

CAPÍTULO TERCERO

EL JUEZ DE CONTROL
Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

I. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

En el derecho hay reglas, y en consecuencia hay razonamientos basados en la subsunción. Las reglas son normas que prescriben, en presencia de un determinado supuesto, una determinada consecuencia de derecho. Pero también hay principios que, según la opinión de Gustavo Zagrebelsky, son normas que no tienen un supuesto o, mejor aún, que no tienen un supuesto predeterminado. A las reglas se obedece, a los principios se adhiere. Los principios, en cuanto que indeterminada es su esfera de aplicación, no pueden ser obedecidos; mientras las reglas, teniendo el supuesto predeterminado, pueden sin lugar a dudas ser obedecidas o aplicadas sin ninguna adhesión, simplemente a través de una operación mecánica. El significado de las reglas se determina en abstracto, mientras que en los principios el significado surge ante un caso concreto. La influencia del caso en el derecho por principios consiste, precisamente, en que desde los casos se observa al ordenamiento jurídico, para obtener la regla adecuada: desde los casos se interroga el derecho para obtener una respuesta satisfactoria.⁹⁹

Estas diferencias se aprecian de mejor manera en el siguiente cuadro:

<i>Distinción entre principios y reglas</i>	
<i>Principio</i>	<i>Regla</i>
— No se agota en sí mismo. — No se interpreta bajo esquemas tradicionales.	— Se agota en sí misma. — Se interpretan bajo esquemas tradicionales (silogismo y subsunción).

⁹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 103-111.

<i>Distinción entre principios y reglas</i>	
<i>Principio</i>	<i>Regla</i>
— Al principio se le presta adhesión. — Simplemente nos proporciona un criterio. — No tiene ningún supuesto fáctico. — Su significado surge ante un caso concreto. — No puede ser aplicado de manera mecánica. — No son principios supletorios, sino básicos de la interpretación.	— Se obedece. Se debe cumplir y punto. — Nos dice lo que está prohibido, permitido u obligado. — Tiene un supuesto de hecho. — Se determina su significado en abstracto. — Puede ser observada y aplicada mecánicamente.

II. LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Los principios cumplen al menos tres funciones en la actividad jurisdiccional: *a) interpretativa*, que consiste en la señalización de criterios con los que dan significado a una determinada norma; *b) integradora*, que tiene que ver con la indicación de criterios con los cuales suplir la falta de una disposición (lagunas del derecho), y *c) directiva*, que estriba en la orientación de la actividad de los operadores jurídicos al momento de resolver un problema técnico-jurídico.

1. *¿Qué importancia tiene la aplicación de principios constitucionales en la función de los jueces de control?*

Para los jueces de control será muy importante la aplicación de principios constitucionales como el de proporcionalidad o *pro homine*, en la medida en que sus resoluciones sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de autoridad que requieran control de la autoridad se proyectan directamente sobre la inviolabilidad del domicilio, la integridad física y moral de las personas, la privacidad de las comunicaciones y otros derechos humanos.

2. *¿Qué funciones cumplen los principios de proporcionalidad y pro homine en la actividad jurisdiccional de los jueces de control como garantes de derechos fundamentales?*

El principio de proporcionalidad, como se verá con más detalle, debe orientar la actividad de los jueces de control al momento de resolver sobre

medidas cautelares y técnicas de investigación. Sirve como parámetro para aquilatar la estricta necesidad e idoneidad de esta clase de actos, que generalmente se traducen en injerencia a los derechos humanos del imputado, el ofendido y la víctima. El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en los códigos de procedimientos penales abrogados del Estado de México, Oaxaca y Chihuahua, que unánimemente establecían que no se podía decretar una medida cautelar cuando ésta resultara desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Asimismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las medidas cautelares deben aplicarse siguiendo los principios de idoneidad, proporcionalidad y de mínima intervención, debiendo justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado, tomando en consideración los argumentos de las partes y del Ministerio Público, así como el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, en su caso.

En tanto que el principio *pro homine*, como bien lo ha señalado Mónica Pinto, es un criterio hermenéutico que informa a todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.¹⁰⁰

La propia autora explica que el principio *pro persona* es aplicable como una pauta hermenéutica y como una pauta para la regulación jurídica de los derechos humanos.

La aplicación hermenéutica busca lograr una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado, entre la pluralidad de fuentes, internas y externas del derecho de los derechos humanos. Aquí, dice Mónica Pinto, es necesario encontrar criterios que posibiliten optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación.

El principio *pro homine* como parte de la regulación —siguiendo a Mónica Pinto— reconoce la necesidad de reglamentar razonablemente los derechos humanos consagrados por el orden jurídico, en el entendido de que la reglamentación es aquella regulación de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad.

¹⁰⁰ Pinto, Mónica *et al.*, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 163.

Sobre la aplicación de los principios, Jaime Cárdenas Gracia¹⁰¹ ha sostenido que es necesario un cambio en la cultura jurídica de nuestros jueces, porque se requiere que orienten sus decisiones por principios y que abandonen los criterios decimonónicos de la subsunción y aplicación mecánica de la ley, porque es preferible argumentar con base en principios, que hacerlo en forma literal y siguiendo las reglas del silogismo judicial, porque la presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Jaime Cárdenas agrega que los principios no son cerrados, sino que se ejercen necesitados de significados que no están definidos *a priori*, y que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular; pero que desde luego, la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional.

3. *¿En qué grado es permisible la utilización de principios constitucionales por los jueces de garantías?*

El juez de control no debe convertirse en legislador *in situ*, porque necesariamente debe tener en cuenta el contenido de las normas o reglas emanadas del Poder Legislativo, y utilizar de manera prudente y racional los principios constitucionales. Es válido, como veremos más adelante, que, para autorizar medidas cautelares o técnicas de investigación, acudan al principio de proporcionalidad y evalúen la estricta necesidad e idoneidad de las mismas, pero sin dejar de considerar los hechos invocados y probados en el caso y su encaje en la norma correspondiente (subsunción). La utilización del principio de proporcionalidad en estos casos debe contribuir a mejorar la motivación de sus resoluciones, sin llegar al grado de anular el derecho legislado.

Alejandro Aponte Cardona, en su *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, explica que el juez de garantías al utilizar el principio de proporcionalidad, despliega un nivel de argumentación constitucional, porque una vez que ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas.¹⁰²

¹⁰¹ Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 85-105.

¹⁰² Véase cuadro al final de este capítulo.

Sobre el amplio margen de discrecionalidad de los jueces, el jurista español Manuel Aragón Reyes ha opinado que:

...para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica, consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizá, el camino para que el Estado de derecho no acabase convirtiéndose en Estado de justicia. El primero procura certeza, previsión, seguridad; esto es, igualdad libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizada-mente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, la desigualdad.¹⁰³

En conclusión, somos de la opinión de que los principios constitucionales a los que pueden acudir los jueces de control —con el deber siempre de justificar sus resoluciones— pueden ser explícitos (como el pro hombre o el de presunción de inocencia) o bien implícitos, como el de proporcionalidad, porque como lo señala Josep Aguiló Regla —siguiendo a Riccardo Guastini— en un orden jurídico constitucionalizado se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución; es decir, se huye de la interpretación literal a favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto de la Constitución pueden extraerse una gran cantidad de normas y de principios implícitos.

III. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hemos visto que la reforma constitucional incorpora la figura de los jueces de control y establece que deberán resolver en forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, pero garantizando los derechos de los inculcados, de las víctimas y de los ofendidos.

En mi opinión, para realizar esta importante función, los jueces de control deberán acudir al principio de proporcionalidad como lo hacen sus pares en otros países, con objeto de ponderar en cada caso la procedencia o impro-

¹⁰³ Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 163.

cedencia de las medidas cautelares o técnicas de investigación que constituyan actos de injerencia en derechos fundamentales.

Pero en relación con este principio caben, por lo menos, las siguientes cuestiones:

- ¿En qué consiste el principio de proporcionalidad?
- ¿En qué campos del derecho ha sido aplicado?
- ¿Cuál sería el fundamento constitucional para la invocación y aplicación de este principio en nuestro país?

Para dar respuesta a estas interrogantes, se estima oportuno recurrir a Carlos Bernal Pulido,¹⁰⁴ quien indica que el principio jurídico de proporcionalidad aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional de España. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. En las alusiones jurisprudenciales más representativas del Tribunal Constitucional Español, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado o estructurado con base en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- 1) Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- 2) De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
- 3) Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

¹⁰⁴ Bernal Pulido, Carlos Libardo, *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*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 51-53.

IV. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según la obra en consulta, el principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX, sino que surge como concepto propio del derecho público europeo y se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. A lo largo de todo el siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas, como la francesa e italiana, que lo aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales. Dentro de la misma tendencia, el principio de proporcionalidad ha desempeñado un papel cada vez más importante en el derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el derecho comunitario; tan es así, que ha sido incluido expresamente en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los siguientes términos:

Sólo se podrá introducir limitaciones (a los derechos fundamentales garantizados por la propia Carta) respetando el principio de proporcionalidad, 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.

Bernal Pulido reseña también que se ha generado un proceso de expansión de la aplicación de este principio, no sólo en el ámbito del derecho administrativo y constitucional, sino también en áreas como las del derecho del trabajo, ambiental, penal, procesal penal y derecho atómico.¹⁰⁵

Efectivamente, el principio se ha extendido al área del derecho procesal penal, como con todo acierto lo menciona Nicolás González-Cuéllar Serrano, al comentar que:

El principio reclama también su vigencia en el Derecho procesal penal, aunque en este sector del ordenamiento, donde con tanta gravedad se presenta el con-

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 54 a 63.

flicto entre intereses opuestos —son sin duda los más relevantes el interés estatal por ejercitar el *ius puniendi* y el del imputado por defender su *ius libertatis*— el principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada: rige ante todo el principio *favor libertatis*.

La fuente del principio de proporcionalidad o, si se prefiere, de la prohibición de exceso, mana de las normas constitucionales y su aplicación constante en la R.F.A. (República Federal Alemana), ha sido impulsada en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y del T.C. (Tribunal Constitucional). Exige, utilizando expresiones reiteradamente empleadas por el T.E.D.H., que las restricciones de los derechos fundamentales se encuentren previstas por la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan, y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos.

En el proceso penal pueden descomponerse tales exigencias y sistematizarse las garantías que la eficacia del principio de proporcionalidad comporta, reclamándose, en la adopción de las medidas limitativas de derechos, la concurrencia de ciertos presupuestos y diversos requisitos. Presupuestos para la admisibilidad de las injerencias, desde la perspectiva de la proporcionalidad, son la *legalidad* y la *justificación teleológica*. Dentro de los requisitos puede distinguirse aquéllos que son extrínsecos a las medidas —el requisito subjetivo de *judicialidad* y el formal de *motivación*— de los que cabría dominar intrínsecos, constituidos por los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad*, y *proporcionalidad en sentido estricto*.¹⁰⁶

¿Cuál es el fundamento constitucional para la invocación y aplicación de este principio?

El artículo 22 constitucional dispone: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

¹⁰⁷ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que: “el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República”. Tesis 1a./J. 3/2012 (9a.), “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, libro V, t. 1, febrero de 2012, p. 503.

En esta norma constitucional, el principio de proporcionalidad es expreso respecto al *quantum* que debe existir entre la pena aplicable al acusado y el bien jurídico que resultó dañado por el delito cometido.

En cambio, no aparece formulado de manera expresa en el texto de la Constitución en medidas cautelares y técnicas de investigación, cuya autorización, por disposición del artículo 16 constitucional, queda en manos de los jueces de control; sin embargo, ese principio puede ser derivado del contexto de la reforma, de otras disposiciones constitucionales, e incluso de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados de circuito.

En primer término, podemos lograr cierta derivación de este principio del contenido del primer párrafo del artículo 16 constitucional, conforme al cual los actos de autoridad que impliquen molestia a las personas en el goce y disfrute de sus derechos deben cumplir con las garantías de fundamentación y motivación.¹⁰⁸ Pero, bajo la luz del principio de proporcionalidad, la motivación que en su caso debe darse por el juez de control al autorizar una medida cautelar o técnica de investigación al abarcar un aspecto de mayor amplitud al tradicionalmente asignado, esto se refiere a que no se reduce a mera adecuación o engaste del hecho en la norma aplicable, sino que implica la verificación de la necesidad ineludible de realizar el acto de molestia por no contarse con otros medios menos “molestos” para el cumplimiento del fin pretendido por la autoridad.

Asimismo, cuando el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución reformada señala que “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comuni-

¹⁰⁸ Tradicionalmente, el primer párrafo del artículo 16 constitucional ha sido interpretado por la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito, en el sentido de que por la debida fundamentación y motivación legal debe entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Esta idea se recoge en la tesis de jurisprudencia que reza: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”, *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Séptima Época, vol. 97-102, tercera parte, p. 143.

dad...”, hace alusión al principio de proporcionalidad, en la medida en que limita la detención preventiva a casos excepcionales (cuando otras medidas cautelares resulten ineficaces para asegurar la presencia al proceso del imputado o la protección de la víctima o los testigos de cargo), lo que implica *per se*, realizar una ponderación en torno a la necesidad de aplicar esa medida cautelar en lugar de otras menos lesivas, para lo cual es necesario que el juzgador evalúe cuál es la medida cautelar procedente, lo que indefectiblemente lo lleva al principio de proporcionalidad; esto es, al análisis de la idoneidad y necesidad de la medida solicitada.

El principio de proporcionalidad rige también a las técnicas de investigación de policía y en general a las actuaciones del Ministerio Público en la averiguación de los delitos que representen injerencias en la esfera de derechos fundamentales. La autorización y la práctica de esas medidas restrictivas de derechos deben ser acordes al principio de proporcionalidad, como límite de actuación del Ministerio Público y las policías, de modo que habrá de tomarse en cuenta no sólo la utilidad que la medida pueda implicar a los fines del proceso, sino lo justificable de la restricción del derecho fundamental.

El artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que el juez de control al imponer una o varias de las medidas cautelares deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención, según las circunstancias de cada persona, en términos de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución. Siempre se exige que el juez de control justifique las razones por las que la medida impuesta es la menos gravosa para el imputado.

El papel del juez de control de garantías es equilibrar dos intereses legítimos aparentemente contrapuestos, por un lado, la garantía del debido proceso para la persona investigada y, por otro, la efectividad en la aplicación de la ley penal.

Por tanto, el principio de proporcionalidad se convierte en útil herramienta para normar el criterio de los jueces de control a la hora de autorizar medidas o técnicas de investigación, en las que está en juego la limitación o restricción de derechos fundamentales, y, en especial, la libertad, la intimidad o la protección del domicilio.¹⁰⁹

¹⁰⁹ En la entrevista realizada al juez Luis Ávila Benítez, coordinador de jueces de control y de juicio oral del distrito judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México, mencionó que “El principio de proporcionalidad —según la concepción que se sigue en la pregunta donde se recogen los presupuestos de: utilidad, indispensabilidad y correspondencia— definitivamente debe ser aplicado en las decisiones de los jueces de control. Sobre todo en los casos donde se dejan plazos o determinaciones abiertas en que el juzgador debe ponderar si la medida es idónea, si es necesaria y si guarda correlación con los derechos que

La aplicación de este principio se rige entonces, por la regla de la ponderación entre dos bienes jurídicos en aparente conflicto. El derecho del Estado para investigar y castigar los delitos y para obtener la reparación del daño, frente a los derechos de los indiciados, de las víctimas y de los ofendidos.

La idea de la justicia impone que el derecho de la sociedad sea conjugado con el de los individuos sometidos a proceso, de tal manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y así se respete el principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, Víctor Moreno Catena, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, opina que para que las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales (con fines de investigación o para asegurar el curso del proceso) sean legítimas se requieren dos condiciones:

- 1) Que existan indicios racionales de que los hechos se produjeron, es decir, indicios coherentes, lógicos y precisos, estando vedado su empleo en investigaciones preliminares o prospectivas que pueda realizar la policía.
- 2) Deben cumplirse los presupuestos de la necesidad de la diligencia y de la proporcionalidad de la misma, así como la oportuna autorización y el control judicial.¹¹⁰

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y ALGUNOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

En nuestro país, existe un precedente (previo a la reforma constitucional de junio de 2008), en el que el ministro José Ramón Cossío Díaz, en un asunto relacionado con los registros domiciliarios, adelantaba ya la noción de la proporcionalidad. El ministro Cossío Díaz sostuvo que el allanamiento debe que-

pretende tutelar. Tal es el caso, por ejemplo, de las decisiones sobre inspecciones de lugares, la revisión corporal de personas, el registro de vehículos, el aseguramiento de objetos relacionados con el hecho delictuoso, la devolución de bienes y otras técnicas de investigación. Y con más razón debe observarse dicho principio en las resoluciones sobre aplicación de medidas cautelares, donde queda a decisión del tribunal la medida más útil, necesaria y correspondiente a los fines perseguidos por dicha precautoria” (véase anexo 2 al final de este trabajo).

¹¹⁰ Véase “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en Moreno Catena, Víctor, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 76-79.

dar sujeto a tres requisitos: fundamentación, motivación y proporcionalidad. Fundar implica demostrar tanto la competencia de las autoridades emisoras como de todas las involucradas en su ejecución. La motivación exige dar cuenta de la causa, finalidad, modo de implementación y efectos previstos, lo cual permitirá trazar la adecuada correlación entre las normas jurídicas fundantes y el caso concreto. El análisis de la proporcionalidad de las medidas ordenadas —explicaba el ministro— no es parte del contenido garantizado propiamente por la garantía de legalidad, pero será imprescindible para determinar si el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido en el artículo 16 constitucional se afecta en la medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y que para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresando en la motivación del acto (voto particular en la contradicción de tesis 75/2004-PS).

Hay otro precedente en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al estudiar la constitucionalidad del artículo 271, párrafo segundo, de la Ley General de Salud (que prevé una restricción a la libertad de trabajo), determinó que el juez constitucional, para resolver la validez de actos que impliquen restricción de derechos fundamentales, debe comprobar que se satisfagan los siguientes requisitos:

- a) Que sean admisibles constitucionalmente.
- b) Que sean necesarias.
- c) Que sean proporcionales.¹¹¹

Al acometer el estudio de estos tópicos, la sala de la Suprema Corte concluyó que la medida legislativa impugnada era instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objeto perseguido por el legislador (la protección de la salud de las personas que se someten a intervenciones quirúrgicas con fines estéticos).

La Corte explicó que la necesidad se justifica en la medida en que se trata de un interés público, y porque no existe otro mecanismo menos restrictivo. Para lograr una mejor comprensión acerca de lo que debe entenderse por necesidad, la Primera Sala destacó a título de ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales) ha establecido: “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensable”, implica la existencia

¹¹¹ Tesis 1a./J. 51/2009, “RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVE UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 507.

de una necesidad social imperiosa, y para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable”. De la necesidad y, por ende, de la legalidad de las restricciones dependerá el que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

La restricción —dijo— debe ser proporcional al interés que justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo.

En abril de 2008 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* una tesis de jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se define claramente que el legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica cuando impone límites o regulaciones a las garantías individuales. Este precedente tiene vinculación con un juicio de amparo indirecto, que la Corte conoció en revisión, en el que se cuestionaba —y así se declaró— la inconstitucionalidad del artículo 226 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que prevé la causa legal de retiro por inutilidad basada en la ceropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

La Corte puntualizó que es criterio válido para la solución de conflictos entre principios constitucionales, acudir a la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica. El alto tribunal del país reconoció que algunos tribunales del Estado mexicano, y recientemente, con mayor claridad en algunos votos particulares, han comenzado a introducirse las nociones de contenido esencial de las garantías constitucionales y de proporcionalidad, en orden a racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales.

El tribunal pleno admitió que en el sistema jurídico mexicano, el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia al principio de legalidad y de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar con exceso de poder o de manera arbitraria.

Esto es así, porque la Constitución mexicana, al mismo tiempo que permite la restricción legislativa de las garantías constitucionales para salvaguardar otros bienes constitucionales, también permite el control judicial de las leyes, de lo que se deduce, por una parte, que la norma suprema impide al legislador que se exceda en sus facultades de desarrollo de tales garantías y, por otra, que la Constitución reconoce a todas ellas un contenido esencial inherente que no puede aniquilar ningún poder constituido (incluido el legislador).

El pleno de ministros arribó en consecuencia, a la conclusión de que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador

- a) Debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.
- b) Debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva.
- c) Debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernador respectivo.
- d) Debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

Aunque en estos asuntos la Corte analizó la constitucionalidad de normas secundarias, lo que interesa es darnos cuenta de la forma en que deben ser tratadas las acciones del Estado —en estos casos del Poder Legislativo— que de algún modo regulan o se proyectan sobre los derechos fundamentales.

En ese mismo tenor, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió una ejecutoria en un asunto relacionado con la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles y la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distrito Federal, que originó la tesis aislada que a continuación transcribimos:

PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONAL DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO. La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad

de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.¹¹²

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito emitió también una tesis en la que se establece que el principio de proporcionalidad en relación con la injerencia de derechos fundamentales se encuentra inmerso en el artículo 16 constitucional, bajo la siguiente consideración:

¹¹² Tesis I.4o.A.666 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2788.

En efecto, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra inmerso el principio de proporcionalidad, conforme al cual, la molestia a las personas en el goce y disfrute pacífico de sus derechos fundamentales, a través de actos de las autoridades, sólo se justifica cuando dichos actos resulten necesarios, idóneos y adecuados para conseguir el fin perseguido, y deben reducirse al mínimo necesario, de manera que el sacrificio de los intereses individuales guarde relación razonable y proporcionada con el interés general sujeto de salvaguarda o realización, lo cual ha de cumplir la autoridad mediante la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento. En consonancia con lo anterior, en el propio precepto se prevén las formalidades y medidas para ciertos actos de autoridad, restrictivos de la libertad personal de los individuos, a fin de que resulten proporcionales a la importancia del bien afectado, en relación con el interés público que se pretende salvar. Este principio responde a la prohibición de excesos para las autoridades, así como su intervención mínima en el ámbito de los derechos de los individuos...

En consecuencia, para cumplir el principio en cuestión y no vulnerar los derechos fundamentales de los gobernados, la autoridad debe fundar y motivar la necesidad, idoneidad y *proporcionalidad* de la medida adoptada, a efecto de que cause la menor molestia posible...¹¹³

Esto es lo valioso de estos precedentes, porque como se intenta justificar en este trabajo, la actividad de los jueces de control debe estar guiada fundamentalmente por la aplicación de principios como el de proporcionalidad y el de razonabilidad jurídica, para así garantizar o tutelar en forma efectiva los derechos del imputado, la víctima o el ofendido frente a las acciones del Estado en la investigación de los delitos.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA

El principio de proporcionalidad fue aceptado como criterio de ponderación de los jueces en la autorización de las medidas cautelares en los códigos de procedimientos penales del Estado de México, Oaxaca y Chihuahua, abrogados, y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. En esas codificaciones se establece una especie de prohibición de autorizar medidas cautelares cuando éstas resulten desproporcionadas a las circunstancias de comisión

¹¹³ Tesis I.4o.C, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1390.

del hecho atribuido, al peligro que se trata de resguardar y a la sanción probable a imponer en cada caso. Naturalmente que el legislador no cuenta con todos y cada uno de los detalles de cada caso como para adelantar criterios específicos sobre la proporción o desproporción de una medida cautelar. Son los jueces de control quienes deberán pronunciarse al respecto, e invariablemente tendrán que expresar las razones concretas y específicas del porqué han preferido alguna medida cautelar en lugar de otra; especialmente si tal medida se vincula con la libertad del imputado. Es por ello que el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua indicaba que tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podía sobrepasar su duración la media aritmética de la pena prevista para el delito de que se trate; o que el código de Oaxaca tomaba en cuenta el peligro que se trata de resguardar, con lo que se brindan criterios generales que, se reitera, deberán ser concretados por los jueces de control, pero siempre de manera prudente y racional. En esa medida, si se trata de un delito menor o de poco impacto social, puede resultar desproporcionado que el juez de control ordene la colocación de localizadores electrónicos en la persona del inculcado o que ordene la reclusión domiciliaria con vigilancia del inculcado, cuando pudiera bastar la exhibición de una garantía económica para asegurar su presencia durante el proceso.

En conclusión, vistas las circunstancias particulares de cada juicio, los jueces de control deben utilizar las medidas de aseguramiento que sean proporcionales o equivalentes al delito cometido, al bien jurídico en juego, al peligro que se trata de evitar y a la sanción misma del delito.

En ese sentido, el artículo 181 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México (abrogado) recoge en esencia estas nociones, al disponer que:

Artículo 181. No se podrá ordenar una medida cautelar cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para el delito.

En tanto que el artículo 164 del Código Procesal Penal de Oaxaca, en términos similares indicaba:

Artículo 164. Proporcionalidad.

Con la salvedad de lo dispuesto para la prisión preventiva oficiosa, no se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido, al peligro que trata de resguardar y a la sanción probable.

Lo mismo que el artículo 158 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua (abrogado) que a la letra dice:

Artículo 158. Proporcionalidad.

No se podrá decretar una medida cautelar cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podrá sobrepasar la media aritmética de la pena prevista para el delito de que se trate, ni exceder el plazo fijado en los Artículos 182, fracción II y 183 de este Código.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 156, hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente forma:

Artículo 156. Proporcionalidad.

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

VII. SUBPRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De acuerdo con lo ya explicado, tres reglas o subprincipios pueden vincularse al principio de proporcionalidad: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (razonabilidad).

A continuación nos ocuparemos de ellos para demostrar su utilidad en la función de los jueces de control, para lo cual acudiremos al *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, elaborado por Alejandro Aponte Cardona para el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia.¹¹⁴

¹¹⁴ Segunda ed., 2006.

VIII. SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD

Alejandro Aponte Cardona explica que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción, y que la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto, bajo el entendido de que este principio es flexible; es decir, no se requiere una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido, sino que basta que la técnica de investigación solicitada pueda servir parcialmente para la demostración de algún elemento de interés en el hecho investigado.

Llevando estas ideas a nuestro trabajo, tenemos que si el delito investigado es, por ejemplo, la posesión de narcóticos en un domicilio particular, la prueba de cateo resultará idónea, porque de su resultado se puede derivar la demostración del elemento material u objetivo relativo a la posesión misma de la droga.¹¹⁵

Una autorización para intervenir las comunicaciones privadas puede ser considerada idónea para la demostración de un delito de tráfico de narcóticos no obstante que la interceptación por su duración o tipo de medios involucre aspectos de comunicación ajenos al hecho investigado. Lo relevante es que a través de la misma se pueda obtener información ligada al hecho principal que se averigua.¹¹⁶

Nicolás González-Cuellar, a su vez, comenta:

El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional (en España) de exceso, que se apoya en el

¹¹⁵ En relación con esta técnica de investigación, la Constitución reformada precisa: “En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia”.

¹¹⁶ En relación con la intervención de comunicaciones privadas, el artículo 16 constitucional dispone: “Exclusivamente la autoridad judicial federal a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración”.

esquema medio-fin, desde el cual pueden ser analizadas las medidas en relación con su finalidad. En algunos sistemas jurídicos, como el de Alemania, se ha considerado que no es necesaria una aptitud completa del medio para que pueda ser considerado idóneo desde la perspectiva de la prohibición en exceso. Una medida es idónea, si con su ayuda se logra la satisfacción del fin deseado, se acerca o facilita. En cambio, no lo es, si aleja o dificulta su consecución; por lo que puede colegirse que no es exigible a determinada medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta.¹¹⁷

IX. SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

En el *Manual para el juez de control de garantías* que venimos consultando se precisa que la necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención.

En el ejemplo del allanamiento, al que nos referimos con anterioridad, como se tiene noticia que la droga se guarda o almacena en un domicilio específico, resulta estrictamente necesaria la práctica del cateo, para la demostración de la posesión de los narcóticos. Ese medio probatorio no podría ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, cuenta habida de que se requiere localizar y dar fe de la existencia de los narcóticos.

La comparación entre los distintos medios que el juez de control debe tener en mente es una operación inexcusable en la aplicación del principio de mínima intervención; esto es, el juzgador, luego de realizar un examen comparativo, debe elegir o preferir la medida menos lesiva para los derechos individuales.

Veamos otro ejemplo: el peligro de fuga o sustracción de la justicia por parte del imputado se evita o disminuye si se aplica la prisión preventiva (medida gravosa); pero si en el caso concreto otra medida cautelar (menos lesiva), como lo es la fijación de una fianza, es eficaz para evitar aquella sustracción, resulta constitucionalmente correcto el sacrificio de la mayor seguridad que pueda ofrecer la cárcel, en beneficio del valor de la libertad.

Por lo tanto, el juez, al recibir la solicitud del Ministerio Público sobre una medida cautelar o técnica de investigación, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva, y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el

¹¹⁷ González Cuéllar-Serrano, Nicolás, *op. cit.*, pp. 19-21.

resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia.

Para Víctor Moreno Catena, la necesidad de una medida que afecte derechos fundamentales se refiere a su adecuación al fin concreto perseguido (investigación o aseguramiento); es decir, a su pertinencia para lograr el objetivo procesal pretendido —que haya razones para considerar que la medida es precisa para que el proceso penal pueda desenvolverse, o que con ella puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunstancias importantes para la investigación—; pero también supone que no existan otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental u otros medios de investigación que no le afecten, porque si los hubiera, se habría de optar por ellos (SSTC 236 y 171/1999, y STS 23 de febrero de 1994).

La autorización y la práctica de estas medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales, en opinión de este jurista, debe respetar siempre las exigencias del principio de proporcionalidad como límite de la actuación de los poderes públicos, de modo que habrá de tomarse en consideración no sólo la pertinencia y utilidad que la medida pudiera reportar a los fines del proceso penal, sino también el sacrificio que ésta representa a la luz de la gravedad de los hechos que se persiguen; así pues, se habrá de realizar un juicio de ponderación entre la trascendencia de la intromisión y la relevancia del delito.¹¹⁸

Es preciso advertir que la evaluación del juez de control de garantías no se debe agotar en la inmediatez de la medida o en sus adyacentes subsecuentes, sino que deberá estar atenta a los efectos secundarios y posibles de dicha medida.

En efecto, el juez de control no puede desatenderse de la medida autorizada, sino que debe controlarla en lo posible a fin de adoptar las medidas complementarias que sean precisas y garantizar sus resultados.

El Tribunal Constitucional español, en un caso de intervención telefónica, ha estimado que:

El control del juez abarca un triple frente. En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante. Los agentes policiales deben ser fieles observantes de aquéllas, no permitiéndose discrecionalidades en su ejecución sin el debido beneplácito judicial. En segundo término, la escrupulosidad más exquisita en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad. Y por último, adopción de las medidas convencionales para la vertencia escrita de las grabacio-

¹¹⁸ Moreno Catena, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, *cit.*, p. 79.

nes obtenidas, selección de cuanto pueda ser importante a los fines investigadores y de comprobación que se persiguen.¹¹⁹

X. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (RAZONABILIDAD)

Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia.

Para Alejandro Aponte Cardona, según la obra citada, una vez que se han superado las preguntas fundamentales en relación con la idoneidad y necesidad de una medida, se aplica la noción de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, la relación entre medio y fin debe admitir una medida proporcional.

El resultado de la secuencia lógica está ligado también y de manera general a la noción de razonabilidad.

Para finalizar este capítulo, enseguida presentamos unos cuadros que muestran la aplicación del principio de proporcionalidad.

CUADRO SINÓPTICO SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Principio
de proporcionalidad
(subprincipios)

a) Idoneidad

Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

b) Necesidad

La injerencia debe ser la más benigna en comparación con otras medidas.

c) Proporcionalidad

(sentido estricto)

La importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido.

¹¹⁹ Transcripción de la sentencia STS 20-12-1996 citada por Joan Josep Queralt en *Justicia penal: delitos y garantías*, México, Ubijus-Instituto de Formación Profesional, 2009, p. 11.

NUEVAS EXIGENCIAS ARGUMENTATIVAS PARA EL JUEZ DE CONTROL A PARTIR DE TRES NIVELES¹²⁰

Nivel de argumentación fáctica

El juez debe verificar los hechos de carácter fáctico que le son narrados; por ejemplo, por el fiscal o por la policía, y a partir de los cuales se pretende o solicita una determinada medida. Se trata de la narración puramente fáctica, empírica, de hechos que son materia de investigación.



Nivel de argumentación legal

El juez debe ajustar la información obtenida a una norma. Se trata, por decirlo así, de un juicio basado en la estructura positiva o legal del Código. Es el clásico ejemplo de la subsunción legal.



Nivel de argumentación constitucional

El juez, una vez que ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas. Es aquí donde adquiere sentido el esquema constitucional aportado por el principio de proporcionalidad.

¹²⁰ Fuente: Aponte Cardona, Alejandro, *op. cit.*, pp. 37 y 38.