenta al juez(85).

2.4. ENTRADA Y REGISTRO DEL DOMICILIO

El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio»(86), por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada(87). La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas: la inviolabilidad(88) y la interdicción de las posibles formas de injerencia –entrada y registro–, permitiéndose esta última en tres supuestos: a) consentimiento del titular; b) resolución judicial; c) flagrante delito.

Asimismo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio aparece protegido por la garantía judicial, siendo el método idóneo para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E. u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos(89). Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar este, en ausencia de consentimiento del titular(90).

En cuanto al contenido de esa resolución judicial, para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamen-

(85) SSTC 261/2005, FJ 2 y 219/2009, FJ 4.

(86) Se consideran domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel (STC 10/2002, FJ 8).

(87) SSTC 22/1984, FJ 5; 94/1999, FJ 5; y 119/2001, FJ 6.

(88) En cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, FJ 5).

(89) STC 160/1991, FJ 8.

(90) STC 160/1991, FJ 8.

tal limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. Así, el órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro y, de ser posible, también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión)(91). La ausencia de tales extremos ostentará *prima facie* relevancia constitucional, dando lugar a la lesión del derecho fundamental. Así, por ejemplo, la STC 50/1995 declaró vulnerado el art. 18.2 CE porque el Auto habilitante no fijó los días en los que debía de practicarse el registro, dando a los policías que habían de efectuarlo un mandamiento indefinido en el tiempo, lo que a juicio de la sentencia supone «*de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho*»; motivo adicional para otorgar el amparo en este caso fue que el Auto omitió toda referencia a la obligación de comunicar al juez el resultado de la entrada y registro, «*dación de cuenta imprescindible para que aquel pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos*»(92).

A su vez, para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal(93).

Es así que el juicio de proporcionalidad debe efectuarse teniendo en cuenta todos los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental. Lo expresado se ilustra en la STC 239/2006, cuando al momento de autorizar el registro, el delito que se estaba investigando era grave (tráfico de drogas a gran escala y en el marco de banda organizada), habiéndose incautado la misma noche en la que se solicita el registro más de 1.000 kilos de hachís y resultando que todas las personas cuyo domicilio se pretendía registrar, entre las que se encontraba el demandante de amparo, estaban sometidas a investigación desde hacía meses en las diligencias previas abiertas, constandingo en las mismas múltiples

(91) STC 239/1999, FJ 5, y las demás SSTC allí citadas (SSTC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999).

(92) STC 50/1995, FJ 7.

(93) ALCÁCER GUIRAO, R., «Artículo 18.2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio». *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 530-543.

indicios de su implicación en tal delito, por lo que no se hizo lugar al cuestionamiento del juicio de proporcionalidad efectuado(94).

2.5. OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS

Partiendo del carácter no ilimitado de los DDFE, el TC viene declarando(95) que será legítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que «*encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*»(96). En ese sentido, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al de la persona en mantener la privacidad de determinada información(97).

Siguiendo esa doctrina, en la STC 70/2002, FJ 10(98), se dijo que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: 1) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; 2) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); 3) que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada(99) y, finalmente, 4) la estricta observancia del PP, concretado, a su vez, en los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto(100). De esta manera, debe tratarse de una medida idónea para la investigación del

(94) STC 239/2006, FJ 6.

(95) Entre otras: STC 173/2011, FJ 2.

(96) STC 159/2009, FJ 3.

(97) STC 173/2011, FJ 2.

(98) Resumiendo lo establecido en la STC 207/1996, FJ 4.

(99) Si bien reconociendo que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 70/2002, FJ 10).

(100) En este sentido, el STC (SSTC 66/1995 y 55/1996) ha destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «*si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*» (STC 207/1996, FJ 4, E).

delito en cuestión, imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y ejecutada de modo tal que el sacrificio del derecho fundamental no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

En cuanto a la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, en reiteradas oportunidades el TC ha afirmado que lo es la investigación del delito y, en general, la determinación de los hechos relevantes del proceso penal(101), *«pues la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE»*(102).

Precisando la idea de «hechos relevantes del proceso penal», la medida que restrinja o afecte el derecho a la intimidad debe tener por objeto acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, no únicamente un hecho indiciario(103), ya que de ser así la medida deja de ser «necesaria» a los fines del aseguramiento del *ius puniendi*, ni por tanto acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal(104).

Por otra parte, para determinar si una medida restrictiva del derecho a la intimidad de una persona es o no constitucionalmente proporcionada, se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurran en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate; todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus DDFP que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto(105).

De las intromisiones al derecho a la intimidad más comunes en un proceso penal, nos referiremos en concreto a las intervenciones corporales y los análisis de ADN, por su importancia y relevancia.

(101) SSTC 25/2005, FJ 6 y 206/2007, FJ 6.

(102) STC 199/2013, FJ 8, que referencia las siguientes: SSTC 127/2000, FJ 3, a; 292/2000, FJ 9 y 173/2011, FJ 2.

(103) El cual, como el TC ha podido declarar en repetidas ocasiones (SSTC 174 y 175/1985), no es suficiente por sí solo para destruir el derecho a la presunción de inocencia.

(104) STC 207/1996, FJ 6, b.

(105) STC 207/1996, FJ 6, c.

2.5.1. *Intervenciones corporales*

En la STC 7/1994, FJ 3, se esquematizaron una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, derivadas del art. 15 CE y referibles al PP, que a continuación se exponen:

1) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud.

2) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

3) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.).

2.5.2. *ADN*

En la STC 199/2013, el Tribunal Constitucional analizó un caso donde se efectuó una prueba pericial consistente en la obtención del ADN del demandante a partir de su saliva, con la finalidad de ser comparado con el obtenido a partir de la muestra biológica hallada en una manga utilizada en la realización de un hecho delictivo de notable gravedad, como lo son los de daños terroristas por los que finalmente fue condenado el demandante. En el caso mencionado se concluyó que no existían dudas del fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

Asimismo, se especificó que se había respetado el PP en la realización del análisis de ADN, toda vez que: 1) su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado en la manga utilizada por uno de los intervinientes en los hechos delictivos investigados resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); 2) no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad), siendo tales hechos relativos a la llamada violencia callejera de la que el demandante admitió en sus declaraciones policiales ser dinamizador y haber participado en acciones preparando artefactos explosivos caseros con pólvora de pirotecnia, cartuchos de *camping* gas, gasolina y mecha iniciadora y, 3) finalmente, el modo en

el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto solo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellos que tan solo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra, excluyéndose por ello la revelación o puesta de manifiesto de toda característica personal que afectase a la intimidad personal.

Sumado a lo hasta aquí expresado, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de los análisis de ADN cuando está «*destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido*»(106).

3. Posibles consecuencias de la violación del principio de proporcionalidad: la doctrina de la prueba ilícita

Dejando atrás las medidas cautelares en particular del proceso penal, debemos referirnos brevemente a la llamada «doctrina de la prueba ilícita», ya que, al obtener elementos probatorios, por ejemplo, a través de toma de muestras de ADN, intervenciones corporales o una escucha telefónica, violando la regla de proporcionalidad, una posible consecuencia es que esa prueba sea considerada «ilícita» y, en consecuencia, excluirse del proceso penal en cuestión.

Según el TC, son necesarios dos pasos para dilucidar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos(107): a) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; b) se ha de verificar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que la Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos.

La constatación de la lesión del derecho fundamental sustantivo no determina, por sí sola, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba.

(106) STEDH caso S. y Marper c. Reino Unido, 4 de diciembre de 2008, párrafo 100.

(107) STC 97/2019, FJ 4.

La apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda afectación de un derecho fundamental llevara consigo, *per se*, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de ese producido dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo, sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera ninguna relevancia o alcance. No se impone semejante automatismo, sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia(108).

El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus DDFF para la obtención de pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los DDFF con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel.

IV. CONCLUSIÓN

Los DDFF son los derechos más importantes de una persona, íntimamente ligados a su dignidad y libertad, formando así los cimientos de todo Estado de Derecho y gozando de la máxima protección jurídica de que este dispone: la norma constitucional. De esta manera, estos «derechos constitucionales» conforman un escudo legal que protege a las personas de los posibles embates de los poderes públicos del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

No obstante, tempranamente el TC declaró que no existen en el ordenamiento español derechos ilimitados, ya que todo derecho tiene sus límites, y la expansión indiscriminada del ámbito de protección de los DDFF implicaría, inexorablemente, el choque y contradicción entre los mismos, por lo que es necesario encontrar una forma en que

(108) STC 97/2019, FJ 4.

estos puedan coexistir, permitiendo que el Estado cumpla correctamente con sus funciones, en los marcos de su competencia.

Es por ello que el PP, aunque no esté expresamente instituido en la Constitución, surge indefectiblemente unido a la concepción de los DDF, con sus requisitos: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y finalidad lícita de la restricción; reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a DDF.

El Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde más se limitan estos derechos. Sin embargo, el PP no solo encausa los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como un principio rector de todo el proceso penal, ya que en este se adoptan diversas medidas que restringen los DDF.

Como se ha observado en el presente trabajo, dependiendo del tipo de limitación que estemos tratando, los requisitos o elementos que componen el principio de proporcionalidad van adquiriendo aristas particulares. Así, por ejemplo, en la prisión provisional adquiere especial relevancia la cuestión de los fines permitidos y los proscritos, que determinan la posible aplicación legítima de este instituto; mientras que materia de medidas que restringen la intimidad de las personas se torna un componente esencial que aquella tenga por objeto adquirir elementos que permitan acreditar hechos relevantes, ya que un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.

Así, a partir de los lineamientos brindados por el TC, puede advertirse que el principio de proporcionalidad es un mecanismo lógico transversal de todo el proceso penal, que de acuerdo a las necesidades del caso concreto amolda sus requerimientos, pero siempre teniendo como base lógica sus presupuestos compartidos: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y licitud de la restricción.