

# El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional

Isabel PERELLO DOMENECH

## ANTECEDENTES Y SU ACTUAL RECONOCIMIENTO

1. La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular, en relación con la determinación de la pena. Ya Beccaria hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *De los delitos y las penas*, en la que propugnaba que la "pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil". Igualmente se reconoce este principio en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba que la Ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias.

La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de Policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio. De manera que la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que deriva que las intervenciones policiales sólo son lícitas en la medida que son imprescindibles y adecuadas a los fines que persiguen.

La doctrina alemana cita el *Polizeirecht*, de H. V. Berg, como el primer tratado jurídico-administrativo donde aparece formulado este principio que también se encuentra en la obra de Otto Mayer, para el cual la regla de la proporcionalidad se configura como una "medida natural" de la potestad de policía, adquiriendo la importancia de un verdadero límite jurídico. También Merkl, al referirse a los medios de los que puede valerse la policía, afirma que del principio de proporcionalidad se deriva que la intervención policial debe guardar proporción con el mal que se trate de evitar, y que la autoridad debe elegir aquellos medios que menos daño produzca a los derechos e intereses de los individuos; finalmente, Fleiner, sostenía, también en relación con el poder de policía, que la limitación individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria, y que la intervención gubernativa ha de ser siempre proporcionada a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es, por tanto, esta concepción de la actividad de policía, la finalidad de proteger al individuo frente a las posibles intervenciones excesivas del Estado y de reducir su actuación a lo estrictamente necesario, la que da lugar a que con cada vez más frecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia, —no sin dis-

crepancias—, recurran a este principio, inicialmente en relación con las manifestaciones de la actividad administrativa vinculadas con el ejercicio de las potestades sancionadoras, —en materia de orden público y seguridad—, para pasar, posteriormente, a utilizarse respecto las demás intervenciones administrativas que inciden en la esfera de libertad de los particulares.

Actualmente, el principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario, y su utilización se ha generalizado en casi todas las esferas jurídicas, en particular, en el derecho administrativo, en el que se ha convertido en un principio rector fundamental, que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos, y además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales.

En algunos ordenamientos europeos, como el alemán, y el suizo, reconocen expresamente este principio, cuya existencia deriva del propio Derecho Constitucional. En otros ordenamientos, como en el francés, no se reconoce de manera expresa su existencia si bien la jurisprudencia utiliza con frecuencia la proporcionalidad en el enjuiciamiento del eventual exceso de las medidas de policía. Así, el Consejo de Estado francés, en el ya clásico *arrêt* Benjamin —19 de mayo de 1933—, realizó un control de proporcionalidad en relación con una medida de policía. En esta decisión el Consejo de Estado anula una prohibición de un alcalde para la celebración de una conferencia de carácter literario porque de la instrucción no resultaba que la eventualidad de desórdenes presentara una gravedad tal que, sin prohibir la conferencia, se habría podido mantener el orden adoptando medidas de policía adecuadas. Posteriormente, se ha aplicado este principio en el control de las intervenciones administrativas en otros ámbitos, como en el derecho público económico, incidiendo el Consejo de Estado francés en la necesidad de justificar la adecuación de las medidas al fin perseguido. Para ello ha utilizado nuevas técnicas del control de la proporcionalidad, articuladas sobre la tesis del balance costes-beneficios, fundamentalmente para el enjuiciamiento de aquellas decisiones arbitrarias o irrazonables que comportan un coste social elevado y desprovisto de justificación.

Tampoco en el sistema administrativo inglés hay un reconocimiento explícito de la proporcionalidad, si bien, a menudo se recurre a la teoría de la racionalidad y de los límites del poder discrecional. Igual sucede en el derecho administrativo italiano, en el que junto al principio de proporcionalidad aparecen otros conceptos similares como el de adecuación y el de racionalidad.

La proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la medida que las injerencias a las libertades que consagra sólo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los arts 8, 9, 10 y 11 del Convenio. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ha operado con frecuencia con la proporcionalidad para el control de las intervenciones de los Estados miembros, en la protección de los derechos y libertades fundamentales que reconoce la Convención. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado que los Estados miembros tienen un margen de libertad para elegir las medidas y restricciones que juzguen necesarias, y se ha limitado a comprobar si en cada caso se respetan las exigencias derivadas de la proporcionalidad. En concreto, ha examinado si la intervención estatal persigue algún fin legitimado en la Convención, y además si la medida restrictiva es necesaria, útil y proporcionada (casos *Dudgeon*, *Silver* y otros, *Barthold*). De sus decisiones se advierte claramente que el Tribunal Europeo aplica el principio de proporcionalidad en la protección de los derechos y libertades garantizados en el Convenio, determinando a su vez una clara influencia a los tribunales nacionales que tienen encomendada la salvaguarda de los derechos y libertades públicas.

## **LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN ESTE PRINCIPIO**

Según su formulación en derecho europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, se compone de tres elementos o subprincipios: a) el de la utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad, y c) el de proporcionalidad strictu sensu. Cada uno de estos elementos que lo integran requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación y que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes: la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, esto es, es preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (juicio de adecuación), en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido de que no sólo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible porque no hay otra más suave o moderada a tal propósito (juicio de indispensabilidad), y, finalmente, proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, es decir, es preciso que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida (proporcionalidad strictu sensu).

### **1. La idoneidad o juicio de adecuación**

Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida restrictiva de un derecho habrá de verificarse, inicialmente, si es apta para la consecución del fin perseguido. En efecto, lo primero que habrá que comprobar es si la medida enjuiciada supera el oportuno juicio de adecuación, o, en otras palabras, si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea. Es preciso, por tanto, que la restricción que sufre el derecho resulte realmente útil para justificar el fin perseguido, o, dicho en negativo, que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista, y en principio, absolutamente inútil para alcanzar el fin.

### **2. La necesidad o juicio de indispensabilidad**

Una vez constatada la existencia de una adecuada relación medio-fin, esto es, superado el test de adecuación, el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada. Ello implica examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución.

De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer igual objetivo. Por tanto, de entre las posibles alternativas, deberá elegirse siempre aquella menos gravosa o restrictiva de los derechos; para ello habrá que confrontar los diversos medios igualmente idóneos y aptos para la consecución del fin, y determinar aquella que resulte menos onerosa, siempre que existan otras alternativas que garanticen de modo satisfactorio el objeto que justifique el límite, por consiguiente, han de rechazarse las medidas más gravosas y elegir el medio más beneficioso.

### **3. La proporcionalidad en sentido estricto**

Finalmente, superados los anteriores juicios de idoneidad y necesidad, debe comprobarse si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido. Para ello, resulta inevitable valorar los diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias concurrentes en cada caso. Los beneficios y ventajas derivados de la restricción del derecho deben ser siempre superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. Debe existir una equilibrada ponderación entre las ventajas y los perjuicios que se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido, tomando en consideración las circunstancias relevantes en cada caso. En definitiva ello implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

### **A) *Su paulatino reconocimiento por el Tribunal Constitucional***

El Tribunal Constitucional ha venido precisando y definiendo este principio de manera paulatina. La lógica de la proporcionalidad, ha estado presente en las decisiones del Tribunal, si bien ha aplicado este principio de proporcionalidad de manera desigual si se toma como paradigma el que se utiliza en Derecho europeo. En efecto, el Tribunal Constitucional en ocasiones utiliza este concepto en su sentido más restringido y fragmentario, posteriormente lo teoriza y explicita en qué consiste este principio en las SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996, en que se enjuician, respectivamente, una medida del poder ejecutivo (restrictiva del derecho fundamental de reunión), del poder legislativo (en relación con la prevista para la insumisión) y del poder judicial (sobre una medida de investigación penal).

### **B) *Su aplicación en relación con la igualdad***

De manera particular, ha sido muy frecuente la utilización de este principio en orden al derecho a la igualdad. Ya en las primeras Sentencias, el Tribunal ha venido estableciendo como doctrina que la igualdad solo es violada si esta desprovista de una justificación objetiva y razonable; justificación que ha de apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, exigiendo la existencia de una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (SSTC 22/1981, 34/1981, entre las primeras, posteriormente reiterada en múltiples ocasiones: SSTC 76/1990, 6/1991, 158/1993). De un análisis de la jurisprudencia en esta materia se deduce que el Tribunal Constitucional acude al criterio de la razonabilidad, que implica que la diferenciación persiga un fin constitucionalmente admisible, así como que exista una adecuación entre la medida y el fin que la medida persigue. Junto a la razonabilidad, el Tribunal exige que la diferencia sea proporcionada, —en su sentido estricto—, esto es, que la medida enjuiciada sea resultado de una adecuada ponderación de los derechos afectados y de las circunstancias concurrentes que justifican el trato desigual. Se utiliza el concepto de proporcionalidad en un sentido impreciso, equiparándolo en ocasiones a alguno de los tres elementos que conforman el principio, y, desde luego, hasta la STC 66/1995, en una formulación muy distante a su construcción en derecho europeo, que exige el sucesivo análisis de la concurrencia de cada uno de los principios o manifestaciones de este concepto.

### **C) *Su aplicación en otros ámbitos y en la ponderación de derechos en conflicto***

A partir de su aplicación en orden al derecho a la igualdad, el Tribunal ha venido utilizando la proporcionalidad en relación con los límites de otros derechos fundamentales, como el derecho a la tutela ju-

dicial efectiva. Así, ha afirmado que resulta vulnerado este derecho fundamental cuando el órgano judicial hace una interpretación de los requisitos procesales que sea desproporcionada con la finalidad para la que se establecen. En este sentido, es abundante la jurisprudencia que señala que los órganos judiciales, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción del cierre del proceso, y permitir, en lo posible, su subsanación, pues "de imponerse un rigor en las exigencias más allá de la finalidad al que la misma responda, la resolución judicial que cerra-se la vía del proceso o del recurso sería incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 36/1986)". En esta misma línea, ha declarado que no son constitucionalmente admisibles los obstáculos al enjuiciamiento de fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto a las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1991, 48/1995, 76/1996). En esta última Sentencia, se declara la constitucionalidad del requisito de la comunicación previa a la interposición del recurso contencioso administrativo al órgano administrativo que dicto el acto impugnado (artículo 57.2 f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 110.3 y Disposición Adicional Undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), siempre que se interpretara este precepto en el sentido de admitir su subsanación posterior, pues de lo contrario nos hallaríamos ante una interpretación desproporcionada y contraria al art. 24.1 CE.

En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional ha utilizado este principio como sinónimo de "ponderación necesaria de derechos y libertades fundamentales en conflicto, o de los bienes constitucionales en presencia", bien sea en relación con el derecho de libertad y la duración de la prisión provisional, que no puede exceder de "un plazo razonable", (STC 8/1990), como un elemento en la resolución de los conflictos entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE, y otros bienes e interés jurídicamente protegidos, como el derecho al honor, y en la protección de los derechos fundamentales frente a cualquier limitación o restricción, supuestos en los que el Tribunal revisa la adecuación de la ponderación realizada por los órganos judiciales ordinarios. Así ocurre en las SSTC 241/1991 y 85/1992, en que pondera los bienes en conflicto al objeto de determinar si el ejercicio del derecho a comunicar información reconocido en el art. 20 CE, cumple con las exigencias de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo. En estos casos de ponderación de diferentes derechos contrapuestos se introduce su valoración casuística, esto es, atiende a las concretas circunstancias concurrentes y acude a la proporcionalidad para comprobar si se ha efectuado una conciliación adecuada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la restricción y si tal conciliación se encuentra en una relación razonable con el resultado perseguido. En este caso la proporcionalidad se utiliza como una variante o especie

de la ponderación, como un criterio más dentro de los muchos que pueden utilizarse en los supuestos de colisión o conflictos de derechos y libertades.

De igual modo, el Tribunal ha utilizado implícitamente con este principio en el ámbito de las relaciones laborales, en las SSTC 106/1996, y 136/1996, siguiendo la línea de las SSTC 99/1994 y 6/1995. La inserción de una organización ajena modula el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido su consagración en el Texto Constitucional (arts. 33 y 38 CE). Los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, pero no basta la afirmación de un interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas han de venir especialmente cualificadas por razones de necesidad y es preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial. Coherentemente, ambas Sentencias resuelven las quejas planteadas en clave de proporcionalidad: La decisión empresarial de despedir desvelaba una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada. Y, en relación con los límites de la huelga, afirma que el juicio acerca de la corrección de dicha limitación "es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios" (STC 26/1981).

#### **D) *La recepción de su formulación por el Tribunal Constitucional***

Es en la STC 66/1995 cuando el Tribunal Constitucional, por primera vez, teoriza el principio de proporcionalidad en su formulación dogmáticamente correcta, con ocasión del enjuiciamiento de la constitucionalidad de una medida administrativa impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental. Posteriormente, vuelve a utilizar este principio en su acepción amplia, en la STC 55/1996, en relación con el legislador, en la que precisa con mayor detalle los diferentes elementos que componen este principio y define su valor como canon de constitucionalidad. Y, finalmente, en la STC 207/1996 opera con la proporcionalidad en su formulación conforme al Derecho europeo, en relación con la medida de un órgano judicial.

##### **1. *Como técnica de control de constitucionalidad de medidas de los poderes públicos impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales***

Como decíamos, en la STC 66/1995, el Tribunal ha utilizado por primera vez el concepto de proporcionalidad en su sentido más amplio, acudiendo a los tres subprincipios que lo conforman, para controlar la constitucionalidad de una resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid, que prohibió una concentración convocada por un sindicato en el

centro de Madrid. En esta resolución se rechazaba la solicitud de la entidad sindical posteriormente recurrente en amparo por cuanto la celebración de la manifestación vendría a ocasionar una grave alteración en el tráfico de la ciudad, por colapsarse ciertas vías de intensa circulación rodada. El Tribunal Constitucional estimó que para decidir si tal acuerdo gubernativo infringía el derecho fundamental de reunión reconocido en el art. 21 CE, debía realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad, y para ello, analiza la concurrencia de los tres elementos, que, configuran este principio. Así, refiere en los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto de la Sentencia, que la medida de prohibición debía ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que "solamente será constitucionalmente legítima si no existen otros medios para preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión". Por tanto, señala el Tribunal que para conocer si tal medida restrictiva supera el juicio de proporcionalidad exigible, procede constatar si se cumplen las tres condiciones o requisitos expuestos: Si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si, además, era necesaria, en el sentido de que no existía otra mas moderada para el fin perseguido, y, por último, si la misma era ponderada en sentido estricto, es decir, equilibrada por derivarse de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El Tribunal, tras estimar que la medida de prohibición permitía alcanzar el fin perseguido, —la protección del orden público y la integridad de las personas y los bienes— es decir, superado el test de idoneidad, pasa a analizar si la restricción era necesaria, concretamente, si la adopción de esta medida impeditiva del derecho era imprescindible por no existir otra, o si cabía optar por otras alternativas menos drásticas e igualmente eficaces para la preservación del orden público. Tomando en consideración las concretas circunstancias fácticas concurrentes, concluye que en aquel supuesto no era exigible a la autoridad gubernativa la propuesta de otras medidas menos restrictivas del derecho de reunión, si bien, a modo de reflexión afirma que "en estos casos, la autoridad gubernativa, antes de prohibir la concentración deberá ser especialmente diligente a la hora de proponer o arbitrar los medios necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de reunión en el lugar y hora programados por los promotores".

##### **2. *Como principio interpretativo y su negación como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador***

En la STC 55/1996, el Tribunal aborda y se pronuncia expresamente sobre el valor y significado constitucional del principio de proporcionalidad frente al legislador.

En esta resolución, se plantea la posible inconstitucionalidad, del art. 23 de la LO 8/1984, de 26 de diciembre, por su oposición al principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE,

en cuanto la pena prevista en este precepto —para los objetores de conciencia al servicio militar que rehúsan cumplir la prestación social sustitutoria— podía suponer un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad personal (art. 17 CE) y a la libertad ideológica (art. 16 CE).

En el fundamento Jurídico tercero de esta Resolución se hacen una serie de importantes precisiones y se afirma, al respecto:

A) Que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda realizarse de manera aislada respecto a otros principios constitucionales, "Es, si se quiere decir así, un principio que cabe inferir de determinados constitucionales y, como preceptos tal opera esencialmente como un principio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales... desde la perspectiva del control constitucional, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en que medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabra declarar la inconstitucionalidad.

B) También se afirma que el ámbito en el que normalmente, y de forma particular, resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así lo ha reconocido con anterioridad en numerosas Sentencias en las que 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. Así ocurre con en las SSTC 62/1982, 66/1985, 19/1988, 85/1992, 50/1995.

C) Por último se recuerda que en ocasiones se ha hecho referencia a la proporcionalidad como principio derivado del valor de la justicia (STC 160/1987, 50/1995, 173/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, 50/1995), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987), y que se ha aludido al mismo en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los concretos y determinados derechos de los ciudadanos.

Tras efectuar estas consideraciones, el Tribunal examina si el precepto cuestionado cumple los tres elementos que conforman este principio: La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Al no existir elementos que permitan dudar de la idoneidad de la medida (el juicio de adecuación), analiza el segundo elemento de la necesidad (juicio de indispensabilidad) y refiere, tras reiterar el amplio margen de libertad del que goza el legislador, que el control constitucional sobre la existencia o no de medidas menos gravosas pero de la misma

eficacia, tienen un alcance y una intensidad muy limitadas pues "se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, de modo que si sólo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico". Y concluye que la norma cuestionada no incurre en el exceso vulnerador del principio de proporcionalidad de la pena, pues "con independencia del juicio de oportunidad, no cabe sostener que la medida atente contra el art. 17,1 CE en cuanto desproporcionada por innecesaria". Seguidamente se examina la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre el delito y la entidad de la pena, esto es, el tercer elemento de la proporcionalidad, (o proporcionalidad en sentido estricto), limitando el enjuiciamiento a la concurrencia o no de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma, y estima que no se aprecia un desequilibrio irrazonable entre el medio y el fin que podría situar la norma al margen de la Constitución".

### 3. *La exigencia de la proporcionalidad en el enjuiciamiento de una medida judicial*

En la STC 207/1996, el Tribunal examina una resolución de un Juzgado de Instrucción que, en el curso de una investigación penal, acordaba la práctica de una intervención corporal y consiguiente pericial sobre el pelo del recurrente en amparo, y ello con objeto de determinar si era consumidor o adicto al consumo de sustancias estupefacientes. Para ello se requería al demandante de amparo a que accediera a que "el médico forense procediera a cortarle cabellos diferentes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas", con el apercibimiento de que su negativa podía suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Para resolver sobre la constitucionalidad de tal medida judicial, y una vez constatada que la intervención corporal y correspondiente pericial afectaba a los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, el Tribunal examina si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación objetiva y razonable, y para ello acude al concepto de la proporcionalidad, según la formulación contenida en las SSTC 66/1995 y 55/1996.

En los fundamentos jurídicos cuarto y quinto, la Sala analiza la medida impugnada desde la perspectiva de la proporcionalidad y considera que la intervención corporal acordada por el juez, no cumplía la exigencia de "necesidad", requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sa-

crificios que debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. Y razona al respecto que una medida de instrucción penal restrictiva de los derechos fundamentales habrá de reputarse necesaria cuando de su resultado pueda depender el *ius puniendi*, lo que tan sólo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, desde el subjetivo, la participación del imputado en los mismos.

La finalidad que se perseguía con la intervención corporal impugnada no era acreditar los hechos constitutivos de infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario —insusceptible por sí de desvirtuar la presunción constitucional de inocencia— por lo que no es posible admitir que la medida fuera "necesaria", a los fines del aseguramiento del *ius puniendi*, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de sacrificios. Y afirma el Tribunal "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 proceso penal".

Por otra parte, refiere el Tribunal que, aun admitiendo que la medida impugnada pudiera ser, abstractamente considerada, una medida necesaria para la investigación penal, no por ello las resoluciones recurridas resultarían enteramente acordes con la exigencia constitucional de proporcionalidad, pues para la determinación de si una medida restrictiva de derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que ha de llevarse a la práctica la medida limitativa, todo ello con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

Se concluye que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte al tiempo desde que el solicitante de amparo pudiera ser consumidor, como al referirse a cualquier tipo de sustancia estupefaciente, incurrían en una notable desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción.

## CONCLUSION

Sistemáticamente el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad, si bien de manera desigual, si se toma como modelo su concepto en derecho europeo. La idea de la proporcionalidad ha estado siempre presente, de una manera más o menos explícita, en la lógica y en los razonamientos del Tribunal Constitucional, si bien a pesar de ello no ha explicitado en qué consiste este principio hasta que en las citadas SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1966 formulan una construcción del principio de proporcionalidad, que hasta ese momento venía siendo utilizado de manera restrictiva y

fragmentaria. Resulta importante que el Tribunal Constitucional haya precisado y expresado en qué consiste la proporcionalidad, y su concreto contenido en sus tres proyecciones conforme a las pautas y criterios conforme el Derecho europeo y su valor constitucional.

La proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico eficaz, tanto en el control de los poderes discrecionales de la Administración, —en las medidas administrativas restrictivas o impeditivas de derechos fundamentales—, como un elemento en la ponderación de bienes y derechos constitucionalmente protegidos. En definitiva, cabe esperar que la línea jurisprudencial iniciada permita su aplicación y su utilización como precisión conceptual en la resolución de los conflictos en que se hallen involucrados bienes y derechos constitucionales.

## BIBLIOGRAFIA

- Barnes Vázquez, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994), pp. 495-535.
- Burca, Gráine de. The principle of proportionality and its application in *EC Law. Yearbook of European Law*. núm. 13 (1993), pp. 105-150.
- Carrasco Perera, Angel. "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 11 (1984), pp. 39-106.
- Cruz Ferrer, Juan de la. "Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa". *Civitas. Revista de Derecho Administrativo*. núm. 45 (1985) pp. 71-83.
- Gómez Benítez, José Manuel. "La idea moderna de la proporcionalidad de las penas". *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao: Universidad de Deusto (1991), pp.55-65.
- González-Cuellar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid. Colex 1990.
- Jaén Vallejo, Manuel. "Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y de su tratamiento constitucional". *Revista General de Derecho*. núm. 507 (1986), pp. 4934-4936.
- López González, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. 1ª ed. Sevilla. Universidad, Servicio de Publicaciones; Instituto García Oviedo, (1988), Ediciones del Instituto García Oviedo, núm. 52.
- Lucas, Javier de. "Razonabilidad e interpretación constitucional. Objeción de conciencia". *X Jornadas de Estudio: Introducción a los Derechos Fundamentales* - Madrid. Ministerio de Justicia, (1988), pp. 2281-2289.
- Martens, Paul. "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité". *Présence du droit public et des droits de l'homme: Mélanges offerts à Jacques Velu*. Bruselas: Bruylant, (1992), pp. 49-68.
- Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa*

*del legislador a los derechos fundamentales.* Madrid. McGraw-Hill, 1996.  
Pedraz Penalva, Ernesto. "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas". *Poder Judicial* núm. 17 (1990), pp. 69-98.

Sánchez García, Isabel. "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal". *La Ley*. T.4 (1994), pp. 1114-1124.  
Vipiana, Piedra María. *Introduzione allo studio del principio de ragionevolezza nel diritto pubblico.* Padova: Cedam, 1993.

# NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

C. Postal: \_\_\_\_\_

Solicita información a la  
**Asociación Pro Derechos Humanos de España**  
José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.

