

LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LAS MEDIDAS PROCESALES DE CARÁCTER COERCITIVO

Proportionality as a guiding principle for coercive procedural measures

Por Iván Fructuoso González
Letrado de la Administración de Justicia
ivan.fructuoso@justicia.es

Artículo recibido: 15/05/21 | Artículo aceptado: 18/06/21

RESUMEN

El presente trabajo analiza la formación de la proporcionalidad como principio general del derecho, desde sus orígenes como concepto filosófico desarrollado por Platón y Aristóteles, hasta su encarnación actual como norma constitucional, adoptada definitivamente en España en la década de 1990. Desde el principio, la proporcionalidad se consideró un principio de restitución en la formulación bíblica del "ojo por ojo". Pero más tarde, especialmente a partir de las obras de Beccaria, se transformó en un principio que busca que cada medida adoptada por los Tribunales inflija el menor dolor posible al tiempo que logre la máxima eficacia. Por lo tanto, como principio general, la proporcionalidad debe informar toda decisión que aplique una medida procesal coercitiva, como embargos, decomisos, depósitos, desalojos, etc.

ABSTRACT

This paper analyzes the formation of proportionality as a general principle of law, since its originated as a philosophical concept as developed by Plato and Aristotle to its current incarnation as a Constitutional rule, adopted definitely in Spain in the 1990's. Since the beginning, proportionality was seen as a restitution principle in the biblical formulation of the "an eye for an eye" rule. But later, specially since the works of Beccaria on, it was transformed into a principle that seeks that every Court adopted measure inflicts the lesser possible pain while achieving the maximum effectiveness. Hence, as a general principle, proportionality must inform every decision that implements a coercive procedural measure, such as seizures, confiscation, deposit, eviction, etc.

PALABRAS CLAVE

Proporcionalidad, Filosofía, Principio General del Derecho, proceso civil, medida coercitiva, embargo.

KEYWORDS

Proportionality, Philosophy, General Principle of the Law, civil procedure, coercive measure, seizure.

Sumario: 1. Introducción. 1.1. El concepto de proporcionalidad. 1.2. El carácter universal del principio de proporcionalidad. 2. La construcción histórica del principio de proporcionalidad. 2.1. Introducción. 2.2. El principio de proporcionalidad. 2.3. El principio de proporcionalidad en la Ilustración: “*De los delitos y las Penas*”. 3. El constitucionalismo alemán. 3.1. De Beccaria a la “Ley de Bonn”. 3.2. La “Ley de Bonn” y el triple test alemán. 4. La proporcionalidad en el sistema constitucional español. 4.1. La proporcionalidad en la doctrina constitucional española. 4.2. La problemática del subprincipio de ponderación. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Introducción**1.1. El concepto de proporcionalidad**

La palabra proporción proviene de la adaptación latina del término griego analogía (*αναλογία*), que se define etimológicamente como la relación entre cosas distintas, pero con determinadas semejanzas entre sí¹. Es Cicerón quien introduce por primera vez la voz latina *proportio*² y es de esa adaptación de la que proviene el concepto moderno de proporcionalidad, que en castellano se define por la Real Academia Española como la “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”. A su vez, proporción aparece en el Diccionario de la RAE como la “disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”.

Del aspecto puramente semántico y etimológico se extraen dos de las características centrales del estudio de la proporcionalidad como principio jurídico: la relación y la conformidad. La relación es la base del principio de proporcionalidad, ya que este precisa de la existencia de dos realidades relacionadas –y puede decirse que incluso enfrentadas– entre sí. Ese conflicto de realidades se manifiesta en dos momentos: en el de creación de la norma y en el de su aplicación. El principio de proporcionalidad está presente cuando el legislador evita los embargos desproporcionados³, cuando establece la pena abstracta para un delito en relación al daño causado o a su gravedad, o cuando

¹ GARCÍA HOZ, V. *Diccionario Escolar Etimológico*. Barcelona: Editorial Magisterio, 2012.

² Referencia 1: proviene de *pro* y *portione*, por lo que puede traducirse como “según la parte”.

³ Según el artículo 592 LEC “el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado”.

legisla sobre la intromisión justificada en la esfera de un derecho fundamental⁴. También está presente cuando un Letrado de la Administración de Justicia rechaza una petición de embargo en base al art. 592.1 LEC, por existir otros bienes o derechos susceptibles de embargo cuya enajenación resulte menos onerosa para el deudor, cuando un Tribunal impone la pena concreta en una Sentencia condenatoria penal, y cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una norma por inferir desproporcionadamente en la esfera de un Derecho fundamental.

En cuanto a la conformidad - entendida como igualdad-, constituye la segunda característica esencial del principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto con la aplicación de la proporcionalidad se persigue la restauración o instauración de un equilibrio de las dos situaciones en aparente conflicto, buscando en todo momento medir, calibrar, mesurar, las dos realidades enfrentadas para procurar que ambas queden en situación de igualdad jurídica. Cuando una de esas realidades pase sobre la otra de una forma desmesurada, se calificará de desproporcionada y se modificará la situación tratando de restablecer un equilibrio.

1.2. El carácter universal del principio de proporcionalidad

El carácter universal del principio de proporcionalidad conlleva que su presencia alcance a las situaciones más cotidianas. Un grupo de gente observando a un ciudadano derribado contra el suelo y detenido por la policía, no se formará igual opinión si la detención ha sido ocasionada por una mínima incorrección social –por ejemplo, por hablar en voz alta en una biblioteca pública-, que por un delito grave –el apuñalamiento de otra persona-; al valorar situaciones de ese tipo, el ciudadano lego emitirá un juicio de proporcionalidad, siquiera a través de expresiones más o menos coloquiales –“se han pasado”, “no había para tanto”, “se merecía más”-. El principio de proporcionalidad también sirve de guía de las acciones del ser humano: en el quehacer cotidiano, se recurre a la proporcionalidad como vara de medir situaciones de toda especie, como pueden ser imponer un castigo a un hijo o recompensar el esfuerzo de un alumno.

⁴ Así, la LO 13/2015, de 5 de Octubre, introduce un Capítulo IV dentro del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a “la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”. En el primero de sus preceptos, se establecen los principios rectores, que son los de “especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida” (art. 588 bis LECrim).

En los siguientes apartados, se abordará la tarea del estudio del principio de proporcionalidad desde una perspectiva histórica, con el examen del trabajo de los cuatro pensadores que, históricamente, definieron el concepto de proporcionalidad: Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y Cesare Beccaria. Acto seguido se examinará la recepción y consagración del principio de proporcionalidad por la Ley de Bonn de 1949 y su traslación al ordenamiento constitucional español. El objetivo será disponer de una sólida base acerca de la historia, significado, elaboración y formulación del principio de proporcionalidad que sea útil en el examen detallado de las medidas coercitivas, adoptadas en el seno del proceso.

2. La construcción histórica del principio de proporcionalidad

2.1. Introducción

Desde una perspectiva histórico-jurídica, el relato del principio de proporcionalidad suele desarrollarse del siguiente modo: aparece como un criterio de ponderación entre delitos y penas abrazado por los autores de la Ilustración⁵, y, a continuación, se traslada al ámbito del Derecho administrativo –y, dentro de éste, al llamado derecho sancionador– como principio limitador de la actuación de la Administración⁶, hasta que es recogido por el movimiento constitucionalista europeo de la segunda mitad del siglo XX, que lo transforma en un principio general del Derecho, con la utilidad específica de valorar si es justificada –y, por ende, proporcionada– una concreta limitación, normativa o judicial, de un determinado derecho fundamental; pero la realidad histórica es más amplia y compleja, puesto que las raíces y el alcance del principio de proporcionalidad poseen un carácter universal. Y esa universalidad se predica de su presencia en una amplia línea temporal, apareciendo ya en la Antigüedad –como principio o, al menos, como criterio jurídico– y permea de igual modo tanto

⁵ Incluso algunos autores van más allá y se centran en el estudio de la proporcionalidad desde una perspectiva temporal más tardía, en concreto desde su adopción como canon de control por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, *cfr.* STONE SWEET, A., y MATHEWS, J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series*, (New Haven, 2008) y HOLLÄNDER, P. El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?. En: SIECKMANN, J.R. *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

⁶ BERNAL PULIDO, C. La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, M., FIX-ZAMUDIO, H., GONZALEZ PEREZ, L. R. y otros. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 245.

los textos religiosos⁷ como las obras de los grandes filósofos de la Grecia y Roma clásicas, en especial Platón, Aristóteles y Cicerón, tal como se verá más adelante.

El carácter universal del principio de proporcionalidad se deduce asimismo de su presencia multidisciplinar. Lo hallamos en la religión, la ética, la estética, el arte, las matemáticas, la arquitectura, la ingeniería, etc. Y esa característica del principio de proporcionalidad se traslada en parte al Derecho, donde aparece no sólo como principio general, sino incluso a través de reglas matemáticas que modulan el embargo del salario⁸, o la aplicación de las penas⁹,

El principio de proporcionalidad aparece ya en los textos teológicos de la Antigüedad como instrumento puramente retributivo¹⁰ -, así como en los textos clásicos de la filosofía, donde se muestra inicialmente como principio meramente geométrico - en el diseño que elabora Platón de su ciudad ideal¹¹. Siglos más tarde, la Ilustración abrazará el principio de proporcionalidad recogido entre otros por Montesquieu y Beccaria y que pasa a desempeñar una especial dimensión de “vara de medir” sancionadora, buscando siempre la proporcionalidad entre crimen y castigo. Ya en la segunda mitad del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, el principio de proporcionalidad se incorpora al Derecho constitucional alemán, pasando a convertirse en un principio general del Derecho que se recoge en textos de Derecho internacional y europeo¹².

⁷ BARAK, A. *Proportionality. constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 175-176.

⁸ A modo de ejemplo, y sin perder de vista que en Derecho el principio de proporcionalidad tiene un marcado acento axiológico, la proporción matemática está en cierto modo presente en la LEC cuando en su artículo 607 establece una serie de baremos porcentuales para limitar el embargo de percepciones salariales y análogas que buscan ponderar el derecho del acreedor a hacer efectivo su crédito con el derecho de subsistencia digna del deudor, limitando el embargo del salario o pensión para evitar que el deudor caiga en una situación de miseria, que asimismo perjudicaría a medio y largo plazo al propio acreedor, pues el deudor se vería seriamente comprometido en su propia actividad laboral y vital si la totalidad de las percepciones que recibe pudieran ser embargadas. En este caso, la proporcionalidad jurídica se busca a través de la fijación de límites matemáticos al alcance cuantitativo del embargo.

⁹ Según la llamada regla del “triple de la mayor”, el art. 76 del Código Penal dispone que “... el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años”.

¹⁰ Pero si hubiera algún otro daño, entonces pondrás como castigo, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe. Éxodo 21, 23-25

¹¹ OLIVAR, W. Sobre la justicia en el libro “La República” de Platón. En: *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, Vol. 11, número 21. p. 101.

¹² Sobre su presencia en los Tratados de la Unión Europea, *cf.* RUBIO LLORENTE, F. El

Desde su aparición en la Antigüedad, el principio de proporcionalidad se ha ido convirtiendo en un verdadero principio general que inspira todas las ramas del Derecho, alcanzando una dimensión axiológica que permite afirmar que la proporcionalidad debe inspirar las decisiones judiciales de toda clase, ya sea desde el punto de vista comparativo –ponderando derechos entre sí– o utilitario –obligando al órgano judicial a escoger el medio más razonable–. El principio de proporcionalidad también ha alcanzado –o se le ha reconocido– una dimensión extrajurídica, que le lleva a situarse como principio en el llamado consecuencialismo jurídico o judicial, considerando así que las decisiones judiciales, para ser proporcionadas, deben tener en cuenta el Derecho, pero también otros criterios de naturaleza social, cultural o económica. El consecuencialismo judicial no debe en modo alguno fundamentar un escenario en el que las resoluciones de Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia deriven en decisiones arbitrarias o excesivamente alejadas de la técnica jurídica y del Derecho en general, pero no olvidemos que el propio artículo 7 del Código Civil español recoge la interdicción del ejercicio antisocial de los derechos, lo que conduce a las autoridades judiciales –Jueces y Letrados de la Administración de Justicia– a introducir o contemplar en sus resoluciones elementos ajenos al Derecho, pero íntimamente relacionados con él, que eviten que la propia resolución judicial propicie o ampare un uso desproporcionado de un derecho en perjuicio de la finalidad social del mismo.

2.2. El principio de proporcionalidad en la Filosofía clásica

2.2.1. Introducción

En los textos religiosos de la Antigüedad, proporcionalidad y reciprocidad son conceptos equivalentes: la justicia buscaba devolver al autor de un crimen el mismo daño que había causado. En el Código de Hammurabi de la Babilonia del siglo XVIII a.C., se establecían castigos de una absoluta reciprocidad: la ley 196 rezaba que, si un hombre libre vaciaba el ojo de un hijo de otro hombre libre, se vaciaría su ojo en retorno; la Ley 197 que, si quebraba un hueso de un hombre, se quebraría el hueso del agresor. En la ley mosaica (recogida en el Antiguo Testamento, Antiguo Israel, entre el II y el I milenio a. C.), la ley del talión aparece en Éxodo 21:23-25: “Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.” En el núcleo de la concepción de la ley del talión –y, por consiguiente, en el centro de la noción de reciprocidad–, late de forma unívoca el concepto de daño. La reciprocidad supone castigar al autor de un crimen a sufrir el mismo daño que ha causado; en la definición del

principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad. En: OREJA AGUIRRE, M. (coord.). *La Constitución Europea*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 213-222.

castigo que corresponda a cada crimen, la reciprocidad, basada en la igualdad, ignora cualquier otro elemento, especialmente si tiene un carácter moderador o dulcificante.

Fueron los filósofos clásicos de la Antigua Grecia, en especial Platón y Aristóteles, los primeros en comenzar a distinguir entre los conceptos de reciprocidad y proporcionalidad. Su aportación consiste en abandonar la concepción de lo recíproco como proporcional: la superación de la reciprocidad como única forma de reparar el daño o de conseguir justicia. Platón y Aristóteles se alejan de la reciprocidad del “ojo por ojo” y, para conseguirlo, se nutren de elementos que van más allá del daño causado, como son la intencionalidad o el estatus social del autor del delito. Posteriormente, desde el pensamiento cristiano, Santo Tomás de Aquino adapta la filosofía de Aristóteles al pensamiento cristiano e introduce la proporcionalidad como elemento valorativo de las causas de justificación, en concreto de la legítima defensa. El pensamiento de Platón, Aristóteles y Santo Tomás se referencia por considerar, parafraseando a JARAMILLO VÉLEZ, que “la verdad es eterna”: que una vez hallada, da igual cuando o cómo, debe perdurar por siempre¹³.

2.2.2. Las *Leyes* de Platón

Platón nace en Atenas en el año 428 a.C., en el seno de una familia de la clase dirigente, y muere en el año 347 a.C. sin llegar a cumplir el sueño de instaurar su modelo de República ideal¹⁴. El ateniense entendía la justicia como un bien y, a su vez, como la principal virtud del alma¹⁵, y asociaba belleza y justicia, de tal modo que una acción participará en ideal de belleza en la misma medida que en el de justicia. El filósofo enuncia en sus *Leyes* la máxima de que los castigos impuestos de acuerdo a la Ley son siempre para bien, y reserva la pena de muerte para los más altos crímenes, aquellos cometidos contra los dioses, la ciudad o la familia. En conformidad con su ideal de polis, donde los lotes pertenecientes a cada ciudadano guardan una proporción de absoluta igualdad, Platón reniega de la confiscación de las propiedades del criminal condenado, pues rompería esa deseada proporción¹⁶.

La proporcionalidad platónica proviene de la necesidad de establecer un orden basado en la analogía que intente, en palabras de CATTANEI, armonizar

¹³ JARAMILLO VÉLEZ, L. La ley en Santo Tomás de Aquino. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín (Colombia): Universidad Pontificia Bolivariana, 1951, nº 5-6, p. 42.

¹⁴ OLIVAR, W., referencia 11, p. 101.

¹⁵ ARANDA FRAGA, F. Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo. En: *Revista DavarLogos*. Libertador San Martín (Argentina): Universidad Adventista del Plata, 2015, Vol. 14, nº 2, p. 74.

¹⁶ PLATÓN, *Diálogos. IX Leyes, Libros VII-XII*. Introducción, traducción y notas de LISI, F. Madrid: Gredos, 1999. pp. 128-139.

“realidades heterogéneas”, lo que se alcanza a través de una actividad de cálculo –la proporcionalidad geométrica– que equilibre las desigualdades¹⁷. La proporcionalidad en Platón se convierte así en una actividad racional, ordenada, medida. En el terreno de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad, según la concepción platónica, se encuentran manifestaciones de este en la formulación de las penas pecuniarias y en la configuración de las penas adecuadas a cada delito en particular. En cuanto a las penas pecuniarias, Platón no las descarta, pero formula una especie de principio de “inembargabilidad del lote”, en consonancia con la prohibición de confiscación referida anteriormente. Si el ciudadano condenado ha acumulado un exceso de bienes respecto al lote inicial, responderá con ese exceso, pero sólo con él. Si con ello no tuviere bastante, se admitirá que sus conocidos contribuyan. Si no lo hicieren, Platón aboga por aplicar una pena de prisión sustitutiva “larga” y “con algunas vejaciones”¹⁸.

En cuanto a la imposición de las penas, Platón se cuestiona si deben establecerse en proporción al elemento volitivo o si, por el contrario, deben imponerse penas iguales con independencia del grado de intencionalidad del delito. Para ello propone que antes de legislar se determinen cada una de las injusticias intencionadas y las involuntarias, añadiendo que las injusticias involuntarias deben ser reparadas, pero no constituyen infracción; de esa forma, Platón asocia la proporcionalidad de la pena a la intención del autor y a la intensidad de esa intencionalidad. Así, propone la impunidad de las muertes accidentales – como la del paciente a manos del médico por causa no imputable a éste, o la de deportistas de forma accidental a manos de otro atleta -, o penas mayores para el supuesto de muertes por “ataque de cólera”¹⁹.

2.2.3. Aristóteles y la justicia

Aristóteles, nacido en Estagira en el año 384 a.C., fue el primer filósofo en acometer el estudio de la Ética como disciplina independiente dentro de la Filosofía, a través de su trilogía dedicada a la ética, formada por *Ética a Nicómaco*, *Ética eudemia* y la *Gran Ética* o *Magna Moralia*. En el tratado dedicado a su hijo Nicómaco, el discípulo de Platón reflexiona acerca de la felicidad como bien mayor y del modo de conseguirla, y lo hace a través del análisis de los tres géneros de vida: voluptuosa, política y contemplativa. Para ello, se centrará en el

¹⁷ CATTANEI, E. ¿Es justo acusar de homicidio al propio padre por haber dejado morir a un dependiente? Reflexiones sobre los “derechos humanos” en el pensamiento de Platón. En: *Areté: Revista de filosofía*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú: Departamento de Humanidades, 2003, nº 15/1, pp. 77-79.

¹⁸ PLATÓN, referencia 16, pp. 128-130.

¹⁹ PLATÓN, referencia 16, pp. 142-143, 150, 155.

examen de las virtudes entendidas como “hábitos” o “inclinaciones de la voluntad”²⁰.

Aristóteles catalogó las virtudes en dos géneros: dianoéticas y éticas –o intelectuales y morales²¹-. Las primeras provienen de la enseñanza; las segundas, de la costumbre. El pensador dedica el Libro V de la *Ética a Nicómaco* al estudio de la virtud de la justicia. Para definirla, contrapone lo justo a lo injusto, concluyendo que justicia equivale a legalidad y equidad e injusticia a lo contrario²². Para Aristóteles, existe una justicia universal o total consistente en el “ejercicio de la virtud total para con el prójimo”, que para SERRANO se identifica con el “bien común”²³. La justicia universal es el Derecho en general, tanto natural como legal y constituye una “virtud perfecta”²⁴. Junto a ella convive la justicia particular o parcial, enfocada “a las relaciones de intercambio entre individuos”²⁵ y que a su vez se divide en justicia distributiva y justicia correctiva²⁶.

La justicia distributiva es la que se emplea para la distribución de honores y bienes comunes, como en el caso de que dos personas con distintos méritos opten al mismo cargo u honor o deba repartirse entre ellas una cantidad determinada de bienes²⁷. También se aplica en los casos en los que haya que repartir o distribuir varios objetos entre varias personas. La fórmula justa para aplicar la justicia distributiva es la de la proporcionalidad geométrica, en sus dos variantes²⁸: proporción discreta, que supone la existencia de cuatro términos distintos (A, B, C, D) y proporción continua, en la que aparecen tres términos distintos y uno de ellos repetido (A, B, B, C)²⁹.

En resumen, la justicia distributiva, para aplicarse de un modo justo, comportará que aquellos que no son iguales perciban porciones

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial, 2014. pp. 9-23.

²¹ LERNÉS FEBRÉS, S. La justicia y la fuente moral del derecho, aproximaciones críticas a una cuestión filosófica. En: *Vox Juris*. Lima (Perú): Universidad de San Martín de Porres (USMP), 2016, nº 32/2, pp. 18-19.

²² GARCÍA SOTO, L. Teoría de la justicia e idea del derecho en Aristóteles. En: Tesis doctoral. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010, p. 381.

²³ SERRANO, E. La teoría aristotélica de la justicia. En: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, nº 22, p. 124.

²⁴ GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 381.

²⁵ SERRANO, E., referencia 23, p. 129.

²⁶ ARISTÓTELES, referencia 20, pp. 134-142.

²⁷ Para BAZÁN, un ejemplo contemporáneo sería “la calificación que hace un profesor respecto de sus alumnos”, en BAZÁN, C., *Apuntes sobre la justicia en la Ética a Nicómaco: Aristóteles para juristas*. En: *IUS ET VERITAS*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, nº 30, p. 491.

²⁸ ARISTÓTELES, referencia 20, p. 137-139.

²⁹ A modo de ejemplo, si se procede a un reparto de bienes en base al concepto de mérito y se emplea el método de proporcionalidad discreta, el reparto será justo si la proporción entre A y B por un lado y C y D por otro, es la misma que entre y A+C en relación a B+D.

proporcionalmente desiguales. Porque si aquellos que no son iguales recibieran porciones iguales se suscitarían “disputas y acusaciones”³⁰. En opinión de GARCÍA SOTO, esta concepción geométrica de la proporcionalidad debe mantenerse como idea “a un lado”, pues lo esencial del concepto aristotélico de la proporcionalidad es la introducción de la “referencia a la proporción y la exigencia de proporcionalidad”³¹ como herramienta de aplicación de la justicia.

2.2.4. La justicia correctiva aristotélica

En el caso de la justicia correctiva, Aristóteles distingue entre aquella que tiene lugar cuando los tratos entre los hombres son voluntarios –que se puede identificar con el Derecho civil actual– y la que aparece cuando los tratos son involuntarios –equivalente al Derecho penal-. Para algunos autores, la primera de ellas constituiría una categoría específica de la justicia –la cambiaría– mientras que la segunda sería la justicia correctiva *stricto sensu*.

Para Aristóteles, el principio de proporcionalidad aplicado en base a un criterio geométrico es útil cuando se utiliza como herramienta de distribución o asignación de honores o propiedades. Pero, en el terreno de relaciones entre seres humanos, llega a la conclusión de que no puede aplicarse la proporcionalidad geométrica, debido a que los méritos de cada persona no deben influir, por ejemplo, en el castigo de un crimen³²; el delito ocasiona una desigualdad que la justicia debe reparar³³ y, por ello, propone la aplicación de la proporcionalidad aritmética, que consiste en calcular la ganancia y pérdida sufrida por las partes en conflicto y restituir la pérdida a cuenta de la correlativa ganancia. Si el sujeto A pierde cinco y el sujeto B recibe injustamente esos cinco, la justicia se reestablecerá arrebatándole cinco a A y devolviéndoselos a B.

En el plano jurídico, tal argumento conduce a la justicia taliónica, a la aplicación de la regla de justicia de Radamantis: “Si el hombre sufriera lo que hizo, habría recta justicia”. Esa reciprocidad del “ojo por ojo” implica que el juez castigue al culpable a sufrir el mismo daño que causó. Pero Aristóteles huye de esa rígida concepción de corte pitagórica, y recuerda que la justicia - tanto correctiva como distributiva- no puede basarse en la reciprocidad entendida

Así, si Pedro (A) acredita 10 méritos y se le conceden 20 monedas (B), y Daniel (C) acredita 50 méritos y se le conceden 100 monedas (D), el reparto será justo si la proporción entre 60 (A+C) 120 (B+D) es la misma que entre A y B por un lado y C y D por otro.

³⁰ ARISTÓTELES, referencia 20, pp. 137-138.

³¹ GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 392.

³² “No importa, en efecto, que un hombre Bueno haya despojado a uno malo o al revés...la ley sólo mira la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales”, ARISTÓTELES, referencia 20, pp, 139-140.

³³ LERNÉS FEBRÉS, S., referencia 21, p. 21.

como igualdad absoluta, sino que lo que mantiene a la comunidad es la “reciprocidad basada en la proporción”³⁴.

En el caso de los tratos voluntarios entre los hombres –el equivalente al Derecho civil-, el elemento que consigue la igualdad será para Aristóteles la moneda. En el caso de los tratos involuntarios, que podemos identificar con la justicia penal, Aristóteles rectifica la *lex talionis* con una dosis de proporcionalidad en atención al estatus social de la víctima y del delincuente. Propone como ejemplo que, si un magistrado golpea a un ciudadano, no debe ser golpeado como castigo. Pero si es el ciudadano el que golpea al Magistrado, deberá ser golpeado y castigado con mayor intensidad. En definitiva, y tal como apunta SERRANO, de forma confusa vuelve al concepto de proporcionalidad geométrica, pero introduciendo una “concepción jerárquica del orden social”³⁵, donde el castigo será mayor o menor en atención a la clase social del autor y de la víctima.

En todo caso, pese a las imperfecciones y contradicciones³⁶ en que incurre el estagirita, resulta determinante la introducción definitiva de la proporcionalidad en el Derecho como herramienta independiente de la reciprocidad, pues Aristóteles desliga la proporcionalidad de la estricta formulación del “ojo por ojo”, de tal forma que la justicia o injusticia de una norma y de un castigo se determinará atendiendo a elementos que exceden de la simple retribución recíproca.

2.2.5. Santo Tomás de Aquino

La aportación de Santo Tomás de Aquino a la configuración del principio de proporcionalidad es tan breve en su descripción como importante en su aplicación. El aquinatense, nacido hacia 1224 en Roccasecca (Italia) y fallecido en la Abadía de Fossanova el 7 de marzo de 1274, recupera el pensamiento aristotélico, en el sentido de que la idea de una justicia universal convive con una justicia particular, y lo adapta al pensamiento cristiano, enunciando como base de esa justicia la existencia de una armonía de origen divino en la que el ser humano participa al gozar de “libertad y razón”³⁷. En la segunda parte del Libro II de la Suma Teológica, Santo Tomás de Aquino dedica la cuestión número 64 al delito de homicidio. En ella, el artículo séptimo aborda los homicidios cometidos en legítima defensa y es allí donde el teólogo del siglo XIII elabora una teoría que

³⁴ ARISTÓTELES, referencia 20, p. 142.

³⁵ SERRANO, E., referencia 23, p. 151.

³⁶ GARCÍA SOTO, L., referencia 22, p. 399.

³⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. El derecho en Santo Tomás de Aquino. En: Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano. Madrid: Fundación Speiro, 2004 nº 427-428, pp. 564 y ss.

integra la proporcionalidad como elemento de ponderación, empleado para determinar la legitimación de un homicidio cometido en defensa propia.

Santo Tomás parte de la base de que un mismo acto puede tener dos efectos. Así sucederá cuando aquel que se ve atacado se defiende y responde a la agresión, causando un doble efecto: conservar la propia vida y privar de la ajena. Para el aquinatense esa muerte será legítima, siempre y cuando la defensa sea ejercitada con fuerza moderada, en relación con el ataque sufrido. De esa forma, se concibe la igualdad en Derecho no cuantitativa, sino cualitativamente. El primer aspecto resulta fundamental para la elaboración del concepto moderno de proporcionalidad, pues por primera vez se habla de proporcionalidad entendiéndola como regla de ponderación. Santo Tomás postula la ponderación de la agresión sufrida y de la fuerza empleada en repelerla. Si ambas son proporcionadas, no se castigará la muerte ocasionada en legítima defensa. Si la fuerza repelente es desmesurada, sí. La ilicitud del acto dependerá, en definitiva, de la desproporción en la reacción.

En resumen, Santo Tomás dota definitivamente a la proporcionalidad de sustantividad propia, erigiéndola como criterio o herramienta de ponderación de intereses en conflicto, a través del estudio de las muertes ocasionadas en legítima defensa. Al tiempo, huye de la visión clasista de la proporcionalidad aristotélica y la reemplaza con un elemento claramente axiológico: la “bondad”, la razón del bien³⁸.

2.2.6. Conclusión: reciprocidad y proporcionalidad

Platón y Aristóteles, con los matices que implica el análisis de un pensamiento milenario, no dotan al principio de proporcionalidad de un estatus definido e independiente, pero sí lo conciben por primera vez como principio distinto de la reciprocidad categórica. Platón lo hace de la mano de la idealización de la justicia, que debe aplicarse a través de una igualdad proporcional, mientras que Aristóteles introduce los conceptos de justicia distributiva y correctiva, lo que supone la principal aportación realizada por el filósofo al estudio del Derecho³⁹; consciente de que la reciprocidad del “ojo por ojo” se había considerado por los pitagóricos como justa y, por ende, proporcionada en sí misma, Aristóteles se percató del hecho de que la aritmética no es suficiente para dar respuesta a la necesidad de reparar o castigar la comisión de un delito.

En la actualidad, la proporcionalidad entendida como reciprocidad presenta un recorrido muy limitado. Puede predicarse –y con mucha cautela– de algunos instrumentos del derecho procesal civil, como la acción de restitución de

³⁸ HERRERA, D.A. Analogía y participación en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino. En: *Seminario internacional de investigación de Filosofía del Derecho y Ética*, Universidade Federal do Rio Grande, 8 al 10 de septiembre de 2010, p. 5.

³⁹ BARAK, A., referencia 7, pp. 175-176.

la posesión, ya sea ejercitada como acción civil independiente, o acumulada a la acción penal por delito. Del mismo modo, las acciones civiles de reclamación de cantidad también presentan un sustrato de reciprocidad, pues aquel que no cobra una deuda acude a la justicia para que se le restituya la cantidad debida. Sin embargo, la reciprocidad absoluta se ha visto generalmente sustituida por una reciprocidad proporcional, si bien en base a argumentos más humanizantes que el del estatus social propuesto por Aristóteles, que resulta inaplicable en la actualidad. No obstante, la aportación de Aristóteles al estudio del principio de proporcionalidad continúa siendo fundamental, pues, en palabras de MUINELO COBO, nos hace ver “la importancia de la igualdad proporcional como concepto nuclear de lo jurídico”⁴⁰.

Santo Tomás, por el contrario, profundiza en la idea de proporcionalidad y aporta dos novedades de innegable valor: la utilización de la proporcionalidad como criterio de ponderación independiente, en el ámbito de la legítima defensa, y la introducción en el Derecho de la “bondad” o de la razón del bien, alejándose de elementos platónicos y aristotélicos como la geometría, la aritmética o el estatus jerárquico social.

2.3. El principio de proporcionalidad en la Ilustración: “De los delitos y las Penas”

2.3.1. Introducción

Con origen en la revolución inglesa de 1688⁴¹, el movimiento ilustrado se desarrolló en la Europa del Siglo XVIII, con especial repercusión en Inglaterra, Francia y Alemania⁴², definido como un “proceso de transformación” cultural, la Ilustración “alumbró” un nuevo método de abordar el conocimiento⁴³. En ese escenario, el Derecho adoptó un papel protagonista, pues para los pensadores de la época, tal como recoge ALVARADO PLANAS, la legislación vigente era una “maraña confusa, dispersa y contradictoria, totalmente inmanejable”⁴⁴; los ilustrados prestaron especial atención a un Derecho penal que, en palabras de

⁴⁰ MUINELO COBO, J.C. La unidad analógica del término derecho en Aristóteles. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2013, nº. 29, p. 462.

⁴¹ GARRIGA ACOSTA, C.A. Capítulo VII. La Ilustración jurídica. En: LORENTE SARIÑENA, M.M (coord.) y VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. (coord.). *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 259-288.

⁴² Sobre la recepción de los ideales de la Ilustración en España, *cfr.* RUS RUFINO, S. Evolución de la noción de Derecho natural en la Ilustración española. En: *Cuadernos Dieciochistas*. Salamanca: Sociedad Española de Estudios del Siglo XVIII, 2011, nº 2, p. 259.

⁴³ GARRIGA ACOSTA, C.A., referencia 41, p. 261.

⁴⁴ ALVARADO PLANAS, J. La ilustración y la humanización del Derecho penal. En: ALVARADO PLANAS, J. (coord.) y MARTORELL LINARES M.A. (coord.). *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 19-41.

IPPOLITO, “no producía seguridad, porque no evitaba los delitos; y no garantizaba la libertad, porque pisoteaba los derechos”⁴⁵.

El sistema procesal de la época fue singularmente denunciado por los autores del Siglo de las Luces: la tortura y la pena de muerte eran los ingredientes naturales⁴⁶ de un proceso penal de corte inquisitivo, carente de la más mínima equidad, publicidad e igualdad. La crueldad y la expiación moral constituían el denominador común de un proceso penal en el que el mismo Juez que instruía la causa se encargaba después de enjuiciarla y dictar sentencia, llegando incluso a participar económicamente en las penas pecuniarias que él mismo imponía, embolsándose una parte⁴⁷. Es ese contexto, la proporcionalidad reaparece en la Ilustración como principio íntimamente ligado al concepto de sanción penal, de la mano de Cesare Beccaria, en su obra de *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764.

La proporcionalidad ya había sido recogida por otros autores ilustrados, especialmente por Montesquieu. En sus *Cartas Persas*, el pensador francés, ante la prerrogativa de los sultanes para ordenar arbitrariamente la ejecución del autor de cualquier crimen con independencia de su gravedad, califica esa realidad como una fractura de la deseada proporción que debe presidir la relación entre crimen y castigo⁴⁸. También se refiere a la proporcionalidad en su obra *El espíritu de las leyes*, donde asocia la ausencia de dicho principio a regímenes o gobiernos déspotas⁴⁹. Pero será Cesare Bonesana, nacido en Milán en 1738 y conocido como Cesare Beccaria, quien analice con mayor profundidad el principio de proporcionalidad penal, hasta tal punto que su obra es aún considerada como referente del Derecho penal moderno^{50 51}.

⁴⁵ IPPOLITO, D. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Revista de Derecho Privado, 2007, nº 30, p. 529.

⁴⁶ MORENO CASTILLO, M.A. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria, en la evolución del aparato punitivo. En: GARCÍA VALDÉS, C. (dir.). *Historia de la prisión: teorías economistas, crítica*. Madrid: Edisofer, 1997, p. 92.

⁴⁷ ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 20.

⁴⁸ "...l'usage où ils sont de faire mourir tous ceux qui leur déplaisent, au moindre signe qu'ils font, renverse la proportion qui doit être entre les fautes et les peines, qui est comme l'âme des Etats et l'harmonie des empires; et cette proportion, scrupuleusement gardée par les princes chrétiens, leur donne un avantage infini sur nos sultans" MONTESQUIEU, *Lettres persanes* (102. Usbek a Ibben a Smyrne), en *Oeuvres complètes*, pref. de VEDEL, G. (Paris, 1964) 155-116.

⁴⁹ En ese sentido ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 26.

⁵⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO lo considera “pese a sus inevitables sombras y arcaísmos”, una “obra fundacional del moderno derecho penal, tanto en su rama sustantiva como procesa” en BECCARIA, C. *De los delitos y las Penas*. Madrid: Tecnos, 2008. Estudio Preliminar de JIMÉNEZ VILLAREJO, J. X.

⁵¹ Sobre un análisis detallado de la influencia del pensamiento de Beccaria en el Derecho penal actual, *cfr.* FERRAJOLI, L. *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*. En:

2.3.2. “De los delitos y las penas”

La desmesura o desproporción del castigo en la época de la Ilustración fue también denunciada por otros autores, como Voltaire en el caso de Antoinette Toutan, una joven francesa de dieciocho años, que fue castigada a la pena capital por sustraer unas servilletas en Lyon en 1772, o Benjamin Franklin, quien reaccionaría con estupor ante la condena a muerte de una mujer londinense que hurtó unas telas por valor de catorce chelines y tres peniques, señalando que el castigo desproporcionado acaba por ser “lo mismo que castigar a un inocente” .

Pero sería Beccaria quien formularía un estudio pormenorizado de la materia en *Dei delitti e delle pene*, enfrentándose a lo que consideraba, en palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO, una “situación de atraso y barbarie” en la que se encontraba sumido el Derecho penal europeo del siglo XVIII⁵²; tras rendir honores a Montesquieu -si bien reconociendo que el filósofo galo abordó la materia “rápidamente”-, Beccaria se impone a sí mismo la obligación de continuar “las trazas luminosas de ese gran hombre”⁵³. En plena consonancia con los ideales de la Ilustración, Beccaria explica el *ius puniendi* partiendo del concepto del contrato social de Rousseau: la *necesaria* convivencia del ser humano en sociedad conlleva –a través de un contrato social- la *necesaria* cesión de una porción de libertad individual. La suma de esas porciones constituye lo que él denomina “derecho a castigar”. Esa cesión de parcelas de libertad individual ocasiona un triple efecto: que el “derecho a castigar” resultante se articule en base al principio de legalidad, que el individuo y la sociedad queden obligados a observar la legalidad sobre la base de un contrato social y, finalmente, que las penas impuestas por la comisión de un delito deban reputarse útiles⁵⁴.

2.3.3. Beccaria y el principio de proporcionalidad de las penas

En los capítulos 6 y 7 de *Dei delitti e delle pene*, Beccaria aborda la exigencia de proporcionalidad entre delitos y penas. Curiosamente, el punto de partida es también el concepto de proporción matemática: debe existir una relación de inversa proporcionalidad entre la frecuencia en que se comete un delito y su gravedad. Dicho de otra forma, el interés común exige que se cometan menos asesinatos que hurtos. En consecuencia, cuanto más grave sea el delito –y mayor el estímulo para cometerlo- mayor deberá ser la pena. Al enunciar las reglas de

Revista Jueces Para la Democracia. Madrid: Jueces Para la Democracia, 2014, nº79, pp. 51-63.

⁵² BECCARIA, C., referencia 50, IX.

⁵³ La admiración de Beccaria por Montesquieu resulta evidente cuando añade que “los ingenios contemplativos para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos. Dichoso yo si pudiese, como él, obtener las gracias secretas de los retirados pacíficos secuaces de la razón, y si pudiese inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad”. BECCARIA, C., referencia 50, p. 13.

⁵⁴ BECCARIA, C., referencia 50, pp. 17-19.

aplicación del principio de proporcionalidad penal, Beccaria propone la gradación de los delitos de mayor a menor gravedad. Esa escala de delitos debe por fuerza acometerse con relación al daño causado y nunca a la intención del delincuente, la dignidad del ofendido o el pecado cometido. Beccaria ordena con cierta facilidad los crímenes en atención al daño infringido a la sociedad. Sin embargo, al exponer la necesidad de proceder a una gradación paralela de las penas, a las que él denomina “estorbos políticos”, topa de frente con la dificultad que para él supone trasladar una proporcionalidad entendida como concepto “geométrico” al ámbito de las “acciones humanas”⁵⁵.

El pensador italiano reacciona ante esa dificultad con un cierto conformismo, proponiendo una “proporcionalidad de mínimos” que se traduce en una doble exigencia: que no se castigue al delito más grave con la pena más liviana ni viceversa y que no se penen dos delitos de distinta gravedad con igual pena, pues el autor escogería cometer el crimen más grave en atención al mayor beneficio que le reportaría. Para ello, relaciona una serie de penas con la lista de delitos, con un aire de cierta reciprocidad aristotélica, al sugerir que los delitos contra la persona sean castigados con penas corporales los hurtos con penas pecuniarias, las infamias con la desaprobación pública o los desórdenes públicos con el ostracismo⁵⁶.

Beccaria sufrió las inclemencias del sistema que denunciaba, debido a que su padre, quien desaprobaba su relación con Teresa de Blasco, lo delató, provocando su ingreso en prisión en 1760⁵⁷. Esa experiencia le lleva a plantear la exigencia de la presencia de un elemento que resulta clave para delimitar la idea de la proporcionalidad de las penas: que sean “dulces”. El motivo que esgrime es el de que una pena desproporcionada tendrá un efecto contraproducente, pues suscitará un mayor empeño del autor en eludirla e incrementará del riesgo de reincidencia. Si una persona se enfrenta al tormento de la tortura y la posterior ejecución por un simple hurto, no verá posibilidad alguna de redención y procurará por todos los medios sustraerse a la acción de la justicia, al tiempo que no sentirá motivación alguna para no delinquir, pues el castigo será el mismo para un hurto que para cien homicidios: la muerte.

De entre todas las penas, la capital es para Beccaria la más desproporcionada, no sólo porque entonces se aplicaba a crímenes de muy

⁵⁵ “Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas” BECCARIA, C., referencia 50, p. 26. En ese sentido, *cfr.* MORENO CASTILLO, M.A., referencia 46, p. 102.

⁵⁶ BECCARIA, C., referencia 50, p. 63.

⁵⁷ LEYVA ESTUPIÑÁN, M.A. y LUGO ARTEAGA, L. *La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. En: Derecho Penal y Criminología. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia, 2015, vol. 36 nº 101, p. 136.*

distinta gravedad, desvirtuando la función de la pena⁵⁸, sino por su inhumana ejecución⁵⁹. Para Beccaria, la muerte es un castigo que debería reservarse a dos supuestos concretos: cuando el delito o el autor pongan en peligro a la nación y cuando la muerte del reo “contuviese” a otros en el deseo de delinquir⁶⁰.

2.3.4. La proporcionalidad en el proceso

Beccaria fue el primer autor que, de manera relevante, trasladó el principio de proporcionalidad del derecho sustantivo al procesal. Hasta ese momento, la proporcionalidad se proponía para la definición de la pena en abstracto y para la delimitación del concreto castigo. Pero Beccaria reconoce que es difícil hablar de un castigo justo si el proceso judicial seguido para su imposición es desproporcionadamente largo. En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho procesal aparece en *Dei delitti e delle pene* con relación a la duración del proceso y unida al instituto de la prescripción. De forma novedosa, el autor milanés expone que, cuanto más grave sea el delito, menor debería ser la duración del proceso y mayor el plazo de prescripción.

En el siglo XVIII, los acusados de un delito habitualmente eran mantenidos en cautiverio durante la investigación. Si el delito era grave, la estancia en las prisiones llevaba aparejada la aplicación de tormentos para obtener la confesión. En consecuencia, la situación de esos “presos provisionales” equivalía en la práctica a la imposición de una pena definitiva. Ese “tiempo de examen” debía disminuir para los crímenes más graves, pues Beccaria presume que la probabilidad de inocencia aumenta en proporción a la gravedad del delito. En contrapartida, el plazo de prescripción será mayor para garantizar una menor impunidad de los delitos más graves⁶¹.

2.3.5. Conclusión

Se ha defendido en epígrafes anteriores el argumento de que el principio de proporcionalidad presenta una extensa dimensión tanto académica como temporal. Sin embargo, para numerosos autores, sigue siendo la Ilustración y, dentro de ella, Beccaria, el mayor referente para el estudio de la proporcionalidad desde la óptica de la Historia del Derecho. En una época en la que Europa sufre el recuerdo de recientes conflictos bélicos y religiosos, la Ilustración fija su

⁵⁸ “Cualquiera (por ejemplo) que viere determinada la misma pena de muerte contra al que mata un faisán, y contra el que asesina a un hombre o falsifica un escrito importante, no hará diferencia entre estos delitos, destruyéndose así los sentimientos morales... para cuya producción se creyeron necesarios la ayuda de los más sublimes motivos y tanto aparato de graves formalidades”, BECCARIA, C., referencia 50, p. 95.

⁵⁹ Sin ir más lejos, en España se ejecutaba por vivicombustión, lapidación, decapitación, horca, aspañamiento en rueda, despenamiento, etc. ALVARADO PLANAS, J., referencia 44, p. 20.

⁶⁰ BECCARIA, C., referencia 50, pp. 72-73.

⁶¹ BECCARIA, C., referencia 50, pp. 81-86.

atención en un Derecho penal ajeno a los nuevos ideales de razón y justicia, y también a la necesidad de paz y coherencia legislativa⁶².

La obra de Beccaria es clave para entender el principio de proporcionalidad como elemento nivelador entre crimen y castigo. Ese es el centro de gravedad de un principio que debe utilizarse tanto en el momento de legislar como en el de aplicar el Derecho. Los principios de legalidad e igualdad devendrán fútiles e inservibles si las penas escogidas para cada delito son desproporcionadas. La aplicación del principio de proporcionalidad en las reglas de funcionamiento del proceso adquiere relevancia en la obra de Beccaria, pues de nada servirían unas penas proporcionadas si se impusieran a resultados de un proceso de duración, aplicación y resultado desproporcionados. Beccaria extiende así la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho procesal, a través de la recomendación ya analizada de la duración del proceso⁶³, e introduce un elemento innovador en la aplicación del principio de proporcionalidad, reclamando expresamente la dulcificación de las penas para evitar la impunidad y la reincidencia, convirtiendo el principio de proporcionalidad en un instrumento humanizador del Derecho.

Como dificultad, Beccaria choca de frente con la naturaleza claramente axiológica de un principio cuya aplicación conlleva una concreción objetiva de elementos difíciles de mesurar, como las acciones humanas. Surge la evidente dificultad que supone concretar la proporcionalidad al formular la pena correspondiente a cada delito. Para evitar que esas dificultades acarreen una huida de la proporcionalidad y una vuelta a la oscuridad, la tiranía y la inhumanidad, los poderes podrán siempre conformarse con una proporcionalidad de “mínimos”.

3. El constitucionalismo alemán

3.1. De Beccaria a la “Ley de Bonn”

Para los autores ilustrados, la aplicación del principio se centraba fundamentalmente en el Derecho penal. La propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recogió el principio en su artículo octavo al proclamar que “la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”⁶⁴. El principio de proporcionalidad adquirió entonces

⁶² [ANTÓN SANCHO, A. Las ciencias de la naturaleza, el derecho y la moral europeas en la Ilustración. En: *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*. Madrid: Instituto Política Social, 2012, nº 18, pp. 42-54.](#)

⁶³ Curiosamente el vigente y criticado art. 324 LECrim. introduce en España una norma de limitación de la duración del proceso. De igual forma, el art. 21.6º del CP recoge la atenuante por analogía de dilaciones indebidas.

⁶⁴ [PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. L. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada](#)

una dimensión punitiva, pasando a convertirse en un elemento capaz de moderar y humanizar el *ius puniendi*. Ante las atrocidades de un sistema penal caduco, los autores ilustrados proponían penas más acordes al daño infringido, más *proporcionadas*. Beccaria, en particular, llega a formular el principio de proporcionalidad en unos términos que perduran hasta nuestros días⁶⁵. Esta dimensión punitiva de la proporcionalidad influyó en su extensión al llamado Derecho de policía, una rama del Derecho administrativo a través de la que el Estado también ejerce su musculatura punitiva.

A finales del Siglo de las Luces, el pensador Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), artífice principal del Código Civil Prusiano –promulgado en 1794–, se convirtió en uno de los mayores contribuyentes a la teoría moderna del principio de proporcionalidad, pese a que nunca emplearía ese término⁶⁶. Al interpretar el artículo 10 del apartado II del Título 17 del citado Código Civil Prusiano de 1794⁶⁷, Svarez señalaría que el Estado únicamente puede limitar la libertad de los ciudadanos si con ello garantiza la libertad y la seguridad del resto y que el presupuesto de esa limitación consiste en que el perjuicio que sufre la sociedad debe ser considerablemente mayor que el daño que sufre el individuo cuya libertad se restringe. Si esa diferencia no es obvia, la libertad individual debe siempre prevalecer⁶⁸.

El modelo liberal decimonónico trajo consigo un refuerzo de las libertades individuales frente a las injerencias del Estado⁶⁹. Fue en la Prusia del siglo XIX⁷⁰ donde se produjo lo que BERNAL PULIDO califica como la primera migración del principio de proporcionalidad, que pasó de ser un principio de la filosofía del derecho a un criterio jurídico directamente aplicable⁷¹. La aplicación del principio de proporcionalidad se produjo con relación a la actuación policial⁷², exigiendo

alemanas. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1990, nº 17 (Segunda Época), p. 69.

⁶⁵ Como recoge PEDRAZ PENALVA, “En cuanto a su contenido” el principio de proporcionalidad formulado por Beccaria “es prácticamente análoga su consideración por la mayoría de los penalistas actuales”, en PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 89

⁶⁶ BARAK, A., referencia 7, p. 178.

⁶⁷ Dicho precepto establecía que “La policía adoptará las medidas necesarias para mantener la paz pública, la seguridad y el orden”, tal como recoge BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 245.

⁶⁸ BARAK, A., referencia 7, p. 177.

⁶⁹ PERELLÓ DOMÈNECH, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 1997, nº 28, p. 69.

⁷⁰ PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 70

⁷¹ BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 245.

⁷² “La policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones”, FLEINER, F. *Instituciones de Derecho administrativo*. Barcelona: Labor, 1933. p. 324.

que la misma persiguiera siempre fines legítimos, que fuera necesaria y que se ejerciera en proporción a la perturbación. No obstante, el término proporcionalidad no se usaría hasta finales del siglo XIX, y sería el Tribunal Superior Administrativo de Prusia el encargado de desarrollar la doctrina del principio hasta el advenimiento del III Reich⁷³. En definitiva, si para Beccaria – y, por ende, para el Derecho penal moderno – la proporcionalidad se presenta como una herramienta limitadora del *ius puniendi*, capaz de dotarlo de un cierto humanismo, en el Derecho administrativo prusiano tal principio se revela como un límite jurídico⁷⁴ a la discrecionalidad.

Posteriormente, el Tribunal Superior Administrativo extendió la aplicación del principio de proporcionalidad a la actividad administrativa en general, en lo que BERNAL PULIDO considera la segunda migración del principio de proporcionalidad⁷⁵, especialmente en materia de prestaciones y de planificación urbanística⁷⁶. En la jurisprudencia de esa época, el Tribunal Superior fundamentó el principio de proporcionalidad en el subprincipio de necesidad, asegurándose que los límites a la libertad se aplicaran a través del medio menos gravoso⁷⁷.

3.2. La “Ley de Bonn” y el triple test alemán

Tras la Segunda Guerra Mundial, Alemania fue ocupada por las tropas Aliadas y dividida en cuatro sectores. Bajo el auspicio y control de las potencias ocupantes, la parte del territorio Alemán correspondiente a las zonas francesa, británica y estadounidense se dotó de una Ley Fundamental, que fue promulgada el 23 de Mayo de 1949, por la que se reconocía un catálogo de derechos fundamentales⁷⁸ y se constituía un Tribunal Constitucional Federal⁷⁹ que, entre sus funciones, se encargaría de fiscalizar la constitucionalidad de las

⁷³ Por ejemplo, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano declaró ilegal por desproporcionada una medida de cierre de local por violación reiterada de la licencia de venta de bebidas alcohólicas. BARAK lo atribuye a Gunther Heinrich von Berg, en BARAK, A., referencia 7, pp. 177-178.

⁷⁴ PERELLÓ DOMÈNECH, I., referencia 69, p. 69.

⁷⁵ BERNAL PULIDO, C., referencia 6, pp. 246-249.

⁷⁶ SIEIRA MUCIENTES, S., La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional: el principio de proporcionalidad. En: ALVAREZ VELEZ, M. I. *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004. p. 42.

⁷⁷ BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 247.

⁷⁸ Arts. 1-19, 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental Alemana

⁷⁹ Arts. 93 y 94 de la Ley Fundamental Alemana

limitaciones que la autoridades públicas impusieran a los derechos fundamentales individuales⁸⁰.

STONE SWEET y MATHEWS sostienen que el Tribunal Constitucional alemán comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad porque “los componentes básicos” del mismo “ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana”⁸¹; para el Alto tribunal alemán, todos los derechos fundamentales están unidos por el principio de proporcionalidad, pues todos ellos son derechos relativos, excepto el de dignidad humana, que es absoluto⁸². En consecuencia, los derechos fundamentales relativos deben ponderarse con relación a otros derechos y la herramienta para ello es el criterio de proporcionalidad, que se convierte para ALEXY en la “forma específica de la aplicación” de los demás principios⁸³.

Desde el punto de vista de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad, la principal aportación del constitucionalismo alemán es la introducción del llamado “triple test alemán”, que consiste en la formulación de tres subprincipios que integran el de proporcionalidad: el de adecuación o idoneidad –*Geeignetheit*–, el de necesidad o exigibilidad –*Erforderlichkeit*– y el de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto –*Proportionalität*–⁸⁴.

El primer subprincipio, el de idoneidad, implica no sólo la no adopción de medios inidóneos, sino que la medida adoptada sea la más adecuada para la obtención del fin que se persigue, pues para el Tribunal Constitucional alemán⁸⁵, las medidas previstas en una norma serán a priori “correctas constitucionalmente mientras no sean desvirtuadas”⁸⁶. El subprincipio de idoneidad es de uso poco frecuente en la jurisprudencia constitucional⁸⁷, pues se refiere estrictamente a la utilidad de la medida así como a la razonabilidad del medio empleado; sin embargo, en el plano normativo, el subprincipio de idoneidad obliga a definir una medida que sea útil para la finalidad concreta. Así, el embargo y apremio en subasta pública de los bienes propiedad del deudor constituye en abstracto una

⁸⁰ BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 250.

⁸¹ BERNAL PULIDO, C., referencia 6, p. 250.

⁸² BARAK, A., referencia 7, pp. 179-180.

⁸³ ALEXY, R. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En: *Revista española de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, nº 91, p. 13.

⁸⁴ PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 76.

⁸⁵ ALEXY recoge como ejemplo de medida inidónea la exigencia por una ley alemana de exigir aprobar un examen de tiro para los que solicitaban licencia de caza y aquellos que la solicitaban únicamente de cetrería. El tribunal constitucional alemán falló que no era idóneo exigir examen de tiro para aquellos que cazaban utilizando aves rapaces. *Vid.* ALEXY, R., referencia 83, p. 13.

⁸⁶ PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 77.

⁸⁷ ALEXY, R., referencia 83, p. 14.

medida idónea para satisfacer el crédito impagado reclamado por el acreedor; por el contrario, acordar la prisión del deudor no sería idóneo pues devendría inútil para satisfacer la deuda judicialmente exigida.

El segundo de los subprincipios introducidos por el constitucionalismo alemán es el de exigibilidad o necesidad. Una vez estudiada la idoneidad de la medida, el segundo nivel conduce al análisis de su necesidad, en el sentido de averiguar si existe otra medida alternativa que lesione en menor medida el otro derecho en conflicto. Se busca por tanto el medio menos gravoso, pero igualmente eficaz⁸⁸. Analizado desde el punto de vista de del ordenamiento procesal español⁸⁹, la necesidad de una medida como la del embargo y posterior apremio vía subasta pública de la vivienda del deudor, puede resultar idónea – adecuada- pero no necesaria. Esa innecesidad puede sobrevenir por existir otro objeto susceptible de embargo y apremio que resulte menos gravoso –por ejemplo, el salario, o las cuentas corrientes– o por existir otro medio que recaiga sobre el mismo objeto pero que sea menos gravoso –la administración para pago, por ejemplo-.

Por último, el *test* alemán formula el tercer subprincipio como el de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, a través del cual se procede a valorar la invasión en el ámbito de un derecho provocada por la necesidad de salvaguardar la integridad de otro. Se trata de averiguar si medidas idóneas y necesarias invaden en exceso la esfera de un derecho, poniendo en un plato de la balanza el derecho –fundamental o de cualquier otra naturaleza– y, en el otro, los intereses generales o particulares que se tratan de salvaguardar. Según recoge PEDRAZ PENALVA, el Tribunal Constitucional alemán, en su doctrina sobre el subprincipio de ponderación, desarrolla dos criterios que resultan fundamentales para este trabajo: cuanto más “sensible” sea la conculcación de un derecho fundamental, más “relevantes” deben ser los intereses generales que se tratan de proteger. Y cuanto más relevantes sean esos intereses, más justificada resultará una mayor intromisión en la esfera del derecho fundamental afectado⁹⁰.

Para la aplicación del subprincipio de ponderación, el alto Tribunal alemán descarta la aplicación de un criterio puramente físico –la fórmula del peso⁹¹- y procede en su lugar a una gradación de los derechos en cuatro niveles distintos, situando a la libertad en el primer grado, la integridad física y moral, la inviolabilidad corporal, la intimidad personal, el secreto de comunicaciones, la

⁸⁸ PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 77.

⁸⁹ La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 592.1 recoge el subprincipio de necesidad al ordenar que el Letrado de la Administración de Justicia acuerde el embargo de aquellos bienes “procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado”.

⁹⁰ PEDRAZ PENALVA, E., referencia 64, p. 81.

⁹¹ ALEXY, R., referencia 83, pp. 15-19.

inviolabilidad del domicilio y la libertad de residencia en el segundo nivel; la propiedad y la libertad profesional en el tercer nivel; y, por último, otros derechos como la libertad de ejercicio profesional.

En resumen, el desarrollo del principio de proporcionalidad llevado a cabo por la jurisprudencia constitucional alemana se centra en su uso como herramienta limitadora del poder⁹² y se incardina en el concepto de relatividad de los derechos fundamentales, que conduce a ponderar el alcance de la lesión que puede sufrir uno de esos derechos para salvaguardar la integridad del otro.

4. La proporcionalidad en el sistema constitucional español

4.1. La proporcionalidad en la doctrina constitucional española

La consagración del principio de proporcionalidad, entendido como “herramienta hermenéutica”⁹³, no aparece en el texto constitucional español, sino que se construye jurisprudencialmente, ya desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional⁹⁴, si bien para algunos autores no será recogido de forma exacta hasta la STC 66/1995⁹⁵. En una primera época, el Tribunal constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en confusión con el de razonabilidad⁹⁶, hasta el punto de que varias resoluciones empleaban la expresión “proporcionalidad razonable”⁹⁷; el TC recurrió a los principios de razonabilidad y proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales, considerándolos como derechos no absolutos⁹⁸ y centrándose en dos aspectos sobre la limitación: si sobrepasaba el contenido

⁹² BARNÉS VÁZQUEZ, J. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, p. 24.

⁹³ SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 41.

⁹⁴ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm.11/1981

⁹⁵ SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 44.

⁹⁶ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 46/1984 FJ 2º

⁹⁷ Entre otras España. Tribunal Constitucional. Sentencia núms. 178/85, 161/87, 196,87, 120/1990.

⁹⁸ La STC 11/1981, en su fundamento jurídico séptimo, afirma que “tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

esencial del derecho, y por ende resultaba excesiva, y si, aun así, estaba justificada⁹⁹.

A mitad de los años noventa del siglo pasado, el Tribunal Constitucional desvinculó el principio de proporcionalidad del de razonabilidad, que pasó a situarse en ámbito de aplicación del subprincipio de idoneidad o adecuación. La STC 66/1995, de 8 de mayo, reconoció el carácter no absoluto del derecho de reunión y la existencia de límites, establecidos por el propio texto constitucional¹⁰⁰. Con ocasión de una concentración pública que fue prohibida por la Delegación de Gobierno de Madrid, la Sentencia analizó la proporcionalidad de la orden gubernativa que prohibía la concentración. Para ello, recurre al “triple test” alemán¹⁰¹, preguntándose en primer lugar si la medida era adecuada – idónea – para el fin y, tras contestar afirmativamente a dicha cuestión¹⁰², el Alto Tribunal aborda la importancia de los otros “dos requisitos”: la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La necesidad se concreta en averiguar “si cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido” y la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, en valorar si la medida era “equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”¹⁰³. A partir de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional adopta de forma definitiva el principio de proporcionalidad como herramienta esencial en el control de las invasiones

⁹⁹ “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, fundamento jurídico octavo.

¹⁰⁰ “el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio Texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. La cuestión de fondo que aquí enjuicamos es, precisamente, la de la corrección constitucional de la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa, confirmada por el órgano judicial, entre el ejercicio del derecho de reunión -en su modalidad de concentración o reunión estática en lugar de tránsito público- y el referido límite constitucional, todo ello desde la perspectiva, propia del caso, de la repercusión de ese ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportan una importantísima densidad de tráfico.” STC 66/1995, FJ 3º.

¹⁰¹ Para un análisis de aplicación del triple test alemán en la STC 154/2002, ver SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, pp. 46-48.

¹⁰² “no cabe duda de que la prohibición de la celebración de la concentración permite alcanzar el fin perseguido”, STC 66/1995, FJ 5º

¹⁰³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 66/1995 FJ 5º

en la esfera de los derechos fundamentales, no solo por parte del poder ejecutivo, sino también de los poderes legislativo¹⁰⁴ y judicial¹⁰⁵.

Como aspecto importante, debe resaltarse que el Alto Tribunal, pese a acotar el uso del principio de proporcionalidad, circunscribiéndolo al ámbito de los derechos fundamentales¹⁰⁶, no negaba la posibilidad de “que en algún

¹⁰⁴ La STC 55/1996 aborda la posible inconstitucionalidad por desproporcionada de la pena prevista a los objetores de conciencia que rehusaban el cumplimiento de la llamada prestación personal sustitutoria, y para ello recurre de nuevo al principio de proporcionalidad pues “El Tribunal Constitucional (...) ha admitido en diferentes resoluciones la consagración en nuestro derecho punitivo del principio de proporcionalidad y la necesidad de su respeto tanto en la imposición jurisdiccional como en la previsión legislativa de sanciones penales”

¹⁰⁵ En la STC 207/1996, se decidía si un Auto judicial por el que se acordaba una intervención corporal lesionaba o no los derechos fundamentales del afectado. Para ello, el Tribunal Constitucional vuelve a recalcar en el juicio de proporcionalidad, por el que, “según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) 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 207/96 FJ 5º.

¹⁰⁶ “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal 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 (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), 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.” STC 55/1996 FJ 3º

supuesto concreto, no pudiera argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales”¹⁰⁷, ya que lo esencial no es la existencia de desproporción entre medios y fines, sino “en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción”¹⁰⁸.

La extensión de la aplicación del principio de proporcionalidad a otras esferas del ordenamiento constitucional se había producido anteriormente, con la STC 88/1986, que estudiaba la posible inconstitucionalidad de una norma emanada del Parlamento autonómico catalán, por infracción del principio de unidad de mercado¹⁰⁹ del art. 139.2 de la Constitución¹¹⁰. A partir de entonces, se produjo la expansión definitiva del principio de proporcionalidad en España, que pasó a convertirse en un “canon constitucional”.

4.2. La problemática del subprincipio de ponderación

Analizar la idoneidad y necesidad de una medida, resolución o norma, supone una tarea relativamente racional y objetiva; sin embargo, la ponderación o proporcionalidad estricta se sitúa en el terreno de la valoración, con el riesgo evidente de que quien emita el juicio axiológico se arrogue una función que no le es propia: la de legislar¹¹¹. Así sucedió con ocasión de la STC 136/99, que cuestionaba la proporcionalidad de una sanción penal. El análisis de proporcionalidad de la norma superó el *test* relativo a los subprincipios de

¹⁰⁷ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 55/1996 FJ 3º

¹⁰⁸ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 55/1996 FJ 3º

¹⁰⁹ “Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.” STC 88/1986 FJ 6º

¹¹⁰ Según el art. 139.2 CE, “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.”

¹¹¹ SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, pp. 49-54.

idoneidad y necesidad¹¹², pero cayó ante “el juicio estricto de proporcionalidad”¹¹³, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en legislador, en lugar de utilizar la ponderación como simple canon de control¹¹⁴.

En palabras de BARNÉS, “la proporcionalidad se hace efectiva a través” de los operadores jurídicos, pero jamás podrá utilizarse “para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no desproporcionado”¹¹⁵. Para evitar las críticas que llevan a sugerir que el subprincipio de ponderación competa por entero al legislativo¹¹⁶, será necesaria una “tecnificación”¹¹⁷ del mismo, atendiendo al deseado carácter de “mandato de optimización”¹¹⁸ que le atribuye ALEXY¹¹⁹.

5. Conclusión

La aplicación del principio de proporcionalidad al Derecho procesal hace su entrada en el ámbito del proceso penal, en atención a la existencia en el mismo de medidas limitadoras de derechos fundamentales, especialmente el de libertad¹²⁰. Posteriormente pasa a incorporarse al proceso civil, donde aparece, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares, exigiendo su idoneidad y

¹¹² “Tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma. Más problemas suscita, sin embargo, el juicio de necesidad de la medida y, sobre todo, de proporcionalidad en sentido estricto de la pena mínima que este precepto obliga a imponer.” STC 136/99 FJ 27º

¹¹³ Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir -y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

¹¹⁴ SIEIRA MUCIENTES, S., referencia 76, p. 53.

¹¹⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, J., referencia 92, pp. 20-28.

¹¹⁶ MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, p. 129.

¹¹⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, J., referencia 92, pp. 33 y ss.

¹¹⁸ HOLLÄNDER, P., referencia 5, p. 213.

¹¹⁹ STONE SWEET, A., y MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series. New Haven, 2008, p. 15-17.

¹²⁰ Sirva de ejemplo el art. 502.2 LECrim, según el cual “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.”

necesidad¹²¹, o al evitar la onerosidad del embargo¹²², y prohibir¹²³ o limitar¹²⁴ que recaiga sobre ciertos bienes.

Además de los reconocimientos normativos apuntados, el principio de proporcionalidad, en virtud de su naturaleza de principio general del derecho, resulta de obligada aplicación en el momento de la adopción de medidas coercitivas¹²⁵, influyendo en los siguientes aspectos:

¹²¹ Así el artículo 726 exige como características de las medidas cautelares que sean “exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” y que no sean “susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”.

¹²² Según el Artículo 592.1 LEC “Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.”

¹²³ Así, según el art. 606 LEC, son inembargables determinados bienes del ejecutado, en concreto:

1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.”

¹²⁴ De acuerdo con lo previsto en el Artículo 607 LEC. “Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100...”

¹²⁵ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español, ver [GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. En: Cuadernos de Derecho Público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5, pp. 191 y ss.](#)

- La elección de la medida concreta. Así, el Juez que instruya una causa por delito en la que se interese una medida privativa de libertad, deberá elegir aquella de ellas que resulte más proporcional.
- La configuración de la ejecución y aseguramiento de la medida adoptada. De ese modo, el Letrado de la Administración de Justicia que haya decretado el embargo de los caballos propiedad del deudor, podrá nombrar como depositario a la persona que resulte más idónea, tal como establece el art. 626.4 LEC.
- La designación del objeto concreto de la medida. En este caso cobra especial relevancia la cláusula que establece el criterio de selección de los bienes y o derechos objeto de embargo contenida en el art. 592 LEC, que acoge claramente el principio de proporcionalidad del embargo, al prescribir que, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, serán objeto de embargo aquellos bienes cuya enajenación resulte más fácil y menos onerosa para el deudor. El precepto persigue que la adopción de la traba no suponga una incisión desmedida en el patrimonio del deudor, al tiempo que no se pierda de vista el fin de la ejecución, que no es otro que la total satisfacción de la deuda reclamada por el ejecutante (570 LEC).

En todos esos supuestos, y en cualquier otro, se recurrirá al *triple test* desarrollado por el constitucionalismo alemán, enjuiciando la proporcionalidad de la medida en base a los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

- Mediante el subprincipio de idoneidad, se valorará si la medida adoptada es adecuada para conseguir la finalidad correspondiente.

- La aplicación del subprincipio de necesidad buscará la existencia de medidas menos gravosas, o procurará que recaiga sobre objetos que supongan un menor gravamen para quien padece los efectos de la medida.

- En tercer lugar, la prueba de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto deberá realizarse de la forma más objetiva posible, buscando siempre el buen fin del proceso con la inflicción del menor daño posible a los intervinientes.

Debe resaltarse que la aplicación del principio de proporcionalidad permite asimismo la denegación de la medida que resulte desproporcionada, incluso en aquellos casos en los que no exista alternativa o ésta no se haya solicitado. Resulta muy habitual que suceda en los casos de petición de medidas cautelares¹²⁶, donde los Tribunales rechazan la adopción de aquellas medidas que no sean “conducente(s) a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”; sin embargo, nada impide que, por ejemplo, un Letrado de la Administración de Justicia rechace de plano el embargo de un bien o derecho cuando lo considere desproporcionado,

¹²⁶ Los apartados 1º y 2º del art. 726.1 LEC recogen de forma expresa los subprincipios de idoneidad y necesidad, respectivamente.

pues el principio de proporcionalidad, en su calidad de principio general del Derecho, debe inspirar todas las decisiones judiciales.

Por último, el principio de proporcionalidad, al transponerse al ordenamiento procesal, también adopta una vertiente formal, pues implica la exigencia del cumplimiento de unos requisitos extrínsecos, como son la judicialidad y la motivación de la medida.

- La judicialidad debe entenderse desde el punto de vista amplio, ya que las medidas coercitivas son acordadas hoy tanto por jueces y tribunales como por Letrados de la Administración de Justicia.

- El segundo requisito, el de motivación, exigirá que las resoluciones que acuerden la adopción de una medida coercitiva contengan una motivación jurídica que sustente la decisión que se adopte y huyan en la medida de lo posible de resoluciones “tipo” o “modelo” limitadas a la expresión de una motivación genérica.

6. Bibliografía

ALEXY, R. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. En: *Revista española de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, nº 91.

ALVARADO PLANAS, J. La ilustración y la humanización del Derecho penal. En: ALVARADO PLANAS, J. (coord.) y MARTORELL LINARES M.A. (coord.). *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2017.

ANTÓN SANCHO, A. Las ciencias de la naturaleza, el derecho y la moral europeas en la Ilustración. En: *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*. Madrid: Instituto Política Social, 2012, nº 18.

ARANDA FRAGA, F. Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo. En: *Revista DavarLogos*. Libertador San Martín (Argentina): Universidad Adventista del Plata, 2015, Vol. 14, nº 2.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

BARAK, A. *Proportionality. constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5

BAZÁN, C., Apuntes sobre la justicia en la Ética a Nicómaco: Aristóteles para juristas. En: *IUS ET VERITAS*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, nº 30.

BECCARIA, C. *De los delitos y las Penas*. Madrid: Tecnos, 2008.

BERNAL PULIDO, C. La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: CARBONELL SANCHEZ, M., FIX-ZAMUDIO, H.,

GONZALEZ PEREZ, L. R. y otros. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CATTANEI, E. ¿Es justo acusar de homicidio al propio padre por haber dejado morir a un dependiente? Reflexiones sobre los “derechos humanos” en el pensamiento de Platón. En: *Areté: Revista de filosofía*. Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú: Departamento de Humanidades, 2003, nº 15/1. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/84/85>

FERRAJOLI, L. La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 2014, nº 79.

FLEINER, F. *Instituciones de Derecho administrativo*. Barcelona: Labor, 1933.

GARCÍA HOZ, V. *Diccionario Escolar Etimológico*. Barcelona: Editorial Magisterio, 2012.

GARCÍA SOTO, L. *Teoría de la justicia e idea del derecho en Aristóteles*. Tesis doctoral dirigida por Liborio Luis Hierro Sánchez-Pescador. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

GARRIGA ACOSTA, C.A. Capítulo VII. La Ilustración jurídica. En: LORENTE SARIÑENA, M.M (coord.) y VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. (coord.). *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/515/570>

HERRERA, D.A. Analogía y participación en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino. En: *Seminario internacional de investigación de Filosofía del Derecho y Ética*, Universidade Federal do Rio Grande, 8 al 10 de septiembre de 2010.

HOLLÄNDER, P. El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?. En: SIECKMANN, J.R. *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

IPPOLITO, D. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Revista de Derecho Privado, 2007, nº 30. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.46>

JARAMILLO VÉLEZ, L. La ley en Santo Tomás de Aquino. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín (Colombia): Universidad Pontificia Bolivariana, 1951, nº 5-6.

LERNÉS FEBRÉS, S. La justicia y la fuente moral del derecho, aproximaciones críticas a una cuestión filosófica. En: *Vox Juris*. Lima (Perú): Universidad de San Martín de Porres (USMP), 2016, nº 32/2.

LEYVA ESTUPIÑÁN, M.A. y LUGO ARTEAGA, L. La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno. En: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia, 2015, vol. 36 nº 101.

MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 1998, nº 5.

MONTESQUIEU, Lettres persanes (102. Usbek a Ibben a Smyrne), en *Oeuvres complètes*, pref. de VEDEL, G. (Paris, 1964)

MORENO CASTILLO, M.A. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria, en la evolución del aparato punitivo. En: GARCÍA VALDÉS, C. (dir.). *Historia de la prisión: teorías economistas, crítica*. Madrid: Edisofer, 1997.

MUINELO COBO, J.C. La unidad analógica del término derecho en Aristóteles. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2013, nº. 29

OLIVAR, W. Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón. En: *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, Vol. 11, número 21.

PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. L. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas. En: *Revista del Poder Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1990, nº 17 (Segunda Época).

PEDRAZ PENALVA, E. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. En: *La reforma del proceso penal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

PERELLÓ DOMÈNECH, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Madrid: Jueces Para la Democracia, 1997, nº 28.

PLATÓN, Diálogos. IX Leyes, Libros VII-XII" Introducción, traducción y notas de LISI, F., (Madrid, 1999)

RUBIO LLORENTE, F. El principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad. En: OREJA AGUIRRE, M. (coord.). *La Constitución Europea*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.

RUS RUFINO, S. Evolución de la noción de Derecho natural en la Ilustración española. En: *Cuadernos Dieciochistas*. Salamanca: Sociedad Española de Estudios del Siglo XVIII, 2011, nº 2.

SERRANO, E. La teoría aristotélica de la justicia. En: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, nº 22.

SIEIRA MUCIENTES, S., La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional: el principio de proporcionalidad. En: ALVAREZ VELEZ, M. I. *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004.

STONE SWEET, A., y MATHEWS, J. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism Faculty Scholarship Series*. New Haven, 2008.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. El derecho en Santo Tomás de Aquino. En: *Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*. Madrid: Fundación Speiro, 2004 n^o 427-428.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.