

# El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?

**Irene Navarro Frías**

Universidad de La Laguna

### *Abstract*

*En este trabajo se analiza si el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe entenderse como el tradicional principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o como balance global de costes y beneficios de la intervención jurídico-penal.*

*Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne dem traditionellen Verhältnismäßigkeitsprinzip zwischen Schwere der Tat und Schwere der Strafe gleichgestellt, oder als ausführlicheren Bilanz zwischen Nutzen und Kosten des strafrechtlichen Eingriffes verstanden werden muss.*

*This contribution analyzes if the principle of proportionality in the strict sense must be understood as the traditional principle of proportionality between crime and penalty or as full balance between costs and benefits of the criminal law's intervention.*

*Titel: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne: Verhältnismäßigkeitsprinzip zwischen Tat und Strafe oder ausführlichere Bilanz zwischen Nutzen und Kosten?*

*Title: The principle of proportionality in the strict sense: proportionality between crime and penalty or full balance between costs and benefits?*

*Palabras clave: principio de proporcionalidad; garantismo; retribución; costes de la pena; efecto desaliento.*

*Stichwörter: Verhältnismäßigkeitsprinzip; Garantismus; Vergeltung; Kosten der Strafe; Mutlosigkeit Effekt.*

*Keywords: Principle of proportionality; Garantismus; revenge; penalty cost; discourage effect.*

### *Sumario*

- 1. El debate sobre el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto**
- 2. Coincidencias y (primeras) diferencias entre las dos concepciones del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La recepción del esquema coste-beneficio en Derecho penal**
- 3. Principio de proporcionalidad y fines de la pena: ¿supone el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad una visión retributiva del Derecho penal?**
- 4. La restricción de derechos fundamentales a través de la definición de la conducta típica, el efecto desaliento y los costes económicos: ¿factores a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto?**
- 5. El principio de proporcionalidad en sentido estricto como balance global de costes y beneficios: la quiebra del contenido garantista del principio de proporcionalidad**
- 6. Bibliografía citada**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**

## 1. El debate sobre el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto

1. En la doctrina penal viene abriéndose paso últimamente una concepción amplia del principio de proporcionalidad. En este sentido amplio, el principio de proporcionalidad se entiende como aglutinador, no sólo del tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino de otros reconocidos límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*. En concreto, ha sido asumida por la doctrina penal una concepción del principio de proporcionalidad procedente del Derecho administrativo<sup>1</sup> y más amplia que el tradicional principio de proporcionalidad de las penas (pero que incluye también a este último), como examen global de los siguientes aspectos: si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un bien jurídico; si esa intervención es idónea para alcanzar tal fin; si además es necesaria; y, por último, si es proporcional en sentido estricto<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Con el Derecho de policía prusiano el principio de proporcionalidad pasa a abarcar contenidos más amplios y comienza a estructurarse en sus notas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; véase ORTIZ ÚRCULO, «Razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 771. El Tribunal Superior de lo contencioso-administrativo prusiano controlaba la actividad de policía con base en el § 10 II 17 del «*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*» de 1794, en el que se preveía que sólo se podrían adoptar «*die nöthigen Anstalten zur Erhaltung des öffentlichen Ruhe [...]*», por lo que las medidas de policía innecesarias no estaban cubiertas por esta cláusula legal; véase al respecto HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 3. Como recuerda STERN, «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots», en BADURA/SCHOLZ (eds.), *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, p. 168, la inclusión de esta previsión se atribuye a SVAREZ. En 1844 VON MOHL (en su obra «*Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*»), se refería a la siguiente relación de proporción: «*je wichtiger und unentbehrlicher die durchzusetzende Anstalt ist, desto höher darf der Zwang steigen, unter Umständen selbst bis zum Tode des Widerspenstigen. Bei minder wichtigen muß auch das gegen des Ungehorsamen zu verhängende Uebel im Verhältnisse stehen*»; véase en REMMERT, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, 1995, p. 89.

<sup>2</sup> Véase sobre la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho penal AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, 1999, pp. 137-8 y 147-8; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2004, pp. 69-78; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.ª ed., 1999, pp. 206-14; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, 2004, pp. 68-71; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., 1999, pp. 84-90; CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, t. I, 1997, p. 452 y ss.; CUESTA PASTOR, Pablo-José, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre. (La constitucionalidad del artículo 380 del Código penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)», *RGD*, 1998, p. 1936; DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 138 y ss.; GARCÍA PÉREZ, Octavio «La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial», *RECPC*, 2007, pp. 13-6, (<http://criminet.ugr.es/recpc>; última visita: 8 de marzo de 2010); JAREÑO LEAL, «La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003», en FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (org.), *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, 2005, p. 401 y ss.; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, 2006, pp. 27-8, 66-8 y 387; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., 2005, pp. 38-9; MARTOS NÚÑEZ, Juan-Antonio, «Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho», *RDPC*, 1991, pp. 273-4; ORTIZ ÚRCULO, en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 778; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, 2002, pp. 409-10; PRIETO SANCHÍS, «La limitación constitucional del legislador penal», en PRIETO SANCHÍS *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, pp.

La intervención jurídico-penal debe entonces orientarse hacia la protección de bienes jurídicos y resultar además idónea y necesaria para alcanzar tal fin. Por último, y a pesar de ser idónea y necesaria, tal intervención puede todavía resultar desproporcionada si no es *proporcional en sentido estricto*. Esta es la última exigencia que el principio de proporcionalidad en sentido amplio plantea al legislador: la intervención penal debe ser proporcional en sentido estricto<sup>3</sup>. Y es precisamente cuando llegamos a este eslabón del principio de proporcionalidad en sentido amplio cuando surgen discrepancias en cuanto a su contenido. Pues frente a lo que ocurre en los peldaños anteriores (en los que las discrepancias doctrinales acerca del fondo son mínimas<sup>4</sup>), en

---

272-3; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal», *LL*, 1994, pp. 1117-8. La jurisprudencia del BVerfG se refiere a la estructura triádica del principio de proporcionalidad también para el Derecho penal; véase al respecto APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, p. 172. Esta jurisprudencia del BVerfG ha sido seguida por nuestro Tribunal Constitucional fundamentalmente a partir de la STC 66/1995, de 8 de mayo; véase en este sentido BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», *CDP*, 1998, p. 334; DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 40. Sobre la expansión del principio de proporcionalidad a todos los sectores del Derecho público véase GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, 1983, pp. 202-4. Sobre la necesidad de recibir este principio en el Derecho penal se pronunciaba ya HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, 1963, p. 28, sumándose a la postura de SAX. Sobre la aplicación de este principio en el ámbito del Derecho procesal véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990.

<sup>3</sup> En alemán se refieren a este subprincipio como «*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*», «*Proportionalität*» o «*Angemessenheit*» entre otros; véase sobre estas denominaciones HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 21.; GRABITZ, Eberhard, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 1973, p. 571, encuentra que la denominación «*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*» conduce a confusión y opta por el término «*Proportionalität*». Históricamente el principio de proporcionalidad en sentido estricto se consolida en el Derecho de policía en un momento posterior que los subprincipios de idoneidad y necesidad, y ello porque este principio parte de una libertad entendida en sentido positivo (capaz de enfrentarse y oponerse en su caso a los intereses del Estado) que sólo se logra en los Estados constitucionales desarrollados. Véase un estudio pormenorizado del principio de proporcionalidad en sentido estricto, distinguiendo las etapas que atraviesa, en REMMERT, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen*, 1995, especialmente pp. 28-35, 85-91, 150-7 y 183-7. También niega que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se haya desarrollado del mismo modo que los otros dos en el Derecho de policía HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 14, y aclara (pp. 4-5) que cuando algunos autores hablaban de «*Verhältnismässigkeit*» se referían en realidad a lo que hoy conocemos como necesidad («*Erforderlichkeit*»). Esto no significa que de forma esporádica no apareciera algún autor, como SVAREZ o VON MOHL, o algún precepto aislado, que se refiriesen a este principio (por ejemplo, el Art. 65 del Entwurf für die Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg de 1931, disponía que: «*soweit die Vornahme von Verwaltungsakten oder die Bestimmung ihres Inhalts im Ermessen der Verwaltungsbehörde liegt, ist die Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkte unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Intereses und der Einzelinteressen zu treffen*»); véase al respecto REMMERT, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen*, 1995, pp. 89-90, 187 y 203.

<sup>4</sup> La discrepancia más relevante se localiza en la cuestión de si el subprincipio de necesidad es un juicio eminentemente empírico o si incluye también momentos valorativos. La posición dominante en la doctrina afirma el carácter empírico del subprincipio de necesidad, frente al carácter valorativo del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; véase en tal sentido AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, 1999, p. 240; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, 1990, p. 155; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, pp. 191, 205 y 210, [para el que (p. 200) los contenidos de justicia entran por la vía del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto]; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, pp.

el ámbito del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto la doctrina *sí* discute acerca de las concretas exigencias que se derivan del mismo. La propia delimitación del significado que cabe atribuir al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito penal es probablemente la cuestión que más debate ha suscitado dentro del principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>5</sup>.

2. En la delimitación del contenido de este subprincipio la doctrina penal discute actualmente si éste debe equipararse al tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena<sup>6</sup>, o si debe entenderse más bien como un balance más amplio entre los

---

44-5 y 158; LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 19-20; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL, 1994, p. 1118, (que destaca la naturaleza empírica de la necesidad, orientada a la economía y la eficiencia, frente al carácter normativo o valorativo del principio de proporcionalidad, orientado al ideal de justicia). Sin embargo, lo cierto es que el juicio que se realiza en esa sede presenta un carácter mixto normativo/valorativo-empírico. Pese a que la doctrina mayoritaria considera el juicio de necesidad como un juicio eminentemente empírico, y resalta la contraposición entre el carácter del mismo y el carácter normativo de la proporcionalidad en sentido estricto, en mi opinión, si el subprincipio de necesidad se vacía de contenidos valorativos y se trasladan todos al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, éste acabaría finalmente sobrecargado. A la hora de guiar la actividad del legislador, no se delimitarían correctamente los (al menos) dos pasos que habría que dar, es decir, la selección de la materia jurídico-penal y la comprensión de la misma en los tipos delictivos, por un lado, y la estructuración interna del concreto precepto jurídico-penal con la adjudicación de una conminación penal abstracta, por otro lado. A la hora de dar pautas al legislador sobre la configuración del tipo me parece más ventajoso (porque aporta claridad dividiendo el juicio en dos pasos) separar, por un lado, la pregunta de si la intervención jurídico-penal es necesaria y hasta dónde sería necesaria, y por otro lado, qué concreta intervención jurídico-penal es proporcionada en sentido estricto. Este último juicio supondría un análisis interno y eminentemente valorativo sobre la estructura del concreto precepto jurídico-penal. En relación con esta división del juicio, para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, PG, 2004, p. 74, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas (penas y medidas de seguridad). En cambio para GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 216, es en el plano del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto donde se decide tanto sobre el *sí* como sobre el *cómo* de la pena conforme a criterios de justicia y no sólo de utilidad; y así, para este autor (pp. 236-8) criterios como el del merecimiento de pena aparecen por primera vez en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>5</sup> Incluso, de forma más general, MEDINA GUERRERO, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», CDP, 1998, p. 126, lo ha calificado como el integrante del principio de proporcionalidad en sentido amplio que presenta los contornos más difusos.

<sup>6</sup> Véase en este sentido AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, 1999, pp. 147-8 y 278; ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia de Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1990, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», LL, 1999, p. 2053; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, PG, 2004, p. 74; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 210; GÓMEZ RECIO, Fernando, «El principio de proporcionalidad penal, doctrina constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas», AP, 2000, p. 966; JAREÑO LEAL, en FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (org.), *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, 2005, pp. 393, 399 y 401; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7.<sup>a</sup> ed., 2007, pp. 82-3; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, 2002, p. 74. Véase también MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 1976, p. 158; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, pp. 366-7. Para SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL,

costes y los beneficios de la norma penal<sup>7</sup>. Como integrante de este último grupo de autores LOPERA MESA ha destacado que «a través del juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* se realiza una ponderación entre los *beneficios* que cabe esperar de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico y los *costes* que necesariamente se derivan tanto de la prohibición como de la sanción penal desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados por ambas»<sup>8</sup>. Para este sector doctrinal podría decirse que el tradicional principio de proporcionalidad de las penas *se queda corto* pues no permite tener en cuenta factores que sí deberían considerarse en esta sede, tales como la restricción de derechos que supone la propia definición de la conducta típica, el denominado efecto desaliento, los costes económicos de aplicación de las penas, etc<sup>9</sup>.

Pese a que efectivamente se plantea una disyuntiva entre una y otra postura, hay que precisar, no obstante, que el sector que concibe el principio de proporcionalidad en sentido estricto de manera *más amplia*, es decir, como una ponderación entre los costes y los beneficios de la norma penal, no pretende tampoco renunciar al tradicional principio de proporcionalidad de las penas, sino más bien integrarlo en la estructura del principio de proporcionalidad en sentido estricto. De esta manera, el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como balance global no

---

1994, p. 1123, «son criterios de proporción entre pena y delito tanto el grado de injusto (que incluye el desvalor de acción, objetivo y subjetivo, y el de resultado) como el de culpabilidad». El Tribunal Constitucional en su STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9, identifica este subprincipio con «la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto)». En sentido similar, para COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 89, «la pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela», pero matizan a continuación que la gravedad del delito «sólo es un criterio genérico para efectuarla» y, por ello, si en el caso concreto dicha finalidad quedara satisfecha con una pena menor (o incluso sin pena) habría que entender la proporcionalidad conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela. Véase en el mismo sentido COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *PG*, 2004, p. 70. Véase también CUERDA ARNAU, en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, t. I, 1997, pp. 474-5.

<sup>7</sup> Véase al respecto CUERDA ARNAU, María-Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, 2007, p. 27; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan-Antonio, «La proporcionalidad de la norma penal», *CDP*, 1998, p. 169; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 241. También parece expresarse en este sentido DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 204, cuando dice que «será proporcionado [...] todo lo que garantice la prevención de delitos, siempre claro está que dicha prevención no sea más costosa que su lesión en un *juicio global que tiene que tener en cuenta todo el coste de la intervención penal y todos sus beneficios*» (cursivas añadidas). El propio Tribunal Constitucional ha defendido en ocasiones esta concepción del principio y, en concreto, en su STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 29, se ha referido a que el juicio estricto de proporcionalidad es el que «compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales—» (cursivas añadidas). En esta Sentencia se incluyó en el lado de los costes de la intervención jurídico-penal el efecto de desaliento respecto del ejercicio lícito de determinados derechos, al que podía llevar una sanción desproporcionada [FJ 29 c)]. Sobre el efecto desaliento véase *infra* el apartado IV.

<sup>8</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 241 (cursivas en el original). También PRIETO SANCHÍS, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 273, resalta la idea de que los beneficios que se derivan de la protección penal desde la perspectiva de un bien jurídico deben compensar los costes que necesariamente se derivan del castigo. Véase también GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 199.

<sup>9</sup> Sobre estos factores véase *infra* el apartado IV.

implicaría nunca una quiebra del tradicional principio de proporcionalidad de las penas, sino que al contrario, el postulado garantista tendría que verse confirmado por esa ponderación global<sup>10</sup>.

3. Lo que de alguna manera se trata de conseguir con la conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto como un examen más amplio que el principio de proporcionalidad de las penas – y lo que en definitiva condiciona este *nuevo* entendimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto –, es trasladar al ámbito penal la concepción del principio de proporcionalidad en sentido estricto surgida y desarrollada en el ámbito del Derecho administrativo. En este sector del ordenamiento jurídico la idea de proporcionalidad en sentido estricto ha venido presidida por la *relación de adecuación medio-fin*, según la cual una medida es proporcionada en sentido estricto cuando el medio empleado se encuentra en una relación proporcionada o adecuada al fin<sup>11</sup>; lo que a su vez significa que las ventajas que se obtengan mediante la intervención legislativa en los correspondientes derechos de los ciudadanos deben compensar los sacrificios que ésta implique para sus titulares y para la sociedad en general<sup>12</sup>. Este principio exige una ponderación entre el medio y el fin elegidos, de forma que si preponderan los perjuicios generados por la medida, ésta no debe adoptarse<sup>13</sup>. Se trata, por tanto, de un juicio eminentemente valorativo<sup>14</sup> acerca de la relación de adecuación en la que se encuentran estas dos magnitudes (el medio y el fin)<sup>15</sup>; en definitiva, de un juicio de ponderación de los costes y los beneficios que cabe esperar de la concreta intervención.

---

<sup>10</sup> Véase en este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 174-5. Para este autor (p. 174), «la correlación entre pena y lesividad del comportamiento viene garantizada por el juicio global interno de proporcionalidad». También es de esta opinión LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 241-2, cuando dice que su posición no supone negar sino integrar el principio de proporcionalidad de las penas, al incluirse la pena en la columna de costes y la gravedad del delito (importancia del bien jurídico y lesividad de la conducta) en la columna de beneficios, por lo que para mantener la proporcionalidad entre ambos, un aumento de la cuantía de la pena tendría que ser compensado por un aumento de la gravedad del delito. Véase también DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 212.

<sup>11</sup> Véase HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 75; LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1999, p. 19. Como señala GRABITZ, *AöR*, 1973, p. 575, el BVerfG se ha referido a que la medida no puede gravar de forma excesiva al afectado; gravarlo de una manera que no le sea exigible («für ihn 'nicht unzumutbar' sein darf»).

<sup>12</sup> Véase en este sentido BERNAL PULIDO, *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*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, p. 764.

<sup>13</sup> Véase HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 77.

<sup>14</sup> Véase HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, pp. 44-5, que se refería a la naturaleza empírica de los principios de idoneidad y necesidad y a la naturaleza valorativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Para GRABITZ, *AöR*, 1973, p. 583, al contrario que los principios de idoneidad y necesidad, a los que califica como reglas de decisión («*Entscheidungsregeln*»), el principio de proporcionalidad en sentido estricto es una regla de procedimiento («*Verfahrensregel*») porque sólo se formulan criterios hacia los que se tiene que orientar la ponderación.

<sup>15</sup> Véase GRABITZ, *AöR*, 1973, p. 575. Además, para este autor (p. 581), en tanto que el principio de proporcionalidad se vincula básicamente con los derechos fundamentales, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que cuanto más gravemente se intervenga con la medida en la posición jurídica del particular, mayores tienen que ser los intereses del bien común a los que sirve esa medida, entendiendo que la gravedad la determinan la intensidad de la medida, el peso de los intereses en juego y la urgencia de la medida.

La pregunta que surge en este punto en relación con el ámbito penal es, en primer lugar, si lo descrito hasta ahora es algo distinto del principio de proporcionalidad de las penas tal y como lo hemos conocido hasta ahora (es decir, como proporcionalidad entre las magnitudes delito y pena); y en segundo lugar, si este juicio de proporcionalidad que proviene del Derecho administrativo es trasladable sin más al ámbito del Derecho penal, o si, por el contrario, las especificidades de este sector del ordenamiento jurídico hacen necesarias ciertas precisiones a tal esquema.

## ***2. Coincidencias y (primeras) diferencias entre las dos concepciones del principio de proporcionalidad en sentido estricto. La recepción del esquema coste-beneficio en Derecho penal***

1. Por lo que se refiere a la primera pregunta, si consideramos las dos posiciones veremos que, en el fondo, no están tan alejadas la una de la otra. El principio tradicional de proporcionalidad de la pena compara la gravedad del delito y la gravedad de la pena, mientras que la concepción que lo concibe como balance global de costes y beneficios compara los beneficios que genera la intervención jurídico-penal para el bien jurídico con los costes que se derivan de tal intervención. Sin embargo, si nos preguntamos en qué consisten tales costes y beneficios, veremos que con los *beneficios* para el bien jurídico no se alude a otra cosa que a la gravedad del delito pero entendido, en este caso, en clave positiva; pues es evidente que cuanto más lesiva sea la conducta, más se contribuye con su prohibición a la protección del bien jurídico<sup>16</sup>. En cuanto a los *costes* de la intervención, éstos no son otros que los que representa la gravedad de la pena, por lo que en esto tampoco se diferencia del tradicional principio de proporcionalidad de las penas. Sin embargo, a ellos debe sumarse, desde la perspectiva del balance global, el coste que representa la gravedad de la restricción de derechos fundamentales que conlleva la prohibición, así como algún que otro coste *adicional*<sup>17</sup>.

Pese a que existe alguna diferencia entre estos dos juicios de proporcionalidad –diferencias a las que se aludirá con detalle más adelante–, no se puede negar que el esquema del balance global no es algo *absolutamente distinto* del tradicional principio de proporcionalidad de las penas. Más bien, este tradicional principio garantista de proporcionalidad puede entenderse comprendido, al menos en esta primera aproximación al problema<sup>18</sup>, en aquel balance, sin perjuicio de que en el mismo se integren además otros elementos.

---

<sup>16</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 511-2. Para APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 190, «*die Formulierung, daß die angedrohte Strafe ins Verhältnis zur schwere der Tat und zum Grad des Verschuldens gesetzt werden müsste, ist nur eine Kurzformel für die Ausrichtung der Prüfung an dem – durch die schuldhafte Tat in Frage gestellten – Zweck der Verhaltensnorm und dem dadurch angestrebten (zusätzlichen) Rechtsgüterschutz*».

<sup>17</sup> A la gravedad de la restricción de derechos fundamentales que conlleva la prohibición, así como a estos costes adicionales, entre los que podemos incluir el efecto desaliento y los costes económicos de aplicación de las penas, haremos referencia en el apartado IV.

<sup>18</sup> Ya veremos más adelante (véase *infra* el apartado V), que el entendimiento amplio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto puede llevar en algunos casos a resultados contrarios al principio de proporcionalidad de las penas.

2. Como segunda cuestión se planteaba la posibilidad de trasladar al Derecho penal esta comprensión amplia del juicio de proporcionalidad en sentido estricto proveniente del Derecho administrativo. Esto supondría *enriquecer* el principio de proporcionalidad de las penas incluyendo en este juicio factores que actualmente no se tienen en cuenta. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de los concretos factores a los que se da relevancia en este balance general, y en relación con esta segunda pregunta, interesa primero saber si esta importación al Derecho penal del esquema del principio de proporcionalidad en sentido estricto desde el Derecho administrativo es aceptable en línea de principio. Pues este dato – que tal *enriquecimiento* trae causa de la importación al Derecho penal (efectuado por algunos autores) de un principio nacido y desarrollado en el Derecho administrativo<sup>19</sup> – no puede perderse de vista y no deja de ocasionar algunas complicaciones, ya que a la hora de buscar su aplicación en el ámbito penal deben tenerse en cuenta las particularidades de este sector jurídico.

En general, como hemos dicho, el principio de proporcionalidad en sentido estricto impone en el Derecho administrativo la elección de medios adecuados para la consecución de los fines, de forma que no se produzcan sacrificios irrazonables desde el punto de vista iusfundamental. Y es precisamente este esquema de adecuación medios-fines el que cuesta transponer (al menos sin alguna matización) al Derecho penal. En el caso, por ejemplo, de LOPERA MESA, se justifica (en parte) la importación al Derecho penal de este esquema de la proporcionalidad en sentido estricto en una concreta crítica que se hace a la concepción que del mismo se ha mantenido en el ámbito penal. En particular critica esta autora el que en Derecho penal, cuando se habla de proporcionalidad en sentido estricto, se comparen dos males: el delito y la pena, porque esto responde a concepciones retributivas de la pena ya superadas<sup>20</sup>. Frente a ello propone que, conforme a una lógica consecuencialista y como forma de superación de la lógica retributiva, no se comparen dos males sino los costes y los beneficios; y exige que los costes en términos de afectación de derechos fundamentales generados tanto por las prohibiciones como por las penas – con lo cual ambas irían en la misma columna de *costes* – no superen los *beneficios* que se obtendrán en términos de protección de bienes jurídicos<sup>21</sup>. Se trata de “establecer si la afectación de derechos fundamentales que tiene lugar a través de la definición de una conducta como delito y de su correspondiente pena alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de

---

<sup>19</sup> A través del principio de proporcionalidad tratan de limitarse las posibilidades y la intensidad de las intervenciones de los poderes públicos en las esferas de derechos de los ciudadanos. En una primera época se vincula este principio a las medidas de policía del Derecho prusiano, expandiéndose posteriormente por todas las áreas del Derecho administrativo alemán; véase GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, pp. 201-2; OSSENBUHL, «Maßhalten mit der Übermaßverbot», en BADURA/SCHOLZ (eds.), *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, p. 152. Para PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *JD*, 1997, p. 69, la finalidad de proteger al individuo frente a posibles intervenciones excesivas del Estado explica que se recurra a este principio inicialmente en relación con la actividad administrativa sancionadora, para posteriormente extenderse al resto de intervenciones administrativas que inciden también en esferas de derechos de los ciudadanos. Véase también BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, 3.ª ed., 2007, pp. 47-8; WIEACKER, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung», en LUTER/STIMPEL/WIEDEMANN (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, p. 871.

<sup>20</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 241.

<sup>21</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 241.

los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador<sup>22</sup>. En definitiva, hay que determinar si el grado de afectación de los principios iusfundamentales que se ven limitados por la definición de la conducta delictiva y por la pena, se compensa por el grado de satisfacción de los principios que ordenan la protección de bienes jurídicos<sup>23</sup>.

3. Esta es la idea a la que responde el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como adecuación o ponderación entre los medios y los fines, con la que se pretende superar el juicio de proporcionalidad entendido como comparación de males. Sin embargo, una recepción de esta concepción del principio de proporcionalidad en sentido estricto en el Derecho penal encuentra algunas resistencias, ya en línea de principio<sup>24</sup>. Una de las razones que obstaculiza la importación de este entendimiento del principio de proporcionalidad y de este esquema *medios-fines*, es la perspectiva que prima en el Derecho penal. Pues el Derecho penal, y en concreto la intervención jurídica con el instrumento de la pena, mira, en buena medida, hacia el pasado y no tanto hacia el futuro. Para responder a la cuestión de *si* es proporcionado actuar con una pena frente a determinados hechos, y con *cuánta* pena es proporcionado intervenir, se mira fundamentalmente hacia el pasado: en el caso del legislador hacia las conductas que ha tipificado (o que va a tipificar), para lograr un adecuado equilibrio del concreto precepto jurídico-penal; y en el caso del juez hacia el concreto hecho delictivo cometido<sup>25</sup>. Pese a que existen diferencias en uno y otro caso, interesa aquí destacar el carácter primordialmente (no exclusivamente) *retrospectivo* de las valoraciones en esta sede<sup>26</sup>.

La diferencia de perspectiva que existe respecto al Derecho administrativo se apreciará claramente con un ejemplo. En el famoso caso de las farmacias juzgado por el BVerfG – y del que se dice que constituye el punto de partida de una aceptación generalizada de este principio – se planteaba cuáles de los límites legales que se imponían a la apertura de una farmacia podían considerarse medios idóneos, necesarios y adecuados para garantizar el fin de que las farmacias pudieran cumplir su función social sin generar peligros para la salud pública<sup>27</sup>. El legislador tiene

---

<sup>22</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 497.

<sup>23</sup> Véase LOPERA MESA, Gloria-Patricia, «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales», *JD*, 2005, p. 46.

<sup>24</sup> Además de lo ficticio que puede resultar ya semánticamente situar la *gravedad del delito* en la columna de beneficios, con el objetivo de evitar la *comparación de males*, como hace LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 511-2.

<sup>25</sup> Como señala BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Presentación», *CDP*, 1998, pp. 10-1, en el principio de proporcionalidad como en el de igualdad conviene distinguir dos planos: la proporcionalidad *en la ley* y la proporcionalidad *en aplicación de la ley* (cursivas en el original).

<sup>26</sup> No exclusivamente porque también concurren consideraciones de necesidad y así, por ejemplo, el legislador mira hacia el futuro planteándose cuestiones de prevención general y el juez considera la vida futura del reo, planteándose cuestiones de prevención especial.

<sup>27</sup> Véase la Sentencia del BVerfG de 11 de junio de 1958, que traía causa de un caso de denegación de la solicitud del recurrente para abrir una farmacia, sobre la base del § 3 de la *Apothekengesetz*; denegación en la que se mezclaban razones de salud pública con razones económicas. Tal y como se exponía en esta Sentencia, de acuerdo con consideraciones de salud pública, serían admisibles más farmacias sólo allí donde exista una extensión suficientemente amplia para proveer, pues la experiencia demuestra que las farmacias fundadas con base en un criterio económico errado son idóneas para distribuir medicamentos sin prescripción médica y para la

que disponer una serie de medios en el presente que deberán producir un concreto efecto en el futuro. Si el medio adoptado por el legislador (en este caso, la ley que en aquel momento regulaba las condiciones de apertura de las farmacias) era finalmente proporcionado o no para lograr su efecto, era lo que se planteaba en esta famosa Sentencia.

¿Qué ocurre sin embargo con la reacción jurídico-penal? Ocurre que es precisamente (y en gran parte) eso: una *reacción* o efecto. La previsión de una pena, en esta cadena causa-efecto, o medio-fin, desde esta perspectiva sancionadora que se pregunta por la pena proporcionada, no es medio sino que es fin, es una reacción. Y por este motivo mira, no ya hacia el futuro buscando la producción de un efecto (o, al menos, no exclusivamente) sino que mira hacia el pasado. Y esta mirada hacia el pasado se dirige en busca del *término* respecto del cual la pena debe ser proporcionada: el hecho delictivo. En el otro lado de la balanza estará el delito, ya se entienda como tipo abstracto (si se trata del legislador), o como el concreto hecho delictivo cometido en cada caso (si se trata del juez). Por este motivo, hay que atender a las peculiaridades que presenta el ámbito jurídico-penal y no limitarnos a transponer sin más las construcciones propias de otros sectores del ordenamiento. Otra cosa es que en el marco (más restringido) delimitado *por debajo*, en su límite mínimo, por la reacción que *ya* es adecuada a la gravedad del delito, y *por arriba*, en su límite máximo, por la reacción que *todavía* es adecuada a la gravedad del delito, se tenga en cuenta la continuación de esta cadena causa-efecto y, en este sentido, se considere la virtualidad de la pena como medio que puede producir efectos (preventivo-generales o preventivo-especiales) en el futuro.

4. Debe hacerse notar que incluso el propio HIRSCHBERG, uno de los padres del principio de proporcionalidad del Derecho administrativo alemán, reconoció la peculiaridad del ámbito penal. Para este autor, de forma general, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaba que los medios deben estar en una relación adecuada con los fines que se persiguen; pero seguidamente matizaba para ámbitos como el Derecho penal, que no se conectan sólo a un fin empírico, que tal principio significaba que los medios no pueden resultar desproporcionados o que deben permanecer en una *relación adecuada a la gravedad del hecho*<sup>28</sup>. Para HIRSCHBERG, se hacía difícil intentar identificar el principio de proporcionalidad en sentido estricto con la idea de la ponderación entre bienes e intereses cuando los elementos en conflicto no son bienes o intereses; por ejemplo, cuando se quiere determinar la pena adecuada a la culpabilidad en el caso concreto<sup>29</sup>.

---

distribución de opiáceos. Como explican PEDRAZ PENALVA, Ernesto/ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *PJ*, 1990, p. 87, en este supuesto la ponderación que lleva a cabo el Tribunal supone un control escalonado de las medidas legislativas, de manera que cuanto más interfiera la medida en la libertad de elegir profesión más importantes deben ser los intereses que se traten de proteger.

<sup>28</sup> Véase HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 75 (cursiva añadida).

<sup>29</sup> Véase HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, pp. 91-2.

5. En definitiva, es difícil trasladar al ámbito penal la idea de proporcionalidad entendida como una relación de adecuación de medios a fines<sup>30</sup>. Si se habla de proporcionalidad entre la culpabilidad (entre lo injusto culpable) y la pena, no se hace en el sentido de que la culpabilidad y la pena se encuentren en una relación medio-fin, ni se trata de dos bienes jurídicos que colisionan y entre los que se tiene que establecer una relación de precedencia condicionada, como la que reclama (al menos una parte de) el sector partidario del *sentido amplio* del principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>31</sup>. Frente a esta concepción, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en Derecho penal es, en definitiva, y por lo que respecta a la conminación penal abstracta, un juicio que se pregunta por la estructura interna de los preceptos jurídico-penales, por la relación entre los elementos de la norma<sup>32</sup>. Aborda el problema de la necesidad de equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma<sup>33</sup> y tiene, por tanto, una naturaleza eminentemente valorativa<sup>34</sup>; siendo además, como todo juicio valorativo, un juicio en parte impreciso<sup>35</sup>. En el caso de la ley penal, la imprecisión viene, además, especialmente impuesta por la heterogeneidad de los efectos comparados, pues se trata de que a través del tipo se pueda explicar y comprender en términos de desvalor la consecuencia jurídica prevista en el precepto y, con ello, la relación entre el delito y la pena<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Tampoco hay que olvidar que el principio de proporcionalidad tiene varias raíces históricas, no sólo la de relación de medios a fines. Como ha puesto de relieve WIEACKER, en LUTTER/STIMPEL/WIEDEMANN (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, p. 874 y ss., los fundamentos históricos que están detrás del principio de proporcionalidad pueden reconducirse a tres corrientes: a la idea de *iustitia vindicativa* («*vergeltende Gerechtigkeit*»); a la idea de justicia distributiva [como señala este autor (p. 877), frente a la justicia conmutativa como proporcionalidad aritmética, está la justicia distributiva como proporcionalidad geométrica «*d.h. in einer quadratischen (oder höheren) Gleichung auszudrückenden Funktion [...] wie z.B. in den komplexeren Rechtsfolgebestimmungen des Strafrechts (Asperation, Rückfallstrafen)...* »]; y a la idea de proporcionalidad entre medios y fines, que no puede reconducirse a un ideal concreto de justicia. Para WIEACKER, (pp. 878-9), esta última idea es la que da el impulso más poderoso al principio de proporcionalidad tal y como se concibe hoy en día.

<sup>31</sup> Véase al respecto HUSTER, Stefan, «*Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*», *JZ*, 1994, p. 543. De relación de precedencia condicionada aunque no, evidentemente, entre la culpabilidad y la pena, habla LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 538-45. Para BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, 3.ª ed., 2007, p. 787, la ponderación «consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una *relación de precedencia condicionada* entre aquel derecho y este principio» (cursiva añadida).

<sup>32</sup> Véase en este sentido el propio LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 163 y 169.

<sup>33</sup> Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Acto, resultado y proporcionalidad. (Aportación a la reforma del Código penal español)», *ADPCP*, 1982, p. 383, y añade que esto es así «tanto en el estadio de la conminación del castigo como en el ulterior momento de aplicación de una pena a un autor concreto». Como apunta SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando-Guanarteme, «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», *RDPC*, 2005, p. 99, hay que tratar de atenuar «posibles desequilibrios entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica».

<sup>34</sup> Véase AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, 1999, p. 240; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, pp. 191, 200, 205 y 210; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, p. 177; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL*, 1994, p. 1117.

<sup>35</sup> Véase GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 227 y ss. Véase también OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, 2002, pp. 414-5.

<sup>36</sup> Véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5.ª ed., 2001, p. 398; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 177. Véase también SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «Proporcionalidad de las penas y legalidad penal», *Otrosí*, 1999, p. 16. En parte por la dificultad que entraña la heterogeneidad entre el delito y la

6. No obstante, y pese a que se mantenga esta concepción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, tampoco puede descartarse que el examen tradicional de proporcionalidad de las penas haya *olvidado* factores que tendrían que tenerse en cuenta (si fueran reconducibles a las magnitudes «gravedad del delito» o «gravedad de la pena») y que hayan emergido a la superficie gracias a las nuevas teorías sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre ello volveremos más adelante.

Antes, y tras lo dicho hasta el momento, surgen inevitablemente otras dos cuestiones que es preciso resolver con carácter previo. En primer lugar, se plantea si lo dicho hasta ahora no supone una concepción meramente retributiva y ciega a los fines del Derecho penal<sup>37</sup>. Y en

---

pena a la hora de hablar de proporcionalidad entre el primero y la segunda, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 5.ª ed., 2001, p. 402, llega a afirmar que el principio de proporcionalidad no es más que un equivalente del principio de igualdad en materia penal y concluye que «aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible [...] afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal». Sobre las dificultades que entraña la heterogeneidad entre el delito y la pena véase AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, 1999, p. 279, que termina remitiendo al criterio de la igualdad de FERRAJOLI (pp. 279-80).

Para ROXIN, Claus, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», *CPC*, 1986, p. 686, aunque se pudiera averiguar según las reglas de la doctrina de medición de la pena qué nivel de culpabilidad alcanza un hecho en una supuesta escala de cero a cien, el problema sería convertir tal medida de culpabilidad en un tanto de pena; pues esto depende de un enjuiciamiento valorativo que a su vez es deudor del estado de conciencia de la sociedad de que se trate. Para MIR PUIG, «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, 2002, p. 365, se puede admitir que existe una «zona fronteriza oscura entre la pena claramente excesiva y la claramente proporcionada». Véase también sobre el problema de la imprecisión del juicio de proporcionalidad LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 177-8.

Sobre la complejidad del juicio de proporcionalidad ha señalado el Tribunal Constitucional que «la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra 'el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona [STC 66/1985, fundamento jurídico 1.; 65/1986, fundamento jurídico 2.; 160/1987, fundamento jurídico 6.b); 111/1993, fundamento jurídico 9. y 50/1995, fundamento jurídico 7.]' (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.); es decir, cuando concurra un 'desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma' a 'partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa' (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.). Sólo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12).

<sup>37</sup> Por ejemplo, para LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 179-80, el principio de proporcionalidad parece atender a una lógica retributiva con lo que surge el problema de compatibilizarlo con una doctrina de

segundo lugar, pero en conexión con lo anterior, se suscita la duda de dónde queda la visión prospectiva del Derecho penal y las consideraciones de prevención general y de prevención especial.

### ***3. Principio de proporcionalidad y fines de la pena: ¿supone el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad una visión retributiva del Derecho penal?***

1. En cuanto a la primera cuestión planteada, la de si el entendimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto como proporcionalidad entre el delito y la pena no supone una concepción meramente retributiva del Derecho penal, debe negarse que partir de tal postura suponga necesariamente adoptar una visión del Derecho penal ciega a sus fines. Y ello precisamente porque el propio principio de proporcionalidad más que servir a fines *es un fin en sí mismo*<sup>38</sup>. La finalidad del Derecho penal no tiene que ver sólo con la protección de bienes jurídicos por parte del Estado (fin preventivo), sino también con la protección de bienes jurídicos *frente* al Estado<sup>39</sup>. Y es en este último sentido en el que actúa el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad entendido como proporcionalidad entre el delito y la pena tiene una raíz garantista que pretende evitar la instrumentalización del individuo y poner freno a un Derecho penal volcado en la consecución de sus fines de prevención<sup>40</sup>. Debe actuar como freno a la actividad punitiva del Estado. En este sentido, entender el principio de proporcionalidad como proporcionalidad entre el delito y la pena se corresponde perfectamente con la finalidad genérica del Derecho penal de maximizar las libertades (también frente a la acción del Estado).

2. Además, no se puede admitir la crítica de que el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como principio de proporcionalidad de las penas atienda a una lógica retributiva si se considera, en primer lugar, que el mismo se inserta en la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio, de la que sólo es el último

---

justificación del Derecho penal de corte consecuencialista. A esto se refiere también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL, 1994, pp. 1123-4.

<sup>38</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 249, que aclara que los límites a la prevención que implican las garantías, más que límites de los criterios preventivos son «auténticos fines, asumidos inicialmente por el Estado liberal de Derecho y que adquieren, por tanto, un rango idéntico al del fin de protección social a través de la prevención». Para este autor (p. 281), los llamados *límites* del Derecho penal son en realidad *fines* si se tiene en cuenta que el Derecho penal moderno se justifica por el cumplimiento de finalidades garantísticas, a lo que se suma que todo lo que limita de hecho co-fundamenta. Para JAREÑO LEAL, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, 1994, p. 188, «no se tratará de encontrar sanciones que sean proporcionadas para conseguir un fin concreto, sino sanciones que, persiguiendo determinado fin, no dejen de ser proporcionadas en relación con el hecho delictivo realizado».

<sup>39</sup> Sobre la existencia de dos fines contrapuestos en el Derecho penal y sobre la consideración como *fin* del Derecho penal, junto a la protección de bienes jurídicos, de la protección de la libertad del delincuente frente al poder estatal, véase ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa*, 2002, pp. 168-9.

<sup>40</sup> Véase ALCÁ CER GUIRAO, *Doxa*, 2002, pp. 70-1. Véase también GARCÍA PÉREZ, *RECPC*, 2007, pp. 9-13. Acerca de la relación de conflicto entre proporcionalidad y prevención véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pp. 259-60, 278-81, para el que (p. 280) una proporcionalidad con potencial crítico es una proporcionalidad «entendida como garantía individual y concretada mediante una reflexión axiológica en el marco programático constitucional [...]».

peldaño. Pues esta estructura está orientada a maximizar las libertades de los ciudadanos y, de hecho, cuando se llega al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se viene de buscar, en el eslabón inmediatamente anterior (el subprincipio de necesidad), alternativas a la pena, en el sentido de rechazar el recurso a la misma si no es absolutamente imprescindible<sup>41</sup>.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad actúa como límite máximo pero no como límite mínimo, como sí exigiría la lógica retributiva de las teorías absolutas de la pena<sup>42</sup>. Esto quiere decir que la pena, no sólo se puede rebajar, sino que incluso es prescindible, por ejemplo, en los supuestos de suspensión o sustitución, si se acredita su falta de necesidad preventivo-especial. Del mismo modo, consideraciones preventivo-generales vinculadas a la escasa comisión de un tipo de conducta pueden llevar a su menor penalización (pese a su merecimiento de pena). Pensemos, por ejemplo, en el robo realizado por bandas. El hecho de que el elemento de integrar una banda sea utilizado por el legislador como factor codeterminante de un marco penal agravado para el robo y, con ello, como elemento del tipo cualificado (como en el § 244 I 2 StGB), como circunstancia modificativa de la responsabilidad (en nuestro Código penal podría plantearse si actuaría como circunstancia agravante *ex art. 22.2.<sup>a</sup>*) o como factor de medición de la pena, depende en buena medida de la importancia del fenómeno criminal en términos estadísticos. Si se trata de conductas aisladas que no amenazan (por su número) de manera especial el bien jurídico protegido, decaerían las necesidades específicas de prevención frente a esta clase concreta de conductas (más allá de la prevención general del robo), desapareciendo a su vez la legitimación para prever un nuevo marco penal agravado. En todo caso esta cuestión se analizaría en el apartado del principio de subsidiariedad, dentro a su vez del subprincipio de necesidad<sup>43</sup>, aunque tendría también repercusiones para la proporcionalidad en sentido estricto<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> El examen de necesidad supone determinar si existen medios igualmente (o más) idóneos que los propuestos, tanto en relación con las prohibiciones como con las penas, pero que resulten menos restrictivos para los derechos de los particulares; véase AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, 1999, p. 241; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, p. 740; DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, pp. 153-4; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 240 y 433. Véase también GRABITZ, *AöR*, 1973, p. 573; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 57; LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1999, p. 19. A este principio se refieren en la doctrina alemana como «*Erforderlichkeit*», «*Notwendigkeit*», «*geringstmöglicher Eingriff*», «*Gebot des Interventionsminimums*», «*mildestes Mittel*» o «*Subsidiarität*», entre otros; véase al respecto HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, p. 20.

<sup>42</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 259, para el que «la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo». ROXIN, *CPC*, 1986, p. 691, se refiere a la *unilateralidad* del principio de culpabilidad. Por su parte, GARCÍA PÉREZ, *RECPC*, 2007, p. 13, destaca que «la racionalidad valorativa vendría a establecer el marco en el que resulta legítimo el recurso a la racionalidad conforme a fines» y que (p. 20) el principio de proporcionalidad en sentido estricto «aparece como una garantía de los derechos de las personas, pues aparece como un límite infranqueable para las consideraciones de utilidad social». En contra véase DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 203, que entiende «incorrecto aludir a que pueda o no estar justificado el desbordar la exigencia de proporción hacia arriba o hacia abajo sin que quiebre el principio de proporcionalidad».

<sup>43</sup> El principio de subsidiariedad supone que la protección mediante el Derecho penal sólo se llevará a cabo cuando no sea posible lograrla mediante otros medios jurídicos o extrajurídicos; véase al respecto ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 21-2. Como indica MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 7.<sup>a</sup> ed., 2007, p. 71, al Derecho penal sólo le corresponde intervenir cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan las otras ramas del Derecho. Véase también MIR PUIG, *Introducción*, 1976, pp. 125-6; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 359. Sobre el

Por tanto, en una concepción unitaria de la pena como la que aquí se mantiene<sup>45</sup>, el principio de proporcionalidad es una garantía del ciudadano de hasta dónde (cómo máximo) puede llegar la intervención. Los factores de necesidad de la pena también son tenidos en cuenta, siempre respetando los límites de la proporcionalidad. Ahora habría que preguntarse *cuándo* son tenidos en cuenta, lo que engarza con la segunda cuestión planteada, respecto a dónde queda la visión prospectiva del Derecho penal.

3. En todo caso, y antes de pasar a este tema, hay que terminar de entender correctamente la afirmación de que el principio de proporcionalidad *permite ser desbordado hacia abajo* cuando concurren específicas necesidades de prevención especial o cuando no concurren específicas necesidades de prevención general. El significado del principio de proporcionalidad como garantía individual del ciudadano implica que funcione como *límite infranqueable* sólo en lo que respecta a la pena máxima que puede imponerse. Pero de esto no cabe deducir que el principio de proporcionalidad no determine también un límite mínimo de la conminación penal abstracta o de la pena concreta (según hablemos del legislador o del juez). Lo único que ocurre es que este límite *sí es franqueable* y puede ser desbordado. Por tanto, si el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se entiende como el juicio valorativo acerca de la coherencia interna de un concreto precepto jurídico-penal, esto significa que no sólo el límite máximo del correspondiente marco penal debe poder explicarse *mirando* al tipo, sino también el límite mínimo; al menos si la regulación aspira a tener cierto grado de racionalidad. ¿O es que podría afirmarse que un hipotético precepto situado a continuación del art. 138 CP sería proporcionado si dispusiese la rebaja en dos grados de la pena del homicidio para el caso de que concurriera la circunstancia de arrepentimiento?; ¿se explicaría suficientemente la consecuencia jurídica en atención al supuesto de hecho del precepto? Lo que quiere ponerse aquí de manifiesto en cuanto a los *límites mínimos* de la intervención con pena, es que el principio de proporcionalidad debe entenderse como la

---

principio de subsidiariedad o de *ultima ratio* ha declarado el Tribunal Constitucional que «la sanción penal sólo resulta necesaria cuando no existen otras vías de protección alternativas en el ordenamiento jurídico menos restrictivas de derechos y suficientes para obtener la finalidad deseada (principio de ultima ratio)» (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).

El principio de subsidiariedad entronca entonces con la cuestión de la necesidad de la pena, que se refiere a consideraciones de utilidad tales como la frecuencia de afectación al bien jurídico mediante el tipo de conducta de que se trate o las consecuencias accesorias negativas que se pueden derivar de la atribución a un determinado comportamiento de relevancia jurídico-penal; véase al respecto HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, 1989, pp. 73-5.

<sup>44</sup> En este sentido, hay que aceptar que, aunque analíticamente se pueden y se deben separar los distintos planos de la proporcionalidad: fin de protección de bienes jurídicos, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo cierto es que en la práctica y a la luz de un caso concreto las distintas consideraciones pueden entremezclarse. Y así, ocurre que en cuestiones como la planteada en el texto es complicado separar de forma tajante la valoración que merece el hecho, por un lado, y las necesidades sociales, por otro lado; la necesidad, por un lado, y la proporcionalidad en sentido estricto, por otro. En este punto agradezco los comentarios que en el acto de defensa de mi tesis doctoral (Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, La Laguna, 2009) me hizo el Prof. SILVA SÁNCHEZ.

<sup>45</sup> Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 26 y ss. Véase además sobre las teorías unitarias de la pena JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, pp. 75-9; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, pp. 83-96.

exigencia de una relación valorativa *coherente* entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica: también una pena podría ser desproporcionadamente pequeña<sup>46</sup>.

4. En cuanto a la cuestión de dónde queda la visión prospectiva del Derecho penal y las consideraciones de prevención general y de prevención especial, habría que considerar que las correspondientes funciones que debe cumplir la pena (para no constituir mera retribución por el delito cometido) son consideradas bien en el momento de la conminación, bien en el momento de la imposición, bien en el momento de la ejecución de la pena. En el momento de la conminación legal de la pena o de previsión de la pena *típica*, se tiene en cuenta fundamentalmente el efecto de prevención general positiva y negativa que genera la misma<sup>47</sup>. En este sentido, puede entenderse, por ejemplo, el castigo (o el castigo con mayor pena) de conductas relacionadas con la colaboración con bandas terroristas en países donde este fenómeno está activo, frente a países donde no existe una amenaza terrorista seria. Pues a la hora de tipificar cualquier delito el legislador no sólo tiene que tener presentes consideraciones de merecimiento sino también de necesidad de pena. En cuanto a la prevención especial, es más difícil tenerla en cuenta en el momento de la conminación abstracta de la pena más allá del límite genérico impuesto en los arts. 15 y 25.2 CE, precisamente porque requiere de un concreto autor al que inocuizar, enmendar, resocializar o advertir<sup>48</sup>. La consideración de este fin de la pena corresponde más bien a las fases de imposición o ejecución de la pena y no a la pena típica. En el ámbito de la tipicidad es difícil encontrar elementos que se correspondan con consideraciones de prevención especial, a no ser que se trate de elementos tales como la habitualidad, la *profesionalidad*, la integración en bandas, etc., referidos a *tipos de autor*<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p. 104, no comparte la tesis mayoritaria de que el principio de proporcionalidad delimita máximos pero no mínimos. También debe recordarse aquí la vinculación del principio de proporcionalidad con el instituto de la doctrina inglesa de la *reasonableness*; véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 42-3. Véase también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL, 1994, p. 1116. Para BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», CDP, 1998, p. 38, la proporcionalidad puede ser concebida como una especie del género *razonabilidad* (cursiva añadida).

<sup>47</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 419-20. Como señala DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 34, «la función preventivo-general de las normas penales se desarrolla fundamentalmente en la etapa conminativa de la intervención penal, y sólo como confirmación de la seriedad de la amenaza en la medición y ejecución de la pena». En todo caso, añade este autor (p. 271), que aunque la prevención general preside la etapa conminativa está sujeta a límites entre los que se encuentran «dos principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima y ultima ratio, y principio de proporcionalidad» (cursivas en el original). Véase también GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 115 y ss.; ROXIN, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 24.

<sup>48</sup> Véase por todos CEREZO MIR, PG, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 24.

<sup>49</sup> Véase en contra LUZÓN PEÑA, «Principio de igualdad, Derecho penal del hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones», en ASÚA BATARRITA (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, 1990, p. 86, para el que, aunque no siempre se ha visto en la doctrina «el propio elemento de la teoría del delito 'tipo de injusto' ya influye en principio en la mayor, menor o nula necesidad de prevención especial». Otro tipo con fuertes connotaciones preventivo-especiales, donde se tiene especialmente en cuenta el *tipo de autor*, podría ser el art. 153 CP (y, en general, los tipos relacionados con la denominada violencia de género), pues se establecen diferencias en lo injusto específico de la conducta delictiva en atención al dato de quiénes son sujetos activos y pasivos de la misma.

5. Una vez aclarado que el subprincipio de proporcionalidad se corresponde con el tradicional principio de proporcionalidad de las penas; que constituye un juicio eminentemente valorativo e interno sobre la coherencia o equilibrio que debe existir entre los elementos de los preceptos jurídico-penales (o entre el hecho delictivo y la pena concreta, desde la perspectiva del juez); y que se trata de un juicio impreciso, en parte condicionado por la heterogeneidad de las magnitudes comparadas (delito y pena), resta por saber si de la otra postura, que entiende este principio como un balance más amplio entre costes y beneficios, cabe extraer algún rendimiento aun cuando no se comparta en línea de principio. En particular, vale la pena detenerse en algunos de los factores que entran en el juicio de ponderación y que pretenden enriquecer el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto, para comprobar si es posible incluirlos en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto sin desvirtuar el significado que este principio tiene en Derecho penal. Es decir, sin alterar su sentido garantista que asegura una adecuada relación entre el autor, su hecho y la pena que se le impone.

En primer lugar, nos referiremos al significado que tiene en este juicio la restricción de derechos fundamentales que se lleva a cabo con la definición de la conducta típica y, dentro de este problema, y de forma más concreta, al denominado efecto desaliento. Y, en segundo lugar, a la influencia que puede desarrollar la referencia a factores económicos.

#### ***4. La restricción de derechos fundamentales a través de la definición de la conducta típica, el efecto desaliento y los costes económicos: ¿factores a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto?***

1. El problema del denominado efecto desaliento se incluye en el más amplio de la consideración misma de la definición de las conductas prohibidas como *coste de la intervención penal*. Es decir, se engloba dentro del entendimiento de que la amenaza con pena de una determinada conducta supone también una restricción de los derechos de los ciudadanos que debe *contabilizarse* en la columna de costes de la intervención penal<sup>50</sup>.

Hemos dicho que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, desde una perspectiva *amplia*, se resuelve en una ponderación sobre si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la realización del fin perseguido por la intervención penal. Con ello tenemos que la restricción de derechos fundamentales que implica la pena debe estar justificada por las ventajas o los logros que se consigan en la protección del bien jurídico. Y dado que el grado de protección del bien jurídico que se consigue depende sobre todo de *cómo* de lesivas son las conductas prohibidas y amenazadas con pena –de cómo de graves son estas conductas; lo que se reflejaría en la balanza con signo positivo expresando *cuánta* protección se

---

<sup>50</sup> Sobre los criterios para determinar la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales por la intervención penal véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 505-11. En cuanto a los criterios para determinar la intensidad de la satisfacción del principio que respalda la intervención véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 511-3.

consigue para el bien jurídico —, debe existir un equilibrio entre éstas y las penas — pues en el lado negativo iría el coste en términos iusfundamentales que conlleva la pena—. Por tanto, el grado de protección del bien jurídico alcanzado y el grado de lesividad o la gravedad de la conducta es el mismo valor, sólo que con signo positivo, en el primer caso, y con signo negativo, en el segundo. Serían las dos caras de una misma moneda. Hasta aquí, por tanto, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como balance general de costes y beneficios no se diferenciaría del tradicional equilibrio entre gravedad de la conducta-gravedad de la pena que exige el principio de proporcionalidad de las penas.

2. Sin embargo, por lo que se refiere a la columna de los costes, y por tanto, del lado de las restricciones a los derechos fundamentales, junto a la restricción que supone la pena estaría la restricción que supone la definición de la conducta típica<sup>51</sup>. En la mayoría de los delitos esta restricción que comporta la definición de la conducta típica sería una limitación de la libertad general (o negativa) de los ciudadanos, es decir, esa libertad general con la que cuentan los hombres en el estado de naturaleza pero que puede ser restringida por el legislador para proteger otros bienes o derechos, siempre que lo haga de forma mesurada o proporcionada. Esta libertad general no debe gozar, sin embargo, según nuestro Tribunal Constitucional y la mayoría de la doctrina, de protección iusfundamental, por lo que su peso en esta ponderación sería muy pequeño<sup>52</sup>. Más bien, nulo. Pensemos, por ejemplo, en el tipo de homicidio. El legislador protege el derecho fundamental a la vida frente a los ataques a la misma que, todo lo más, podrían fundarse en una libertad general de actuar. En estos casos no se puede decir que la prohibición

---

<sup>51</sup> Para LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 499, habría que ponderar, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la *definición de la conducta prohibida* y de su correspondiente pena y, por otro lado, los principios que ordenan la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa (cursiva añadida).

<sup>52</sup> Sostienen que la Constitución consagra la existencia de un derecho general de libertad que encuentra su fundamento en los arts. 10. 1 y 16. 1 CE, y que otorga relevancia iusfundamental a todas las manifestaciones de la libertad de acción que no puedan adscribirse a otras disposiciones de derecho fundamental, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, 3.ª ed., 2007, pp. 656-60; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 289-90. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como reconocen estos autores (pp.653-4 y p. 286, respectivamente), admite, sobre la base del art. 1. 1 CE, un principio general de libertad, pero niega que exista un derecho general a la libertad con relevancia iusfundamental. Por ejemplo, en su STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 9, donde se trataba la cuestión de las huelgas de hambre de los presos del GRAPO, se estableció en cuanto al art. 17 CE, que «la libertad personal protegida por este precepto es la 'libertad física', la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues *esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico — art. 1.1 de la Constitución —, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales* incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones 'de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles' (o manifestaciones de la 'libertad a secas') y 'los derechos fundamentales que garantizan la libertad' pero que 'no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo'» (cursivas añadidas). Además últimamente, el ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 6, planteaba en relación con el art. 153 CP, que «no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor' (STC 136/1999, FJ 28)».

penal tenga un coste iusfundamental adicional que pueda hacerse efectivo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto apuntando hacia una menor pena.

Más problemáticos son los supuestos en los que la acción delictiva está *prima facie* amparada por un derecho fundamental<sup>53</sup>. Por ejemplo, un delito de calumnias que se pretende *prima facie* amparado en la libertad de expresión. En este caso tendríamos en la columna de los costes, no sólo la pena, sino también la restricción/delimitación de un derecho fundamental y, por otro lado, en la columna de los beneficios, la protección del derecho al honor (la gravedad del ataque al bien jurídico protegido). Se trataría de dos derechos fundamentales enfrentados. En relación con este tipo de conductas amparadas *prima facie* por un derecho fundamental, ha surgido además el problema del efecto desaliento o efecto disuasorio de la amenaza penal para el ejercicio de derechos fundamentales<sup>54</sup>. Como explica PRIETO SANCHÍS, la carga de justificación de la legitimidad de la norma penal será mayor si la conducta representa un ejercicio abusivo, pero ejercicio en todo caso, de un derecho fundamental. Además, en estos casos, en los supuestos en que se superen los tres primeros criterios del principio de proporcionalidad, todavía resultará la norma penal sospechosa de que su sanción resulte excesiva «al disuadir a los individuos en el ejercicio de sus derechos más allá de lo razonable»<sup>55</sup>.

3. Respecto a este problema cabe hacer dos observaciones. En primer lugar, es cierto que en casos como éstos la acción aparece *prima facie* amparada por un derecho fundamental. Sin embargo, también lo es que no está protegida definitivamente por el correspondiente precepto constitucional puesto que se castiga con pena –y de hecho, en este momento nos preguntamos ya no por el *sí o no*, sino por el *cuánto* de pena—. En estos casos suele tratarse de un exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales que justifica su encuadramiento como injusto criminal<sup>56</sup>. Otra cosa es que la proximidad de esta conducta con el auténtico ejercicio de un derecho fundamental –proximidad que puede ser mayor o menor según los casos– determine una *menor gravedad de la conducta* –pues una conducta inserta en el ejercicio de un derecho fundamental difícilmente puede ser extremadamente grave para el bien jurídico; y si, por el

---

<sup>53</sup> Como ejemplos de tipos delictivos que sí afectan a posiciones de libertad que pueden ser adscritas a derechos fundamentales cita LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 280, la negativa a someterse al control de alcoholemia del antiguo art. 380 como manifestación del derecho a no declarar contra sí mismo del art. 24. 2 CE; las calumnias e injurias (arts. 205 y 208 CP) y la exhibición o difusión de pornografía (art. 186 CP) que se relacionan con la libertad de expresión del art. 20. 1 a CE; la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo (art. 159 CP), que podría adscribirse al ámbito inicial de protección de la libertad de creación científica y técnica (art. 20. 1. b CE), etc.

<sup>54</sup> El Tribunal Constitucional se ha referido en su Sentencia 136/1999, de 20 de julio, FJ 29, tanto al efecto desaliento como al efecto disuasorio que una sanción desproporcionada puede tener respecto al ejercicio lícito de las libertades, en ese concreto caso, de expresión, comunicación y participación en la actividad pública.

<sup>55</sup> Véase PRIETO SANCHÍS, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 296.

<sup>56</sup> Véase al respecto GÜNTHER, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, pp. 62-3, que explica, para el caso de las sentadas de bloqueo de calles públicas en el curso de manifestaciones, que «el grado de exceso en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de reunión constituye un criterio según el cual las sentadas de bloqueo se pueden encuadrar en el *injusto criminal de las coacciones* o por el contrario sólo en las contravenciones administrativas contra la ley sobre reunión y manifestación» (cursivas en el original).

contrario, pese a esa inserción, lo es, entonces no tiene sentido plantearse que este factor entre en juego en el principio de proporcionalidad en sentido estricto—. Es decir, que es cierto que la proximidad del comportamiento delictivo con el ejercicio legítimo del derecho fundamental de que se trate puede afectar a la *gravedad de la conducta delictiva* en sí y, *por esta vía*, adquirir relevancia en el juicio de proporcionalidad de las penas.

4. En segundo lugar, tenemos el problema del efecto disuasorio o efecto desaliento. El efecto disuasorio sobre el ejercicio de los derechos fundamentales es una cuestión muy poco tratada por la doctrina del Tribunal Constitucional, pero que ha adquirido particular relevancia a partir de la STC 136/1999, en la que se utilizó para proteger las libertades de expresión, información y participación política<sup>57</sup>. En efecto, esta Sentencia se refiere al mismo en sus fundamentos 20 y 29 en los apartados c) y d), analizando el efecto desaliento que la desproporción de la reacción provoca en el ejercicio de tales derechos fundamentales<sup>58</sup>. La resolución parte de que la conducta es delictiva pero concluye que la pena que corresponde a esa conducta es excesiva ya que produce efectos disuasorios o desalentadores para el ejercicio de los derechos fundamentales, ante el temor de que *cualquier* extralimitación sea gravemente sancionada<sup>59</sup>. Concretamente, se establece en la Sentencia que «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas [...] ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el

---

<sup>57</sup> Véase CUERDA RIEZU, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 240. En esta Sentencia se enjuiciaba la constitucionalidad del precedente del actual art. 576 CP que tipifica el delito de colaboración con banda armada: el art. 174 bis) a del CP de 1973. Este precepto establecía que: «1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. 2. En todo caso son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos».

<sup>58</sup> Véase al respecto CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 18.

<sup>59</sup> Véase CUERDA RIEZU, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 251, y en general sobre el efecto disuasorio, pp. 251-4. Para LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 508-9, la doctrina del efecto desaliento puede ser utilizada en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto «para considerar como especialmente intensa la afectación de derechos fundamentales que se produce al prohibir penalmente aquellas conductas situadas en la zona de penumbra que media entre los supuestos claramente comprendidos en el ámbito de protección definitiva de las libertades de expresión, información y participación política y los claramente excluidos de dicho ámbito». Para MIR PUIG, en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, 2002, pp. 364-5, si el Tribunal Constitucional consideraba que la proximidad de tales derechos fundamentales justificaba una disminución importante de la pena podía haber estimado una eximente incompleta en el ejercicio de un derecho o una atenuante analógica muy cualificada en relación con dicha eximente incompleta.

presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos» (FJ 29)<sup>60</sup>.

Se trata, en definitiva, de si el hecho de que se imponga una determinada cantidad de pena (una pena especialmente gravosa) a una conducta cercana al ejercicio de un derecho fundamental (que pueda entenderse como amparada *prima facie* por el mismo) disuade a los ciudadanos de un ejercicio *legítimo* de tal derecho. Pues si lo que consigue el correspondiente precepto es, por el contrario, disuadir a los ciudadanos de *extralimitarse* en el ejercicio de los derechos fundamentales aludidos, entonces parece que no habría problema –pese a que no es esto exactamente lo que dice el Tribunal Constitucional al establecer que «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, *aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas (...)*» –, sino que, al contrario, se realizaría el fin preventivo-general perseguido por la ley penal. El problema surge cuando de lo que se disuade es de un ejercicio *legítimo* de tales derechos porque atendiendo al tenor del concreto precepto no se sabe muy bien en qué lugar se sitúa la frontera de la intervención jurídico-penal.

5. Sin embargo, en estos casos, y pese a la reconducción de esta cuestión al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, parece que el problema de la disuasión o el desaliento tendría más que ver con la construcción del tipo que con la construcción de la consecuencia jurídica, si es que efectivamente se verifica ese efecto de prevención general «al revés». Pues los ciudadanos tienen miedo a ser castigados *a secas*, más que a ser castigados *mucho*. De hecho, ya se ha comprobado suficientemente la ineficacia del aumento de las penas cuando de lo que se trata es de prevenir el delito, y en este ámbito no se ha probado que suceda algo distinto; es decir, una rebaja de las penas no tendría por qué acabar con el problema del desaliento o de la prevención general «al revés»<sup>61</sup>. Si efectivamente se produce ese efecto disuasorio ello tendrá que ver, mucho más que con la proporcionalidad en sentido estricto, con el grado de determinación con el

---

<sup>60</sup> Cursiva añadida. Como señala CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 18, la doctrina del efecto desaliento tiene sus raíces en la jurisprudencia constitucional americana «que se ha servido de ella fundamentalmente –pero no sólo– para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido» (cursivas en el original). Nótese que se habla de declarar la inconstitucionalidad (por su excesiva amplitud o vaguedad) y no de rebajar la pena en atención a tales circunstancias.

<sup>61</sup> Como señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 244, «–una vez que se tiene establecida una pena no irrelevante– no cabe esperar necesariamente un mayor efecto intimidatorio como consecuencia de una agravación de las sanciones, y, a la inversa, [...] tampoco una disminución moderada de las sanciones ha de implicar necesariamente una disminución de efectos preventivos».

que las conductas delictivas están descritas en la ley<sup>62</sup>. Donde las fronteras de lo punible están claras no cabe efecto desaliento<sup>63</sup>. Y donde no están claras, la indeterminación causante de tal efecto desaliento (y de esa prevención general «al revés») no puede compensarse con una rebaja de las penas<sup>64</sup>. Pues en tal caso, la confusión de planos —entre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad— generaría dos injusticias en lugar de una: en primer lugar, aquellas conductas que no merecen pena (pero que continuarían comprendidas en el tenor literal de un precepto indeterminado) seguirían siendo castigadas (aunque con una pena menor); mientras que, en segundo lugar, aquellas conductas para las que sí estaba pensado el precepto serían castigadas con una pena menor de la que merecen, viéndose de esta manera *beneficiadas* por el mencionado efecto desaliento.

6. Los defectos en la determinación del lado del tipo no pueden tratar de salvarse o de compensarse actuando sobre la consecuencia jurídica. Y ello tanto en relación con el *cuánto* (con la cantidad), como en relación con el *cómo* (con la forma) de la pena. En primer lugar, no se pueden compensar actuando sobre el *cuánto* de la consecuencia jurídica (más o menos pena), pues esto traería consigo los efectos mencionados. Por un lado, no se solucionarían los problemas derivados de la indeterminación del precepto —se podrían seguir castigando conductas no abarcadas por la *ratio legis*— y, por otro lado, se rebajaría la pena de aquellas que sí están comprendidas por el tenor material del precepto<sup>65</sup>, atendiendo a razones que nada tienen que ver con el autor y su hecho.

Se plantea entonces, en segundo lugar, la cuestión de si podría influir en el *cómo* de la consecuencia jurídica, es decir, en la configuración del marco penal de una manera más o menos amplia. Esta posibilidad sería, al menos desde un punto de vista lógico, más correcta que su influencia sobre el *cuánto* de la pena, pues los tipos amplios se suelen corresponder con una consecuencia jurídica relativamente indeterminada, mientras que a los tipos estrechos les corresponde una consecuencia jurídica relativamente determinada<sup>66</sup>. Siguiendo este planteamiento, a un tipo amplio como el previsto en el art. 576 CP (cuyo precedente legislativo se enjuiciaba en la STC 136/1999) le correspondería un marco penal relativamente indeterminado.

---

<sup>62</sup> Véase en contra de tales argumentos CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, pp. 23-4 n. 51.

<sup>63</sup> En opinión de CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 25, para la doctrina mayoritaria el efecto desaliento es siempre un problema de legalidad. Sin embargo, para esta autora (pp. 25-6), resulta erróneo «afirmar que eso es *sólo y siempre* un problema de legalidad y nunca de prohibición de exceso» (cursivas en el original).

<sup>64</sup> En cambio para CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 30, y en concreto en relación con la libertad de expresión, «entre la indeterminación del tipo que sanciona conductas relacionadas con la libertad de expresión y la pena con que aquellas (*sic*) pueden ser conminadas existe una relación inversamente proporcional que obliga al legislador a poner a disposición del juez los resortes legales que permitan adecuar la pena al grado de desvalor de la conducta correspondiente». En una línea similar para LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 505, «cuanto más imprecisa y genérica sea la descripción de la conducta prohibida, tanto más intensa será la intervención en la libertad, pues mayor será el espectro de acciones concretas susceptibles de ser subsumidas dentro del tipo penal», lo que dentro de su esquema debe reflejarse en una menor pena, y pone precisamente como ejemplo el art. 576 CP (cuya constitucionalidad se discutía en la STC 136/1999).

<sup>65</sup> Al tenor literal y al «*tenor material*» se refiere SÁNCHEZ LÁZARO, *RDPC*, 2005, p. 108 (cursiva en el original).

<sup>66</sup> Véase al respecto NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 256, aunque advierte que tampoco se trata de una relación necesaria.

Pero es evidente que esto no tiene nada que ver con la proporcionalidad en sentido estricto, sino con la determinación o concreción de los marcos penales. En este sentido, una de las soluciones propuestas por el Tribunal Constitucional es compensar de esta manera, del lado de la pena, las posibles indeterminaciones del lado del tipo, llegando incluso a declarar que una relativa indeterminación en el lado del tipo puede ser suplida por la existencia de marcos penales más amplios o más plurales<sup>67</sup>.

Sin embargo, tampoco puede admitirse esta compensación de la indeterminación del lado del tipo con la mayor indeterminación del lado de la consecuencia jurídica. Pues esto supondría, primero, ignorar que el mandato de determinación se dirige también a las consecuencias jurídicas<sup>68</sup>. Con lo que no se podría hablar de que una *indeterminación compensara a la otra*, sino de que tendríamos ahora, no sólo un supuesto de hecho, sino también una consecuencia jurídica absolutamente indeterminada. Por este motivo es censurable que el Tribunal Constitucional declare finalmente inconstitucional el artículo 174 bis) a del derogado Código penal por *demasiado taxativo*, es decir, por no dejar al juez margen suficiente de discreción<sup>69</sup>. Y en segundo lugar, se perdería con una mayor indeterminación de la consecuencia jurídica, la información sobre la gravedad de la conducta (útil a la hora de interpretar el precepto) que podría haber proporcionado un marco penal más concreto<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> El Tribunal Constitucional declara que « 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» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 30). En este sentido véase OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, 2002, p. 417. VÉASE crítico con la postura del Tribunal Constitucional CUERDA RIEZU, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 251, que afirma que «el segundo plano de la cantidad de la pena no es capaz de subsanar el defecto de indeterminación producido al quedar descrita la figura delictiva por la norma». En el mismo sentido véase ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1999, p. 2057.

<sup>68</sup> Véase KRAHL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofes zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, 1986, pp. 66-7. Y ello aunque, como señala este autor (p. 63), se admita que para las mismas basta una relativa determinación.

<sup>69</sup> Véase FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, 2002, p. 86 (cursiva en el original). Se suma a esta crítica DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, p. 147.

<sup>70</sup> Sobre la decisiva importancia que para la interpretación de las normas jurídico-penales tienen el tipo y la cantidad de la amenaza penal véase GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, p. 165. En este sentido, hay que recordar que los marcos penales no constituyen meros límites mínimos y máximos dentro de los cuales el juez puede moverse libremente al individualizar la pena, sino que aparecen como auténticas escalas de valor que transmiten al juez la decisión valorativa del legislador acerca de la conducta tipificada, orientando y en parte codeterminando el contenido de la decisión judicial. Sobre los marcos penales como escalas de valor véase DREHER, «Über Strafraumen», en FRISCH/ SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, p. 149; EL MISMO, «Gedanken zur Strafzumessung. Eine Besprechung von Hans-Jürgen Bruns: Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil», *JZ*, 1968, pp. 211-2; EL MISMO, «Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch?», *JZ*, 1956, p. 682, remitiendo a su monografía «Über die gerechte Strafe» (1947). En el mismo

En definitiva, ni la consideración de la restricción de derechos proveniente de la descripción típica como *coste* (que en su caso puede entenderse incorporada al juicio de proporcionalidad dentro del concepto «gravedad del hecho»), ni el denominado efecto desaliento, conmueven las bases del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como principio de proporcionalidad de las penas.

7. Otro de los factores que se ha propuesto incluir en el balance global de costes y beneficios y, en concreto, en el platillo de la balanza con signo negativo, es el de los *costes de aplicación de la pena*<sup>71</sup>. Esto supondría que, en el caso de penas de elevado coste aplicativo, este perjuicio económico extra irrogado al Estado entraría en consideración como coste de la intervención que tendría que ser compensado por un mayor beneficio en la protección del bien jurídico; lo que redundaría finalmente en garantía de quien pudiera resultar penado empujando hacia abajo la pena imponible que resultara internamente proporcionada<sup>72</sup>.

Si, como se vio en el punto anterior, el hecho de que el tipo se refiriera a conductas insertas en los derechos fundamentales podría tenerse en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en la medida en que este factor fuera reconducible a la magnitud «gravedad del hecho», muchos más problemas plantea la consideración de los factores económicos. Pues, aunque se considere que éstos sólo deben ser tenidos en cuenta en la medida en que favorezcan al reo (*empujando* la pena hacia abajo) no termina de comprenderse por qué factores absolutamente ajenos al autor y a su hecho deben tenerse en cuenta en esta sede, no ya perjudicándolo, sino tampoco beneficiándolo. No puede olvidarse que con el principio de proporcionalidad en sentido estricto se busca una relación entre el autor, su hecho y la pena que puede imponerse al mismo; y tampoco que la pena implica un juicio de reproche ético-social (razón por la cual presupuesto de la misma es la acreditación de que se ha actuado culpablemente) que no puede exceder de lo injusto culpable atribuible al sujeto, pero que tampoco puede disminuir o desaparecer por razones totalmente ajenas a la lógica de la relación entre el autor, su hecho y la pena (al menos por lo que respecta al Derecho penal material). Es cierto que en el Código penal se prevén reducciones de pena que responden a razones esencialmente político-criminales (sin reflejo en lo injusto o en la culpabilidad), tales como la confesión o la reparación (previstas como atenuantes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 21 CP). Sin embargo, en ambos supuestos se mantiene la conexión entre la pena y

---

sentido véase BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 60-5; EL MISMO, «Grundprobleme des Strafzumessungsrechts», *ZStW*, 1982, pp. 116 y 122; FRISCH, «Die Strafrahmenermilderung beim Versuch», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, p. 384; MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, 1983, pp. 29-30 y 33; SCHÜTZ, Johann, «Die Rechtsfolgen der Straftat (I). Einführung in das Sanktionssystem des Strafgesetzbuches», *Jura*, 1995, p. 404. Véase también GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, 1985, pp. 95-6. En contra de concebir a los marcos penales de esta manera o, más bien, considerando que los mismos sólo pueden orientar de forma muy tosca, véase FREUND, Georg, «Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der 'harmonisierten' Strafrahmen für die Strafzumessung», *GA*, 1999, pp. 523-4; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, 1991, pp. 187-8.

<sup>71</sup> Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, p. 174. Como razón para incluir estos costes en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto LASCURAÍN SÁNCHEZ (pp. 167-8), recuerda las palabras del premio Nobel Amartya SEN acerca de que el desarrollo económico es un proceso de expansión de la libertad.

<sup>72</sup> Véase al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 174-5.

determinadas acciones o propiedades que concurren en el autor o en su hecho. Frente a ello, cabe preguntarse qué sentido tiene el dato de que tal pena le cueste más o menos al Estado para subir o bajar la pena al autor. Por qué una pena especialmente cara, pensemos, por ejemplo, en una pena de «auténtica» localización permanente —mediante la que al sujeto no se le restrinja la libertad ambulatoria pero sí se le mantenga controlado en todo momento a través de dispositivos electrónicos—, debe jugar además en beneficio del reo apuntando hacia una menor pena (en este caso, menos tiempo de localización permanente).

Parece que el mayor o menor coste de las penas tendría que tenerse en cuenta en un momento anterior, no sólo al de la imposición de la pena por el juez, sino también anterior al de la previsión por el legislador de la conminación penal abstracta. Se trata de una decisión tomada por el legislador con anterioridad, a la hora de fijar el catálogo de penas en la Parte general del Código penal. En esta sede podrán tenerse en consideración factores como, por ejemplo, el coste económico (mayor o menor) que supone para el Estado un determinado tipo de pena, como argumento a favor o en contra de incluirlo en el Código penal. Ahora bien, una vez admitida esta pena en la Parte general del Código penal, las consideraciones acerca de su repercusión económica no deben ser tenidas en cuenta a la hora de castigar con una pena un determinado delito, y esto por razón de lo que demandaría el respeto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

### ***5. El principio de proporcionalidad en sentido estricto como balance global de costes y beneficios: la quiebra del contenido garantista del principio de proporcionalidad***

1. Pese a todo lo visto hasta ahora, los autores que se muestran a favor de concebir el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto como balance global entre costes y beneficios insisten en que con ello no se pierde el carácter garantista del principio. En concreto, aclaran que los factores extra que se unen al juicio siempre operan en un sentido favorable al reo. En este sentido ha señalado LASCURAÍN SÁNCHEZ, que «tanto los costes de aplicación como el grado de coercibilidad del propio precepto son normalmente homogéneos. Cuando por excepción no lo son —en penas imaginarias de elevado coste aplicativo, o en preceptos que sancionan conductas que inicialmente suponen el ejercicio de un derecho fundamental o la cercanía al mismo, o en preceptos que imponen gravosas prevenciones a amplios sectores de la población—, ello redundará, en garantía de quien pueda resultar penado, en los perjuicios que irroga la norma y empujará hacia abajo la pena imponible que quiera resultar internamente proporcionada»<sup>73</sup>.

2. A esta observación habría que objetar, primero, que como se ha dicho con anterioridad una pena también puede ser *desproporcionadamente pequeña*. Si la proporcionalidad se entiende como la exigencia de que exista una coherencia valorativa entre la pena (sea la conminación penal abstracta o la pena concreta) y sus presupuestos, esto supone que también las reducciones de la pena deben poder explicarse racionalmente mirando al tipo (o en el caso de la pena concreta, al hecho delictivo cometido). Deben poder ser reconducidas a las magnitudes que entran en juego con la proporcionalidad: el autor y su hecho. El dato de que determinada regulación favorece el

<sup>73</sup> Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 174-5.

reo no supone la exención de la misma del correspondiente examen de proporcionalidad, y con ello, de racionalidad de la ley penal. En otras palabras: el argumento *a favor del reo* no puede convertirse en un argumento a favor de la irracionalidad de la ley.

3. A esto se suma, en segundo lugar, que una vez que se abandona la concepción tradicional garantista de este principio y se lo concibe, desde una perspectiva utilitarista, como balance global entre costes y beneficios, necesariamente (y como mínimo) *se corre el peligro* de perder la visión que debería dominar este principio en Derecho penal, es decir, la perspectiva garantista (garantía individual) que relaciona la pena con el autor y su hecho. Y esto se comprueba nítidamente en una construcción como la de LOPERA MESA, que llega a admitir la posibilidad de castigar más gravemente la modalidad imprudente que la dolosa de un determinado delito si ello es adecuado a los fines de protección de la correspondiente ley penal, lo que supone claramente renunciar al contenido garantista del principio de proporcionalidad. Para esta autora, el dato de que no sea posible fundamentar claramente con razones preventivas el castigo más severo del hecho doloso frente al imprudente, dado que el que actúa continuamente de modo descuidado puede ser más peligroso que el autor de un hecho doloso<sup>74</sup>, debe llevar a admitir que, en los casos en los que un tipo imprudente favoreciera más la protección del bien jurídico que un tipo doloso, se pueda imponer una pena mayor para el primero que para el segundo; y ello «sin infringir criterios de estricta proporcionalidad, pues la mayor satisfacción que reportan los primeros permitiría justificar un mayor sacrificio de derechos fundamentales a través de la pena»<sup>75</sup>.

4. Lo anterior no hace sino reforzar la conclusión de que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto debe entenderse tal y como se ha hecho tradicionalmente. Es decir, como proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. Y desde la perspectiva del legislador, como juicio interno valorativo sobre la estructura del precepto jurídico-penal y sobre el necesario equilibrio que debe existir entre sus elementos. Su comprensión como balance global de costes y beneficios de la intervención jurídico-penal no sólo, como ya se expuso, no es admisible en línea de principio por constituir una importación de un instituto de Derecho administrativo que no tiene en cuenta las particularidades del Derecho penal, sino que en algunos casos supondría la pérdida de su carácter garantista en tanto que implicaría una flagrante infracción del tradicional principio de proporcionalidad de las penas y de las más elementales exigencias del principio de culpabilidad.

---

<sup>74</sup> Véase ROXIN, *CPC*, 1986, pp. 677-8.

<sup>75</sup> Véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, p. 513 n. 305. A lo que añade que «de este modo [...] se produciría un divorcio entre las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad de las penas (que requiere sancionar con menor severidad los comportamientos imprudentes que los dolosos) y las del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (que justificaría mayores penas para los tipos penales que permitan subsumir un mayor número de conductas y, en este sentido, ofrezcan ‘mayor’ protección al bien jurídico)». Sobre la necesidad de buscar el límite normativo-valorativo a las consideraciones de eficiencia véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP*, 1996, pp. 126-7.

## 6. Bibliografía citada

- Teresa AGUADO CORREA (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid.
- Rafael ALCÁCER GUIRAO (2002), "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", *Doxa*, 25, 2002, ps. 139-75.
- Javier ÁLVAREZ GARCÍA (1999), "Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia de Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1990, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna", *La Ley*, 1999, ps. 2053-9.
- Ivo APPEL (1998), *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Javier BARNÉS VÁZQUEZ (1998), "Presentación", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, número dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, ps. 9-11.
- (1998), "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, número dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, ps. 15-49.
  - (1998), "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, número dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, ps. 333-70.
- Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Juan-Carlos FERRÉ OLIVÉ/Nicolás GARCÍA RIVAS/José-Ramón SERRANO PIEDECASAS/Juan TERRADILLOS BASOCO (2004), *Curso de Derecho penal. Parte general*, Experiencia, Barcelona.
- Carlos BERNAL PULIDO (2007), *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*, 3.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hans-Jürgen BRUNS (1982), "Grundprobleme des Strafzumessungsrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 94, 1982, ps. 111-26.
- (1985), *Das Recht der Strafzumessung*, 2.<sup>a</sup> ed., Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München.
- Juan-Carlos CARBONELL MATEU (1999), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Concepción CARMONA SALGADO/Jesús MARTÍNEZ RUIZ (1998), "De nuevo sobre la 'inconstitucionalidad' del artículo 380 del Código penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre", *La Ley*, 4, 1998, ps. 1521-8.
- José CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6.<sup>a</sup> ed. con la colaboración de ALICIA GIL GIL, Tecnos, Madrid.
- Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás-Salvador VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Manuel COBO DEL ROSAL/Manuel QUINTANAR DÍEZ (2004), *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid.
- María-Luisa CUERDA ARNAU (1997), "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, t. I, Universidad de Valencia, Valencia, ps. 447-91.
- (2007), "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento", *Revista General de Derecho Penal*, 8, 2007, ps. 1-43.
- Antonio CUERDA RIEZU (2002), "Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri

Batasuna”, en José-Luis DÍEZ RIPOLLÉS/Carlos-María ROMEO CASABONA/Luis GRACIA MARTÍN/Juan-Felipe HIGUERA GUIMERA (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, ps. 237-55.

Pablo-José CUESTA PASTOR (1998), “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre. (La constitucionalidad del artículo 380 del Código penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia”, *Revista General de Derecho*, 642, 1998, ps. 1933-41.

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

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ (2004), *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

Eduard DREHER (1956), “Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch?”, *Juristische Zeitung*, 1956, ps. 682-3.

- (1968), “Gedanken zur Strafzumessung. Eine Besprechung von Hans-Jürgen Bruns: Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil”, *Juristische Zeitung*, 1968, ps. 209-14.
- (1978), “Über Strafrahmen”, en Wolfgang FRISCH/Werner SCHMID (editores), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, ps. 141-64.

Luigi FERRAJOLI (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan-Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Basoco/Rocío Cantarero Bandrés), 5.ª ed., Trotta, Madrid.

Víctor FERRERES COMELLA (2002), *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid.

Georg FREUND (1999), “Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der ‘harmonisierten’ Strafrahmen für die Strafzumessung”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1999, ps. 509-38.

Wolfgang FRISCH (1992), “Die Strafrahmenmilderung beim Versuch”, en: Manfred SEEBODE (editor), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, ps. 381-411.

Manuel GALLEGO DÍAZ (1985), *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, ICAI, Madrid.

Mercedes GARCÍA ARÁN (1982), *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Universitat de Barcelona, Barcelona.

Octavio GARCÍA PÉREZ (2007), “La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 2007, ps. 1-25 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

Fernando GÓMEZ RECIO (2000), “El principio de proporcionalidad penal, doctrina constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas”, *Actualidad Penal*, 45, 2000, ps. 949-70.

Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.

Eberhard GRABITZ (1973), “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98, 1973, ps. 568-616.

Hans-Ludwig GÜNTHER (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München.

- (1995), "La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal" (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña), en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Santiago MIR PUIG (coordinadores), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, ps. 45-66.

Andreas HAMANN (1963), *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Luchterhand, Neuwied-Berlin.

Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Lothar HIRSCHBERG (1981), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen.

Stefan HUSTER (1994), "Gleichheit und Verhältnismässigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht", *Juristische Zeitung*, 11, 1994, ps. 541-9.

Ángeles JAREÑO LEAL (1994), *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Civitas. Universitat de Valencia, Instituto de Criminología, Madrid.

- (2005), "La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003", en FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (organizador), *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, ps. 389-405.

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humboldt, Berlin.

Matthias KRAHL (1986), *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofes zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York.

Juan-Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (1998), "La proporcionalidad de la norma penal", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, número dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, ps. 159-89.

Peter LERCHE (1999), *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, 2.<sup>a</sup> ed., Keip, Goldbach.

Gloria-Patricia LOPERA MESA (2005), "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", *Jueces para la Democracia*, 53, 2005, ps. 39-53.

- (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1990), "Principio de igualdad, Derecho penal del hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones", en Adela ASÚA BATARRITA (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, ps. 67-94.

Borja MAPELLI CAFFARENA (2005), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, Madrid.

Juan-Antonio MARTOS NÚÑEZ (1991), "Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1991, ps. 217-96.

Manuel MEDINA GUERRERO (1998), "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, número dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, ps. 119-41.

Santiago MIR PUIG (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método* (reimpresión 1982), Bosch, Barcelona.

- (2002), "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en Juan-Ignacio ECHANO BASALDÚA (coordinador), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, ps. 349-66.

Axel MONTENBRUCK (1983), *Strafrahmen und Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin.

Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN (2007), *Derecho penal. Parte general*, 7.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Peter NOLL (1973), *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1981), *Sobre el concepto del Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid.

Juan-Cesáreo ORTIZ ÚRCULO (2005), "Razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho penal (sustantivo y procesal) contemporáneo", en Agustín JORGE BARREIRO (editor), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, ps. 769-87.

Magdalena OSSANDÓN WIDOW (2002), *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, tesis doctoral, Pamplona. [Tesis recientemente publicada: *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, 2009].

Fritz OSSENBÜHL (1993), "Maßhalten mit der Übermaßverbot", en Peter BADURA/Rupert SCHOLZ (editores), *Festschrift für Peter Lerche*, C.H. Beck, München, ps. 151-64.

Ernesto PEDRAZ PENALVA/Victoria ORTEGA BENITO, "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", *Poder Judicial*, 17, 1990, ps. 69-98.

Isabel PERELLÓ DOMÉNECH (1997), "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Jueces para la Democracia*, 28, 1997, ps. 69-75.

Luis PRIETO SANCHÍS (2003), "La limitación constitucional del legislador penal", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, ps. 261-98.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (1982), "Acto, resultado y proporcionalidad. (Aportación a la reforma del Código penal español)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, ps. 381-407.

Barbara REMMERT (1995), *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, C. F. Müller, Heidelberg.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (2002), *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid.

Claus ROXIN (1976), "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del Derecho penal* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña), Reus, Madrid, ps. 11-36.

- (1986), "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?" (traducción de Jesús-María Silva Sánchez), *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, ps. 671-92.

- (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München.

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (1994), "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal", *La Ley*, 4, 1994, ps. 1114-24.

Fernando-Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (2005), "¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 2005, ps. 79-137.

Johann SCHÜTZ (1995), "Die Rechtsfolgen der Straftat (I). Einführung in das Sanktionssystem des Strafgesetzbuches", *Jura*, 1995, ps. 399-410.

Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO (1999), "Proporcionalidad de las penas y legalidad penal", *Otrosí*, 8, 1999, ps. 16-8.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona.

- (1996), "Eficiencia y Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, ps. 93-127.

Klaus STERN (1993), "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots", en Peter BADURA/Rupert SCHOLZ (editores), *Festschrift für Peter Lerche*, C.H. Beck, München, ps. 165-75.

Franz STRENG (1991), *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1991.

Franz WIEACKER (1979), "Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung", en Marcus LUTTER/Walter STIMPEL/Herbert WIEDEMANN (editores), *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, ps. 867-81.

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, Pleno, 19.7.1990	RTC 137	Jesús Leguina Villa	Recurso de amparo promovido por Javier R. D., Pablo Fernández V. y José Carlos C. C.
STC, 2.ª, 8.5.1995	RTC 66	Carles Viver Pi-Sunyer	Recurso de amparo promovido por la Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASO-UGT)
STC, Pleno, 28.3.1996	RTC 55	Carles Viver Pi-Sunyer	Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Segovia y por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia
STC, Pleno, 2.10.1997	RTC 161	Carles Viver Pi-Sunyer	Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Palma de Mallorca
STC, Pleno, 20.7.1999	RTC 136	Carles Viver Pi-Sunyer	Recurso de amparo promovido por Adolfo A. F., Florencio A. M., Itziar A. E., José María O. A., Tasio E. A., Koldo C. V., Alberto de L. G., Juan Pedro P. L., Carlos R. G., Rufino E. A., Gorka M. B., Koldo C. S., Amaia B. G., María José A. O., Juan María O. O., Antton M. T., Mikel A. U.,

---

			<i>Joseba M. H., Matilde I. M. de L., Karmelo L. M., Joseba A. F., José Luis E. U. y Juan C. I. G.</i>
<i>STC, Pleno, 24.2.2004</i>	<i>RTC 24</i>	<i>Elisa Pérez Vera</i>	<i>Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa (Tarragona)</i>
<i>ATC, Pleno, 7.6.2004</i>	<i>RTC 233</i>		<i>Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig</i>

---