

ESTUDIOS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL «PROCÉS»

JOSÉ MARÍA LAFUENTE BALLE

III ARANZADI

© José María Lafuente Balle, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es>

Primera edición: junio 2025

Depósito Legal: M-13845-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-186-3

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-187-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
1	
Planteamiento del debate	11
2	
La <i>litis</i>	25
2.1. Las demandas de los recurrentes	26
2.2. Las alegaciones de la Abogacía del Estado	29
2.3. Las alegaciones del Ministerio Fiscal	31
2.4. Las alegaciones de la acusación popular ejercida por el partido político Vox	31
2.5. Las Sentencias del Tribunal Constitucional	32
2.6. Los votos particulares del Magistrado D. Juan A. Xiol Ríos y la Magistrada D. ^a M. Luisa Balaguer Callejón (SSTC 91/2021 de 22 de abril; 106/2021 de 11 de mayo; 121/2021 de 2 de junio; 122/2021 de 11 de mayo, 184/2021 de 28 de octubre; 45/2022 de 23 de marzo). Del Magistrado Ramón Sánchez Valcárcel a la STC 4572022 de 23 de marzo	38
3	
El debate doctrinal	47
4	
La primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional	55

5

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras la STC 136/1999	57
5.1. El elemento de la idoneidad (<i>Adequacy</i>)	59
5.2. El elemento de la necesidad (<i>Necessity</i>)	60
5.3. El elemento de la proporcionalidad en sentido estricto (<i>Proportionality stricto sensu</i>)	62

6

La más reciente y abstracta Jurisprudencia del Tribunal. La Jurisprudencia posterior a las sentencias del <i>procés</i>	65
--	-----------

7

Incidencia de la Jurisprudencia de las Sentencias del <i>procés</i> en las resoluciones posteriores	69
--	-----------

8

Una premisa del principio de proporcionalidad: el efecto desaliento. <i>The chilling effect</i>	77
--	-----------

9

La doctrina anglosajona sobre el <i>balancing</i> o <i>proportionality</i> y el <i>chilling effect</i>	89
---	-----------

10

La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos	103
---	------------

11

Dos precedentes del TEDH importantes para la resolución de los recursos del <i>procés</i>: demanda 41462/17, asunto Laguna Guzmán vs España; <i>Bumbes c. Rumanía</i>	115
--	------------

8

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
12	
Una propuesta utilitarista y realista al conflicto procesal de las sentencias del «procés»	125
13	
El dilema de Heinz.....	143
14	
Bibliografía.....	149

El debate doctrinal

El principio de proporcionalidad plantea una paradoja de inicio. No obstante carecer de toda mención en el texto constitucional de 1978, es una referencia constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Tan solo una norma europea lo recoge expresamente. El art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre del 2000: «*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*». Siendo un tratado ratificado por el Reino de España y conforme al art. 10.2 de la Constitución, junto con los demás tratados y acuerdos en la materia, integra el parámetro de interpretación de los derechos y libertades del Título I¹, tanto como la

-
1. Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, Rusconi, Maximiliano (dtors.): «El Principio de proporcionalidad penal». Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2014.
De la Mata Barranco, Norberto J.: «El Principio de proporcionalidad penal». Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
Lopera Mes, Gloria: «Principio de proporcionalidad y ley penal» Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.
González Beilfuss, Markus: «El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Ed. Aranzadi, Pamplona 2003.
Aguado Correa, Teresa: «El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal». Edersa, Madrid, 1999.
Perelló Doménech, Isabel: «El Principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional» en *Jueces para la Democracia*, n.º 28, *Jueces para la Democracia*, Madrid 1997, pp. 69 a 75.
Barnés, Javier: «El Principio de proporcionalidad» en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5. INAP, Madrid, 1988, pp. 15 a 49.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos². Aparece así recogido como un límite consolidado y recurrente en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Legislador; y en los recursos de amparo frente a las sentencias de la Judicatura ordinaria. Los recurrentes en amparo alegan los arts. 24 y 25 de la Constitución, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 55/1996 de 28 de marzo y 161/1997 de 2 de octubre) sostiene que además es un principio implícito en tres preceptos de la Constitución, a saber: el 1.1 (Estado social y democrático de derecho), el 9.3 (prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos) y el 10.1 (dignidad). Ahora bien, todo el debate doctrinal sobre la proporcionalidad penal se focalizará en el derecho a la libertad del art. 17 porque la sanción penal implica siempre y en todo caso una restricción a la libertad personal.

En este sentido, la STC 186/2000 de 10 de julio destacó la importancia de este principio con una aseveración que ha sido referenciada en numerosas resoluciones posteriores: «...opera como un presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos

Medina Guerrero, Manuel: «El Principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales» en Cuadernos de Derecho Público, n.º 5. INAP, Madrid, 1988, pp. 144 a 158.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio: «La Proporcionalidad de la norma penal» en Cuadernos de Derecho Público, n.º 5. INAP, Madrid, 1988, pp. 160 a 189.

2. Trykhljib, Kristina: «The principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights» en Dunja Duic, Tunjica Petrusic: «EU Lessons from the past and Solutions for the future and Comparative law issues and challenges series». Vol. 4, Faculty of Law, University of Osijek, 2020, pp. 128 a 154.

Scaccia, Gino: «Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-Law of European Courts» en Rivista dei Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, n.º 4, febrero 2019.

Panagiotis Souliotis: «Proportionality and the European Convention of Human Rights. A critical view» Leiden University, Grin Verlag, 2015.

McBride, Jeremy: «Proportionality and the European Convention of Human Rights» en Evelyn Ellis (ed.): «The Principle of Proportionality in the Laws of Europe», Hart Pub. Oxford 1999, pp. 23 a 35.

Fassbender, Bardo: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en Cuadernos de Derecho Público, n.º 5. INAP, Madrid, 1988, pp. 51 a 73.

Urania Galetta, Diana: «El Principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario» en Cuadernos de Derecho Público, n.º 5. INAP, Madrid, 1988, pp. 75 a 118.

Navarro Frías, Irene *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?* en Revista para el Análisis del Derecho n.º 3, pp. 2 a 33, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2004.

fundamentales». No se trata pues de un principio autónomo, sino que es un criterio de ponderación en relación a algún derecho constitucional, más concretamente entre el fin perseguido y el medio utilizado. La proporcionalidad opera así como un límite cuando el sacrificio del derecho sea inútil o excesivo para obtener el fin pretendido.

La Doctrina penalista ha concentrado la exigencia del principio de proporcionalidad en los llamados delitos de peligro abstracto que son aquellos en los que no se exige ni la puesta en peligro en concreto ni la lesión de un bien jurídico colectivo. El problema que plantean radica en la amplitud con la que aparecen redactados de modo que falta la necesaria proporción entre la entidad del delito y la entidad de la pena. Ello no obstante, el Legislador opta por esta técnica del delito de peligro abstracto en lesiones causadas por la reiteración generalizada de conductas contra reglas básicas del sistema porque simplifican el problema de su prueba. Para la prof. Aguado Correa³ los delitos de peligro abstracto deben cumplir algunos requisitos: a) que protejan bienes constitucionalmente legítimos dotados de una especial relevancia social; b) que tipifiquen conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico a proteger; c) que el comportamiento sea efectivamente peligroso *ex ante* para el bien jurídico.

Frente a esta postura más favorable de la prof. Aguado Correa a la que se suman las profs. Lamarca Pérez⁴ o Lopera Mesa⁵, otros penalistas se han mostrado decididamente contrarios al advertir que la invocación del juez constitucional al principio de proporcionalidad conlleva una ilegítima invasión de las funciones del Poder Legislativo. En este sentido, destaca el prof. Díez Ripollés⁶ que calificó el principio de proporcionalidad como el «nuevo fetiche conceptual, omnicompreensivo y encargado de sustituir o poner en segundo plano al del bien jurídico». Su tesis sostiene que si bien antes se abusó del fetiche del bien jurídico, ahora se abusa de este nuevo fetiche

3. Aguado Correa, Teresa: «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto» en Juan A. Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal» Ed Ad Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 65 a 69.
4. Lamarca Pérez, Carmen: «El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales» Ed. Colex, Madrid 2011.
5. Lopera Mesa, Gloria: «Principio de proporcionalidad y ley penal». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.
6. Díez Ripollés, José L.: «El control de constitucionalidad de las leyes penales» en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 75. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005, pp. 82 y ss.

del principio de proporcionalidad que engloba contenidos variopintos que emergen como parámetros privilegiados del control de constitucionalidad de las leyes penales.

El prof. De la Mata Barranco⁷ pretende esclarecer el concepto de proporcionalidad sobre el que advierte: «Claro está que el principio en sí no indica nada mientras no se indique no solo qué ha de compararse, sino con qué, qué criterios de proporcionalidad quedan fuera de la legitimidad constitucional y cuáles han de utilizarse en la ponderación que se efectúa, porque el derecho no es proporcionado *per se*, sino solo desde la perspectiva axiológica que se establezca. En sí, la idea de proporcionalidad no ofrece ningún criterio de ponderación sino la necesidad simplemente de establecer una correspondencia de dos magnitudes que de algún modo debe poder valorarse, sin que existan criterios incuestionables para establecer la medida de la proporción y, en nuestro caso, la calidad y cantidad de pena (aplicada o no) “proporcionada” a cada hecho delictivo previsto (y, en su caso, cometido)». Así planteado, nada es proporcionado *per se* absolutamente en todo tiempo y lugar, sino en referencia a dos magnitudes comparadas y cambiantes en función de los tiempos y la geografía, por lo que el principio de proporcionalidad obligará a analizar caso por caso la relación medio/fin y los bienes, derecho y valores que se pretenda salvaguardar y que deberán ser concretados: «Pero en definitiva, ¿de qué hablamos al acudir a los términos de idoneidad, necesidad o proporción estricta? Lo que la idea de proporcionalidad exige en su conjunto es que, en un derecho penal de mínimos, el coste socio-individual de la norma (y de la pena) no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito o, en otros términos, que la previsión e imposición de la pena, con todas sus desventajas, no sea más perjudicial (en términos globales de libertad) en relación con los beneficios que con ella se obtienen».

El debate jurisprudencial y dogmático parte de las SSTC 55/1996 de 28 de marzo y 136/1999 de 20 de julio que se habrían erigido como el punto de inflexión del antes y el después en la Jurisprudencia constitucional.

La primera Sentencia resolvió la cuestión de constitucionalidad instada por la Audiencia Provincial de Sevilla y otros. La cuestión trae causa del

7. De la Mata Barranco, Norberto J.: «La actuación proporcionada: Una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal» en Juan A. Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal» Ad Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 203 a 234.

También Barnés, Javier: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en Cuadernos de Derecho Público, n.º 5, 1998. INAP, pp. 15 a 50.

recurso de apelación deducido por don Antonio Moreno Mejías contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla que le condenó, como autor de un delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria al servicio militar ex art. 2.3 de la L.O. 8/1984, a las penas de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación absoluta. La Audiencia de Sevilla argumentó que la pena de prisión en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta vulneraría el principio de proporcionalidad ex arts. 1.1, 9.3, 10.1, 16, 17, 25.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional desestimó la cuestión de constitucionalidad por entender que el precepto no implicaba un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales ex arts. 16 (libertad ideológica), 17 (libertad y seguridad) y 25.2 (orientación resocializadora de las penas). La Sentencia pondera el fin perseguido por la norma (el recto cumplimiento de la prestación social sustitutoria en orden a favorecer *la solidaridad social mediante la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles*) y sostiene que la pena aplicada no padece de falta de proporcionalidad: «Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional. Para su realización también aquí habrá de partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa».

Esta Sentencia establece algunos fundamentos que habrían de condicionar la futura jurisprudencia del Tribunal. En primer lugar, que el juicio de proporcionalidad de las penas compete a la potestad del Legislador con un amplio margen de libertad: *El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática».*

Pero en segundo lugar que ello, no obstante, el Juzgador constitucional *habrá de verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementa-*

les de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma». Así pues, para determinar si el Legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada y los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes. En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.⁸

Por lo que a los recursos de amparo frente a las STS 459/2019 atañe, el Fundamento de Derecho 4º de la STC 55/1996 fue resaltado como precedente. En su invocación del art. 25.2 de la Constitución, los órganos impugnantes argumentaron la irrepitibilidad de la conducta y la ausencia de orientación rehabilitadora en la pena. El Tribunal rechazó estos argumentos con la siguiente aseveración: «...tampoco, por otro lado, parece suficiente el solo argumento relativo a la irrepitibilidad del mismo tipo de comportamiento para negar la finalidad rehabilitadora de la pena. Dicho argumento, unido al que defiende el monopolio de esta finalidad punitiva, conduciría a la insostenible consecuencia de la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que por su naturaleza o por sus circunstancias no admitan reiteración. Por lo demás, en segundo lugar, debe recordarse la doctrina de este Tribunal relativa a que la Constitución no erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; (...) el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles —prevención especial; retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal...».

Pero sin duda es la STC 136/1999 de 20 de julio la que marcó el cambio jurisprudencial mencionado. Se trata del recurso de amparo instado por los condenados en la STS 2/1997 de 29 de noviembre (causa especial 840/1996) en la que se condena a los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, como autores de un delito de colaboración con banda armada, sin

8. Aguado Correa, Teresa: «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto» en Juan A. Lascuráin Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal» Ad Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 65 a 69.

la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas. La condena penalizó el acuerdo de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por el que se cedió a la organización terrorista ETA el espacio electoral que le correspondía en los medios de comunicación a fin de que la banda diera a conocer un video con un comunicado titulado «Alternativa Democrática». ⁹

Es la primera sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de preceptos del Código Penal (art. 174 bis a) 1º y 2º del Código Penal de 1973) por entender que vulneran el principio de proporcionalidad. Los recurrentes de amparo denuncian que la sanción que les ha sido impuesta vulnera sus derechos constitucionales a la legalidad penal (art. 25.1) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (arts. 20 y 23 y 10.2 CEDH) y en ambos casos por dos motivos: porque el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad; y porque la sanción resulta desproporcionada, al ser innecesaria la reacción penal y excesiva la pena impuesta.

El Tribunal invocó, entre otras, la STEDH 1998/1 para sostener que, en los derechos de información, expresión y participación política, el principio de proporcionalidad tiene una especial aplicación frente a las limitaciones o constricciones de los poderes públicos. Y concluye: *Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos*

9. Aláez Corral, Benito: «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad. (A propósito de la STC 136/1999 de 20 de julio de 1999)» en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 3, 1999, pp. 2567 a 2594.

Bilbao Ubillos, Juan M.: «La excarcelación tenía un precio: El Tribunal enmienda la plana del legislador (comentario de la STC 136/1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)» en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 58, 2000, pp. 277 a 342.

Álvarez García, Francisco J.: «Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», en La Ley n.º 5, 1999, pp. 2053 y ss.

Cuerda Riezu, Antonio R.: «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del TC 136/1999 que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna» en Díez Ripollés, José L.; Romeo Casabona, Carlos; Gracia Martín, Luis; Higuera Guimerá, Juan (eds.): «La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir». Ed. Tecnos, Madrid 2002, pp. 237 y ss.

Sánchez García de Paz, Isabel: «El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal» en La Ley n.º 4, 1994, pp. 1114 a 1124.

que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales—. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

La primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Toda la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, antes y después del punto de inflexión de la STC 136/1999 de 20 de julio parte de una premisa inalterada: El Tribunal ejerce una función de control positivo de la legislación penal en cuanto que se atiene a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos algunos tan sensibles como la libertad y la seguridad. Así pues, un exceso de severidad desproporcionada en los elementos del tipo penal implica una vulneración de los derechos constitucionales que exige control.

Hasta la STC 55/1996 y, sobre todo, la STC 136/1999, la Jurisprudencia del Tribunal no había perfilado un cuerpo doctrinal definido del principio de proporcionalidad. Desde sus primeras sentencias el Tribunal viene sosteniendo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Ahora bien, en aquella primera Jurisprudencia, las sentencias que mencionan el principio de proporcionalidad lo identifican con otros principios tales como el juicio de razonabilidad *entre la finalidad perseguida y el medio utilizado* o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 (SSTC 108/1984 de 26 de noviembre; 13/1985 de 31 de enero).

Durante el trienio de la presidencia del Magistrado Rodríguez Bereijo comienza una evolución interpretativa reflejada en sentencias en las que aparece el Magistrado y profesor de Derecho Constitucional Carles Viver Pi-Sunyer como ponente (SSTC 55/1996 de 28 de marzo; 207/1996 de 29 de febrero, 161/1997 de 2 de octubre, 37/1998 de 17 de febrero). Conforme a esta dirección jurisprudencial, para comprobar cuando una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad,

es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: a) si tal medida es adecuada a fin de conseguir la finalidad pretendida, determinando cuáles son los delitos que se trata de evitar y cuáles los bienes jurídicos a proteger (juicio de idoneidad); b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, es decir implementar la mínima intervención agresiva posible con el mayor grado de eficacia tuteladora de las libertades (juicio de necesidad); c) 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, es decir que la actuación punitiva estatal guarde una relación ponderada con el fin perseguido (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹. Por supuesto que este juicio de proporcionalidad cobra una especial «intensidad cualitativa» en el ámbito de las leyes penales y la política criminal. Y por supuesto también que el juicio de proporcionalidad vincula a todos los poderes del Estado, al poder legislativo en su facultad de elaborar y aprobar normas penales, al poder judicial en su función de interpretar y aplicar las leyes y al poder ejecutivo en su competencia sancionadora.

Ello, no obstante, debe mencionarse que una antigua sentencia del Tribunal se adelantó a los tiempos de esta evolución. Me refiero a la STC 199/1987 de 16 de diciembre. Su objeto fue un precepto de la Ley orgánica 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que establecía el cierre de medios de comunicación con la sola admisión de una querrela criminal:

«Finalmente, no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de “autocensura” en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho».

1. Markus González Beilfuss se refiere al «test alemán de proporcionalidad» en «El Principio constitucional de proporcionalidad en España» en Juan A. Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi (dtors.): «El Principio de proporcionalidad penal» Ed. Ad. Hoc Buenos Aires 204, pp. 244 a 250.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras la STC 136/1999

La STC 136/1999 de 20 de julio supuso un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional. Veintitrés miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna instaron un recurso de amparo frente a la STS (STS 2/1997 de 29 de noviembre) que les condenaba como autores de un delito de colaboración con banda armada a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas.

El Tribunal Constitucional resolvió una autocuestión de constitucionalidad, de forma que además de estimar el recurso de amparo, declaró la inconstitucionalidad del art. 174 bis a) 1º y 2º del Código Penal de 1973, que tipificaba el delito de colaboración con banda armada¹.

Los recurrentes impugnaron la sanción impuesta por el Tribunal Supremo por entender que vulneraba sus derechos constitucionales a la legalidad penal (art. 25.1) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (arts. 20 y 23 y 10.2 CEDH). Mantuvieron dos líneas de argumentación en razón a que el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad; y porque la sanción resulta desproporcionada.

El Tribunal Constitucional se fundamentó en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 1998/1) para sostener la especial trascendencia del principio de proporcionalidad en la ponderación entre los derechos de información, expresión y participación política y las limitaciones impuestas por los poderes públicos. Quizás el siguiente párrafo

1. La STC 136/1999 fue objetada con tres votos particulares firmados por los Magistrados Conde Martín de Hijas, Jiménez de Parga y Cabrera, Mendizábal Allende.

de la Sentencia (FJ 30) sea el que mejor sintetice el cambio jurisprudencial descrito:

«En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) CP 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado, en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados “actos de colaboración” con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar».

Dos sentencias posteriores recogieron fielmente esta postura doctrinal. La STC 11/2006 de 16 de enero estimó el recurso de amparo (ex arts. 20.1.a, 24.1, 25.2 CE, entre otros) instado por un condenado por pertenencia a ETA frente a la decisión de retenerle unos ejemplares de la revista *abertzale* Kale Gorria en el Centro Penitenciario de La Moraleja, en virtud de un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que fue confirmado por la Audiencia Provincial de Palencia. Y la STC 60/2020 de 7 de octubre abordó y desestimó la cuestión de inconstitucionalidad (ex arts. 24.1, 25.1, 18.1 CE, entre otros) planteada por la Audiencia Provincial de Las Palmas frente al art. 57.2 del Código Penal según la Ley Orgánica 15/2003 (imposición preceptiva «en todo caso» de la pena accesoria de alejamiento en los supuestos de delitos cometidos en el seno de la convivencia familiar), tras un muy pormenorizado análisis de las tres condiciones del principio de proporcionalidad: *Se aborda a continuación en el Auto de planteamiento, introduciendo así el núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP, la posible infracción del principio de proporcionalidad (art. 25.1 CP en relación con el art. 9 CE), en tanto la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida en esa precepto, resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada.*

Conforme a esta doctrina, al controlar una norma penal o la resolución del Juez ordinario, el Tribunal Constitucional analizará el principio de pro-

porcionalidad y sus tres elementos integrantes dentro de dos coordenadas: La suficiencia de la argumentación y la motivación de la resolución dictada por el Juzgador ordinario para acordar la restricción de derechos. Y la relación medio/fin entre la medida restrictiva de algún derecho con la finalidad constitucional pretendida. Por ejemplo, la STC 161/1997 de 2 de octubre acuerda la constitucionalidad del art. 380 del Código Penal de 1995 (tipificación como desobediencia grave de la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia) en función de la relación entre el derecho a la intimidad restringido y la finalidad perseguida: «Pero, como hemos visto, esta intención subjetiva no tiene el respaldo objetivo del ejercicio de los correspondientes derechos procesales o a la intimidad o a la integridad física, sea porque directamente no entran en juego en el tipo de pruebas cuya denegación se sanciona, sea porque deban ceder frente a otros derechos o intereses preponderantes...».

5.1. EL ELEMENTO DE LA IDONEIDAD (ADEQUACY²)

Desde la STC 66/1995 de 8 de mayo, el Tribunal Constitucional viene repitiendo la definición del concepto como «aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida». Incluye pues dos requisitos: la legitimidad constitucional de la finalidad; y la coherencia de la medida para proteger otro derecho constitucional. El Tribunal advierte que su control debe limitarse a esa adecuación, es decir a comprobar que no es «inidónea» y por ende inconstitucional, sin entrar a valorar si cabrían o no otras medidas más eficaces para conseguir el objetivo pretendido:

«El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad. Finalmente, la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación del art. 57.2 CP, desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en

2. McHard, Aileen: *Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (1999), 62 *Modern Law Review*, No. 5, pp. 671-696.

alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines» (STC 60/2010 de 7 de octubre).

Este principio es un contrapeso a la utilización espuria del Derecho Penal cuando aparece un creciente sentimiento colectivo de inseguridad que las instituciones políticas enfrentan mediante el agravamiento de las penas o la creación de nuevos tipos penales. Es la llamada «técnica del peligro abstracto» cuya indeseable consecuencia es el debilitamiento de principios constitucionales básicos tales como el *indubio pro reo* o la presunción de inocencia³.

5.2. EL ELEMENTO DE LA NECESIDAD (NECESSITY)

En el requisito de la necesidad, el control del Tribunal Constitucional de las normas penales ha suscitado un especial debate doctrinal. De la Universidad de Cambridge, el prof. Rivers⁴ la define como: «*the test of necessity asks whether the decision, rule or policy limits the relevant right in the least intrusive way compatible with achieving the given level of realization of the legitimate aim. This implies a comparison with alternative hypothetical acts (decisions, rules, policies, etc.) which may achieve the same aim to the same degree but with less cost to rights*». De influencia germanófila, la prof. Aguado Correa⁵ disecciona que este principio se concreta, de una parte, en el de exclusiva protección penal de bienes jurídicos (constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes)⁶ y, de otra parte, en el de intervención mínima que, a su vez, engloba los postulados de *ultima ratio* o subsidiariedad⁷ y

3. Hassemer, Winfried: «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”». Estudios Penales y Criminológicos, vol. XV (1992). Cursos e Congresos n.º 71 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela., pp. 182-198.

4. Rivers, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review* (2006), 65 Cambridge Law Journal, p. 198.

5. Aguado Correa, Teresa: «El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto» en Juan Antonio Lascaraín Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal». Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 37 a 39.

6. Gómez Benítez, José M.: «Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito)» Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º. 69, 1983, págs. 85 a 112. La teoría del bien jurídico enfrenta a dos corrientes iuspenalistas: la sociológico-funcionalista y la constitucionalista.

7. García-Pablos de Molina, Antonio: «Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *ius puniendi*» en Juan J. González Rus (coord.): «Estudios

del carácter fragmentario del Derecho penal, es decir la interdicción de la penalización de los hechos de mínima gravedad⁸ y el principio de necesidad de la pena⁹. De esta manera, se plantea una inevitable comparación entre la medida adoptada y cualesquiera otras alternativas a fin de que la medida legislada no sea la más restrictiva de los derechos afectados. A este problema del *tertium comparationem* se centra el trabajo del prof. Sánchez-Ostiz¹⁰ que define la idea de proporcionalidad y afirma que «expresa una relación entre dos realidades apreciables con arreglo a una magnitud o criterio de medición (...). David y Goliat serán desproporcionados si tenemos en cuenta (como es habitual) incluir el dato de su estatura; pero no serán desproporcionados si el criterio es el valor de su grado de participación en las urnas (cada uno, un voto)». La proporcionalidad puede explicarse como una exigencia negativa, es decir como un mandato de no desproporción y en tal sentido incluye exigencias concretas: *ne bis in ídem*, admisión de la analogía in *bonam partem*, aplicación retroactiva de disposiciones penales favorables, *in dubio pro reo*; pero también incluye enunciados positivos: idoneidad de los instrumentos penales, *ultima ratio* de la norma penal, lesividad de la infracción en los instrumentos sancionatorios, restricción de la intervención de conductas externas y la prohibición de infraprotección y supraprotección.

Por supuesto que el principio de proporcionalidad penal debe extenderse al Derecho procesal y al penitenciario¹¹ porque *de nada serviría una regulación penal si ésta no puede llevarse a la práctica*.

penales y jurídicos. Homenaje al Profesor Dr. Enrique Casas Barquer». Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba 1996, p. 256.

8. Da Costa Andrade, Manuel: «Merecimiento y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológica-racional del delito» en Diego M. Luzón Peña (dtor.): «Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin». Ed. Bosch, Barcelona 1997, p. 165.
- Romano Mario: «Merecimiento de la pena, Necesidad de pena y teoría del delito» en Diego M. Luzón Peña (dtor.): «Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin». Ed. Bosch, Barcelona 1997, p. 142.
9. Arroyo Zapatero, Luis: «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución» en Revista Jurídica de Castilla la Mancha, n.º 1. Universidad de Castilla La Mancha, 1987, pp. 104 a 105.
10. Sánchez-Ostiz, Pablo: «Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en el derecho penal» en Juan Antonio Lascaraín Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal». Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 516 a 523.
11. Armenta Deu, Teresa: «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos» en Diego M. Luzón Peña (dtor.): «Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin». Ed. Bosch, Barcelona 1997, p. 215.

Conforme a esta doctrina, el control de constitucionalidad de las normas penales debe limitarse a aquellos supuestos que conlleven un sacrificio innecesario de derechos constitucionales. Así pues, la norma penal respeta las exigencias del control de constitucionalidad en «ausencia de alternativas más moderadas (menos gravosas) para la consecución con igual eficacia, de la finalidad perseguida» (SSTC 66/1995 de 8 de mayo, 207/1996 de 16 de diciembre, y 186/2000 de 10 de julio). El problema dogmático reside en determinar cuáles serían esas medidas alternativas o, cuando menos, comparar la norma penal impugnada con otras semejantes (SSTC 55/1996 de 27 de abril, 161/1997 de 2 de octubre)

Dos sentencias del Tribunal Constitucional han resuelto la inconstitucionalidad de normas penales por este motivo: Son la STC 136/1999 de 20 de julio (recurso de amparo instado por los condenados en la STS 2/1997 de 29 de noviembre (causa especial 840/1996) en la que se condena a los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, como autores de un delito de colaboración con banda armada). Y la STC 17/2013 de 31 de enero (recurso de inconstitucionalidad instado por el Parlamento Vasco en el que se declaró la inconstitucionalidad del inciso del art. 58.6 de la Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años».

5.3. EL ELEMENTO DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (*PROPORCIONALITY STRICTO SENSU*)

También el prof. Rivers¹² escribe al respecto que *According to this test, in order for the limitation clause to be justified, a balancing between the benefits gained by the public and the harm caused to the constitutional harm is required. At the final stage of proportionality, the interpreter has to evaluate the advantages and the disadvantages which come from the proposed measure. The decision maker must evaluate whether the consequences of the suggested measure are excessive compared to the right that has been violated.*

El Tribunal Constitucional ha definido este requisito como «la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena» (STC 55/1996 de 28 de marzo) o como la comparación «entre la gravedad del delito que se trata de impedir

12. Rivers, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review* (2006), 65 Cambridge Law Journal, p. 342.

—y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales» (STC 136/1999 de 20 de julio). Ahora bien, en relación al Legislador penal, añade que esta comparación corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, de modo que solo se considerará vulnerado el elemento de la proporcionalidad en el caso de un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma» (STC 60/2010 de 7 de octubre).

Este principio distingue un alcance abstracto para el Legislador y otro concreto para el Juzgador. El alcance abstracto afecta al ámbito de actuación del poder Legislativo e implica que dos delitos deberán castigarse con la misma pena si son de una gravedad equivalente y deberán sancionarse con distintas penas si no lo son¹³. En esta comparación procederá ponderar la ofensa frente al bien jurídico protegido, el hecho antijurídico y también la trascendencia social del hecho¹⁴ y la función preventiva de la pena a fin de que responda a la tutela de los valores, los principios y los derechos constitucionales (SSTC 55/1996 de 28 de marzo; 161/1997 de 2 de octubre).

El alcance concreto afecta al Juzgador. En su enjuiciamiento de cada caso específico deberá atender además de la gravedad del injusto, la culpabilidad del infractor. Acaecido un hecho grave, la culpabilidad puede ser leve, en cuyo caso el respeto al principio de proporcionalidad concreta puede conllevar la disminución o incluso la ausencia de sanción.

Así definido no resulta fácil distinguir el principio de proporcionalidad en sentido estricto de los dos elementos anteriores. Como en éstos, invoca valores tales como el equilibrio o la ponderación. Y tal vez la voluntad del Tribunal Constitucional de evitar que la original doctrina germánica del Bundesverfassungsgericht y Robert Alexy aboque a una confusión innecesaria.

Sin embargo, la vulneración de este elemento fue expresamente invocado para la estimación del recurso de amparo que dio lugar a la STC 136/1999 de 20 de julio (caso Herri Batasuna) y de la STC 17/2013 de 31 de enero (inconstitucionalidad parcial del art. 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre

13. García Arán, Mercedes: «Los criterios de determinación de la pena en el derecho español», Universitat de Barcelona, Barcelona 1982, p. 212.

14. Arroyo Zapatero, Luis: «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución» en Revista Jurídica de Castilla la Mancha, n.º 1. Universidad de Castilla La Mancha, 1987, pp. 104 a 105.

derechos y libertades de los extranjeros en España). Y también para la desestimación del recurso de amparo en la STC 11/2006 de 16 de enero (caso de las revistas abertzales Kale Gorria).

Un constitucionalista colombiano, el prof. Bernal Pulido¹⁵ ha sintetizado esos tres principios con claridad: «El principio de idoneidad exige que dichas limitaciones deban contribuir a alcanzar un fin legítimo. El subprincipio de necesidad exige que toda limitación de un derecho fundamental sea la más benigna entre todos los medios que tienen por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el fin legítimo que se persigue. Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que toda limitación de este talante contribuya a alcanzar el fin que se propone en un grado que justifique el nivel en el que se restringe el derecho fundamental». Para este autor, el principio de proporcionalidad no obsta a que el Legislador penal disponga de tres márgenes de acción: la elección de las medidas legislativas idóneas; la ponderación y la graduación de su intervención; y un margen de acción cognitivo cuando no existan conocimientos científicamente probados que aconsejen la corrección de la conducta debatida.

En mi opinión, el principio de proporcionalidad es una consecuencia del principio *pro libertate*, es decir la vinculación de los poderes y la Judicatura a interpretar los derechos de la manera más amplia posible; y ante un conflicto entre dos interpretaciones, optar por la más favorable al ejercicio del derecho.

-
15. Bernal Pulido, Carlos «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal» en Juan Antonio Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi: «El Principio de proporcionalidad penal». Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires 2014, pp. 93, 94.
También Sánchez Barroso, Borja: *El principio de proporcionalidad en contextos de incertidumbre: Insuficiencias y posibles soluciones a la luz del Covid-19* en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 128, C.E.P.C. 2023, p. 43.
Así mismo con motivo de la epidemia del COVID-19, Chano Regaña. Lorena: La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, n.º 36, Cáceres 2020, pp. 125 a 163.

La más reciente y abstracta Jurisprudencia del Tribunal. La Jurisprudencia posterior a las sentencias del *procés*

Ahora bien, tras la sucesión del Magistrado Viver Pi-Sunyer, el precedente de las sentencias que enumeraban y analizaban pormenorizadamente las tres condiciones (juicio de idoneidad, juicio de necesidad, juicio de proporcionalidad) pierde sistematicidad. La contundencia de aquel magistrado en la aplicación del juicio de proporcionalidad y sus tres condiciones no ha generado unanimidad entre sus sucesores en el Tribunal.

Tres sentencias destacan como ejemplos de esta variación jurisprudencial. Las tres estiman otros tantos recursos de amparo instados frente a resoluciones del T. S. en materia penal por vulneración del principio de proporcionalidad, si bien lo invocan de forma abstracta, es decir sin entrar a valorar pormenorizadamente las tres condiciones del juicio de proporcionalidad. La primera es la STC 136/2000 de 29 de mayo. Estima el recurso de amparo instado frente a una sentencia del Tribunal Supremo que confirma una condena por un delito contra la salud pública (ex arts. 344, 344 bis CP) a una pena de nueve años de prisión mayor más multa. El recurrente alegó vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ex art. 18.2 CE. por falta de motivación del Auto del Juez de Instrucción que acordó la entrada y registro de la vivienda del condenado. La Sentencia se refiere al principio de proporcionalidad, pero omite el examen pormenorizado de las tres condiciones:

«La falta de expresión de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma, nos lleva a estimar que el Juez no pudo efectuar la debida ponderación, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE, y, en todo caso, “como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo

derecho fundamental” (STC 171/1999, de 27 de septiembre), pues también hemos dicho que “en la ponderación de la proporcionalidad de la medida, el Juez que dicta la resolución sólo puede haber tenido en cuenta las informaciones [a la sazón] conocidas” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8). Por tanto, en la revisión de la proporcionalidad de la medida, este Tribunal no ha de tomar en consideración ninguna circunstancia sabida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental (STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 5)».

Otra es la STC 62/2005 de 14 de marzo. Resuelve el recurso de amparo ex arts. 24 y 17 CE instado frente a una Sentencia del Juzgado de lo Penal y la Audiencia de Barcelona acordando la medida cautelar de prisión provisional por quebrantamiento de una orden judicial de alejamiento por violencia de género. Del mismo modo, sin analizar las condiciones del juicio de proporcionalidad, falla la estimación del amparo:

«No cabe, en consecuencia, dudar de la proporcionalidad en abstracto de la medida cautelar adoptada, dada la importancia que revisten los indicados bienes jurídicos y la posibilidad hipotética de que pudieran ser puestos en peligro de no ponerse a buen recaudo al supuesto agresor; bienes jurídicos que se encuentran en directa conexión con principios y derechos constitucionales (ATC 233/2004, de 7 de junio). Por el contrario, la idoneidad de la medida que se cuestiona en el caso concreto resulta dudosa, ya que las resoluciones recurridas no ofrecen dato alguno acerca de la verdadera entidad de los malos tratos que inicialmente dieron lugar al dictado de la orden de alejamiento, ni se informa en ellas en ningún momento acerca de si fueron calificados de delito o de falta. Tampoco es posible determinar, con la sola ayuda del contenido de las resoluciones en cuestión, si realmente la medida de ingreso del recurrente en prisión provisional respondía a la existencia de un peligro cierto para los mencionados bienes jurídicos; peligro que no cabe presuponer que existe de manera automática cada vez que se produzca el quebrantamiento de una orden de alejamiento».

Y la tercera sentencia importante en este sentido es la STC 60/2010 de 29 de octubre. Su especial trascendencia radica en que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad instada por la Audiencia Provincial de Las Palmas ex arts. 24.1, 25.1, 18.1, 19.1, 32, 35 CE. La cuestión afecta al art. 57.2 del Código Penal porque establece que en la pena del delito de maltrato familiar «*se impondrá en todo caso*» la pena de alejamiento y la suspensión del derecho de visitas a los hijos, sin atender a presupuestos de gravedad y peligrosidad y prescindiendo de los deseos de la víctima o demás familiares. El Tribunal desestimó la cuestión de inconstitucionalidad. Esta Sentencia enumera y analiza pormenorizadamente las tres condiciones del juicio de proporcionalidad en cada uno de sus fundamentos jurídicos 10, 11 y 12. Ahora bien,

ESTUDIOS

El principio de proporcionalidad penal antes y después de la STC 136/1999 en el caso de Herri Batasuna.

La incidencia del principio de proporcionalidad penal en las ocho sentencias del T. C. sobre el «procés».

¿Cuál es el porcentaje de probabilidad de que los condenados por el «procés» obtengan una sentencia absolutoria en el T.E.D.H.?

¿Debería esta probabilidad ser ponderada por los Magistrados del T. C. en su futura sentencia sobre la Ley de Amnistía?

¿Acaso un dilema moral?

Un nuevo razonamiento a añadir a todos los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la constitucionalidad de la Amnistía.

