

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: junio 2021

**El principio de proporcionalidad en el proceso penal: alguna
reflexión al ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de
Seguridad del Estado**

The principle of proportionality in criminal proceedings: some
reflection to the scope of action of the State Security Forces and
Bodies

Realizado por la alumna Paloma Martínez Gortázar

Tutorizado por el Profesora Alicia González Navarro

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

The present work aims to analyze the principle of proportionality from the perspective of Spanish procedural law. In the first place, its origin is studied, as well as its application in the Spanish legal system, together with a detailed examination of each of the presuppositions and subprinciples that compose it. Secondly, the connection between fundamental rights and its different theses are addressed, with special reference to the proportionality of police detention.

Likewise, it is delimited between proportionality in criminal procedural law and in material criminal law, especially criminal proportionality. Finally, the work concludes with a mention of the actions of the State Security Forces and Bodies and the application of the principles of proportionality, consistency and timeliness in their field of activity, both in relation to the measures they may adapt and the use of force employed.

Key Words: principle of proportionality, detention, fundamental rights

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del principio de proporcionalidad desde la perspectiva del derecho procesal español. En primer lugar, se estudia su origen, así como su aplicación en el ordenamiento jurídico español, junto con un examen pormenorizado de cada uno de los presupuestos y subprincipios que lo componen. En segundo lugar, se aborda la conexión con los derechos fundamentales y sus diferentes tesis, con especial referencia a la proporcionalidad de la detención policial.

Asimismo, se delimita entre la proporcionalidad en el derecho procesal penal y en el derecho penal material, en especial la proporcionalidad penal. Finalmente, el trabajo concluye con una mención a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la aplicación de los principios de proporcionalidad, congruencia y oportunidad en su ámbito de actividad, tanto en relación con las medidas que puedan adoptar como con el uso de la fuerza empleado.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, detención, derechos fundamentales

Índice

1. Introducción y justificación del tema.....	3
2. El principio de proporcionalidad: su proclamación legal en el artículo 588 bis a) LECRIM.....	5
2.1 Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación.....	5
2.2 Presupuestos.....	10
2.2.1 Presupuesto formal.....	10
2.2.2 Presupuesto material.....	13
2.3 Requisitos extrínsecos.....	15
2.3.1 Judicialidad.....	16
2.3.2 Motivación.....	17
2.4 Principios.....	19
2.4.1 Principio de especialidad.....	19
2.4.2 Principio de idoneidad.....	20
2.4.3 Principio de necesidad.....	23
2.4.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	26
3. La relación del principio de proporcionalidad con los derechos fundamentales.....	28
3.1 Los derechos fundamentales como principios.....	29
3.1.1 La primera tesis de necesidad.....	30
3.1.2 La segunda tesis de necesidad.....	32
3.2 El principio de proporcionalidad en relación con la detención policial.....	34
4. Delimitación del principio de proporcionalidad en el derecho procesal y en el derecho penal material.....	38
5. Ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con especial referencia a las detenciones.....	42
6. Conclusiones.....	49
7. Bibliografía.....	50
8. Anexo.....	54

1. Introducción y justificación del tema

En el año 2019 se realizaron un total de 411.903 detenciones¹, con una tasa de criminalidad del 46,8 % por cada 1.000 habitantes. Asimismo, las detenciones por delitos cometidos contra el orden público ascendieron a 19.712, aumentando 1.477 más que el año anterior². Son datos cuando menos alarmantes, sin embargo, debemos cuestionarnos cuántas de dichas detenciones atendieron a los cánones de la proporcionalidad.

La proporcionalidad la utilizamos con gran asiduidad en nuestro día a día, la mayoría de las ocasiones sin percatarnos de ello, por lo que es un principio latente en nuestro ordenamiento jurídico. Constantemente nos preguntamos si la actuación de una persona ha sido proporcionada a la conducta de otro. Ello trasladado al derecho procesal penal y penal material supone estudiar las injerencias del Estado en los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ocurren con mayor frecuencia de la que nos podemos imaginar.

Para ilustrarnos, pongamos varios ejemplos. Fruto del denominado 15-M, en 2011 se llevaron a cabo manifestaciones pacíficas alrededor del Parlament de Barcelona (y de otras ciudades) con motivo de una crisis política, económica y social³; que dio lugar al conocido caso *Autrem el Parlament*, done en junio de ese mismo año varios manifestantes intentaron impedir el acceso de diputados al Parlamento. Posteriormente se llevaron a cabo una serie de detenciones por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aunque sólo se probara que los manifestantes realizaron actos como ponerse delante de diputados, seguirlos sin dejarles pasar mientras enseñaban pancartas, etc.⁴ Por lo tanto, cabe preguntarnos si la actuación de los manifestantes tuvo tal entidad que ésta implicara una amenaza para la seguridad ciudadana y el orden público, de tal modo que la policía no tuviera

¹ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, año 2019, p. 163.

² *Idem*, p. 175.

³ MONTAÑÉS SERRANO, Manuel, El 15-m: origen, características, fortalezas y debilidades, e influencias y trascendencia, *Revista Latinoamericana Estudios de la Paz y el Conflicto*, núm. 1, 2020, p. 60.

⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “*Autrem el Parlament*” y voces discrepantes. A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión, en AA.VV. (ALONSO RIMO A., Dir.): *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, 2019, p. 463.

otra opción que detenerlos; o si, por el contrario, la limitación del derecho de libertad de expresión y ambulatoria fue excesiva en ponderación con la actitud de los detenidos, siendo por tanto desproporcionada.

Otro ejemplo de ello es el de las detenciones practicadas sobre dos estudiantes el 3 de noviembre de 2020 por fuera de la Facultad de Bellas Artes de la ULL, donde un grupo de estudiantes realizó una manifestación pacífica con ocasión de un simulacro con explosiones, detonaciones y ruidos, dentro de un Congreso sobre seguridad y turismo organizado por el Ayuntamiento de La Laguna, mientras los estudiantes se encontraban en las instalaciones de la Universidad⁵. Los manifestantes protestaron pacíficamente en contra de dichas actuaciones, si bien acabaron por practicarse dos detenciones a los chicos, aunque no tuvieron una actitud violenta o agresiva.

¿Suponían una amenaza para la seguridad ciudadana? ¿Era necesario el uso de la fuerza de la policía y la práctica de las detenciones? ¿Eran las detenciones idóneas para alcanzar el fin pretendido por la policía? ¿La afeción de los derechos supuso más perjuicios que beneficios obtuvo la finalidad de la policía?

Para poder contestar a estas preguntas, surge la necesidad de acercar a la sociedad un principio tan interesante e importante como es el de la proporcionalidad en sentido amplio; delimitar su contenido y límites con los derechos fundamentales, y en especial en relación con la medida cautelar de la detención y poder concluir si dichas medidas fueron proporcionadas o, por el contrario, desproporcionadas y por tanto inconstitucionales.

El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de innovación y transferencia educativa (curso 2020-2021), titulado *Avances en la metodología aprendizaje por servicio aplicada a trabajos de fin de grado y trabajos de fin de máster*. Por lo tanto, está enfocado a poner al servicio de la sociedad el aprendizaje adquirido, en concreto a nuestra comunidad más cercana, como es la Universidad de La Laguna. Más específicamente, sería para mí un gran honor que este trabajo contribuyera a que el proceso penal incoado con ocasión de los hechos acaecidos durante el pasado mes de noviembre en la Facultad de Bellas Artes de esta

⁵ “Comunicado de la Rectora en relación a los incidentes sucedidos en el Campus de Guajara el 3 de noviembre”, 2020: <https://www.ull.es/portal/noticias/2020/comunicado-rectora-incidentes-guajara/>

Universidad, se resolvieran aplicando rigurosamente los postulados que se desprenden de la vigencia del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

2. El principio de proporcionalidad: su proclamación legal en el artículo 588 bis a) LECRIM

El principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición del exceso extiende su ámbito de aplicación a todo el ordenamiento jurídico y en particular al orden penal, como una limitación del sistema sancionador, ya que tendrá que ser proporcional a la gravedad del delito⁶. En este trabajo nos centraremos en el principio de prohibición del exceso y su relación con el derecho procesal penal español.

2.1 Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación

El principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad en sentido amplio ha sido definido por la jurisprudencia a lo largo de los años, siendo un ejemplo de ello la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que requiere que, para que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad, “sea 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)”⁷. De ello se desprende que el principio de proporcionalidad exige una evaluación en relación con la admisión constitucional de la limitación de un derecho fundamental

⁶ NEUMANN, Ulfrid, El principio de proporcionalidad como principio limitador del derecho penal material, en AA.VV. (SILVA SÁNCHEZ, J. M. coord.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, 2017, pp. 346 y 347.

⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

por una medida que persigue un interés colectivo o la protección de un derecho fundamental como fin⁸.

La proporcionalidad es uno de los principios rectores de los actos de investigación tecnológicos, regulados en el Capítulo IV, del Título VIII, del Libro II, que lleva por título “Disposiciones comunes”⁹, en concreto, en el artículo 588 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM). Este precepto, fruto inicial de la construcción jurisprudencial, fue introducido en la LECRIM mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La sistematización de estos principios no es del todo acertada, puesto que, al ubicarlos dentro de las medidas tecnológicas, se da a entender que no afectan al resto de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales¹⁰, como son la entrada y registro, apertura de correspondencia o registro de libros y papeles¹¹. Asimismo, con independencia de que la introducción de estos principios en el texto legislativo no sea la más idónea en cuanto a su sistematización, debe concluirse que son aplicables para la adopción de todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales, no sólo para las de carácter tecnológico.

Para determinar el origen del principio de proporcionalidad, es preciso acudir fuera de la disciplina jurídica, ya que es un concepto que se remonta a las matemáticas, culturas griegas y romanas, incluso egipcias¹², que en este momento no serán objeto de nuestro estudio. En el derecho, Alemania ha sido en gran medida el Estado impulsor de este principio, que nace incluso antes de la Ley Fundamental de Bonn en el derecho administrativo. En particular, sus comienzos en el derecho

⁸ PINO, Giorgio, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 48, 2017, p. 200.

⁹ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 243.

¹⁰ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 173.

¹¹ Para MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “habría sido deseable, si se quiere recurrir a una pauta ordenadora iniciada por unas disposiciones comunes, ubicar éstas en el lugar adecuado, que no sería otro que abriendo el título VIII”.

¹² CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Una visión teórico-práctica del principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 11 y 12.

procesal se originan en una resolución del 22 de agosto de 1875 del *deutscher Journalistentang* adoptada en la ciudad de Bremen, que llegó a la siguiente conclusión: ante la negativa de los periodistas de testificar en el proceso penal, no se les puede imponer una medida coactiva que no sea proporcional a las penas privativas contempladas para los delitos¹³.

El principio de proporcionalidad es considerado por la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (en adelante *BVerfG*) como un principio de carácter constitucional, y en este sentido la Constitución alemana (*Grundgesetz*) lo regula de manera expresa en sus artículos 2.I, 19 y 20¹⁴.

A nivel europeo, este principio encuentra su fundamentación en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), pudiéndose restringir los derechos ahí expuestos siempre y cuando las medidas sean necesarias dentro de una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁵, requisitos normativizados en el apartado segundo de cada artículo. No hay una mención expresa al citado principio, pero como la limitación de los derechos fundamentales no puede tener lugar de cualquier modo, sino que debe cumplir una serie de requisitos contemplados, se deduce de su contenido una regulación implícita en el Convenio¹⁶. Si bien, al igual que a nivel nacional, ha ido desarrollándose en el transcurso del tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Ejemplo de ello fue el asunto *Handyside* en el año 1976¹⁷, comúnmente conocido como el caso del “libro rojo del colegio”, donde se produjo una vulneración del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal consideró que la expresión “sociedad democrática” del artículo 10.2 CEDH significa que “cualquier “formalidad”, “condición”, “restricción” o “multa” impuesta en esta esfera debe ser proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos”. Alude principalmente a la necesidad de la

¹³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el derecho penal*, Ed. COLEX, 1900, p. 22.

¹⁴ *Idem*, p. 24.

¹⁵ PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, El principio y la jurisprudencia constitucional, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 28, p. 70.

¹⁶ FASSBENDER, Bardo, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, p. 52.

¹⁷ Case of *Handyside v. The United Kingdom* (application n.º. 5493/72).

medida, que tiene como consecuencia el deber de utilizar siempre el medio que sea menos gravoso para los derechos fundamentales limitados¹⁸.

En España el principio de prohibición del exceso fue introducido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo, influenciado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) y el TEDH.

En el derecho procesal español, varios autores han otorgado al principio de proporcionalidad el “status” de principio general del Derecho, como GONZÁLEZ-CUÉLLAR que alude a este principio como “un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”, o RUIZ RUIZ, que recalca la idea de determinar el citado principio como un “auténtico principio general del Derecho”¹⁹, o BARNES al definir la proporcionalidad como un “principio general del Derecho, ampliamente reconocido, que se aplica con absoluta naturalidad por los Tribunales europeos”²⁰. De ello se deriva la influencia de la jurisprudencia alemana, donde el *BVerfG*, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1965, reconoció al principio rango constitucional, fundamentando la vigencia del principio de proporcionalidad en el Estado de Derecho y los derechos fundamentales²¹. En concordancia con lo anterior, el TC lo ha consagrado como “un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales, y que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos”²².

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional español no siempre lo ha definido con tal claridad, otorgándole en ciertos casos el apelativo de “juicio”, “criterio” o “regla”²³, en parte por la falta de precisión o delimitación del concepto²⁴, que

¹⁸ FASSBENDER, Bardo, cit., p. 56.

¹⁹ RUIZ RUIZ, Ramón. y DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes, Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 14, 2011, cit., p. 44.

²⁰ BARNES, Javier, El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 22.

²¹ *BVerfGE*, Bd.19, S.342,348f, citado en FASSBENDER, Bardo, cit., p. 56.

²² STC 49/1999, de 27 de abril

²³ SSTC 215/1994, de 14 de julio y 219/1992, de 3 de diciembre

²⁴ PEREIRA SÁEZ, Carolina, Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 1048.

produce inseguridad jurídica. Ello ha generado ciertas críticas a la clasificación como un principio general al no encajar en tal categoría, ya que aunque tenga ciertas similitudes con los principios generales (ambos vinculan al legislador y encuentran su fundamentación en artículos de manera implícita), la proporcionalidad no ofrece una vinculación jurídica autónoma, es decir, no se puede alegar el principio de proporcionalidad en abstracto, siendo necesario utilizarlo junto a la vulneración de un derecho fundamental o disposición constitucional²⁵.

Para BERNAL PULIDO, el principio de proporcionalidad debe considerarse como un “límite de los límites a los derechos fundamentales”, definidos como mecanismos que tienen la finalidad de impedir la extralimitación de los poderes públicos a la hora de realizar restricciones de los derechos fundamentales, de tal modo que, el objeto de la limitación son los derechos fundamentales, el límite es la intervención legislativa y el límite del límite es el principio de proporcionalidad²⁶. Asimismo, debemos tener en cuenta que el principio de proporcionalidad no es de aplicación ilimitada, sino que con él se pretenden garantizar los derechos de los ciudadanos frente a intereses de la comunidad, teniendo siempre presente que el citado principio, “en su condición de límite de límites, restringe los supuestos admisibles de intervención pública en la libertad de sus ciudadanos”²⁷.

Continuando con la concepción del principio como norma jurídica, es preciso abordar su fundamentación jurídica. Antes de su normativización en la LECRIM en el año 2015, lo cierto es que no había regulación expresa, ni siquiera en nuestra Constitución. Ante esta carencia de norma, varios autores han debatido acerca de su fundamentación en el ordenamiento jurídico español, que encuentran implícita en la entrada en vigor de la Constitución de 1978, en especial en los artículos 1 (regulador de los valores superiores que rigen la CE), 9.3 (los principios generales del derecho) y 10 CE principalmente²⁸.

²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, pp. 518 y 519.

²⁶ *Idem*, pp. 523 y 529.

²⁷ FASSBENDER, Bardo, cit., p. 57.

²⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, cit., p. 53.

En este sentido, PECES-BARBA recalca la idea de que no todos los principios generales del derecho se contemplan de manera sistemática en nuestro ordenamiento, por lo que ello justifica la constitucionalización del citado principio, extraído del contenido esencial de los derechos fundamentales, en tanto que se prohíbe la arbitrariedad como instrumento para la limitación de derechos fundamentales²⁹. Los principios generales del derecho se conciben como un conjunto que, con independencia de su tipificación o no, conforman el ordenamiento jurídico³⁰.

En conclusión, a pesar de la indeterminación de este concepto, el principio de proporcionalidad debe ser tenido en cuenta como un principio general del derecho fundamentado de manera implícita en nuestra Constitución, que además se encuentra desde la entrada en vigor de la LO 13/2015 consagrado, al menos en el ámbito propio del proceso penal, en el artículo 588 bis a) de la LECRIM.

2.2 Presupuestos

Como adelantábamos al inicio, el principio de proporcionalidad se denomina “en sentido amplio” puesto que se configura por una serie de subprincipios, que son los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. No obstante, antes de abordar su estudio, es necesario analizar sus presupuestos, que como mantiene GONZÁLEZ-CUÉLLAR son dos; uno de carácter formal, que encarna el principio de legalidad; y otro de carácter material, denominado como presupuesto de justificación teleológica.

Aunque no tengan relación inicial con el principio de proporcionalidad, es preciso abordar su estudio puesto que la carencia de alguno de estos presupuestos supondría que directamente no se entraría a discutir sobre el principio en cuestión.

2.2.1 Presupuesto formal

A la hora de utilizar el principio de proporcionalidad, el primer presupuesto al que debemos atender es al presupuesto formal, puesto que, aunque nada tenga

²⁹ *Idem*, p. 55.

³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 510.

que ver con el contenido de la injerencia, resulta necesario en cuanto a la legitimidad y previsibilidad de actuación de los poderes públicos se refiere³¹.

El principio de legalidad general se configura como un límite de la potestad punitiva por el Estado de Derecho, imposibilitando actuar al Estado fuera de lo dispuesto en la ley, siendo mediante la reserva de ley, en líneas generales, el único medio para la limitación de derechos y libertades³². Existe una relación entre este principio y el de proporcionalidad, en la medida que, al igual que para la aplicación del segundo principio se tiene que “relativizar” la ley para poder aplicar al caso concreto la actividad estatal y tener en cuenta los intereses en conflicto en dicho supuesto, también sería posible una ponderación de conflictos a nivel “supralegal”. De esta forma, se podría llegar a excepcionar el requisito de legalidad cuando concurrieran intereses estatales de gran envergadura³³.

El principio de legalidad pone de manifiesto que los derechos alegados durante el proceso tienen que estar regulados por ley, ordinaria u orgánica, debiendo cualquier injerencia a los derechos fundamentales durante el transcurso del proceso estar igualmente prevista por la ley. En el supuesto de una limitación no regulada en la ley, se declararía dicha actuación como inconstitucional, sin necesidad de entrar a discutir la proporcionalidad de la medida³⁴.

La fundamentación del principio de legalidad procesal penal se encuentra en el artículo 53.1 CE³⁵ junto con el artículo 81 CE, siendo necesario que el desarrollo de las libertades y derechos fundamentales se lleve a cabo por ley orgánica. Es difícil determinar cuándo existe reserva de ley ordinaria u orgánica, en otras palabras, cuándo estamos ante un desarrollo o no de los derechos fundamentales. Ante este debate, el TC ha mantenido que las limitaciones de los derechos fundamentales forman parte del desarrollo y determinación de estos, por lo tanto, sería inconstitucional su regulación por ley ordinaria. En este sentido, el

³¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español, *Revista cuadernos de derecho público*, núm. 547, 1998, p. 193.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 89.

³³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 71.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Art. 53.1 CE, *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

TC ha destacado que “el principio de legalidad respecto de toda norma sancionadora que implica privación de libertad tiene que asumir rango legal, como resulta de la reserva explícita que lleva a cabo el art. 53.1 de la CE (...). El art. 81.1 prevé que son Leyes Orgánicas “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. No cabe duda de que las normas penales suponen un desarrollo de los derechos (...). La limitación de tales derechos ha de guardar los requisitos y formalidades reservados para las Leyes Orgánicas. En este sentido, huelga mencionar que todas las disposiciones posteriores a la Constitución que afectan al Derecho penal o procesal penal han tenido carácter orgánico”³⁶. Esta opinión ha sido criticada, puesto que supondría declarar la inconstitucionalidad de prácticamente todas las normas procesales penales, lo que llevó al TC a redefinir su postura, considerando que las limitaciones de derechos fundamentales no se consideran desarrollo de ellos, por lo que al no ser contenido esencial pueden regularse mediante ley ordinaria³⁷.

La ley procesal debe, por tanto, tipificar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, en observancia de tres requisitos que son extrapolables del principio de legalidad penal al principio de legalidad procesal penal³⁸, que son: la ley escrita, estricta (determinada) y previa³⁹.

Con la observancia del principio de legalidad se pretende evitar la utilización errónea del principio de proporcionalidad para justificar de este modo la utilización de una medida que carece de regulación en la ley, una actitud cuando menos arbitraria⁴⁰. No obstante, es criticable la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional⁴¹ como del Supremo, en tanto en ciertas ocasiones han mantenido la

³⁶ STC 140/1986, de 11 de noviembre.

³⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 75.

³⁸ *Idem*, p. 79.

³⁹ El requisito de ley previa es el más controvertido. El TC, a diferencia del TEDH, ha mantenido que tanto las normas penales como procesales cuando limitan derechos fundamentales, se debe aplicar la norma más favorable, aunque ello suponga la retroactividad de la misma (STC 38/87 de 12 de marzo). González-Cuellar sostiene que el artículo 9.3 CE regula la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, cuando estas no sean favorables, al igual que lo que ocurre con las normas sancionadoras (p. 82).

⁴⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de...*, cit., p. 194.

⁴¹ El TC en la STC 62/1982, de 15 de octubre, mantuvo que la mera indeterminación de una norma no supone una infracción del principio de legalidad cuando se pondere la limitación del derecho fundamental y las medidas utilizadas.

aplicación firme del principio de legalidad, mientras que otras veces, aunque la cobertura legal sea la regla general, han optado por la matización de tal principio, lo que GONZÁLEZ-CUÉLLAR denomina como “quebras del principio de legalidad”⁴².

2.2.2 Presupuesto material

El segundo de los presupuestos objeto de estudio es de naturaleza material, puesto que tiene relación con el contenido de la limitación, es decir, si ésta atiende a fines legítimos que justifiquen la actuación de los poderes públicos y la injerencia en los derechos fundamentales, es lo que GONZÁLEZ-CUÉLLAR denomina como “justificación teleológica”. El fin constitucionalmente legítimo de la actuación del Estado debe consistir en la tutela de los bienes constitucionalmente protegibles y relevantes para la sociedad⁴³, que le otorgará a la medida la idoneidad y necesidad requerida para realizar un juicio ponderativo entre el fin y el medio a utilizar⁴⁴. Es necesario estudiar la legitimidad del fin antes de la idoneidad de la medida, ya que éste último parte de la premisa de que la medida persigue un bien legítimo⁴⁵. Por tanto, antes de estudiar si la medida es idónea o necesaria, deberemos atender al fin en sí mismo, ya que, si se considerase ilegítimo o irrelevante, la medida se declararía directamente arbitraria⁴⁶. En este sentido, el TEDH al aplicar el principio de proporcionalidad cuando se ha limitado un derecho fundamental, primero ha estudiado si dicha limitación está regulada en la ley y posteriormente si existe justificación por alguno de los fines legítimos expresamente regulados en el CEDH, pudiendo a continuación discutir la necesidad de la medida y demás subprincipios⁴⁷ entre los medios y el fin perseguido.

⁴² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 82.

⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de...*, cit., p. 194.

⁴⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pág. 99.

⁴⁵ GARAT DELGADO, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica: la resolución de casos sobre derechos fundamentales*, Athenaica, 2016, p. 26.

⁴⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 99.

⁴⁷ FASSBENDER, Bardo, cit., p. 55.

Pretendiendo evitar la justificación del uso de determinadas medidas que inciden en los derechos fundamentales sin un fin legítimo, el legislador ha decidido regular los fines a los que deben atender dichas medidas de manera taxativa, de tal modo que se asegura su correcta utilización⁴⁸. En cambio, el TC se opone a ello puesto que entiende que la taxatividad de los fines supondría una interpretación restrictiva de ellos, admitiendo la utilización de fines que justifiquen la medida que no estén regulados en la Constitución⁴⁹, al igual que de “bienes constitucionalmente protegidos” que del texto legislativo no se desprende tan clara su protección⁵⁰. Esta postura es amparada por parte de la doctrina, al entender que debemos concebir la legitimidad de los fines de manera negativa, es decir, “cualquier fin legislativo es legítimo a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución”; no en sentido positivo, donde sólo serían legítimos los fines contemplados en la Constitución⁵¹. La prohibición referida puede ser catalogada como definitiva, en la medida en que no se pueden ponderar dichos fines cuando colisionen con otros (por ejemplo, si se instaura la pena de muerte, dicha medida carecería de fin legítimo al prohibirlo expresamente el art. 15 CE); o prohibición “prima facie”⁵², donde algunos fines a priori ilegítimos pueden no serlo si al realizar su ponderación se justifica su legitimidad⁵³.

A la hora de analizar si el fin perseguido es legítimo, debemos atender no sólo a los fines recogidos en la Constitución, sino igualmente a los sistematizados en las normas internacionales, ya que son fuente del derecho español, como pone de manifiesto la STC 62/1982, de 15 de octubre, “hay que interpretar sus normas en esta materia (relativas a derechos fundamentales) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”.

⁴⁸ *Idem*, p. 100.

⁴⁹ Por ejemplo, en la STC 62/1982, de 15 de octubre, el TC declaró el derecho a un proceso público como un límite implícito.

⁵⁰ GONEZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 101.

⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., pp. 698 y 699.

⁵² Un análisis “prima facie” pretende determinar que “una norma jurídica o caso concreto ha supuesto una injerencia en el ámbito normativo de un derecho fundamental”. GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 25.

⁵³ *Idem*, pp. 701 y 702.

Ante la dificultad que puede presentar la no regulación de los fines considerados legítimos para justificar la restricción de los derechos fundamentales, y por tanto no considerar que estamos ante un fin arbitrario, el TEDH ha desarrollado la denominada doctrina del “margen de apreciación”, donde los Estados miembros podrán enjuiciar la proporcionalidad de una medida con cierto margen de apreciación en atención a las necesidades de su sociedad. No obstante, el tribunal sigue teniendo la última decisión acerca de la proporcionalidad de dicha limitación⁵⁴. Como posible solución, GONZÁLEZ-CUÉLLAR sugiere la utilización del “criterio de la relevancia”, en atención a la relevancia que pueda tener el fin en la sociedad del Estado⁵⁵.

BERNAL PULIDO intenta delimitar objetivamente los fines constitucionalmente legítimos partiendo de la premisa de que cualquier injerencia en los derechos fundamentales persigue de manera mediata la realización de un derecho, bien colectivo o bien jurídico⁵⁶, siendo fines mediatos⁵⁷ los derechos fundamentales (el mismo derecho que ostentan dos titulares, o distintos derechos), principios constitucionales (bien colectivo o jurídico como principio tipificado o implícito en el texto constitucional) y principios constitucionales de segundo grado (aquellos fines no contemplados en la Constitución), por reserva de ley específica o general de intervención de derechos fundamentales⁵⁸.

2.3 Requisitos extrínsecos

Centrándonos en el principio de proporcionalidad, existen dos requisitos relativos, por un lado, al sujeto que autorice la medida, el requisito extrínseco “subjetivo” de judicialidad, y, por otro lado, en relación con la forma de dicha autorización, el

⁵⁴ FASSBENDER, Bardo, cit., p. 58.

⁵⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 105.

⁵⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 708.

⁵⁷ El autor distingue entre el medio utilizado, la medida limitadora de los derechos fundamentales; el fin inmediato, la finalidad específica que se pretende alcanzar; y el fin mediano, el principio constitucional que fundamenta dicha finalidad (cit., p. 721).

⁵⁸ *Idem*, p. 709.

requisito formal de motivación⁵⁹. Ambos son de necesario estudio previos a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad “stricto sensu”.

2.3.1 Judicialidad

La judicialidad atiende al sujeto que autoriza la injerencia en los derechos fundamentales, que debe ser un órgano judicial, como dispone el artículo 588 bis b) 1º LECRIM, al otorgarles la competencia exclusiva para la adopción de las medidas de investigación, ya sea de oficio, a instancia del ministerio fiscal o de la policía judicial.

Ello trae causa de la necesidad de que, con carácter general, los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados por medio de autorización motivada de un órgano judicial⁶⁰, como ocurre en el artículo 18.3 CE (en relación con el secreto de las comunicaciones y las intervenciones telefónicas), puesto que son los órganos judiciales los que deben garantizar la eficacia de dicho derecho; valorando los jueces el caso concreto a través de un juicio de proporcionalidad, según los intereses en conflicto, admitiéndose cierto margen de apreciación⁶¹. Se les concede la primera palabra en relación a restringir algunos derechos fundamentales⁶², sin perjuicio de ciertas situaciones, como la detención por particulares, artículo 490 LECRIM, o la entrada en el domicilio sin consentimiento cuando se esté cometiendo un flagrante delito, artículo 18.2 CE⁶³.

Es necesario tener en cuenta que la solicitud para la autorización de la limitación de derechos individuales que pueden realizar el ministerio fiscal o la policía judicial no es un presupuesto necesario para adoptar la medida (ningún sentido tendría exigir la previa actuación de estos órganos para que el juez pudiera decidir si procede o no la restricción), ya que el propio juez de oficio puede acordarlo⁶⁴.

⁵⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 109.

⁶⁰ *Idem*, p. 110.

⁶¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de...*, cit., p. 197.

⁶² *Idem*, p. 198.

⁶³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 111.

⁶⁴ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, cit., p. 232.

2.3.2 Motivación

La motivación de las resoluciones judiciales que limiten derechos fundamentales es catalogada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR como un requisito extrínseco formal del principio de proporcionalidad⁶⁵, que presupone la necesidad de cualquier resolución que limita un derecho fundamental, ya que “sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”⁶⁶.

Ello trae causa del deber constitucional de motivación, que antes de la entrada en vigor del artículo 588 bis a) LECRIM se encontraba implícitamente regulado en el artículo 120.3 CE (el cual exige la motivación de las sentencias en sentido genérico) y en el artículo 24.1 CE, que contempla la obligación de que toda resolución de fondo tiene que estar motivada, en aras del derecho de acción puesto que, sin fundamentación de fondo, el ciudadano vería afectado su derecho de defensa⁶⁷. Aunque estos preceptos regulan la necesidad de motivación de las resoluciones, es necesaria una justificación más específica en lo referente a acordar medidas limitativas de derechos fundamentales. La necesidad de motivación se encuentra implícita en todos los artículos reguladores de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, con independencia de que afecten o no al derecho de defensa, ya que la fundamentación de este deber no solo alude al citado derecho, sino también al control jurisdiccional de las resoluciones, así como evitar la aplicación arbitraria de la ley, entre otros⁶⁸.

En la actualidad, la motivación de las medidas adoptadas se encuentra regulada en el artículo 588 bis a) 1. LECRIM, donde se introduce que las medidas de investigación sólo se podrán adoptar mediante autorización judicial, y por ello el artículo 588 bis c).3 LECRIM determina que la autorización judicial debe

⁶⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 141.

⁶⁶ STC 37/1989, de 15 de febrero.

⁶⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 143.

⁶⁸ *Idem*, p. 144.

contener, entre otros, “c) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a. Estos requisitos coinciden con una resolución judicial especialmente motivada”⁶⁹, que debe ser observada desde dos puntos de vista; el primero, tener en cuenta motivos, hechos o indicios objetivos utilizados por el juez para autorizar tal medida; y el segundo, tener una fundamentación jurídica que se corresponda con los hechos alegados en la resolución⁷⁰.

Es necesario ahondar en el grado de motivación que se requiere para la observancia de este deber, siendo postura del TC la flexibilización de la misma, de tal forma que se admitiría siempre que no hubiera una vulneración del derecho de defensa⁷¹, generalizándose en ciertas ocasiones el uso de formularios para autorizar diligencias de investigación⁷². Esta postura ha sido matizada por el propio TC, fruto de ello es la actual regulación de la intervención de las comunicaciones. El secreto de las comunicaciones sólo se puede limitar por la preexistencia de una investigación donde el hecho delictivo justifique la necesidad y excepcionalidad de la medida; siendo imprescindible que dicha información detallada se le conceda al juez donde se observen los indicios de criminalidad que justifiquen la autorización de la medida⁷³. Por lo tanto, el TC ha declarado que la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo se puede adoptar con una “adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda”, para así hacer posible el posterior control del derecho de defensa del sujeto pasivo, ya que ello no se puede alcanzar en el momento en que se decreta la medida⁷⁴. Lo que pretende el legislador es evitar prácticas abusivas mediante las que se acuerdan injerencias de manera habitual poco motivadas o genéricas⁷⁵.

⁶⁹ MUERZA ESPARZA, Julio, *Las reformas procesales penales de 2015: nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 163.

⁷⁰ STC 167/2002, de 18 de septiembre.

⁷¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 147.

⁷² Ejemplo de ello es la STC 166/1999, de 27 de septiembre, que alude a que los impresos pueden estar motivados si “contiene los elementos necesarios a efectos de considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad conlleva”.

⁷³ MUERZA ESPARZA, Julio, cit., p. 237.

⁷⁴ STC 299/2000, de 11 de diciembre.

⁷⁵ MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 245.

Por consiguiente, la ausencia de motivación de una medida supone una injerencia ilegítima en un derecho fundamental, que tiene como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de dicha medida, puesto que se presupone que el juez no ha realizado “el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto”⁷⁶.

2.4 Principios

Por último, será necesario el estudio de los principios que conforman el principio de prohibición del exceso para poder llevar a cabo el denominado juicio de proporcionalidad. Son los denominados por GONZÁLEZ-CUÉLLAR requisitos intrínsecos⁷⁷. Si bien la mayoría de la doctrina ha considerado que el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, también haremos referencia al principio de especialidad, añadido recientemente en la LECRIM en la reforma de 2015 como uno de los principios que conforman la proporcionalidad.

2.4.1 Principio de especialidad

Aunque la especialidad no se contemple por la jurisprudencia como uno de los principios de la proporcionalidad, el artículo 588 bis a) 1) LECRIM lo introduce como uno de los subprincipios a tener en cuenta a la hora de acordar medidas de investigación. Dicho principio “exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”. Estamos ante una prohibición de injerencias en los derechos individuales sólo por querer investigar si encuentran alguna conducta delictiva⁷⁸.

⁷⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 146.

⁷⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 153.

⁷⁸ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, cit., p. 213.

No obstante, que no se estudie como uno de los subprincipios de la proporcionalidad no significa que no sea tenido en cuenta por la jurisprudencia, como pone de manifiesto la STS 844/2002, de 13 de mayo, donde define como requisito de la proporcionalidad la especialidad de la materia, en tanto “no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales”⁷⁹.

Por lo tanto, dichas medidas sólo se pueden efectuar dentro de un proceso penal, normalmente en una “instrucción judicial en curso”, ya sea en el sumario, en las diligencias previas o en la instrucción del Jurado. No se podrán adoptar en las diligencias preventivas policiales, ni en la investigación preliminar del ministerio fiscal ni en las denominadas “diligencias indeterminadas”⁸⁰.

La finalidad de este principio es la prohibición de las denominadas “diligencias con carácter prospectivo”, aquellas que se adoptan por si pudieran encontrarse fuentes de pruebas, sin tener relación con un caso específico, como las denominadas diligencias de “peinado”, donde se peinaban barrios enteros⁸¹. Esta indeterminación de la adopción de la diligencia con límites difusos es del todo inconstitucional⁸².

En conclusión, son arbitrarias aquellas medidas que pretendan descubrir delitos en general, pudiéndose adoptar sólo para los hechos punibles de especial gravedad o relevancia social, “y que, habiendo sido previamente denunciados, constituyan el objeto de una instrucción judicial en curso”⁸³.

2.4.2 Principio de idoneidad

⁷⁹ STS 844/2002, de 13 de mayo.

⁸⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, La prueba preconstituida de la policía judicial, *Revista catalana de seguritat pública*, 2010, p. 57.

⁸¹ MONTERO AROCA, Juan, cit., pp. 245 y 246.

⁸² MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, cit., p. 227.

⁸³ GIMENO SENDRA, Vicente, La prueba..., cit. 57.

El subprincipio de idoneidad se regula en el artículo 588 bis a) 3 LECRIM, que pretende determinar si la medida es o no adecuada o útil a la finalidad pretendida, por medio de la precisión de su ámbito subjetivo, objetivo y duración⁸⁴, es decir, que la habilitación de la limitación de un derecho fundamental sea fruto de un juicio de idoneidad en relación con el ámbito de la medida y el éxito del fin, precisando en todo caso su duración⁸⁵, en otras palabras, la medida persigue un fin legítimo que realiza injerencias en un derecho fundamental, por lo que existe un conflicto entre el fin y la injerencia; se pretende estudiar si el medio es idóneo para obtener dicho fin⁸⁶.

El principio de idoneidad se define como un criterio empírico que atiende a la cualidad de la medida a utilizar que debe conseguir los fines perseguidos por medio de una adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito de aplicación⁸⁷.

Estamos ante una relación medio-fin, en tanto que entre la medida utilizada (medio) y el fin se ajuste al juicio de adecuación, siendo necesario que la restricción del derecho sea útil para la consecución del fin, no siendo nunca “absolutamente inútil para alcanzar el fin”⁸⁸. Esta relación la ha mantenido el TS en cuanto alude a que sólo las injerencias que carezcan de “una justificación objetiva y razonable” vulneran los derechos fundamentales. “La existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”⁸⁹.

La idoneidad tiene diferentes acepciones según los puntos de vista desde los que la estudiemos, logrando diferenciar entre una “concepción fuerte” del mismo, donde la medida idónea es aquella que alcanza con mayor eficacia, seguridad y rapidez el fin perseguido; o una “concepción más débil”, siendo idónea cualquier medida que contribuya al fin inmediato⁹⁰. Si bien el TC ha mantenido la concepción

⁸⁴ MUERZA ESPARZA, Julio, cit., p. 161.

⁸⁵ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, cit., p. 214.

⁸⁶ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 27.

⁸⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 154.

⁸⁸ PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, cit., p. 70.

⁸⁹ STC 22/1981, de 2 de julio.

⁹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., pp. 725 y 726.

más fuerte, la mayoría de la doctrina ha optado por la segunda acepción del concepto.

Por ello se mantiene que el principio generalmente no tiene carácter absoluto, en la medida en que el juez no tiene por qué tener de antemano la certeza absoluta de que se alcanzará el objetivo propuesto, siendo suficiente con una simple probabilidad de que lo pueda alcanzar, en cuyo caso la medida será catalogada como idónea (concepción débil de la idoneidad)⁹¹. Por diminuta que sea la limitación de un derecho, si el medio elegido es totalmente inidóneo, sería incomprensible tal injerencia en un Estado de Derecho⁹².

Lo que significa que el principio de idoneidad se puede concebir de manera negativa, no siendo la medida idónea cuando no ayude de ninguna forma a la obtención del fin inmediato⁹³; requiriéndose un mínimo de idoneidad, no un máximo⁹⁴. Llegados a este punto, surge la problemática de determinar cuándo una medida no es idónea y cuándo sí lo es, así como el grado de idoneidad necesario a tal efecto⁹⁵.

Un ejemplo de la falta absoluta de idoneidad se produjo en la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Pamplona núm. 136/2010, de 31 de marzo, donde a un se le acusó de un delito de daños por destruir unas cabinas telefónicas. Como diligencia de investigación, se pretendió realizar al sujeto una extracción de una muestra biológica (muestra indubitada) para la realización de un análisis de ADN, cuando lo cierto es que no se disponía de ningún resto biológico (muestra dubitada) con el que realizar la comparación. Por tanto, es un medio del todo desproporcionado en tanto no supera los cánones de idoneidad, ya que la medida no es adecuada al fin de la realización de la diligencia, que en este caso es contrastar que la muestra obtenida del lugar de los hechos (en este caso inexistente) coincida con la del investigado.

⁹¹ FERRERES COMELLA, Víctor, Más allá del principio de proporcionalidad, *Revista Derecho del Estado* nº 46, 2020, p. 179.

⁹² BARNES, Javier, cit., p. 25.

⁹³ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 724.

⁹⁴ *Idem*, p. 728.

⁹⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 156.

Por último, es necesaria la adecuación de la determinación del ámbito subjetivo de aplicación, es decir, antes de la adopción de la medida se requiere la precisión de los particulares sobre los que se aplicará tal injerencia⁹⁶. Dicho de otra forma, no se puede decretar una medida que aluda a la generalidad sin haber determinado a qué personas les afecta. La adecuación del ámbito subjetivo en las medidas cautelares supone el estudio de la sospecha en relación con el grado de participación del investigado, así como del grado de imputación⁹⁷.

En relación con las medidas limitativas de derechos fundamentales, se requiere además del grado de imputación de la persona investigada, una ponderación del posible éxito en la investigación que se alcance con la adopción de la medida, ya que gracias a ello se pueda incorporar “material fáctico relevante para la instrucción”⁹⁸. Ejemplo de ello es la injerencia en las comunicaciones telefónicas y telemáticas, donde el artículo 588 ter b 1º) delimita subjetivamente que tal intervención puede realizarse en los sistemas de comunicación que el sujeto investigado haya utilizado. Se abre la posibilidad de la intervención de sistemas utilizados por terceros, siempre y cuando tenga relación con los hechos ilícitos objeto de investigación, obviamente con una motivación reforzada⁹⁹.

2.4.3 Principio de necesidad

Una vez declarada la medida como idónea en tanto no es absolutamente inútil para alcanzar el fin legítimo, el segundo principio al que debemos atender es al de necesidad¹⁰⁰, regulado en el artículo 588 bis a.4.a) LECRIM, “cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho”.

⁹⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 179.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 180.

⁹⁹ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, cit., pp. 227 y 228.

¹⁰⁰ El subprincipio de necesidad ha sido denominado, tanto por la jurisprudencia española como alemana, con diferentes acepciones, entre las que destacan “principio de intervención mínima”, “de subsidiariedad” o “de la intervención más restringida posible”.

El principio de necesidad pretende la optimización del grado de eficacia que tienen los derechos y libertades de los ciudadanos contra las limitaciones que impongan los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones¹⁰¹. Ello hace alusión a que, de entre todas las medidas limitativas de derechos idóneas para alcanzar el fin propuesto, los poderes públicos deben escoger aquella que sea menos gravosa en relación con el derecho fundamental limitado¹⁰².

De esta definición podemos extraer que, a diferencia de los demás subprincipios, para determinar que una medida es la que tiene como consecuencia una menor limitación de los derechos, es necesario realizar una comparativa entre la medida estudiada y otras alternativas. Ello justifica que GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO clasifique la necesidad como un “principio comparativo”. A la hora de utilizar cualquier medida, debemos realizar un estudio de comparación con otras, donde, si alguno de los medios alternativos posee el mismo grado de idoneidad que la medida principal y si afecta en menor medida al derecho fundamentales, ésta será la que supere el juicio de necesidad, declarando la inicial como inconstitucional¹⁰³. En esta línea, el TS considera que una medida es necesaria cuando es “realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención”¹⁰⁴.

La comparación de medios alternativos requiere, en primer lugar, de dos medidas de distinta naturaleza¹⁰⁵, donde se realizará el denominado examen entre medios, ya que se requiere de varios para poder aplicar el subprincipio de necesidad¹⁰⁶.

En segundo lugar, las posibles medidas deben ser mínimamente idóneas, es decir, que ayuden de alguna manera a alcanzar el objetivo propuesto¹⁰⁷. En lo

¹⁰¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 189.

¹⁰² BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 740.

¹⁰³ *Idem*, p. 742.

¹⁰⁴ STS 844/2002, de 13 de mayo.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 196.

¹⁰⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 742.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 743.

referente al grado de idoneidad necesario, la doctrina española entiende que la finalidad perseguida debe ser alcanzada por la medida menos gravosa en una “intensidad igual o mayor” en relación con la medida en cuestión, según su eficacia (sea igual o más eficaz en cuanto al éxito del fin); la temporalidad; la realización del fin (que la medida menos gravosa alcance los mismos o más aspectos del fin en cuestión) y según su probabilidad (el medio alternativo obtenga igual o mayor seguridad en la consecución del fin perseguido)¹⁰⁸. Si bien, parte de la doctrina se opone a la necesidad del mismo grado de idoneidad, puesto que la medida más gravosa es lógico que presuponga una mayor idoneidad, lo que conduciría a una aplicación restrictiva del citado subprincipio. Será requisito de la medida alternativa menos gravosa la “aptitud suficiente”, no la “igual aptitud”¹⁰⁹.

En tercer lugar, las medidas alternativas deben intervenir “con menor intensidad en el derecho fundamental”¹¹⁰, por lo que se debe determinar qué medida es la menos gravosa, descartando aquellas que puedan sustituirse por otras menos lesivas, lo que se denomina como “la optimización del grado de eficiencia de los derechos individuales”¹¹¹, ya que sería desproporcionada aquella medida que implicara “un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza”¹¹².

En este punto, cabe hablar de la denominada “escala de lesividad”, donde se ordenarían las medidas atendiendo a su grado de injerencia en los derechos fundamentales, que ayudaría notablemente a la aplicación del principio de necesidad. Para ello, no solo debemos abogar por datos empíricos, sino que será necesaria cierta ponderación de valores en relación con el medio-fin, por lo que algunos autores denominan esta escala como “valorativa”, cuestión que puede llegar a complicar la optimización de las medidas¹¹³.

¹⁰⁸ *Idem*, pp. 744 y 745.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 197.

¹¹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 747.

¹¹¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 198.

¹¹² STC 66/1985, de 23 de mayo.

¹¹³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 199.

La gravedad debe ser considerada no sólo en cuanto al grado de restricción del derecho (que será el imprescindible para la obtención del fin), sino además posibles consecuencias previsibles, queridas o no, directas o indirectas, como las consecuencias de la prisión en los ámbitos educativos, sociales, familiares¹¹⁴. En este sentido, el juicio de necesidad se debe llevar a cabo teniendo en consideración “premisas empíricas, analíticas y normativas seguras” de que el medio alternativo produce una menor intensidad en el derecho fundamental¹¹⁵.

Por último, es preciso destacar que el artículo 588 bis a) 4 LECRIM regula, junto con el principio de necesidad, el de excepcionalidad, en tanto que sólo se podrán acordar medidas que atiendan al principio de excepcionalidad:

“b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida”. A pesar de esta referencia a la excepcionalidad, los autores no lo reconocen como un subprincipio de la proporcionalidad, concluyendo que se subsume dentro del requisito de necesidad.

2.4.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto

El último de los subprincipios de la prohibición del exceso es el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, regulado en el artículo 588 bis a) 5 LECRIM; “(...) que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”. Una medida será declarada proporcional cuando dicho sacrificio sea adecuado al interés estatal a proteger. Por lo tanto, la importancia de la injerencia en el derecho fundamental debe basarse en la importancia del fin perseguido¹¹⁶. Aunque la medida haya superado los demás requisitos del principio estudiado, si es abusiva la limitación del derecho, será catalogada como inadmisibles¹¹⁷.

¹¹⁴ *Idem*, p. 200.

¹¹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 763.

¹¹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 763.

¹¹⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 225.

Este principio es de naturaleza material, puesto que se le dota de contenido como son los valores en juego, teniendo además criterios para medir el valor de mayor peso, siendo insostenible la tesis de que la naturaleza de este principio sea meramente formal¹¹⁸.

Este principio se caracteriza por ser de naturaleza valorativa, en tanto que se tiene que estudiar la relación existente entre el medio-fin empleados desde el punto de vista de los valores que lo fundamentan¹¹⁹. Asimismo, dichos valores deben ser objeto de ponderación para determinar la proporcionalidad adecuada entre la injerencia y el fin pretendido¹²⁰. Ello se identifica con la *ley de la ponderación*, que alude a que, a mayor grado de injerencia de uno de los principios, de igual medida tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro principio¹²¹.

El juicio ponderativo será realizado en atención a la valoración del interés público según la gravedad del hecho, la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido según artículo 588 bis a) LECRIM, es decir, debemos utilizar “técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto”¹²².

Por lo tanto, para realizar el juicio de ponderación tenemos que observar tres pasos:

En primer lugar, precisar la importancia del derecho fundamental y del fin perseguido, que se consigue mediante la determinación del peso de cada uno de los valores tenidos en cuenta, que es oportuno ponderar mediante una escala de valores, como leve, moderado y grave, por ejemplo¹²³, según estemos ante un derecho fundamental, principio constitucional de primer o segundo grado, en relación con su presencia en las fuentes del derecho¹²⁴.

¹¹⁸ *Idem*, p. 227.

¹¹⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 226.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ ALEXY, Robert, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 15.

¹²² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de ...*, cit., p. 208.

¹²³ ALEXY, Robert, cit., p. 16.

¹²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 767.

En segundo lugar, es necesaria una comparación entre la intensidad de la limitación del derecho fundamental y la realización del principio que justifica tal medida, obteniendo una “relación de precedencia” entre cuál tiene preferencia¹²⁵.

Y, por último, realizar una relación de precedencia entre el derecho fundamental y la finalidad a perseguir, otorgando la solución al caso concreto, que en ningún caso supone disponer una jerarquía entre derechos¹²⁶. En la hipótesis de que tenga más peso la intervención, a ésta se le concederá una validez con carácter definitivo, mientras que, si el derecho fundamental tiene preferencia, la medida se declarará como inconstitucional¹²⁷.

Por lo tanto, de la valoración realizada se debe concluir que el medio elegido debe tener mayores ventajas que perjuicios en relación con los derechos objeto de estudio. En todo caso, dichos medios tienen que observar una “relación razonable con el resultado perseguido”¹²⁸, como aboga el TC al referirse a que “la medida sea ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”¹²⁹.

3. La relación del principio de proporcionalidad con los derechos fundamentales

Gran debate ha suscitado la determinación de si efectivamente existe una relación entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, siendo la postura aquí defendida que, debido a la consagración de los derechos fundamentales en los Estados democráticos actuales, es necesario acudir a la proporcionalidad y a las técnicas ponderativas¹³⁰.

Se mantienen principalmente dos posturas acerca de dicha relación; la existencia de conexión necesaria entre ambos y la inexistencia de dicha conexión, donde la posible conexión va a depender de la decisión del legislador. Por lo cual, la relación entre ambos será de naturaleza contingente, de la que se deriva el estudio

¹²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 787.

¹²⁶ *Idem*, p. 798.

¹²⁷ *Idem*, p. 800.

¹²⁸ PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, cit., p. 70.

¹²⁹ STC 66/1985, de 23 de mayo.

¹³⁰ PINO, Giorgio, cit., p. 200.

de dos tesis por ALEXY, la tesis de necesidad y la tesis de contingencia, centrándonos en la tesis de necesidad¹³¹.

Es necesario destacar la gran influencia de ALEXY (uno de los mayores estudiosos del principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales) en tanto que su teoría se equipara a la adoptada por el BVerfG, logrando una ponderación entre los derechos fundamentales u otros bienes constitucionales, mediante la distinción principal entre principios y reglas¹³².

3.1 Los derechos fundamentales como principios

Antes de abarcar la tesis de necesidad impulsada por ALEXY, es preciso estudiar la denominada “teoría de los principios”, donde se pretende realizar una distinción entre las reglas y principios para explicar la estructura de las normas reguladoras de derechos fundamentales, relacionadas en gran medida con el principio de proporcionalidad¹³³. Esta teoría fue precedida por la de DWORKIN, quien entendió que, en el ordenamiento jurídico, además de las reglas, existen principios; ambos son normas jurídicas, pero con palpables diferencias¹³⁴. Parte de la premisa de que los principios tienen que admitir la existencia de una sola respuesta correcta cuando las reglas tengan varias¹³⁵, mientras que las reglas se componen de un supuesto de hecho y consecuencia jurídica, por lo que se utilizará la técnica de la subsunción¹³⁶.

Para ALEXY, las reglas son definidas como “normas que exigen algo en forma definitiva”. Las considera como mandatos definitivos, aplicados mediante la “subsunción”, estando satisfechas las reglas cuando se haya realizado lo que se exige de manera precisa, en caso contrario, se entendería por no satisfecha¹³⁷.

¹³¹ ALEXY, Robert, cit., pp. 11 y 12.

¹³² COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: más allá de Alexy, *Revista Ius et Praxis*, núm. 3, 2018, p. 479.

¹³³ BERNAL PULIDO, Carlos, cit., p. 575.

¹³⁴ *Idem*, p. 576.

¹³⁵ ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, p. 139.

¹³⁶ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 20.

¹³⁷ ALEXY, Robert, cit., p. 12.

Los principios los concibe como “mandatos de optimización”, debiendo cumplirse según las posibilidades de la medida, delimitadas por los principios contrarios a éstos, siendo consecuencia de ello que se consideran simples mandatos de optimización. Los principios se aplican mediante la ponderación, ya que es lo que permite precisar el grado de satisfacción de un principio respecto a otro¹³⁸. Tanto los derechos fundamentales como diversos bienes constitucionales son principios¹³⁹, al igual que la mayoría de las normas reguladoras de los derechos fundamentales, ya que son tan abstractos que en un caso concreto no se puede utilizar la subsunción en él¹⁴⁰.

Por lo tanto, la principal diferencia entre las reglas y los principios es que las reglas determinan el ámbito fáctico y jurídico posible, por lo que se actúa conforme a ellas o no, sin mayor opción. Los principios, en cambio no delimitan dichos ámbitos, por lo que se pueden cumplir en diferentes grados¹⁴¹. Asimismo, las consecuencias de su aplicación en caso de colisión normativa son contrapuestas; mientras que la colisión entre dos reglas supone la invalidez de una de ellas, la colisión de principios no supone la invalidez de ninguno, ya que ambos son válidos y aplicables, por lo que se deberá determinar una “preferencia móvil” del caso concreto¹⁴².

3.1.1 La primera tesis de necesidad

De ello se deriva que el principio de proporcionalidad se defina como un mandato de optimización, que encuentra una “conexión necesaria” con la teoría de los principios. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad reflejan el concepto de optimización, en tanto que requieren de una optimización de sus posibilidades fácticas y jurídicas; la idoneidad y necesidad atienden a la optimización sobre las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad “strictu sensu” tiene en cuenta la optimización de las posibilidades jurídicas¹⁴³.

¹³⁸ *Idem*, pp. 12 y 13.

¹³⁹ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, cit., p. 480.

¹⁴⁰ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 20.

¹⁴¹ ALEXY, Robert, cit., pp. 142 y 143.

¹⁴² GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 23.

¹⁴³ ALEXY, Robert, cit., p. 12.

En primer lugar, atiende al principio de idoneidad, donde determina que teniendo dos principios a valorar (donde *PI* es el derecho fundamental que se pretende limitar por la medida (*M*) y *P2* es el fin legítimo que se pretende alcanzar) se pretende alcanzar si *M* es idónea para alcanzar *P2*¹⁴⁴. Si el medio imposibilitara la realización de *P2*, la adopción del medio le perjudicaría, obteniendo ambos principios su mayor grado de realización si el medio no se utilizara. Ello alude a que “una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra”¹⁴⁵.

Una vez precisada la idoneidad de la medida, estudiaremos su necesidad¹⁴⁶. El segundo principio, el de necesidad, supone una comparativa entre dos medios (*M1* y *M2*) con el mismo grado de idoneidad para alcanzar el *PI*, siendo el utilizado aquel que produzca una menor lesividad a *P2*, por lo que se podrá realizar *PI* sin perjudicar a *P2*¹⁴⁷. Ambos principios, tanto el de idoneidad y necesidad, atienden a la optimización de las posibilidades fácticas puesto que se pretende evitar posibles perjuicios¹⁴⁸.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto pretende determinar si la afectación a un derecho se compensa con el beneficio derivado de la satisfacción del principio contrapuesto¹⁴⁹.

Este principio supone el conflicto entre *PI* y *P2*, y como los perjuicios no pueden ser evitados (diferente de lo que ocurre en los principios anteriores) estamos ante una ponderación de las posibilidades jurídicas, estudiadas mediante la “ley de la ponderación”, de cuya aplicación resulta la “fórmula del peso”¹⁵⁰. Ello requiere de ponderar los principios implicados (*PI* y *P2*) mediante la precisión de la afectación de la medida al derecho fundamental *PI*; determinar la importancia de la satisfacción del fin legítimo, ya sea un derecho o fin protegido (*P2*) y concluir si alcanzar *P2* justifica el perjuicio de *PI*¹⁵¹.

Mediante la fórmula del peso se obtiene el peso de un principio en relación con otro principio opuesto, que es el resultado de: la intensidad de la injerencia en

¹⁴⁴ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 27.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert, cit., p. 13.

¹⁴⁶ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 28.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 14.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 15.

¹⁴⁹ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, cit., p. 484.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert, cit., p. 15.

¹⁵¹ GARAT DELGADO, María Paula, cit., p. 30.

el primer principio (*P1*) por el peso en abstracto del principio (*W1*) y por el peso de la apreciación empírica en relación con lo que supone no realizar el citado principio (*R1*). Todo ello dividido en los mismos términos en relación con el segundo principio (*P2*)¹⁵².

Con ello se puede alcanzar la ponderación mediante una escala que abarque como mínimo dos valores (leve - moderada) para vislumbrar que es proporcional la fuerza del principio con la intensidad de la injerencia en ellos, de tal forma que, si el peso de *P1* es superior a 1, prevalece dicho principio con respecto a *P2* y viceversa. No debemos olvidar la necesidad de fundamentar jurídicamente estas conclusiones, para poder determinar qué principio prevalece en cada caso concreto¹⁵³. Por lo tanto, si la injerencia al derecho fundamental es leve y la realización del principio contrapuesto (*P2*) es muy importante, la medida superaría el test¹⁵⁴.

Partiendo de estas consideraciones, es evidente concluir que existe una relación entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad en su conjunto. Para precisar la distinción entre la primera y la segunda tesis de necesidad, debemos distinguir dos conexiones: la relación entre los principios y el principio de proporcionalidad (“primera tesis de necesidad”) y la relación entre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, donde se incluye el de proporcionalidad (“segunda tesis de proporcionalidad”)¹⁵⁵.

3.1.2 La segunda tesis de necesidad

La segunda tesis abarca el estudio de la existencia de conexión necesaria entre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, donde se encuentra el principio de proporcionalidad. Es necesaria la premisa de la tesis de contingencia, que delega la decisión de la existencia o no de dicha conexión a la decisión del derecho positivo, es decir, al legislador, (la “tesis de positividad”). Esta posición se contrapone a lo mantenido por ALEXY, por lo que mediante la segunda tesis de

¹⁵² ALEXY, Robert, cit., p. 16.

¹⁵³ *Idem*, p. 17.

¹⁵⁴ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, cit., p. 481.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert, cit., pp. 19 y 20.

necesidad precisó, por un lado, la naturaleza de los derechos fundamentales, y por otro, la pretensión de corrección en relación con los derechos fundamentales¹⁵⁶.

Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, por un lado, una dimensión fáctica, en la medida en que están consagrados y forman parte del derecho positivo; por otro lado, una dimensión ideal del derecho, ya que se caracterizan por ser derechos morales, universales, fundamentales, abstractos y con prioridad frente al resto de derechos¹⁵⁷. Esta última dimensión supone la colisión inevitable entre derechos, siendo necesaria su ponderación.

A pesar de la positivización de los mismos, éstos perviven en conexión con razones de su contenido, incluso después de su regulación¹⁵⁸. De ello se deriva una conexión real de los derechos fundamentales que, normativizados en la Constitución, tienen que interpretarse como principios; y éstos a su vez se encuentran conectados con las normas que consagran un derecho fundamental. En caso de colisión entre principios, si se soluciona con una regla, ésta deberá respetarse; aunque si la regla es ambigua, entran en juego los principios que sustentan dicha regla, no siendo compatible con los principios regulados en nuestro derecho. Ante la imposibilidad de resolver el conflicto con la regla, requiere de una interpretación de la Constitución como principios, existiendo una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, cuestión que fundamenta la segunda tesis de necesidad¹⁵⁹.

Una segunda cuestión es la denominada “tesis de la pretensión de corrección”, de la que nos interesa que dicha pretensión requiere que el TC adopte una decisión “tan racional como sea posible”¹⁶⁰. Ello tiene especial relación con el estudio de la teoría del peso dentro del principio de proporcionalidad “strictu sensu” ya que los valores que se obtengan de dicha fórmula son proposiciones, como por

¹⁵⁶ ALEXY, Robert, cit., pp. 23 y 24.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 24.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 25. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 12 dispone que el derecho de libertad a elegir la profesión no se encuentra subordinado a limitación. Si considerásemos esta regla únicamente según lo expresado, quienes no hubieran aprobado el examen de fin de grado deberían tener derecho a su admisión en un estudio jurídico; afirmación que no procede por no estar sujeta al principio de proporcionalidad.

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 26 y 27.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert, cit., p. 27.

ejemplo decir que “la restricción del derecho a la personalidad es moderada”. Por sí sola no tiene ningún valor, siendo requisito necesario una argumentación de un juicio racional que le brinde una fundamentación. De ello se deriva la afirmación de que la ponderación es del todo racional, por lo que el principio de proporcionalidad es necesario, por un lado, por la naturaleza de los derechos fundamentales, y por otro, por la tesis de la pretensión de corrección (necesaria argumentación)¹⁶¹.

Con ello ALEXY pretende demostrar que el principio de proporcionalidad tiene una conexión necesaria con los derechos fundamentales, no siendo la ponderación en ningún caso de naturaleza irracional (tesis mantenida por algunos autores como la “objeción de la irracionalidad”)¹⁶².

3.2 El principio de proporcionalidad en relación con la detención policial

Durante la delimitación del principio de proporcionalidad, así como en lo relativo a la existencia de una conexión necesaria con los derechos fundamentales, hemos partido de una limitación a un derecho individual por una diligencia, en este caso nos referimos a la detención policial como medida cautelar. Por tanto, es preciso abordar mediante ejemplos la utilización de este principio a la hora de autorizar dicha medida y, por consiguiente, determinar la constitucionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales¹⁶³.

Como medida precautelar personal se encuentra la detención, a través de la cual se priva de libertad durante un breve plazo delimitado temporalmente, que tiene como fin poner a disposición de la autoridad judicial al detenido, para que decida sobre su situación; en tanto mantenga la privación de libertad, una medida menos gravosa, o lo ponga en libertad¹⁶⁴. Esta medida se encuentra regulada en los artículos 489 a 501 LECRIM, y restringe principalmente el derecho a la libertad, en

¹⁶¹ *Idem*, pp. 28 y 29.

¹⁶² *Idem*, p. 27.

¹⁶³ PEREIRA SÁEZ, Carolina, cit., p. 1048.

¹⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 280.

concreto la libertad ambulatoria (artículo 17 CE) por lo que a priori se concibe dentro del presupuesto formal del principio de legalidad.

Sin embargo, existen supuestos dentro de las denominadas “quiebras al principio de legalidad” en los que no se tiene presente este presupuesto, como la denominada “retención”¹⁶⁵, donde se priva al “retenido” del régimen de derechos que asiste a una persona objeto de detención, lo cual es del todo inconstitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha delimitado a la “retención” como una privación subsidiaria de libertad, donde no se detiene (puesto que no se le conceden sus derechos) pero está obligado a cumplir todo lo que implica la privación de libertad. No se sabe si el ciudadano está detenido o en libertad. Por lo tanto, esta figura es “equivoca, en detrimento de las libertades y (...) es contraria al contenido efectivo del derecho reconocido en el artículo 17 CE. (...). La detención es algo fáctico, antes que algo jurídico, sin que quepa crear zonas intermedias entre detención y libertad”¹⁶⁶.

Una segunda cuestión relativa al principio de legalidad es el plazo estipulado para la detención. A priori existe una incongruencia entre el plazo del artículo 520 LECRIM en relación con el 17.2 CE: “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, y el plazo del artículo 496 LECRIM, de 24 horas.

Si entendiésemos que únicamente se puede proceder a la detención en un plazo de 24 horas, la retención sin motivo fuera del plazo determinaría la ilegalidad de la detención, pudiéndose utilizar el procedimiento del “habeas corpus” junto con un proceso penal contra el funcionario que retuvo a la persona por cometer un delito de detención ilegal por exceso de plazo del artículo 530 CP¹⁶⁷.

Sin embargo, debemos interpretar el plazo de 72 horas como un “plazo máximo”; por lo que la policía no tiene habilitación legal agotarlo, sino que deberá

¹⁶⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 83.

¹⁶⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre.

¹⁶⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018, p. 479.

utilizar el tiempo “estrictamente necesario” para las diligencias necesarias¹⁶⁸, consistentes en la identificación del detenido y tomarle declaración sobre los hechos. Por lo tanto, de esta forma se habilita al legislador para que introduzca un plazo inferior si así lo considera necesario, sin entender derogado el artículo 496 LECRIM, ya que éste sólo pretende fijar un límite dentro del margen al que alude el artículo 17 CE, por lo que ambos plazos son conformes a la ley¹⁶⁹.

Una vez abordado el estudio del presupuesto formal de legalidad, continuamos con el segundo presupuesto, denominado como “justificación teleológica”, donde se estudia si el fin perseguido por la autoridad es legítimo. En este caso se atiende a los presupuestos de las medidas cautelares, es decir, primero al “fumus boni iuris”, que atiende a la flagrancia del delito en líneas generales, y segundo al presupuesto de “periculum in mora”, el posible riesgo de que el detenido impida la ejecución de la sentencia por medio de su fuga u ocultación de pruebas¹⁷⁰.

Finalizado el estudio de los presupuestos, abarcamos los requisitos extrínsecos, siendo el primero de ellos la judicialidad, que atiende a que sea el órgano judicial el que autorice la injerencia de derechos. Este requisito no es absoluto, y presenta en la detención excepciones, ya que el juez no es quien las lleva a cabo, sino que se practican por la policía, según el artículo 492 LECRIM, e incluso por los particulares, en los casos previstos en el artículo 490 LECRIM. De ello se podría generar un supuesto de detención ilegal cuando no se hubiera procedido conforme a la ley, habilitando para ello el proceso de “habeas corpus”, artículo 17.4 CE¹⁷¹.

El segundo requisito extrínseco es el de motivación de toda limitación de derechos fundamentales, como regula el artículo 493 LECRIM en tanto que se deberán contemplar el “nombre, apellido y domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación del procesado”. Finalizada la actuación policial, será el juez el que dictamine mediante auto motivado si decreta la libertad, la libertad o prisión provisionales.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 87.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 283.

¹⁷¹ MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 281.

Dentro de los requisitos intrínsecos, el primero de ellos es el principio de especialidad, que se refiere a que ninguna medida se puede adoptar sin una investigación de un delito concreto, que se corresponde con el requisito de la “instrumentalidad” de la detención, es decir, se podrá detener a una persona sólo cuando exista, o inminentemente vaya a existir, una causa penal¹⁷².

El principio de idoneidad requiere que la medida sea adecuada para alcanzar el fin perseguido, debiendo en todo caso precisar el ámbito subjetivo y objetivo de la medida. No debemos olvidar que nos encontramos ante una medida excepcional, en tanto a su aplicación restrictiva y su estricta temporalidad¹⁷³. Fruto de ello es la redacción del artículo 17.2 CE, que concede el tiempo estrictamente necesario para esclarecer los hechos, como una manifestación de la necesidad de adecuación cuantitativa de la medida empleada (medio) en relación con el fin (evitar el riesgo de fuga)¹⁷⁴. Otra manifestación de esta adecuación cuantitativa son los artículos 506 y 507 LECRIM en relación con la incomunicación de detenidos para asegurar el efectivo desarrollo de la instrucción; una excepción dentro de la excepción que es la detención¹⁷⁵.

Sin embargo, el artículo 527 LECRIM, regulador del contenido de la incomunicación, resulta inidóneo (y por tanto desproporcionado) puesto que al otorgar directamente un abogado de oficio en su apartado a), se limita indebidamente el derecho fundamental a la asistencia letrada sin estar ello justificado en la consecución del fin pretendido, cuando no sería necesario, además teniendo en cuenta que en su apartado c) se prohíbe la posibilidad de entrevistarse con su abogado¹⁷⁶. Asimismo, será necesario una adecuación del ámbito subjetivo de la medida, equivalente a que, al estar ante una medida de carácter personal, se debe aplicar a una persona determinada que se encuentre en la situación del artículo 490 o del 492 LECRIM.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 174.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 175.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Superado el juicio de idoneidad, continuamos con el principio de necesidad, donde se debe realizar una comparativa con otras medidas alternativas idóneas para precisar cuál produce una injerencia menor en los derechos del ciudadano. En relación con la detención, no se regula en nuestro ordenamiento jurídico ninguna alternativa menos lesiva para el derecho a la libertad, hasta el punto de que los autores han optado por ahondar en las alternativas a la prisión provisional, asimilando la necesidad de la detención. A pesar de ello, hemos querido aportar una solución a esta cuestión, siendo una posible alternativa la mera identificación del sujeto basada en la seguridad ciudadana del artículo 16 de la LO 4/2015, que abandona el “status” de medida privativa de libertad al ser una simple medida de seguridad¹⁷⁷.

Si bien, somos conscientes de las dificultades que conlleva esta alternativa (en primer lugar, porque si no se consigue la identificación del sujeto, debe procederse a su detención según el artículo 16.2 LO 4/2015 y; en segundo lugar, no olvidemos que el fin de la detención consiste en elevar las garantías del detenido), consideramos esta posibilidad menos lesiva para el derecho fundamental a la libertad.

El último principio por estudiar es el principio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se valorará como proporcional la medida cuando el sacrificio de los derechos individuales no sea mayor que los beneficios que pueda aportar a los fines individuales o de la sociedad. Llegados a este punto, siguiendo la teoría de ALEXY, deberíamos atender a si la injerencia al derecho fundamental de la libertad es leve o moderada y si la realización del fin perseguido, evitar el riesgo de fuga, es o no importante, para concluir o no como proporcionada la detención, según el caso concreto.

4. Delimitación del principio de proporcionalidad en el derecho procesal y en el derecho penal material

Es necesario abordar la distinción entre el principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal y en el derecho penal, puesto que su ámbito de aplicación

¹⁷⁷ MONTERO AROCA Juan, cit., p. 282.

es ciertamente distinto, hasta el punto de que el citado principio en el proceso penal se conceptúa como una limitación objetiva del derecho penal material¹⁷⁸.

Aunque la mayoría de los autores se centran en el estudio de la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena¹⁷⁹ (veremos a continuación que ello concierne a la proporcionalidad en sentido estricto), lo cierto es que en el proceso penal la proporcionalidad abarca cualquier limitación a un derecho fundamental derivado de la actuación estatal¹⁸⁰. Por lo tanto, estamos ante un verdadero principio constitucional que ejerce la función de límite del derecho penal¹⁸¹.

En este sentido, los límites materiales de toda intervención penal son; el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, la necesidad de la pena, subsidiariedad, intervención mínima de lesividad, así como la exclusiva protección de bienes jurídico-penales. Todos ellos conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio¹⁸², que abarca la totalidad de la actuación penal, desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su posterior ejecución¹⁸³.

La proporcionalidad justifica la intervención penal limitadora de derechos puesto que pretende dar protección a los intereses de los particulares y de la sociedad¹⁸⁴. Los subprincipios que lo componen son:

La idoneidad, que requiere que la intervención penal alcance el fin pretendido; en este caso “la protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos”. No sería idóneo el derecho penal si no consiguiera evitar

¹⁷⁸ NEUMANN, Ulfrid, cit., p. 343.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 29.

¹⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal en AA.VV. (FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. Coord.): *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 68.

¹⁸¹ A favor de esta tesis, NEUMANN considera que crea “oportunidades de argumentación”, ya que como principio es un argumento para estar a favor o en contra de la normativa penal, proporcionando un razonamiento para conseguir un “modelo relevante del derecho positivo” (p. 353).

¹⁸² MIR PUIG excluye de la estructura del principio de proporcionalidad el de legalidad por no tener un contenido de naturaleza material (p. 74). Esta cuestión queda resuelta por la teoría mantenida por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, al distinguir entre presupuestos formales y materiales.

¹⁸³ *Idem*, pp. 73 y 74.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 75.

delitos¹⁸⁵. A ello se refiere el Tribunal Constitucional alemán al declarar idóneas las medidas cuando “el medio en concreto (la amenaza penal) es apropiado como tal para alcanzar su finalidad”¹⁸⁶.

Es precisa la idoneidad tanto de la incriminación de una conducta como de la consecuencia jurídica que se prevé por su comisión, es decir, que sean aptas para alcanzar el fin pretendido, en este caso “la protección de bienes jurídicos”¹⁸⁷. En consecuencia, la pena debe ser idónea para “tutelar” dicho bien¹⁸⁸.

La medida será necesaria en tanto no existan alternativas a la intervención penal con una menor afectación a los derechos individuales; en otras palabras, que la medida, con igual eficacia que otras, sea la “más moderada posible en cuanto a restricción de derechos”¹⁸⁹. El medio será ilegítimo cuando el derecho sacrificado o limitado sea mayor que en otras alternativas, aunque en ambos se hubiera alcanzado el mismo fin, ya que “devendría inútil este mayor coste de libertad”¹⁹⁰. La necesidad abarca el “principio de intervención mínima”, en tanto no exista otro medio idóneo que limite los derechos fundamentales; el principio de subsidiariedad del derecho penal, que implica que se apliquen en primer lugar alternativas que no sean de naturaleza penal; y, por último, el principio de “última ratio”, que supone que el derecho penal se utilice en última instancia¹⁹¹.

El principio de necesidad requiere de un estudio de naturaleza empírica mediante la comparación de las medidas alternativas para concluir si pueden alcanzar la idoneidad necesaria; atendiendo a los beneficios y costes que se generen de dichos medios¹⁹². Se deberá realizar un juicio de valor entre las diferentes medidas, como por ejemplo la comparación entre una multa moderada y una pena privativa de libertad. Si bien, esta comparativa puede generar ciertas ambigüedades

¹⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, cit., p. 77.

¹⁸⁶ NEUMANN, Ulfrid, cit., p. 351.

¹⁸⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 200, p. 148.

¹⁸⁸ CUERDA, Arnau, *Principio de proporcionalidad*, pp. 469 y ss., citado en DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, cit., p. 149.

¹⁸⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, cit., p. 153.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 154.

¹⁹¹ MIR PUIG, Santiago, cit., p. 77.

¹⁹² DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, cit., p. 155.

puesto que, dependiendo de la perspectiva estudiada, las medidas pueden ser necesarias en diversos grados¹⁹³.

Un ejemplo de ello estaría constituido por el proceso penal por delito privado (delitos de injurias y calumnias, artículos 804 y ss. LECRIM), en comparación con otra medida alternativa como es el proceso civil especial para la tutela de los derechos fundamentales, y en particular, por lo que ahora interesa, del derecho al honor¹⁹⁴. De entrada, el proceso civil para la protección de los derechos fundamentales, regulado en el artículo 249.1. 2º LEC exige la necesaria personación del ministerio fiscal (parte necesaria), mientras que en el proceso penal se deja al arbitrio de los particulares decidir iniciar o no el proceso¹⁹⁵, sin ninguna actuación por parte del ministerio fiscal. Incluso, el proceso para la protección de los derechos fundamentales tiene una tramitación preferente, lo que complementa la perfecta protección de los derechos que se tramiten por este proceso. Asimismo, en el proceso civil se prohíben los posibles actos dispositivos de renuncia, justificado en la imposibilidad de disponibilidad del objeto del proceso (la tutela de los derechos fundamentales). En contraposición, se permite en el proceso penal la renuncia de la parte querellante, incluso el perdón del ofendido y el abandono de la querrela¹⁹⁶. Ello es una clara manifestación de la vigencia del principio de oportunidad en el derecho penal, de lo cual se extrae una total incongruencia en cuanto a delimitación de procesos se refiere, dando paso a la denominada “esquizofrenia procesal”¹⁹⁷.

De esta pequeña comparación subyace que, si bien ambas medidas son idóneas, el proceso civil brinda al ciudadano y a la sociedad en su conjunto un mecanismo más eficaz y desde un punto de vista teórico-práctico, más preciso. Por lo tanto, la falta de necesidad del proceso penal supone declararlo como desproporcionado. Es relevante destacar que ningún sentido tiene que se regule el

¹⁹³ NEUMANN, Ulfrid, cit., p. 351.

¹⁹⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, “Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal”, en AA.VV. (CALZADA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J.C., Dirs): *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dihyson, p. 282.

¹⁹⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, cit., p. 284.

¹⁹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de...*, cit., p. 752.

¹⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan, *La paradoja del Siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 92 y ss. citado en GONZÁLEZ, NAVARRO, Alicia, cit., p. 285.

citado proceso penal en la LECRIM¹⁹⁸ y a la vez “aplicar en su enjuiciamiento los principios que rigen el proceso civil”¹⁹⁹. Ello, sumado a que el proceso civil otorgaría una mayor protección y garantías que el penal y no se estaría respetando el principio de “ultima ratio”, se infringe el principio de proporcionalidad penal.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto alude a que la limitación de derechos derivada de la intervención penal no puede ser superior a los beneficios que se pretendan obtener con la consecución del fin²⁰⁰. Este principio requiere de la existencia de una relación entre los medios (idóneos y necesarios) y el fin perseguido²⁰¹; siendo imprescindible la correlación entre la gravedad de la intervención y la limitación de los derechos fundamentales. En consecuencia, si aumenta la gravedad de la intervención penal, “mayor habrá de ser la importancia del bien o bienes que con ella se espera proteger, y mayor la intensidad de su afectación que se desea evitar”²⁰².

Asimismo, la proporcionalidad en sentido estricto abarca la proporcionalidad entre la gravedad del bien jurídico-penal lesionado (“la gravedad del injusto penal”) y la pena impuesta²⁰³, siendo para ello será necesario la ponderación entre la limitación de derechos que supone la pena impuesta y el fin perseguido²⁰⁴.

Ello será en todo caso fruto de valoración, sin olvidar el contexto de la cultura jurídica, de tal modo que “una condena de treinta años de privación de libertad por un robo, según los estándares actuales, no sería considerada una pena proporcionada”²⁰⁵.

5. **Ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**

¹⁹⁸ Una posible solución a esta cuestión podría ser eliminar los más denominados “delitos privados” de la LECRIM.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, cit., p. 284.

²⁰⁰ NEUMANN, Ulfrid, cit., p. 351.

²⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, cit., p. 166.

²⁰² MIR PUIG, Santiago, cit., p. 78.

²⁰³ MIR PUIG, Santiago, cit., p. 84.

²⁰⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, *Derecho y Constitución*, p. 6 citado en DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, cit., p. 166.

²⁰⁵ NEUMANN, Ulfrid, cit., p. 352.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen conferido el monopolio de la potestad coercitiva, el uso de la fuerza y la limitación de la libertad individual, en aras de garantizar la seguridad de la comunidad²⁰⁶. Para ello, en multitud de ocasiones los agentes de policía requieren en su actuación del uso de la fuerza, definido como una “herramienta necesaria para asegurar que las conductas de los ciudadanos no se realicen al margen de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico”²⁰⁷.

Cualquier intervención policial debe estar sujeta a un estricto control previsto en la ley, si bien, las normas reguladoras de dicha actuación se caracterizan por ser abstractas y generales, como sucede en la sistematización del uso de la fuerza²⁰⁸.

A pesar de una regulación del uso de instrumentos, como armas, ésta no existe para la “intervención física de los agentes de la autoridad”, basándose sólo en los manuales que les brinden las academias; siendo cada cuerpo policial el que realiza los protocolos internos, que difieren en gran medida con el concepto de norma jurídica²⁰⁹. Por lo tanto, serán los tribunales los que estudien en cada caso concreto si el uso de los medios en relación con la finalidad pretendida ha sido proporcionado²¹⁰.

Ante la carencia de definición del uso de la fuerza, diversos preceptos hacen alusión a la misma, como el artículo 5 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS). Este artículo regula los principios que rigen la actuación policial, como son el de proporcionalidad, necesidad, congruencia y oportunidad.

²⁰⁶ RUIZ ORTIZ, Salvador, *Detención Policial y Uso de la Fuerza: Implicaciones Jurídico-Criminológicas*, Murcia, 2015, p. 37.

²⁰⁷ GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, *El uso policial de la fuerza. Especial consideración del sistema de intervención operativa en la guardia civil y análisis de su aplicación y evolución en la comunidad canaria*, Tenerife, 2019, p. 89.

²⁰⁸ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal, *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 83, 2014, p. 44.

²⁰⁹ GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, cit., p. 90.

²¹⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, cit., pp. 47 y 48.

En primer lugar, el principio de proporcionalidad requiere que el uso de la fuerza sea el “medio adecuado en relación con el concreto fin perseguido”²¹¹. La proporcionalidad opera como una ponderación previa a dicha actuación. Asimismo, ello permite una “activación de la Justicia” en aquellos casos en los que se exceda la policía y demás miembros de seguridad²¹².

La proporcionalidad²¹³ pretende delimitar el ámbito de aplicación de las intervenciones policiales, por lo que su actuación deberá ser ponderada en atención a los fines legítimos perseguidos, en este caso, el peligro para la seguridad ciudadana o el orden público²¹⁴.

Se requiere primero, que la medida sea idónea para alcanzar el fin pretendido, siendo el uso de la fuerza una medida apta para evitar un descontrol de la amenaza a la seguridad ciudadana y poder restablecer el orden público.

Posponiendo el estudio de la necesidad de la medida, (puesto que la LOFCS lo consagra como un principio independiente del de proporcionalidad) la autoridad deberá estudiar la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que mediante el empleo de la fuerza en su actuación no se generen más perjuicios que los beneficios que se pueden alcanzar para el orden público o la seguridad ciudadana.

La LOFCS regula como un principio distinto al de proporcionalidad el principio de necesidad, siendo el uso de la fuerza el último medio que utilicen, bien porque sea necesario, o bien porque se han agotado otros medios menos lesivos; debiendo en todo momento controlar la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales²¹⁵.

El tercer principio es el de congruencia, que requiere de un “análisis previo de la situación” así como de las consecuencias de no aplicar el uso de la fuerza. Ello pone de manifiesto la exigencia de posibilitar al sujeto que desista de su actitud

²¹¹ RUIZ ORTIZ, Salvador, cit., p. 153.

²¹² *Idem*, p. 154.

²¹³ Recordemos los requisitos de la proporcionalidad, como contempla la STC 89/2006, de 27 de marzo, son: el presupuesto de idoneidad, determinando si la medida puede alcanzar el fin perseguido; el presupuesto de necesidad, es decir, que no haya otra medida que, alcanzando el fin propuesto, sea menos lesiva para los derechos fundamentales; y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuando la consecución del interés general suponga más beneficios que perjuicios a los principios contrapuestos.

²¹⁴ GONZÁLEZ GUITIÉRREZ, Jesús, cit., p. 113.

²¹⁵ RUIZ ORTIZ, Salvador, cit., p. 157.

violenta antes de recurrir al uso de la fuerza²¹⁶. Por lo tanto, la autoridad deberá relacionar la respuesta que va a realizar y sus efectos. En este punto, se ponen de relieve las dificultades que tienen los agentes de llegar a conclusiones idóneas sobre las medidas que se van a utilizar, teniendo en cuenta la escasa formación en esta materia otorgada durante su instrucción. Ello añadido a la diversidad de medios que tiene cada cuerpo, resulta cuando menos complejo unificar la normativa sobre la actuación policial²¹⁷.

Por último, la actuación policial debe atender a criterios de oportunidad, sin que dicha actuación pueda resultar “inútilmente más gravosa”, pudiendo elegir entre las diferentes opciones que tenga el agente, según la utilidad que cada una de ellas puede aportar al caso concreto²¹⁸. “El agente de policía deberá realizar un juicio cognitivo para actuar, posponer o no actuar según la situación lo requiera y dentro de las obligaciones que señala el ordenamiento jurídico”²¹⁹.

La STS 949/2013, de 19 de diciembre, entre otras, se ha ocupado de regular los límites del uso de la fuerza, estipulando lo siguiente: “La doctrina de esta Sala en relación con la aplicación de esta causa de justificación en los supuestos de recurso al uso de la fuerza por los miembros de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones, estima necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo,
- 2) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada,
- 3) que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir la idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna,

²¹⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionarios públicos*, Madrid, 1993, pp.327-328, citado en RUIZ ORTIZ, Salvador, cit., p. 160.

²¹⁷ GONZÁLEZ GUITIÉRREZ, Jesús, cit., p. 108.

²¹⁸ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás y GIMENO SENDRA, Vicente, *Proporcionalidad*, p. 244, citado en GONZÁLEZ GUITIÉRREZ, Jesús, cit., p. 112.

²¹⁹ GONZÁLEZ GUITIÉRREZ, Jesús, cit., p. 112.

- 4) que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza.”

Este último requisito es de gran interés, puesto que en la referida sentencia se calificó el uso de la fuerza de la policía como desproporcionada, ya que la víctima no suponía ningún problema para la seguridad ciudadana, no siendo necesario el uso excesivo de la fuerza.

Es destacable que del estudio de estos principios no se obtienen los medios específicos que puede utilizar la autoridad, ni tampoco el uso que se le deben dar, salvo una concepción genérica del mismo²²⁰.

En este punto, es necesario abordar la “intensidad de la coacción ejercida”, debiendo los agentes actuar usando la mínima e imprescindible fuerza para cumplir con su deber²²¹. Por lo tanto, para una adecuada actuación policial, será necesario hacer un uso gradual de la fuerza:

En primer lugar, la presencia policial es el primer recurso al que deben acudir los agentes para solucionar un “conflicto”²²². En segundo lugar, se utilizarán “técnicas de diálogo policial”, con el fin de evitar que el supuesto conflicto se agrave. Ello se consigue mediante una formación basada en la persuasión, pudiendo escuchar y negociar evitando actuaciones innecesarias de una mayor gravedad para los ciudadanos²²³.

En tercer lugar, se encuentra el denominado uso de fuerza física “a manos vacías”, mediante el empleo de la mínima y necesaria presión por parte de la policía que originen la menor injerencia posible en el derecho fundamental a la integridad física²²⁴. Este uso supone un intento de contención de la situación con la fuerza propia de los agentes, sin recurrir a medios externos.

Si ello no fuera posible, se utilizarían los denominados “medios de letalidad reducida” o “medios no letales”, como son los “sprays” de defensa personal, porras,

²²⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón cit., p. 46.

²²¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Cumplimiento de un deber*, p. 244, citado en GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, cit., p. 113.

²²² GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, cit., p. 147.

²²³ RODRÍGUEZ COQUE, *Defensa Verbal y Persuasión*, p. 15, citado en GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, cit., p. 147.

²²⁴ GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, cit., p. 147.

o armas eléctricas. En el transcurso de su actuación la policía recurrirá en último lugar a los “medios letales”, como son las armas de fuego, que se utilizarán sólo en situaciones excepcionales de “grave peligro” para la seguridad ciudadana o de “riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas”, regulado en el artículo 5.2.c) LOFCS²²⁵.

En conclusión, para que la actuación de los agentes de policía satisfaga los principios de proporcionalidad, necesidad, oportunidad y congruencia, “deben negociar antes de contener, contener antes que golpear, golpear antes de herir y herir antes de matar, sin perder de vista su propia seguridad y las de terceras personas”²²⁶.

En relación con las detenciones practicadas en los alrededores de la ULL, cabe cuestionarse, por un lado, la proporcionalidad de la medida de la detención y por otro, la proporcionalidad del uso de la fuerza utilizada por la policía.

La medida debe ser idónea en relación con el fin perseguido por la policía. Ello supone que, durante el transcurso de la manifestación acontecida, la medida utilizada fue la detención y el fin que se quería satisfacer mediante dicha medida fue el de restaurar el orden público y la seguridad ciudadana. Podemos afirmar que la detención es un medio idóneo para alcanzar dicho fin.

El segundo subprincipio es el de necesidad, donde la autoridad policial, antes de su actuación, debe comparar con otras medidas alternativas cuál de ellas implica una menor injerencia a los derechos fundamentales, principalmente al derecho a la libertad. Como destacábamos en el epígrafe 3, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una alternativa a la detención, siendo una solución menos lesiva la identificación de los sujetos según el artículo 16 de la LO 4/2015 y declarando la detención como desproporcionada.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto requiere que los perjuicios ocasionados al derecho fundamental a la libertad no superen los beneficios derivados de la consecución del fin. Para la ponderación de los intereses en conflicto (el derecho fundamental a la libertad y el orden público) es necesario

²²⁵ *Idem*, p. 148.

²²⁶ RODRIGUEZ COQUE, *Intervención Operativa*, p. 164, citado en GONZÁLEZ GUITIÉRREZ, Jesús, cit., p. 149.

tener en cuenta las circunstancias del caso: la manifestación fue de naturaleza pacífica en todo momento donde los manifestantes sólo gritaban y no se plantearon romper el cordón policial, siendo conscientes del importante número de agentes que estaban allí presentes. Por lo tanto, el número de policías impedía un descontrol de la situación y al compararlos con los manifestantes éstos no suponían una grave amenaza para el orden público. Asimismo, los detenidos no hicieron uso de piedras ni propiciaron golpes que pudieran atentarse contra la integridad física de los agentes que les obligase a detenerlos, sin mostrar en ningún momento una actitud amenazadora o agresiva.

Por lo tanto, en el momento en que se llevaron a cabo las detenciones la afección al orden público debía valorarse como poco importante y la limitación de la libertad de los manifestantes como grave, siendo mayores los perjuicios que beneficios y, por tanto, declarando como desproporcionada tal medida por no atender al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

También es reseñable la circunstancia de que según el auto por medio del cual se decreta la libertad provisional de los detenidos (anexo) estamos ante unas diligencias previas, no urgentes, por lo que la pena del delito de atentado y desórdenes públicos supera los 5 años (en el citado auto no se especifican los artículos del CP), debiéndose tramitar por un procedimiento abreviado según el artículo 757 y ss. LECRIM. Ello tiene como consecuencia que incluso podría ser competente ya no sólo el Juzgado de lo Penal sino la Audiencia Provincial. Junto a ello, otro perjuicio para los detenidos, si finalmente son condenados, serán los antecedentes penales, cuestión que podrá dificultar sus vidas profesionales y planes de futuro ya que para acceder a determinados trabajos se exige no tener antecedentes penales.

También merece atención la cuestión relativa al uso de la fuerza (porras y fuerza física) empleado por los agentes durante las detenciones. Dicho uso puede considerarse idóneo puesto que contribuye de alguna forma a obtener el fin pretendido. Sin embargo, distinto juicio merece el estudio de su necesidad, siendo preciso realizar una comparación con otros medios alternativos como la fuerza física “a manos vacías”, es decir, sin ningún instrumento externo. Como anteriormente estudiábamos, este último medio ejerce una limitación inferior a los

derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que los agentes deben utilizarlo primero y después usar los medios de naturaleza no letal.

En este sentido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto donde no había un excesivo número de manifestantes y no presentaban una actitud violenta o agresiva que pudiera poner en peligro la integridad de los policías o de otras personas, dicho uso de fuerza fue desproporcionado puesto que no atiende a la necesidad de la medida, en tanto existían medios igualmente idóneos, pero menos lesivos para los derechos fundamentales, como es la contención y el diálogo.

6. Conclusiones

El de proporcionalidad es un principio general del derecho regulado implícitamente en nuestra Constitución como en todas las normas reguladoras de los derechos fundamentales. Desde la entrada en vigor de la LO 13/2015 se sistematizó en el artículo 588 bis a) LECRIM que, aunque esté ubicado dentro de las medidas tecnológicas, se emplea para todas las diligencias de investigación.

Tal y como se ha estudiado a lo largo del trabajo, el principio de proporcionalidad se compone de unos presupuestos, el de legalidad y de justificación teleológica; unos requisitos extrínsecos, de judicialidad y de motivación y de cuatro subprincipios; el principio de especialidad, de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. El estudio pormenorizado de cada uno los elementos del citado principio nos habilitan para declarar si las detenciones practicadas en la Facultad de Bellas Artes de la ULL fueron o no proporcionadas, como consecuencia de este proyecto de innovación docente. Por lo tanto, podemos concluir:

- Por un lado, que el uso de la fuerza física empleada, donde se utilizaron porras, denominados medios no letales, no habría resultado necesario, puesto que de la comparación de estos medios con los denominados “de manos vacías”, subyace que el menos lesivo es el de manos vacías. Por lo tanto, como durante la actuación policial no se acudió en primer lugar al medio menos lesivo que limitase en un menor grado los derechos fundamentales de los detenidos, el uso de la fuerza debe declararse como desproporcionado.

- Por otro lado, las detenciones practicadas por los agentes de policía no superan el principio de necesidad ni el de proporcionalidad en sentido estricto, ya que de la ponderación de los intereses en juego se extrae que hubo un mayor perjuicio a los derechos fundamentales que beneficios trajo consigo para la consecución del fin, la seguridad ciudadana. Esta afirmación trae causa de que las detenciones se practicaron en el transcurso de una protesta pacífica, donde no hubo ningún ataque violento o agresivo por parte de los manifestantes que implicase un peligro para la seguridad de terceros o de los policías. Asimismo, en el lugar no se encontraban personadas una cantidad excesiva de personas que implicara que los policías no podían controlar la situación y los detenidos tuvieron que dormir una noche en el calabozo, lo cual resultaba desde todos los puntos de vista innecesario; debiendo declarar la medida como desproporcionada.

Concluimos que tanto el uso de la fuerza de los agentes de policía durante la práctica de las detenciones no fue proporcionado por no superar el juicio de necesidad, en tanto podrían haber utilizados medidas alternativas que implicasen un menor perjuicio para los derechos fundamentales de los detenidos. De igual modo, las detenciones en sí mismas consideradas son desproporcionadas, si bien en este caso por infringir el principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya que las detenciones implicaron más perjuicios a los manifestantes que beneficios para el fin perseguido.

7. Bibliografía y materiales

- ALEXY, Robert, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista española de derecho constitucional*, 2011.
- Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, año 2019.
- BARNES, Javier, El principio de proporcionalidad: estudio preliminar, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para*

determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Una visión teórico-práctica de la proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán: más allá de Alexy, *Revista Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 3

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- FASSBENDER, Bardo, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

- FERRERES COMELLA, Víctor, Más allá del principio de proporcionalidad, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 46, 2020.

- GARAT DELGADO, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica: la resolución de casos sobre derechos fundamentales*, Athenaica, 2016.

- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, El principio de proporcionalidad en el Derecho español, *Revista Cuadernos de derecho público*, núm. 747, 2008.

- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Jesús, *El uso policial de la fuerza. Especial consideración del sistema de intervención operativa de la guardia civil y análisis de su aplicación y evolución en la comunidad canaria*, Tenerife, 2019.

- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, “Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal”, en AA.VV. (CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J.C., Dirs.): *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dyhinson.

- GIMENO SENDRA, Vicente, La prueba preconstituida de la policía judicial, *Revista catalana de seguritat pública*, 2010.

- GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- MIR PUIG, Santiago, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, en AA.VV. (FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. Coord.): *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MONTAÑÉS SERRANO, Manuel, El 15-m: origen, características, fortalezas y debilidades, e influencias y trascendencia, *Revista Latinoamericana Estudios de la Paz y el Conflicto*, núm. 1, 2020.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUERZA ESPARZA, Julio, *Las reformas procesales penales en 2015: nuevas medidas de agilización de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- NEUMANN, Ulfrid, El principio de proporcionalidad como principio limitador del derecho penal material, en AA.VV. (SILVA SÁNCHEZ, J. M. coord.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, 2017.
- PEREIRA SÁEZ, Carolina, Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Cataluña*, núm. 8, 2004.
- PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, El principio de proporcionalidad constitucional y la jurisprudencia constitucional, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997.
- PINO, Giorgio, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 48, 2017.

- RUIZ ORTIZ, Salvador, *Detención Policial y Uso de la Fuerza: Implicaciones Jurídico-Criminológicas*, Murcia, 2015.

- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, El tratamiento legal de las técnicas de actuación policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal, *Nuevo Foro Penal*, núm. 83, 2014.

- RUIZ RUIZ, Ramón. y DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes, Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 14, 2011.

- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Autrem el Parlament” y voces discrepantes. A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión en AA.VV. (ALONSO RIMO A., Dir.): *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, 2019.

- Comunicado de la Rectora en relación a los incidentes sucedidos en el Campus de Guajara el 3 de noviembre”, 2020:

<https://www.ull.es/portal/noticias/2020/comunicado-rectora-incidentes-guajara/>

Jurisprudencia citada

- Case of Handyside v. The United Kingdom (application nº. 5493/72).
- STC núm. 22/1981, de 2 de julio.
- STC núm. 49/1999, de 27 de abril.
- STC núm. 66/1985, de 23 de mayo.
- STC núm. 215/1994, de 14 de julio.
- STC núm. 844/2002, de 13 de mayo.
- STC núm. 62/1982, de 15 de octubre.
- STC núm. 37/1989, de 15 de febrero.
- STC núm. 299/2000, de 11 de diciembre.
- STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre
- STC núm. 219/1992, de 3 de diciembre.
- STC núm. 140/1986, de 11 de noviembre.
- STC núm. 167/2002, de 18 de septiembre.
- STC núm. 166/1999, de 27 de septiembre.
- STC núm. 341/1993, de 18 de noviembre.

- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Pamplona núm. 136/2010, de 31 de marzo.

8. Anexo (auto de libertad provisional dictado en la causa “Bellas Artes ULL”).



Sección: TSA
 JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 (ANTIGUO MIXTO Nº 7)
 Plaza del Adelantado s/n
 San Cristóbal de La Laguna
 Teléfono: 922 92 43 38-39
 Fax.: 922 92 43 87
 eMail: instruc2.lagu@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Diligencias previas
 Nº Procedimiento: [REDACTED]
 NIG: [REDACTED]

Intervención:
 Investigado
 Investigado

Interviniente:

Abogado:

Procurador:

[REDACTED]

COPIA

AUTO

En San Cristóbal de La Laguna, a 4 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHOS

ÚNICO.- Que la persona que luego se dirá ha sido puesta a disposición de este Juzgado en calidad de imputado y como presunto responsable de un delito de atentado y desórdenes públicos siendo identificado como [REDACTED]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Atendido el delito que se le imputa y las penas que para el mismo señala el Código Penal y considerando asimismo, que no hay motivos para creer fundadamente que dicha persona trate de sustraerse a la acción de la justicia, procede en recta aplicación de los arts. 502, 503, 529 y 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decretar su **LIBERTAD PROVISIONAL** sin fianza con la sola obligación a que se refiere el último de los preceptos mencionados, lo que a su vez hace innecesaria la audiencia a que se refiere el art. 505, introducido por las Leyes Orgánicas 5/95 y 8/95.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA LA LIBERTAD PROVISIONAL SIN FIANZA DEL DETENIDO D/DÑA. [REDACTED]

Notifíquese este auto, imputado y partes personadas, haciéndoles saber que el mismo no es firme y que cabe **RECURSO DE REFORMA** por escrito ante este Tribunal en el plazo de **TRES DÍAS**.

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma Dña. **MARÍA CELIA BLANCO REDONDO**, Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción Nº 2 (Antiguo mixto Nº 7) de San Cristóbal de La Laguna.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa autorización de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad y los derechos de las personas que recojan en especial el carácter íntimo o la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados por fines contrarios a los leyes

