

Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal (*)

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
Bilbao-Bizkaia

I.

1. En su sentido más amplio, el principio de proporcionalidad se consagra como principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto (1) con la finalidad básicamente de limitar, en cualquier ámbito –y especialmente en los que se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales (2)–, la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultades de actuación (3).

La reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal; pero inmediatamente se traslada al Derecho de policía en la misma etapa liberal; y de ahí, a otros ámbitos del Derecho administrativo, en relación con la aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos (4). En la actualidad, su exigencia se ha generalizado en todos los sectores del ordenamiento

(*) Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto PR2007-0006 llevado cabo en el ámbito del Programa de Movilidad del MEC.

(1) En estos términos, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 56; GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, p. 18; o SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», pp. 1117 y 1118.

(2) Expresamente, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 18.

(3) *Vid.* la definición de MARTÍNEZ MICÓ, «principio de proporcionalidad», p. 33.

(4) Con más detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, principio de proporcionalidad, pp. 16 ss.

jurídico (5) y, en el Derecho español, ha cobrado un renovado impulso gracias en buena medida a la actuación del Tribunal Constitucional, principal artífice, se dice, del auge del principio de proporcionalidad (6), al pronunciarse expresamente sobre su formulación, contenido y reconocimiento en la Constitución de 1978 en diferentes sentencias, casi desde su creación (7), y aun cuando nuestra Constitución no consagre expresamente la vigencia del principio. De hecho, aunque en su formulación moderna el origen del principio se remonte a la época de la Ilustración, entre nosotros su utilización práctica real –a salvo de reivindicaciones doctrinales más o menos extendidas–, en toda su complejidad, se ha generalizado sólo a partir de la entrada en vigor del Texto de 1978.

En una primera etapa, la paulatina formalización del principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia constitucional, sobre todo a finales de los ochenta y tras un uso informal del principio en los primeros años, va permitiendo exigir que la medida objeto de control –o la norma que la habilita– persiga una finalidad de relevancia constitucional, lo que se definirá como la «adecuación» de la medida, así como un segundo elemento concretado en la ausencia de medidas menos drásticas para conseguir la finalidad perseguida, requisito que fue individualizándose poco a poco y adquiriendo un espacio propio en el seno del principio de proporcionalidad, aunque todavía sin calificarlo formalmente como el requisito de la «necesidad»; un tercer y último elemento que va perfilándose, aunque sin alcanzar el grado de autonomía de los demás fue el del «equilibrio» entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida con la misma (8). En toda esta época el principio se analiza desde perspectivas aisladas –muchas veces simplemente se formula la necesidad de su comprobación sin que ésta se lleve efectivamente a cabo (9)–, que atienden sólo el aspecto que resulte más relevante para resolver el supuesto concreto sometido a enjuiciamiento y, en todo caso, utilizando desordenada y parcialmente –a

(5) *Vid.* las diferentes referencias de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 56; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, p. 29; GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, p. 18; o PERELLÓ DOMENECH, «principio de proporcionalidad», p. 69.

(6) Para una exposición sintética, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 28 ss.

(7) Ampliamente, BARNES, «Jurisprudencia constitucional», pp. 333 ss.; y GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, pp. 15 ss. Véase también Díez RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 82 ss.

(8) Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», pp. 42 ss.

(9) Expresamente, JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 164.

menudo de forma imprecisa— los diversos elementos que posteriormente integrarán lo que se conoce como el test de proporcionalidad, con los que en ocasiones incluso se identifica (10).

En los años posteriores los esfuerzos del Tribunal se dirigirán a la formalización del principio a través de su concreción mediante la exigencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siempre teniendo en cuenta la finalidad de la medida objeto de control, que son los que vienen utilizando la Doctrina y Jurisprudencia constitucional alemanas para llenar de contenido el principio (11). En el ámbito penal, la utilización expresa y sucesiva de estos requisitos se produce, como es sabido, en las fundamentales sentencias del Tribunal 55/1996, 161/1997 y 136/1999.

Pero, a pesar del auge que en los últimos tiempos ha experimentado el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia constitucional española y de la centralidad que puede estar adquiriendo en la concepción del Tribunal de los derechos fundamentales, lo cierto es que su presencia en dicha Jurisprudencia difícilmente puede calificarse de excesiva (12), mucho menos en materia penal. A principios de los años ochenta empezó sosteniéndose que el juicio sobre cuándo una pena es o no proporcionada en relación a un determinado delito es sólo competencia del legislador, a mediados de esa década se comienza a admitir —de modo puramente teórico— que en casos de evidente desproporción podría afirmarse la inconstitucionalidad de una pena, sólo en los noventa empieza a concederse, con carácter muy excepcional, el amparo por desproporción de la pena impuesta y únicamente la STC 136/1999 puede entenderse representa una clara quiebra de la línea seguida hasta entonces, aceptándose, y sólo en cierto sentido, la inconstitucionalidad de un precepto penal (13).

Con todo, puede afirmarse ya la existencia de una relativamente consolidada doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad —en sede penal, sobre el análisis de la proporcionalidad en la imposición de una pena a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo o en la previsión legal de una pena para un comportamiento tipificado penalmente—, que se trasladará a la Jurisprudencia penal cuando se pronuncie sobre el mismo.

(10) En estos términos, PERELLÓ DOMENECH, «principio de proporcionalidad», p. 71.

(11) Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 16.

(12) *Vid.*, de nuevo, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 98.

(13) Sintéticamente, MIR PUIG, «principio de proporcionalidad», p. 354.

En lo que aquí interesa ahora resaltar, cuando se invoca el principio en relación con una decisión del poder legislativo en materia penal parte el Tribunal de la idea de que, dentro de los límites marcados por la Constitución, el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre la gravedad de las conductas que pretende evitar y la de las penas con que intenta conseguirlo. Ello no le impide el control de constitucionalidad de la norma dictada a tal efecto, pero advirtiéndole de las cautelas con que ha de efectuarse el mismo. En el ámbito de las decisiones judiciales el principio constituye un límite infranqueable a la discrecionalidad judicial. Ahora bien, no acepta el Tribunal su vulneración cuando el juzgador actúe dentro de los márgenes que se le imponen normativamente.

Sea en uno sea en otro caso, el control constitucional de la proporcionalidad de la norma penal o de la pena efectivamente prevista o impuesta entiendo debe limitarse a verificar la ausencia de un patente derroche inútil de coacción, de un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe, de un atentado contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública arbitraria y no respetuosa de la dignidad de la persona, atendiendo las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles. Y en ese control, el test de constitucionalidad obliga, en primer lugar, a comprobar que el bien jurídico protegido o los fines mediatos o inmediatos de protección son suficientemente relevantes como para motivar la intervención penal, que es lo que se denomina la calidad del fin de la norma como presupuesto del juicio de proporcionalidad (14); en segundo lugar, habrá de examinarse si la medida prevista –o adoptada– era idónea para alcanzar tales fines; en tercer lugar, si dicha medida era necesaria; y, en cuarto lugar, si la sanción es proporcionada en sentido estricto, comparando beneficios y perjuicios, con el delito para el que se prevé o aplica (15).

2. Al margen de la discusión sobre el modo en que se define el principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional y sobre su ubicación, también controvertida, en la propia Constitución, existe un cierto consenso en todo caso en entender que estamos ante un prin-

(14) Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 163.

(15) *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 86 ss.; o HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad», p. 62. Ampliamente, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», pp. 53 ss.

principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable, por ello mismo, a todo el ordenamiento jurídico (16). Su significado, se señala, ha de estar presente especialmente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos o libertades. Y en ese contexto, el principio de proporcionalidad despliega toda su potencialidad en Derecho penal (17). Evidentemente, y aun cuando su concepto y su contenido no pueda ser diferente en cada una de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico –el principio de proporcionalidad en cada sector jurídico no es sino una especie o rama del tronco común (18)–, su alcance y ámbito de aplicación sí lo será atendiendo al resto de principios que informen cada una de ellas y a los propios presupuestos que definan su finalidad. En el caso del Derecho penal, por medio del principio se conectan los fines que informan el conjunto normativo con cada concreto hecho típico, rechazándose tanto el establecimiento de conminaciones penales –proporcionalidad abstracta– como la imposición de penas –proporcionalidad concreta– que carezcan de toda relación valorativa con el mismo, contemplado en su globalidad, y desde la finalidad que pretenda conseguirse con su previsión.

Justamente el hecho de que al principio de proporcionalidad, como a otros, se le deba considerar algo más que mero límite a la actuación estatal no ya sólo integrándolo, con otros, entre los fines a cumplir por el Derecho penal, sino vinculándolo al cumplimiento de lo que es prioritario –y aceptando como tal la reducción de todo tipo de violencia; no sólo, pero también, de la estatal– es lo que debe permitir matizar la posibilidad de entender que la idea de proporción es sólo una exigencia de máximos y no de mínimos, una exigencia en la que sólo han de atenderse unas finalidades del Derecho penal y no otras. Sólo refiriendo la idea de proporción a lo que ha de representar el Derecho penal en su conjunto –y, en especial, a su finalidad prioritaria de prevención de hechos delictivos sin minimización de espacios globales de libertad– podrá aceptarse su caracterización como principio definidor del mismo, sin que con ello pierda su componente garantista, con todo lo que ello implica (19).

En cuanto a su arraigo constitucional (20), sí debe al menos señalarse que parece evidente que en un Estado de Derecho la vigencia del

(16) En estos términos, HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad», p. 59.

(17) Expresamente en este sentido véanse las afirmaciones, por todos y con ulteriores referencias, de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 113 ss.

(18) Así, BARNES, «Jurisprudencia constitucional», p. 345.

(19) En relación a esta idea, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 61 ss.

(20) Sobre esta discusión, con ulteriores referencias, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 69 ss.

principio de proporcionalidad contribuye a dotar de contenido material a este modelo de Estado, que entre sus presupuestos incluye la limitación racional del poder que se le cede a través de lo que representa el Derecho (21) y la exigencia de su utilización en aras a la consecución de ese bienestar común (22), salvaguardándose sólo si las limitaciones de derechos que puedan proponerse guardan una relación de proporción con el logro de dicho interés. Ha de admitirse también que el principio de proporcionalidad constituye una regla de maximización de la libertad (23), en cuanto ésta sólo debe poder limitarse –y justamente ya en ese Estado de Derecho, e incluso al margen de su consideración democrática y social– para proteger la libertad del resto de ciudadanos y en base a razones proporcionadas a la importancia de lo que se restringe (24), bien entendido que la libertad en este contexto ha de entenderse en sentido amplio como exigencia para conformar un modo de vida en el que se puedan tomar decisiones propias –o, más sintéticamente, como autonomía personal (25)–, que sólo pueden encontrar su límite de forma proporcionada al perjuicio que con ellas puede generarse para otros intereses (26). La idea de proporción conecta también sin duda con la de moderación, con la de equilibrio, con la de racionalidad, con la del ideal de lo que es justo, aun cuando éste, obviamente, no ofrezca los instrumentos necesarios para enjuiciar la existencia o no de proporción. La proporcionalidad, cabría afirmar, deriva de la idea de justicia, pero se independiza de ésta en la constatación de su proyección práctica.

Es asimismo evidente la vinculación del principio con la interdicción de la arbitrariedad, la tutela de la dignidad humana, la idea de igualdad o incluso la prohibición de las penas inhumanas y degradantes o el respeto al principio de legalidad, con diferentes matices y diversos grados de conexión que impiden ubicar el principio exclusivamente en cualquiera de los preceptos constitucionales que aluden expresamente a estas exigencias (27).

(21) En este sentido, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 134.

(22) Así lo expresa ARROYO ZAPATERO, «Derecho y Constitución», p. 4.

(23) Destacan esta conexión COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 82.

(24) Véanse, sintéticamente, CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, pp. 191 ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal*, p. 59; o QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, p. 102.

(25) Específicamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 188.

(26) Así, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 135.

(27) Para ulteriores consideraciones, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 73 ss.

En relación con esta última vinculación, objeto de especial debate entre nosotros –más entiendo que por cuestiones constitucionales que penales–, no hay ninguna duda de que el principio de proporcionalidad en su expresión concreta tiene que ver con el principio de legalidad penal si los criterios de lo proporcionado se explicitan normativamente; así ocurre, por ejemplo, en el caso español y en el ámbito penal, en los artículos 6.2, 62, 66.1 en sus diversos apartados, 66,2, 68, 638, etc., cuya vulneración implicará tanto la de uno como la de otro principio. De no existir tales criterios difícilmente podría afirmarse la quiebra de la idea de legalidad cuando el aplicador de la ley se mantuviera en los márgenes de la previsión aplicada, por más –y si ello fuera posible teóricamente– que se entendiera desproporcionada la sanción finalmente impuesta. Más complejo es, no obstante, aceptar la vinculación de la proporcionalidad en abstracto con la idea de legalidad, que sólo puede ser explicada atendiendo el componente material de ésta y, en todo caso, desde el respeto, como el propio Tribunal reiteradamente ha señalado, a una decisión legislativa que, salvo en casos muy puntuales en que el precepto cuestionado no respete los límites materiales que exige el principio, puede estar sustentada en consideraciones muy diversas. Sí parece lógico, no obstante, mantener que toda previsión legal ha de permitir un margen de actuación que garantice la posibilidad de una decisión sancionatoria proporcionada. Si ésta no cabe, por ejemplo, por la diversidad de conductas, de muy distinto desvalor, para las que se prevé un único marco penal demasiado próximo en sus límites inferior y superior o, al contrario, por la posibilidad de imponer penas de muy diversa gravedad –por lo alejado de tales límites– para conductas que sean de similar desvalor, el principio de legalidad penal no habrá cumplido las funciones que de él se reclaman.

Es evidente, por último, que toda medida que lesione el principio de proporcionalidad representará una vulneración del precepto constitucional que reconozca el derecho fundamental al que la medida desproporcionada afecte (28).

De todos modos, con independencia de la postura que se mantenga sobre la ubicación constitucional del principio de proporcionalidad, lo cierto es que, al menos en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto –hoy ya también en relación al principio en su sentido más complejo a partir de planteamientos básicamente preventivos–, en el ámbito penal es éste un principio que se reconoce sin discusión en la doctrina. La exigencia de proporcionalidad entre la sanción y la conducta

(28) Véanse CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 457; y JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 171.

sancionada es una consecuencia lógica de la propia naturaleza del Derecho penal, marcada por una gravedad de la intervención penal sólo justificada por la gravedad de la actuación sancionada (29) en relación con aquello que se pretende preservar.

3. En lo que concierne al concepto de proporcionalidad, el juicio sobre la proporcionalidad de una norma –y no únicamente de la sanción, sino de la norma en cuanto a lo que prescribe o prohíbe y en cuanto a la consecuencia de su incumplimiento– afecta, y debe hacerlo, tanto a la delimitación de la tutela que trata de conseguir como al mecanismo sancionatorio que prevé para lograrlo y, por ello mismo, la idea de proporción debe poder permitir restringir tanto la sanción innecesaria o excesiva como delimitar los comportamientos susceptibles de ella. Si no, el propio concepto de proporción en cuanto a lo que ha de ser la intervención penal en su conjunto –no sólo en la aplicación de la pena cuando fracasa el mandato del legislador– pierde, al menos, parte de su sentido. Ciertamente es que con ello se introduce un discurso que en sede penal se ha desarrollado en el ámbito de otros principios; algo, en todo caso, muy característico de nuestra disciplina; pero ello es necesario para lograr una comprensión integral de lo que el principio reclama, que no es algo único.

Por otra parte, la distinción de los diferentes elementos que componen el denominado test de proporcionalidad de una norma no pueden entenderse como compartimentos estancos ni obligan a un análisis de los mismos secuencial o escalonado; trata simplemente de reflejar la necesidad de tomar en cuenta diferencias perspectivas –utilizando esquemas valorativos y utilitarios– que, especialmente atendiendo lo que hoy es el Derecho penal, no pueden analizarse separadamente, aun cuando, metodológicamente, ello pueda no ser estrictamente correcto.

Aun con oscilaciones el término que se ha impuesto tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia para referir la idea de proporción tal y como comienza a entenderse desde la época de la Ilustración ha sido el de proporcionalidad en sentido amplio o simplemente el de proporcionalidad, principio de carácter autónomo con un contenido propio difícil de expresar que muchas veces se formula en sentido negativo (30).

(29) En estos términos, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 71.

(30) En estos términos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1114. Véanse también las consideraciones de BARNES, «principio de proporcionalidad», pp. 15 ss.; o CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», pp. 452 ss.

Evidentemente, y de entrada, toda la atención del principio de proporcionalidad se concentra en los medios previstos en una norma, en nuestro caso penal, utilizados por el poder público –y efectivamente aplicados o no– que afecten o restrinjan derechos o libertades (31). Es de ellos de los que se predica su proporción o desproporción.

El principio de proporcionalidad, en este sentido, rechaza, como antes se decía, el establecimiento de conminaciones legales –proporcionalidad en abstracto– y la imposición de consecuencias jurídicas –proporcionalidad en concreto– que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global (32). De forma más sintética, exige que las consecuencias de la infracción penal, previstas o impuestas, no sean más graves –si es que se puede equiparar la gravedad de unas y otra– a la entidad de la misma (33). La integración en el principio de una serie de postulados que son una evidente derivación del respeto al valor «libertad» y suelen presentarse dispersos en principios tales como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de mínima intervención, entre otros, ofrece indudables ventajas para su comprensión y desarrollo (34), en contra precisamente de lo que sugieren las afirmaciones que aluden a la confusión terminológica que el principio genera.

Pero, o quizás mejor, por ello mismo, ha de destacarse también la vinculación de la idea de proporcionalidad con la relación entre la medida impuesta y la finalidad pretendida por la norma a aplicar y con los fines, en nuestro caso, de la pena o del Derecho penal (35).

(31) Así, ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2053. Señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 160, que el principio rige en todo su vigor en el Derecho penal en cuanto sector del ordenamiento que, por definición, se compone de normas restrictivas de libertad y en cuanto la restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1114, afirmará que el principio atiende de modo fundamental aquella intervención que se desarrolla mediante el empleo de la coacción directa o de la pena criminal, en cuanto éstas afectan de modo particularmente intenso a la esfera de libertad del ciudadano; la salvaguardia de los derechos individuales frente a la intervención estatal abusiva, añadirá, exige no sólo un control formal de legalidad, sino además uno de carácter material que verifique la menor lesividad de la intervención y su adecuación al fin perseguido.

(32) Entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 260.

(33) Véanse ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2053; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal*, p. 21; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 85; o SERRANO-PIEDecasas, *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 100.

(34) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 175.

(35) Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Parte general*, p. 104; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; JAREÑO LEAL, *impago de multa*,

Claro está, este concepto –en su referencia tanto a la gravedad de lo actuado como a la finalidad pretendida con la intervención, en su caso penal– se debe perfilar cuando se expresan los criterios que deben determinar la gravedad de la pena –proporcionada– prevista o impuesta para cada concreto hecho delictivo.

La dificultad de definir lo que representa la idea de proporcionalidad como principio informador del Derecho penal y la exigencia de proporción en la previsión y aplicación de las consecuencias jurídicas asociadas a un hecho delictivo se muestra a la hora de decidirse por esta terminología en lugar de por otras similares, a la hora de establecer los parámetros que se comparan y a la hora de dotar de contenido propio a un principio del que casi toda la Doctrina y Jurisprudencia reconoce su importancia sin ponerse de acuerdo sobre lo que significa (36).

En todo caso, la exigencia de proporción de la norma –y de la pena– tiene unas implicaciones que quizás no captan los conceptos de razonabilidad, racionalidad o ausencia de arbitrariedad, por cuanto permite incorporar un contenido limitador de la actuación estatal al que, en principio, éstos no tienen por qué atender. Y con ser difusa la idea de proporción, porque no indica más que una correspondencia, correlación, conformidad de magnitudes, sin duda ofrece una base de actuación más concreta –en el ámbito penal– que la de estos conceptos, aportando un *plus* de seguridad, relativa, en la restricción de libertades porque, cuando menos, remite a determinadas referencias.

Ciertamente, aun reconocido el carácter autónomo del principio de proporcionalidad, la denominada relatividad del principio plantea un componente del mismo que interesa destacar penalmente en cuanto no es un principio del que se desprendan prohibiciones abstractas o absolutas; a lo que obliga es a analizar en cada caso la relación de medio a fin –que habrá que concretar– que tenga el límite o gravamen de la libertad –en su sentido más amplio– con los bienes, valores o derechos que pretendan salvaguardarse (37) atendiendo, por otra parte, unos criterios con los que establecer la comparación de la gravedad de la pena que, en cualquier caso –y ésta es otra cuestión–, no pueden determinar decisiones exactas.

Lo que pretende el principio de proporcionalidad es garantizar que la sanción penal –el medio– se encuentra razonablemente relacionada

p. 184; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 260. Como subraya GONZÁLEZ BEILFUS, «principio de proporcionalidad», pp. 67 ss., la proporcionalidad no se puede predicar de un objeto de control aisladamente considerado.

(36) Más detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 96 ss.

(37) Así, BARNES, «principio de proporcionalidad», p. 17.

con la tutela del bien de que se trate, atendiendo el resto de postulados que permiten ésta –el fin–, lo que remite a una ponderación –valorativa– que es la que ha de efectuarse en ese juicio con el que se comprueba el respeto a este principio (38). Pero el principio en sí no indica nada mientras no se indique qué ha de compararse, qué criterios de proporcionalidad quedan fuera de la legitimidad constitucional (39) y cuáles han de utilizarse en la ponderación que se efectúa (40), porque el Derecho no es proporcionado *per se*, sino sólo desde la perspectiva axiológica que se establezca. En sí la idea de la proporcionalidad no ofrece ningún criterio de ponderación sino la necesidad simplemente de establecer una correspondencia de dos magnitudes que de algún modo debe poder valorarse, sin que existan criterios incuestionables para establecer la medida de la proporción y, en nuestro caso, la calidad y cantidad de pena «proporcionada» a cada delito (41).

Por otra parte, si bien nadie discute seriamente la vinculación legislativa y judicial a las exigencias del principio de proporcionalidad, es cierto que tampoco a nadie se le ocultan las dificultades que entraña su control (42), no sólo por la necesidad de fijar los criterios de la medición, sino por la dificultad de afirmar indubitadamente la desproporción manifiesta de una sanción. La relatividad del test de proporcionalidad alude también, en este sentido, a la limitación del juicio que se establece, en cuanto sólo puede arrojar un resultado positivo, en el sentido de considerar desproporcionada la medida sometida a análisis, cuando desborde alguna de las prohibiciones a que hace referencia su contenido de forma manifiesta. Ello implica que sólo la desproporción extrema adquiere relevancia jurídica, hipótesis que, además, no será frecuente (43).

Nada es proporcionado o desproporcionado ontológicamente, sino en referencia a unos criterios que deben concretarse. No existe un juicio de proporcionalidad absoluto, sino un juicio de proporcionalidad temporal y localmente determinado, relacional y teleológicamente definido

(38) En este sentido, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», pp. 466 y 467.

(39) Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, p. 33.

(40) Lo subraya, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604.

(41) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 159. Vid. también el planteamiento de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 398.

(42) Destacando este aspecto, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 461. Vid. también JUANATE Y DORADO, «control de alcoholemia», p. 533. Críticamente sobre las prestaciones que está ofreciendo el principio en el control constitucional de la ley penal, DÍEZ RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 98 ss.

(43) Vid. BARNES, «principio de proporcionalidad», p. 16.

y formado en base a consideraciones de política-criminal que se consideren asentadas en cada ámbito penal. Y lo que, obviamente, permite operar a la Doctrina y, sobre todo, a la Jurisprudencia, no es el principio en sí, en su formulación abstracta, sino los aspectos en base a los que se pueda determinar la existencia o no de proporción entre el delito y su consecuencia jurídica (44). Claro que el principio no resuelve de modo absoluto ninguno de los dilemas que hoy dividen a la Ciencia penal española, como a veces se critica; pero sí permite abordar diferentes cuestiones con un referente claro si a la idea de proporcionalidad se le dota de un contenido relativamente preciso en base a criterios sólidos, siempre partiendo de coyunturas políticas, sociales y criminales concretas de las que ciertamente no es posible abstraerse. Y si bien debe admitirse la imposibilidad de instrumentalizar el principio para fijar una funcionalidad óptima (45), en la realidad judicial penal, que es donde encuentra su cauce lógico de expresión –más que en la labor de control del Tribunal Constitucional, a pesar de la atención que merezca ésta–, aun aceptando la «relativa» vaguedad del juicio, permite claramente establecer unas pautas de actuación –muchas de ellas incluso reconocidas legalmente en el ámbito penal– que no pueden obviarse.

Y, por supuesto, hablamos de un principio que opera, o debe hacerlo, tanto en el momento de la elaboración o creación del Derecho como en el de su interpretación y aplicación. Y que tiene como destinatario, por tanto, al Poder legislativo –que en el ámbito penal ha de prever la sanción para determinados comportamientos atendiendo los requisitos del principio– y al Poder judicial –que ha de imponer cada concreta sanción en función también de ellos– (46). Más aún, el principio debe vincular al juez con unos parámetros similares –y esto es importante subrayarlo ya ahora– y en unos momentos normativos análogos a la hora de seleccionar la concreta regla legal de resolución del conflicto, interpretar los contornos del tipo penal, desechar la punición de conductas de escaso desvalor, elegir la sanción eficaz para los fines de protección que la norma persigue y sancionar mínimamente cuando las facultades de elección no permitan la imposición de una pena estricta o internamente proporcionada en comparación con los beneficios que comporta la aplicación de la norma y no sea posible la falta de subsunción o la justificación o la exculpación del comportamiento (47). Es casi una

(44) Así, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 280.

(45) En estos términos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 176.

(46) Con mayor detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 125 ss.

(47) Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 183.

obviedad insistir en el importante papel que ha de cumplir el principio en el momento de aplicación de la ley. Y, en lo que aquí interesa subrayar, los criterios que se utilicen para analizar la proporcionalidad de una norma, sea en su previsión, sea en su aplicación, no es que hayan de ser idénticos, puesto que en ésta existirán más datos a tener en cuenta, pero sí al menos no contradictorios, siendo imposible afirmar la proporción de una sanción que concreta una previsión ya en sí desproporcionada, pero sí en cambio afirmar la desproporción de una sanción que concreta una norma legal proporcionada en abstracto.

También es conveniente destacar que si bien es cierto que ha sido en el ámbito de estudio de las consecuencias penales donde con más detalle se ha analizado el principio de proporcionalidad, al cumplir éste una función de garantía en cuanto a la restricción de la intervención estatal en el ámbito propio de cada ciudadano aparece como instrumento, se dirá, de ponderación real y material de la justicia en todas las diferentes categorías dogmáticas que reflejan el estado actual del Derecho penal, tanto en la teoría de la pena como también en la teoría del delito como, por supuesto, en la aplicación procesal de ambas (48).

Interesa matizar en todo caso, aunque sea obvio, que cuando se señala que el principio de proporcionalidad irradia sus efectos en dos ámbitos diferentes, el de los presupuestos de la pena –si el hecho es o no delictivo y en qué medida lo es– y el de la individualización de la pena –cómo debe ser sancionado ese hecho (49)–, en realidad no puede hablarse del principio de proporcionalidad en la teoría del delito –o de cómo aplicar el principio a la concreción de si un supuesto de hecho puntual es o no subsumible en un dictado típico específico– sin referencia a la consecuencia que se deriva de la diferenciación de instituciones que se realiza en ella. Hablar de la proyección del principio en la distinción entre dolo e imprudencia, autoría y participación o, incluso, imputabilidad e inimputabilidad es algo que sólo tiene sentido si se relaciona la distinción con la diferente respuesta penal que se va a dar a uno u otro caso. Y será la pena prevista para un concreto precepto la que desde la idea de proporción permita decidir qué contenido se le da a éste y si una conducta es subsumible o no en él, siempre por supuesto que exista margen de interpretación. En sentido inverso, lo mismo ocurre con el análisis del principio en la teoría de las consecuencias. Esto es lo que implica aceptar la influencia del principio en el ámbito de la teoría del delito: la posibilidad de interpretar el conte-

(48) *Vid.* URQUIZO OLAECHEA, «Principio de proporcionalidad», pp. 194 y 209.

(49) Así lo plantea JAÉN VALLEJO, «principios superiores», p. 55.

nido de un precepto en función de la gravedad de la pena que prevé el legislador para sancionar las conductas que atentan contra lo que ha de deducirse en función de esa previsión que pretende tutelar.

4. Por lo que se refiere al contenido del principio, como ya se ha destacado reiteradamente (50), se va imponiendo una concepción cada vez más amplia del mismo que apunta a la funcionalidad de la medida, en la que el principio comporta no sólo la interdicción de la pena excesiva respecto a su fin, sino también la que resulte innecesaria para alcanzarlo en relación con otras medidas posibles, orientación ésta consecuente con la configuración del Estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona (51). Esta concepción amplia es la que acostumbra a descomponerse en los principios, subprincipios o requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los que en ocasiones se incorpora la exigencia de relevancia social del bien jurídico protegido o de la finalidad de la medida objeto de control, analizada normalmente en el seno del juicio de idoneidad.

Frente a las críticas que se formulan en relación con ese modo de definir el principio en sentido amplio, centradas tanto en relación al esquema aplicativo que sigue el orden de enunciación de las distintas exigencias cuanto a la superposición parcial de sus contenidos, debe insistirse en que los distintos requisitos de la intervención penal respetuosos con un principio de proporcionalidad construido desde el Derecho administrativo y constitucional están presentes en las posturas de la gran mayoría de autores, aun con diferente terminología y diferentes ordenaciones.

A modo de síntesis, puede afirmarse que la idea de idoneidad exige atender cuál es la pretensión del Derecho penal y aceptar que si ésta es la prevención de delitos, la pena deberá ser útil a tal finalidad. Ello exige determinar previamente cuáles son los delitos que se trata de evitar, esto es, cuáles son los bienes jurídicos que se trata de proteger. Si no hay finalidad que conseguir es imposible hablar de idoneidad de la medida que la pretende. Y la misma, en Derecho penal, sólo puede establecerse a partir de la concreción del objeto de protección, el bien jurídico. Por eso, y aunque buena parte de la doctrina vincula la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos con el requisito de la necesidad, debe aparecer como presupuesto incluso al requisito de la idoneidad. Claro está que si no hay bien jurídico a proteger –en cuanto a

(50) Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 136 ss.

(51) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 161.

su auténtico concepto material— no se necesita el Derecho penal, pero el análisis de su existencia debe ser algo previo.

El requisito de la necesidad, que exige la intervención menos agresiva posible con el mayor grado de eficacia tuteladora evitando restricciones de libertad innecesarias, se vincula a exigencias de mínima intervención, claramente asociadas a la idea de subsidiariedad —utilizar otros mecanismos menos lesivos si es posible— y sólo en cierta medida a la idea de fragmentariedad —en cuanto no se necesita la intervención penal cuando no es especialmente importante el costo de libertad que se sufre con el ataque a un interés determinado—, teniendo en cuenta que si no hay costo alguno porque no hay bien alguno legítimo materialmente a proteger ni siquiera habría que comprobar la necesidad porque no tendríamos el presupuesto que justificaría la intervención penal. Si se quiere, otra forma de expresar lo mismo es relacionando la idoneidad, positivamente, con la finalidad de tutela del Derecho penal y la necesidad, negativamente, con la del límite de dicha tutela.

La comprobación de los requisitos de idoneidad y necesidad daría paso, siendo la intervención penal idónea para prevenir la comisión de infracciones penales —porque puede intentar evitarlas y porque su coste permite utilizar tal instrumento— y necesaria para ello —porque no hay otra alternativa óptima—, al análisis de un tercer requisito que exigiría imponer la sanción penal menos restrictiva posible para no sacrificar un cupo de libertad innecesario, requisito en el que sin duda los dos anteriores, ciertamente, vuelven a aparecer, pero igual que de alguna forma él también aparece en ellos.

El enjuiciamiento de los diferentes requisitos del principio no es un proceso tasado, compartimentado en secciones estancas, porque no puede serlo; y es lógico, inevitable y quizás incluso deseable que haya interferencias. Una pena será idónea para prevenir un delito en función de su cuantía; será necesaria en función de su cuantía; será proporcionada en sentido estricto en función de su cuantía, cuantía que a su vez será razonable en función de lo que se pretenda proteger y en función de cuánto o cómo se necesite hacerlo. Claro que en los diferentes juicios se mezclan razonamientos utilitarios y valorativos, pero porque ni los unos excluyen los otros ni pueden excluirlos en un Derecho penal orientado a las consecuencias, sí, preventivo, sí, pero desde el respeto a unos principios hoy prácticamente incuestionables.

En cuanto al requisito de la adecuación o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento como condición de proporcionalidad, lo cierto es que al margen de los casos más evidentes, que encierren una clara ausencia de sintonía entre la norma legal y la realidad político-social en que se encuadra aquélla, es difícil aceptar la inidoneidad de

una norma –y una pena– promulgadas, al menos en la actual situación del Derecho penal, con todas las garantías formales que se requieren jurídicamente (52). Otra cuestión es la del debate político-criminal que pueda suscitarse sobre la necesidad de evolución legislativa en determinadas materias. Y si aceptamos la idoneidad en abstracto de cada pena que prevé el legislador –en nuestro concreto espacio jurídico– es difícil que los Tribunales puedan imponer penas inidóneas si éstas se enmarcan en los límites fijados legalmente.

Al igual que el requisito de la idoneidad, también la idea de necesidad –y al vincularse también a la finalidad que pretende alcanzarse con la medida prevista–, remite al rasgo definidor del Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos (53).

La vinculación de la protección de bienes jurídicos con la exigencia de proporcionalidad parece evidente; quizás, no obstante, más con el requisito de la idoneidad en cuanto a lo que es la finalidad de la intervención penal dirigida a tutelar exclusivamente bienes jurídicos y más con el requisito de la necesidad en cuanto a lo que es la limitación de dicha intervención a los supuestos en que los bienes objeto de posible protección la necesiten. Esto es, la intervención penal –la medida– debe permitir garantizar –ser apta, idónea para ello– la tutela de bienes jurídicos –que es lo que define el Derecho penal– pero, además, acudiéndose a ella porque es la única con la que puede conseguirse esa tutela.

Por otra parte, si es frecuente la vinculación del requisito de la necesidad de la intervención penal con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos –aunque es importante insistir en que éste no puede desvincularse ni de la idea de idoneidad de la intervención ni de lo que se definía como presupuesto al análisis de ésta–, es más estrecha si cabe la relación o incluso identificación que en muchos casos se efectúa de la necesidad con la exigencia específica de intervención mínima (54), no exactamente coincidente. Esta vinculación remite a

(52) Vid. la crítica de Díez RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», p. 93, sobre el desarrollo de este elemento por el Tribunal Constitucional, que parece pretender atender, en el nivel de racionalidad pragmática, dice este autor, la efectividad de la norma como directiva de conducta de los ciudadanos, aunque brillan por su ausencia, subraya, criterios que pudieran resultar operativos a la hora de verificar la correspondencia de la norma con los principios de efectividad o eficacia, como capacidad de recepción del mensaje, crédito del legislador, recursos disponibles, experiencias existentes, previsiones de evaluación del funcionamiento del sistema, etc.

(53) Específicamente, con ulteriores referencias, por todos, AGUADO CORREA, *principio de proporcionalidad*, pp. 59 ss. y 147.

(54) Entre otros, AGUADO CORREA, *principio de proporcionalidad*, pp. 147 y 214 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDECASAS, *Parte General*, pp. 55 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, pp. 85 ss.; CUERDA ARNAU,

su vez a las características de fragmentariedad y subsidiariedad que se predicen del Derecho penal (55), si bien la idea de fragmentariedad aparece en mi opinión, como antes señalaba, más vinculada a la exigencia de idoneidad de la intervención penal.

En cuanto a los conceptos de susceptibilidad, merecimiento y necesidad de pena, son muy diferentes las implicaciones que se asocian a cada uno de ellos, que a menudo se enlazan con consideraciones tanto sobre la necesidad de la pena, como sobre su idoneidad o incluso su proporcionalidad en sentido estricto.

Se trata de una cuestión quizás más terminológica y de ordenación temporal o simplemente lógica de los requisitos de análisis que implica el principio de proporcionalidad que de una discusión basada en cuestiones dogmáticas irrenunciables. En mi opinión, tanto la idea de susceptibilidad como la de merecimiento de pena reflejan aspectos a considerar incluso con carácter previo a la comprobación del requisito de la idoneidad de la intervención, en tanto la idea de necesidad sí cabe vincularla al requisito de la necesidad de la medida. La construcción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos desde la idea de mínima intervención tiene otra estructura, pero sí parece obvio que la consideración de la protección de bienes jurídicos como principio informador –más incluso, definidor– del Derecho penal representa un concepto previo al propio planteamiento de los tres requisitos del juicio de proporcionalidad en sentido amplio. Y si ciertamente la idea de subsidiariedad sí aparece claramente vinculada al requisito de la necesidad, el rasgo de la fragmentariedad está en relación tanto con éste, en cuanto a la consideración sólo de los ataques más graves a los bienes a tutelar, como con esa consideración previa al requisito de la idoneidad, en cuanto a la atención sólo a los bienes auténticamente relevantes para la convivencia social. Lo que ocurre es que lo que se conoce como juicio externo de la proporcionalidad de la intervención penal en sentido amplio no es fácilmente escindible en diferentes procesos; sí

«principio de proporcionalidad», p. 470; CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo*, p. 1137; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «intervención mínima», pp. 249 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», pp. 175 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias jurídicas*, p. 38; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal*, pp. 60 ss.; PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», p. 1581; o SERRANO-PIEDecasas, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 106.

(55) Así, Díez RIPOLLÉS, *racionalidad de las leyes*, p. 128. En «control de constitucionalidad», p. 94, afirma incluso que de hecho el Tribunal emparenta directamente el principio de proporcionalidad con el de subsidiariedad, siendo los resultados por hacerlo operativo bastante magros, dirá, pues al identificarse con éste no va más allá de él.

relativamente en un sentido conceptual, pero no en cuanto a la posible exigencia de un análisis progresivo. En todo caso, el problema es únicamente de adaptación de una terminología de procedencia administrativa y constitucional a un Derecho penal plenamente consolidado en cuanto a los rasgos que lo definen y en el que hasta fechas recientes no se ha introducido dicha terminología, al menos de forma precisa y con el alcance que ahora se pretende.

Interesa también subrayar que el requisito de la necesidad, si bien adquiere especial relevancia en el momento legislativo, opera asimismo en el momento de aplicación de la ley penal (56), tal y como se viene insistiendo también en relación con el propio principio de protección de bienes jurídicos, convertido en la actualidad en un elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación (57). En este marco específico de la aplicación de la pena la exigencia de constatar su necesidad se puede concretar tanto en el ámbito de interpretación del precepto en función de lo que se necesita –y se desea– tutelar como en el de ejercicio de las facultades relativamente discrecionales que la Ley concede al Juez para individualizar la penalidad.

En cuanto al tercero de los requisitos del principio, el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto exige que los medios de actuación estatal, idóneos y necesarios, guarden una relación razonable con el fin perseguido, en una ponderación entre la privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas previstas o impuestas (58) o, aún más específicamente, a la ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal (59). Por ello su contenido enlaza también con la concreción de la finalidad del Derecho penal –y de la pena– (60), que será la que permita enjuiciar los beneficios derivados de la intervención (61).

(56) *Vid.*, por ejemplo, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 159 y 263; GÓMEZ BENÍTEZ, «proporcionalidad de las penas», p. 55; o MORILLAS, *Parte General*, p. 41.

(57) *Vid.*, de nuevo con numerosas referencias, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 168, 201 ss. y 263.

(58) Véase BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDecasas, *Parte General*, p. 55.

(59) En este sentido, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 277; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 88; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 474; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; o PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», p. 1581. A la ponderación de los intereses en juego se referirá CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo*, p. 120.

(60) Expresamente, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 474.

(61) *Vid.* AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 292.

II.

1. En el análisis de ventajas y beneficios en términos de libertad que se utiliza para analizar la idea de proporcionalidad, al menos en su sentido más estricto, lo que el principio exige, en un Derecho penal de mínimos, es que el coste socio-individual de la pena no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito o, en otros términos, que la previsión e imposición de la pena, con todas sus desventajas, no sea más perjudicial –en términos globales de libertad– en relación con los beneficios que con ella se obtiene (62).

Parece evidente entonces que el primer referente de la proporcionalidad de una pena ha de ser el de la finalidad que con ella se pretende –tanto en su conminación general, como en su imposición concreta (63)–, y no ya sólo en cuanto a la comprobación de su idoneidad o de su necesidad –o de los presupuestos que la justifican–, sino también en cuanto al requisito de la proporcionalidad en sentido estricto. Esa finalidad será la que debiera permitir penas mayores o menores e incluso su propia previsión o su inexistencia, su derogación o su ausencia de aplicación. Eso refiere la relación medio a fin que define la idea de proporción.

La finalidad a conseguir con la intervención penal –todas las que se entiendan legítimas en un Estado social y democrático de Derecho– integra necesariamente el beneficio de la intervención y condiciona el resto de criterios a tener en cuenta para valorar tal beneficio (64). Toda finalidad viene lógicamente definida porque la misma representa un beneficio; si no, no cabe ya de entrada admitirla como tal. Sin perjuicio, por supuesto, de que la mayor importancia de una finalidad –su preponderancia frente a otras– deba exigir mayor esfuerzo en su consecución y, por tanto, tenerse en cuenta de modo prioritario en el análisis del margen coste-beneficio. Pero ni puede afirmarse, por ejemplo, que la idea de proporcionalidad puede quebrar por razones preventivas ni que puede quebrar por razones retributivas, porque la integración de unas, de otras o de ambas en lo que son las finalidades de la intervención penal condicionará el juicio de proporcionalidad. Y así, por ejemplo, una pena no podrá considerarse desproporcionada pero justificada por razones de prevención especial, porque o esta finalidad se integra

(62) Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 173 ss.

(63) Así lo precisa con razón, por ejemplo, JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 190.

(64) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», p. 176.

como criterio de análisis de la proporción de la norma, de tal modo que si se tiene en cuenta difícilmente podrá calificarse la norma como desproporcionada, o bien no se integra como tal, en cuyo caso no sólo será desproporcionada la norma que atienda tales consideraciones y no las que definen lo proporcionado, sino que además en modo alguno podrá aceptarse su legitimidad, al descartarse como finalidad a conseguir. Esto es, la finalidad de la intervención penal condiciona de modo absoluto el juicio de proporcionalidad de una norma, que sólo podrá considerarse positivo cuando ésta respete aquélla, por supuesto, en toda su complejidad.

La vinculación de la pena con planteamientos preventivos –cualesquiera que sean éstos– es consustancial a un Derecho penal orientado a las consecuencias (65). Por ello, al abordar la cuestión de la proporcionalidad de las penas ha de insistirse en la necesidad de atender criterios de prevención a la hora de establecer la que ha de corresponder a un determinado comportamiento.

En la confrontación incorrecta que a menudo se efectúa entre prevención y proporción, lo que ocurre en realidad es que se asocia ésta, en mi opinión incorrectamente, únicamente a la correspondencia entre la gravedad de la pena y una gravedad del delito que habría que explicar cómo se concreta, pero que en todo caso no parece integrar la finalidad preventiva en la propia definición. Y, en relación con ello, hay relativo consenso en desterrar la pretensión de elaborar lo que se denomina un principio de proporcionalidad invertido (66). Así, se afirma que la proporcionalidad penal como principio garantístico se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a serlo hacia abajo (67), o que cabe la imposición de una pena inferior a la proporcionalmente adecuada (68), a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad (69) o a la que se ajuste a la medida de lo injusto y de la culpabilidad (70) por razones de prevención, con lo que en cierta medida las consideraciones preventivas –y también retributivas– desempeñan únicamente una función limitadora de la aplicación de la pena (71), frente a planteamientos preventivos de carácter fundamentador, que habrían de oponerse a

(65) En este contexto, específicamente, entre otros, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 484; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; o SERRANO-PIEDecasas, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 105.

(66) Por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 89.

(67) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 259.

(68) En estos términos, JAREÑO LEAL, *impago de multa*, p. 188.

(69) Así, CHOCLÁN MONTALVO, «pena adecuada a la gravedad», p. 1520.

(70) Vid. GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57.

(71) Así, el mismo GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 60.

la imposición de penas inferiores a lo proporcionado preventivamente y por supuesto frente a planteamientos retributivos que habrían de oponerse a la imposición de penas inferiores a lo justo. Como también lo hay, por ello mismo, en entender que la revisión de los planteamientos retributivos no puede exacerbar el ideario preventivo, que puede llegar a ser, se señala, más peligroso en sus excesos (72) ya que lo útil no está sólo por serlo justificado (73). De ahí la exigencia de limitar mediante la idea de la proporcionalidad la pena que se prevea o imponga a un comportamiento.

Pero en mi opinión (74), con independencia de cuál sea la finalidad del Derecho penal, el principio de proporcionalidad, en sí y en su construcción actual no refleja sino una idea de relación, una idea de correspondencia entre magnitudes. Y en ese sentido entiendo 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; la proporción existe o no existe y si es así, porque se rebasan los límites de lo proporcionado –hacia arriba o hacia abajo–, el principio no se podrá entender salvaguardado. Cuando se mantiene, en la afirmación más frecuente, que el respeto a la idea de prevención especial permite penas menos graves que lo que pueda exigir el principio de culpabilidad, no se puede señalar al mismo tiempo que se desborda hacia abajo la exigencia de proporcionalidad; la pena seguirá siendo proporcionada, simplemente que de entre los criterios que permiten constatar dicha proporción habrá sido el de la ausencia de necesidad de determinada prevención especial el que se haya priorizado.

La cuestión sigue siendo cómo se delimita lo que es proporcionado. La cuestión sigue siendo cómo concretar la segunda magnitud a la que referir la proporción que se exige de una pena. Hoy en día, máxime si incluimos los criterios de adecuación y de necesidad, qué duda cabe que esa magnitud ha de asociarse a la finalidad que se pretende alcanzar con ella. Y si ésta, en nuestro orden penal-constitucional consiste básicamente en tutelar –minimizando violencias y garantizando espacios de libertad– bienes jurídicamente reconocidos como merecedores y necesitados de dicha tutela, la pena tiene que poder conducir a esa finalidad. Será proporcionado entonces todo lo que garantice la prevención de delitos, siempre claro está que dicha prevención no sea más costosa –y aquí sin duda entran criterios de adecuación a la grave-

(72) Así, GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 77.

(73) De nuevo, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 484.

(74) Con mayor detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 201 ss.

dad del hecho— que su lesión en un juicio global que tiene que tener en cuenta todo el coste de la intervención penal y todos sus beneficios. Discutir sobre si la proporcionalidad deriva de criterios retributivos o preventivos o sobre si es compatible con éstos —bien o mal entendidos—, olvidando de entrada que la compatibilidad dependerá de si forman parte o no de la finalidad a cumplir con la pena de la que se enjuicia su proporción, es indiferente si existe consenso acerca de la exigencia de este principio así definido y si existe consenso además en lo que se considera desproporcionado, algo en lo que no hay básicamente desacuerdo, salvo en posturas extremas; más aún cuando los desacuerdos sobre aquello que es proporcionado y aquello que no lo es no surge por el hecho de mantener planteamientos predominantemente retributivos o planteamientos predominantemente preventivos.

Lo proporcionado no es ni lo más aconsejable preventivo-general o preventivo-especialmente, ni lo más aconsejable culpabilísticamente. Lo proporcionado es aquello que guarde correspondencia con todos los elementos que se considere han de ser tomados en cuenta en el análisis a llevar a cabo en la valoración de la conveniencia de la pena a imponer a un sujeto. Y ahí han de entrar todas las variables. No puede decirse que una pena leve para un hecho grave —que se entiende adecuada porque no se necesita pena mayor desde una perspectiva preventiva especial— no es proporcionada, pero que ello no importa porque la proporcionalidad es sólo un límite a la idea de prevención. Por supuesto que es proporcionada; simplemente ocurre que en el análisis de la proporción ése de la prevención especial es un factor a tener también en cuenta —a tener especialmente en cuenta—, no para poder quebrar hacia abajo lo proporcionado —que no es factible, porque estaríamos entonces aceptando la pena desproporcionada— sino para precisamente buscar lo proporcionado atendiendo, también —como otros—, factores de prevención especial. Otra cosa es que se diga que la pena resultante no se corresponde con la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Esta afirmación sí será correcta; lo que ocurre es que una tal correspondencia no garantiza la proporcionalidad de una pena —no se olvide, en nuestro modelo penal y desde lo que define la intervención punitiva—, salvo que se entienda —lo que no es viable— que los criterios que la delimitan culpabilísticamente son los únicos a tener en cuenta en el análisis de su proporcionalidad.

Es cierto que la idea de proporcionalidad es referencial, valorativa y que es difícil establecer con certeza los parámetros de comparación, pero si la vinculamos a la garantía del mantenimiento de libertades que, en sentido amplio, justifica la intervención penal, podremos afirmar —no prescindiendo de consideraciones preventivas o retributivas,

pero sí relativizándolas— que una pena de cincuenta, treinta o diez años de prisión por un delito —o por tres— de hurto, en nuestra sociedad actual, no es proporcionada, desde ningún prisma; y no se podrá decir que sí puede ser proporcionada con arreglo a criterios preventivos, porque esta afirmación es incorrecta de principio.

Se ha señalado, por otra parte, que si bien en abstracto la pena adecuada a la finalidad de la tutela prevista penalmente será aquélla que sea proporcionada a la gravedad del delito del que es consecuencia, en el caso concreto bien pudiera ocurrir que la citada finalidad se cumpla con una pena menor o en su caso sin necesidad de acudir a pena alguna. En esta hipótesis, se dice, la exigencia de proporcionalidad habría de entenderse «conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el auténtico objeto de la ponderación, y no según la gravedad del delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarla» (75). La cuestión, sin embargo, es cómo se define dicha gravedad; y en mi opinión se antoja difícil entender que un hecho no necesita respuesta penal alguna porque la misma no satisfaría finalidad alguna y entender al mismo tiempo que el hecho sigue siendo grave; lo podrá ser conforme a algún criterio concreto, pero no conforme a otros y no, en todo caso, en una valoración global del mismo. Aunque, obviamente, si la gravedad del delito refiere únicamente a la de lo injusto típico o a la de la culpabilidad del autor aquélla afirmación sí será factible.

2. Con carácter abstracto, al delito de modo genérico, o a su gravedad, la gravedad o entidad del hecho o de la infracción penal se ha referido buena parte de la doctrina para establecer un criterio de ponderación concreto en relación con la medida de la pena a prever o aplicar en cada caso, ya en el enjuiciamiento de ésta desde una perspectiva amplia ya cuando se analiza lo que es en sí la proporcionalidad en sentido estricto (76). No ya por razones retributivas, sino atendiendo básicamente a la idea de culpabilidad por el hecho o entendiendo el principio de proporcionalidad como principio garantista. En mi opi-

(75) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 85.

(76) Así, entre otros, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 315; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDecasas, *Parte General*, p. 62; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CEREZO MIR, *Parte General I*, p. 26; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 120; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 185 y 210; LASCURAIN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», pp. 174 ss.; LUZÓN PEÑA, «Alcance y función», p. 36; MIR PUIG, *Parte General*, p. 137; u OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «concepto de Derecho Penal», pp. 283 ss.

nión, también debe aceptarse tal criterio por la propia finalidad preventiva del Derecho penal, desde un razonamiento lógico que exige mayor actuación cuanto mayor importancia se dé a la prevención de un comportamiento y mayor importancia a dicha prevención cuanto mayor sea la relevancia del interés a proteger.

Parece indudable que la definición de la gravedad del hecho –en su relación con la gravedad de la pena que va a ser su consecuencia– ha de abarcar todos aquellos aspectos que ayuden a delimitar un enjuiciamiento lo más completo posible de lo que implica la idea de proporción desde la perspectiva del análisis de todos los costes y todos los beneficios que conlleva la intervención penal (77), que, a mi juicio debiera incluir la posibilidad de su consideración concretamente referida al sujeto que lo comete y a las condiciones en que se realiza y a las finalidades que la pena debe cumplir genérica y específicamente en ese supuesto.

A la hora de valorar la gravedad del delito, y es esto algo que nadie cuestiona, el primer referente al que hay que acudir es el del bien jurídico que con su previsión trata de tutelarse. Si la finalidad prioritaria del Derecho penal –desde la perspectiva de la minimización de violencias– es, en síntesis, la tutela de bienes jurídicos, y éstos se entienden como condiciones indispensables de desarrollo personal, cuanto más valor se le otorgue a cada uno de ellos mayor será el esfuerzo que habrá de desplegarse en garantizar su incolumidad; y en ese esfuerzo, siendo la pena el principal instrumento al que se recurre en la intervención penal, la misma, en principio, parece habrá de ser mayor –con independencia de que también se atiendan otros criterios, obviamente– cuanto más importancia –o relevancia constitucional y social– tenga el bien tutelado (78).

El criterio de la trascendencia social del daño –por la trascendencia de la afección al bien jurídico y a lo que representa en su valora-

(77) Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 174.

(78) Vid., entre otros, expresamente, ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2058; ARROYO ZAPATERO, «Derecho y Constitución», p. 1; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; Díez RIPOLLÉS, *racionalidad de las leyes*, p. 162; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 35 ss. y 72 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la Dogmática?», p. 151; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 447, en relación al concepto de culpabilidad por el hecho; LUZÓN PEÑA, «*Ius puniendi*», p. 3781; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 85; PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», pp. 1581 ss.; o SERRANO-PIEDCASAS, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 109.

ción colectiva para garantizar espacios autónomos de desarrollo personal— lo que permite es precisamente preservar la ausencia de intervención penal —al margen de disputas retributivas y preventivas— cuando de entrada la ganancia de libertad que se obtiene con una intervención penal desmesurada ante bienes en absoluto valorados de forma especialmente positiva socialmente o ante ataques apenas significativos a los que sí se valoran es imperceptible en comparación con la entidad de la pena prevista.

Ahora bien, obviamente el establecimiento de marcos penales de referencia no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta la distinta importancia de los bienes constitucionalmente contemplados (79). Ha de tenerse en cuenta también la afectación del bien por la conducta que se tipifica o que de modo específico se desarrolla contra él, teniendo siempre en cuenta el coste que en sí implica ya el mero hecho de la tipificación penal para los márgenes de libertad personal (80).

La necesidad de tener en cuenta el modo en que se afecta el bien tutelado para concretar la gravedad de la pena a imponer remite al análisis del desvalor del hecho típico (81) en cuanto al resultado producido, pero también, precisamente en un Derecho penal preventivo, a su desvalor de acción. También al concepto de culpabilidad (82), tanto en cuanto a lo que implica la idea de culpabilidad por el hecho —aten-

(79) Por todos, CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, p. 203.

(80) Expresamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 188.

(81) Entre otros, específicamente, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 285; BOLDOVA PASAMAR, *Consecuencias jurídicas*, p. 180; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, p. 212, que alude a la gravedad de la conducta; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 85; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 120; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 447, que, al definir la culpabilidad por el hecho, alude a datos objetivos y personales; GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57; JAREÑO LEAL, *impago de multa*, p. 186; JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 105; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 174; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, p. 38; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 523; MIR PUIG, *Parte General*, p. 136; o SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1123.

(82) Véanse las consideraciones de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 315; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDRECASAS, *Parte General*, p. 61; BOLDOVA PASAMAR, *consecuencias jurídicas*, p. 180; GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57; JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 105; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1123; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 261.

dible no obstante al menos también, y preferentemente, en el ámbito de la gravedad del injusto— como en cuanto a lo que significa la exigencia de atribuibilidad o responsabilidad personal.

III.

1. En el momento judicial el ámbito de proyección del principio de proporcionalidad se manifiesta claramente tanto en la fase judicial de concreción de la pena legalmente prevista —si se prefiere, de determinación judicial de la pena— como en la de individualización en sentido específico. Pero interesa destacar la vinculación al principio de proporcionalidad de los Tribunales también ya en el primer momento de la determinación de la pena, en el que se ha de seleccionar la norma a aplicar, que conlleva un abstracto, pero definido, marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis —judicial— de la proporcionalidad de dicha pena en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse (83).

Por lo que respecta en concreto al problema de lo que es estrictamente la individualización judicial de la pena, el mismo se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y con la cuestión, al mismo tiempo, del respeto al principio de legalidad de las penas (84). La mayoría de la doctrina entiende posible seguir aludiendo a una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la actividad judicial, limitada y sometida a un conjunto de criterios valorativos (85); sin embargo, acertadamente se ha señalado que eso ya no es verdadera discrecionalidad, sino una auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues no se trata de elegir entre varias posibilidades igual de correctas, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino de concretar los juicios de valor de la ley y de conseguir los fines de aquélla en cada caso, determinando la pena correcta (86). Lo que ocurre es que es esa aplicación reglada del Derecho la que va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o

(83) Detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(84) Ampliamente, GALLEGO DÍAZ, «determinación de la pena», pp. 218 ss.

(85) *Vid.* las referencias de DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(86) Así, SILVA SÁNCHEZ, «individualización judicial de la pena», p. 140. *Vid.* también RAMOS TAPIA, «El control del arbitrio judicial», p. 618.

que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada la infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial. Lo que es cierto en todo caso es que ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse plenamente, con independencia de los criterios que se expliciten de modo expreso legalmente, ni de la finalidad de la norma a aplicar ni del respeto a los principios que limitan –o más aún definen– el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio de proporcionalidad (87) y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de su individualización.

2. En el momento de individualización de la sanción se parte de una pena, parcialmente determinada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido observar los criterios que permiten afirmar su proporcionalidad en relación a lo que se pretende conseguir con ella. Partimos, por tanto, de una pena proporcionada en abstracto que hay que concretar judicialmente atendiendo al hecho concreto y al autor concreto objeto de enjuiciamiento en los Tribunales.

Pues bien, en él, como en las fases previas de su determinación, han de atenderse, en primer lugar, los fines de la pena. Por supuesto que el juez debe tomar como referencia las declaraciones expresas de la ley, pero también los fines de la pena; más aún, la determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada estadio de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales –explícitos legalmente o no– que concurren en la individualización de la pena como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer (88).

Apenas hay discusión en la doctrina sobre la necesidad de atender consideraciones de prevención especial –exclusiva, prioritaria o secundariamente– en la individualización de la pena, como acepta ya el propio legislador cuando regula, por ejemplo, los mecanismos de la sustitución de la pena impuesta o de la suspensión de su ejecución. Mayor discusión se establece a la hora de aceptar que la prevención general pueda ser tenida en cuenta en la fase de individualización judicial de la pena (89).

(87) *Vid.*, específicamente, GONZÁLEZ CUSSAC, «Arbitrio judicial», p.149; y MATALLÍN EVANGELIO, «arbitrio judicial», p. 337.

(88) *Vid.* las consideraciones de DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, pp. 33 y 73; o de JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 50.

(89) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 231 ss.

Ni el artículo 66 ni ninguno otro del Código aluden ciertamente a la prevención general, pero como tampoco hay mención expresa de la prevención especial entre las reglas de individualización de la pena; también son evidentes los riesgos cuando se opera con conceptos equívocos como puedan serlo el de «alarma social», etc., que a menudo se vinculan a esta finalidad penal –pero como también lo es, por otra parte, la propia expresión «gravedad del hecho» a la que sí se refiere dicho artículo–, algunos de los cuales, no obstante, incluso se contemplan, al menos implícitamente, en la legislación procesal. Cuando se cuestiona la posibilidad de atender la consideración preventivo-general de la pena en el momento de su individualización se piensa en una utilización de esta finalidad con efectos agravatorios –quizás por la experiencia percibida–, algo que no ocurre cuando se analiza el aspecto de la prevención especial. Pero igual de cuestionable puede ser ésta –positiva o negativa– si, prescindiendo de otras consideraciones, conlleva una instrumentalización de la persona por mucho que se atienda –o precisamente por eso– su individualidad. La cuestión es la de la ponderación de los diferentes criterios que deben entrar en juego para concretar la pena proporcionada y la prevalencia de unos sobre otros cuando sean incompatibles en cuanto a los efectos que deban derivarse de su apreciación, algo que, por otra parte, no sucederá en la mayoría de los casos. No puede medirse la necesidad de la pena o su proporción en sentido estricto –en el ámbito de lo concreto– sólo desde el prisma de la prevención especial, pues el marco que se determina legalmente –relativamente indeterminado– debe permitir poder modelar la pena atendiendo todos los factores cuya concurrencia se ha tomado en consideración para delimitar dicho marco. Los temores a una utilización desmedida de la idea de prevención general en el ámbito judicial –que no se justifican analizando la práctica más actual de los Tribunales– pueden contrarrestarse teniendo en cuenta que el operador siempre va a actuar dentro de unos límites que le vienen tasados. Y, en todo caso, de nada sirve negar la posibilidad de concretar una pena utilizando su finalidad preventivo-general por el riesgo a una instrumentalización de la persona si esa finalidad se acepta en una actuación legislativa que propugne penas –piénsese en los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo– en las que ésa y no otra finalidad es la que permite penas «desproporcionadas» en relación a la antijuricidad de la conducta, a la culpabilidad del autor y a planteamientos de prevención especial, al menos, positiva, que es cuestionable no produzcan esa instrumentalización, ya en sede legal. Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases de su vida y el único temor que ha de existir es el de la preponderancia excesiva e incorrecta que

pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir, en su conjunto, la intervención penal. En este sentido –y sólo en él– entiendo incorrecto afirmar que criterios de prevención general no pueden permitir imponer una pena más allá de la culpabilidad del hecho cometido si el legislador ha delimitado el marco en que deben operar los Tribunales teniendo en cuenta dicha prevención general, que, claro está, y como la culpabilidad por el hecho, también ha de especificarse a partir del supuesto concreto enjuiciado.

La mayoría de la doctrina, con unas u otras matizaciones, considera que la culpabilidad fija únicamente el límite máximo de la pena a imponer, siendo criterios de prevención los que deben utilizarse en su individualización definitiva. Pero de nuevo aquí, como con carácter general en relación a los criterios que deben determinar la gravedad de una pena en abstracto, la cuestión de la vinculación de la idea de culpabilidad –o de retribución, si se prefiere– a la de la proporcionalidad de la pena en concreto con los fines que con ella se pretenden conseguir remite a la cuestión de la vinculación entre las distintas teorías de la pena y de los límites que cada una de ellas opera frente al resto.

En la doctrina se ha insistido en que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio que limita la finalidad preventiva de la pena, y que cumple por tanto una función de garantía para el ciudadano, impide que la pena opere en perjuicio del autor o, en otros términos, se opone a ser vulnerado hacia arriba, no hacia abajo (90). Ya se ha afirmado cómo esto no es correcto –salvo que lo que se quiera señalar sea, desde un prisma retributivo, que lo que determina la proporción de la pena es su vinculación con la gravedad del hecho–, porque si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo. Se confunde en mi opinión, como antes se decía, la idea de proporcionalidad con la de culpabilidad por el hecho.

Claro que es cierto que el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o, más aún, renunciarse a la pena por razones de prevención especial –concretamente, por ejemplo, para impedir la desocialización de un sujeto o para facilitar su socialización– o en su caso incluso de prevención general –aunque normalmente ambas irán de la mano–, pero porque la pena seguirá siendo proporcionada y no contravendrá aquel principio. Simplemente ocurrirá que en las magni-

(90) *Vid.* las diferentes referencias de DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 241 ss.

tudes a comparar se habrán introducido, priorizándolos incluso, los criterios de prevención especial o general. La exigencia de proporción lo que debe impedir es –consciente de la tautología de la afirmación– todo aquello que implique desproporción –y, en consecuencia, la pena que conlleve la misma–, pero, y aquí la matización, teniendo en cuenta para evitar ésta no sólo criterios retributivos.

Por eso, otra cosa es que efectivamente se señale que la pena puede ser inferior a la medida de lo injusto o de la culpabilidad o incluso dejar de ser aplicada cuando así esté indicado por razones de prevención, normalmente, especial, pero también incluso general. En estos casos en los que la finalidad de tutela puede quedar satisfecha bien con una pena menor bien incluso sin pena alguna, la idea de proporcionalidad no ha de ser entendida desde el referente de la gravedad del delito –si ésta se define por el desvalor de sus elementos–; por eso no es dicho referente el objeto fundamental –o menos aún, único– de ponderación, sino únicamente un criterio más –qué duda cabe, fundamental– a la hora de efectuar el juicio de proporcionalidad (91).

Será el marco legal de la pena el que delimite el juego de la prevención general y especial, que son las que modulando la intensidad de la pena permitirán individualizar ésta en función de las características del hecho y de su autor; una modulación que también tendrá que producirse, no obstante, en función de los criterios que especifiquen la mayor o menor gravedad de lo injusto y la mayor o menor capacidad de culpabilidad, pues esto todavía no se ha podido tener totalmente en cuenta en el estadio de aplicación de las circunstancias modificativas.

La cuestión es, por tanto, la del juego de la prevención en relación con la idea de retribución o de culpabilidad por el hecho; no la de la confrontación con aquélla de una idea de proporcionalidad que debe ser partícipe de los distintos criterios que permitan adecuar la gravedad del medio a la importancia del fin para el que el mismo se prevé y cuya vulneración –pero por la razón que sea, hacia arriba o hacia abajo–, en consecuencia, nadie puede aceptar seriamente.

Y si aceptamos como finalidad del Derecho penal la de la prevención de conductas lesivas a intereses merecedores y necesitados de él, no veo cómo negar la necesidad de considerar razones de prevención –especial, lo que nadie cuestiona, pero también general, lo que la mayoría de la doctrina discute– para individualizar la pena judicialmente; por mucho que ya se hayan tenido las mismas en cuenta en el estadio legal de delimitación de la pena; reiteradamente se ha puesto de mani-

(91) Vid. AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 322, refiriendo la postura de Cobo y Vives.

fiesto la dificultad de lograr las finalidades que se pretenden con la institución de la pena, que han de permitir a su vez alcanzar las que se pretenden con la propia existencia del Derecho penal, si su asociación a cada una de sus diferentes etapas de vida tiene carácter excluyente.

Por supuesto que si aceptamos que aquella finalidad ha de pretenderse desde criterios de mínima intervención la atención a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad, y a su posibilidad de modulación, parece evidente. Pero es que lo lógico –y además así ocurre en la realidad–, es que no se plantee especial controversia a la hora de definir la pena proporcionada a cuantos criterios han de tenerse en cuenta para alcanzar el fin pretendido con la previsión de la norma penal.

Cuando los distintos criterios que hayan de tenerse en cuenta conduzcan a direcciones diferentes en cuanto a la mayor o menor gravedad de la pena parece evidente que en un Derecho penal de mínimos no deban imponerse penas innecesarias –porque no satisfacen ninguna razón preventiva– aun cuando exista un injusto culpable que pudiera explicarlas; y, aunque no acostumbre a expresarse así, ello puede suceder también cuando esas razones tengan carácter general y no especial, sin que en mi opinión sea fácil entender por qué deben priorizarse éstas, máxime cuando –y es algo que no puede obviarse, aunque no sea frecuente–, las razones de prevención general no siempre van a proponer una exasperación de la pena respecto de la que pueda resultar de la argumentación en base a otras consideraciones. Más acertado parece simplemente valorar los diferentes elementos que concurren en el hecho y en el autor analizando en cada caso concreto qué razones, qué finalidades –en base a la importancia, a la especial relevancia de cada dato– deben primar frente al resto. Los factores de prevención general o especial o de culpabilidad deben ponderarse sin dar prioridad a uno u otro de entrada sino en función del peso que cada uno de ellos pueda tener en cada hecho concreto y dentro del conjunto del supuesto que se analiza. Siempre en todo caso, además, operando dentro del marco legal que entiende el legislador es el único que permite dar cumplimiento –incluyendo en él la posibilidad de sustitución o de suspensión de la pena– a la finalidad penal en su conjunto y que la individualización judicial no puede rebasar bajo ninguna consideración, al menos si se parte de penas proporcionadas en abstracto.

Más complicado ha sido delimitar el máximo de pena imponible; por supuesto, dentro de ese marco legal que ya ha debido tener en cuenta las diversas finalidades, a conseguir en mayor o menor medida, concretadas en criterios que ciertamente pueden considerarse lábiles al proceder de valoraciones, aún con referentes, coyunturales, derivadas de políticas puntuales, etc., pero que corresponde fijar legislativa-

mente y que en consecuencia son difícilmente cuestionables en democracia salvo, como repetidamente se ha señalado, ante grandes excesos. Pero existe prácticamente absoluta unanimidad en entender que el mismo debe establecerse en función de la culpabilidad por el hecho, siempre que sea éste el que en abstracto delimite el marco de pena de posible recorrido; ello sin duda es una garantía que no puede obviarse y la única que evita la instrumentalización del destinatario de la pena en ese Derecho, no se olvide, de mínimos. Otra cosa, no obstante, es que la pena que lo supere deje de ser proporcionada, si legalmente han primado más otras consideraciones y si, atendiendo el caso concreto, se establecen unas proporciones de pena en sintonía con la previsión legal. En todo caso, se antoja difícil aceptar que en un supuesto la culpabilidad pueda ser razonablemente poco grave –en injusto y culpabilidad estricta– y puedan al mismo tiempo existir razones de prevención especial o general –que no se reflejen ya en la antijuricidad o la responsabilidad personal– que aconsejen una pena que desborde claramente lo que aquélla exigiría. Y si esto no es así ningún problema se deriva –al estar ante conceptos imprecisos que no delimitan cuantías de pena exactas– de aceptar considerar la gravedad del injusto culpable un referente, más que un límite, que permita desde él desplegar consideraciones de tipo preventivo que –salvo en esos supuestos extremos que exigirían penas considerablemente mayores pero que, insisto, son difícil de plantear– si puede entenderse reclaman superar ese límite también va a poder entenderse que pueden perfectamente acomodar la pena exigida al mismo.

3. En cuanto a qué criterios deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, ya en concreto, en función de los objetivos que con ella deben pretenderse conseguir (92), ha de rechazarse claramente la posibilidad de tener en cuenta factores que ya se hayan considerado bien en la delimitación típica de la conducta enjuiciada bien en la determinación del marco legal que delimita la individualización de la pena (93). Ahora bien, ello no impide atender en ésta los mismos criterios que se tienen en cuenta para definir la existencia, por ejemplo, de atenuantes o agravantes –además, claro está, de otros muchos– sin que ello suponga en

(92) Con mayor detalle, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(93) *Vid.*, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 180; CHOCLÁN MONTALVO, «individualización judicial», pp. 173 ss.; y JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 83.

modo alguno vulneración del *bis in idem*, siempre que tales criterios puedan entenderse de carácter graduable. Precisamente lo que ya se ha valorado por el legislador para configurar el marco penal típico va a ser uno de los principales datos que permita especificar la pena proporcionada en concreto, porque es lo que sirve de referente para entender cuál es el punto de vista del legislador; siempre, claro está, que ello no implique valorar dos veces exactamente lo mismo y sí únicamente la modulación del criterio ya tenido en cuenta.

Al margen de ello parece evidente que, con carácter general, y siendo la misma la finalidad del Derecho penal –y, por tanto, de la pena– para el legislador y para los jueces, los criterios de concreción de la pena para su delimitación en abstracto, para su determinación parcialmente o para su especificación final no puedan diferir, con las matizaciones a que obligan sus diferentes estadios y la necesidad de operar desde perspectivas más o menos individualizadoras en cada uno de ellos. Es lógico entonces que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito y todos ellos son tenidos en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico de un delito, todos deban también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto (94). Si, además, las finalidades preventivas forman parte de lo que ha de ser el Derecho penal, las mismas deben también tenerse en cuenta en esta fase y proyectarse en la definición de las circunstancias que permitan considerarlas.

El Código de 1995 acude para especificar los criterios a tener en cuenta en la fase de estricta individualización judicial a la «gravedad del hecho» y a las «circunstancias personales del delincuente» en su artículo 66.1.6^a –en cuanto a las faltas, la expresión «circunstancias del caso y del culpable» es relativamente similar–, aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la individualización judicial sean cuales sean el número y entidad de circunstancias que concurren, dentro de los marcos que delimitan el resto de números del artículo o incluso cuando el mismo no es de aplicación.

La gravedad del hecho afecta a la medición de lo injusto –de su desvalor de acción y de resultado, desde una concepción personal del ilícito penal– como magnitud objetivamente graduable, que, mayor o menor, deberá implicar también una mayor o menor pena (95). No parece desacertado, sin embargo, entender que si el Juez opera como

(94) Véase GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 75.

(95) Por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, p. 252.

el legislador, a la hora de determinar la mayor o menor gravedad del hecho no podrá hacerlo, como se señalaba, sin atender consideraciones de prevención general (96). Siempre con las limitaciones a que reiteradamente viene aludiéndose y siempre entendiendo que no estamos ante estadios progresivos sino ante un único proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar –graduando y limitando el marco posible– la pena proporcionada.

Téngase en cuenta que si, por ejemplo, no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que, como antes decía, determina la especial gravedad de las penas previstas legalmente para el delito de tráfico de drogas, cuando judicialmente se concreta la pena atendiendo la cantidad de droga incautada, dentro del marco legal, de alguna manera los criterios de prevención general que se han tenido en cuenta para determinar éste penetran necesariamente en la valoración de la pena proporcionada al supuesto concreto; condicionan la gravedad del hecho desde un punto de vista legal –acertadamente o no– y deben condicionar, por tanto, la gravedad del hecho desde un punto de vista judicial, que no puede plantearse una valoración sustancialmente diferente de la de aquél. Éste debe ser el sentido de la presencia de la finalidad preventivo-general en la individualización de la pena –la de posibilitar un discurso paralelo, no contradictorio, simplemente especificador de cuantías exactas siguiendo los parámetros legales de valoración–, no la alusión a conceptos inseguros vinculados a la ejemplarización de la pena que no se reflejan en su consideración abstracta.

Lo difícil es concretar la multitud de datos que pueden determinar una mayor o menor gravedad del hecho, dificultad que es la que puede permitir entender que el juez dispone de cierto margen de actuación a la hora de apreciar, racionalmente –y aún así, relativamente habría que matizar–, dicha gravedad (97).

En mi opinión, la atención al criterio de la gravedad del hecho debe obligar a considerar todas las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador –cuando regula cada delito y cuando expone las disposiciones generales

(96) *Vid.* las consideraciones de, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, «pena adecuada a la gravedad», p. 1519. MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias jurídicas*, p. 246, vincula incluso la expresión directamente con el criterio de la atención al hecho desde una perspectiva preventivo-general, no retributiva, aun cuando también refiera la gravedad del hecho a las circunstancias que determinan el desvalor del acto y del resultado (p. 263).

(97) En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234.

atinentes a la comisión de delitos y faltas, a las personas responsables de ello y a las reglas de determinación y aplicación de las sanciones—, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico, ya tengan carácter objetivo, ya carácter subjetivo —siempre que se reflejen en el hecho cometido—, ya afecten estrictamente a lo que sería la delimitación del injusto culpable ya a consideraciones de prevención general reflejadas en la previsión legislativa. Ello de un modo abierto que permita considerar la diferente importancia a atribuir a cada circunstancia en función del grado en que concurra y teniendo en cuenta que siempre cabe encontrar un hecho más y menos grave que aquél que se considera y que en ese sentido la gravedad de la pena que se prevea para éste debe tener en cuenta, para su concreción dentro del marco legal, tal posibilidad.

Si la gravedad del hecho atiende las circunstancias que definen el injusto culpable, la interpretación de la expresión «circunstancias personales del delincuente» debiera remitir a la consideración de los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo (98). Aunque en la doctrina también se señala habitualmente —aunque sea de modo incidental— que este criterio guarda relación con la culpabilidad del sujeto (99) —algo que en mi opinión ya permite reflejar perfectamente el criterio de la gravedad del hecho—, la mayoría de autores lo vinculan acertadamente a consideraciones preventivo-especiales (100). Es evidente la dificultad de distinguir en ocasiones ambas perspectivas, distinción que debiera atender la proyección o no de la circunstancia analizada en el hecho cometido. De incluirse en esa expresión todos los datos referidos al autor del hecho, la circunstancia de la gravedad remitiría únicamente al desvalor objetivo de la acción y del resultado, además de a consideraciones de prevención general.

La principal dificultad de su apreciación es, en todo caso, que no se concretan legalmente cuáles son las circunstancias a tener en cuenta ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez, pero que es también lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que

(98) Por todos, Demetrio CRESPO, «individualización judicial de la pena», p. 348.

(99) *Vid.*, entre otros muchos, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234; o MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias, jurídicas*, p. 263.

(100) Así, por ejemplo, el propio BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234; CHOCLÁN MONTALVO, *individualización judicial*, pp. 192 ss.; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 s.; Jorge BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 82; o también MAPELLI CAFFARENA, «consecuencias jurídicas», p. 246.

pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten (101). Sí debe advertirse que no han de excluirse, como a menudo se señala, aquéllos que no tengan vinculación con el hecho delictivo, por una parte porque los que sí la tengan, proyectándose en su comisión, determinarán con toda seguridad su gravedad y habrán de considerarse en el criterio precedente y, por otra, porque ningún problema hay en aceptar considerar circunstancias que tengan que ver simplemente con los efectos de la pena en la vida futura del sujeto, que es el aspecto básico precisamente de la prevención especial, debiéndose descartar, eso sí, aquéllos que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o su desocialización o, si se incluyen aquí los que delimitan la gravedad del delito, aquéllos en absoluto relevantes para revelar un mayor o menor desvalor subjetivo o una deficiente capacidad de culpabilidad.

4. El único límite de la vinculación judicial al principio de proporcionalidad es el que marca el principio de legalidad, que impide a los Tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal o dejar de aplicar las que se prevén, o por encima o debajo del máximo y mínimo cuantitativos que determina la misma –una vez interpretada conforme a los principios que informan el Derecho penal– ya en su marco penal relativamente determinado.

Se ha señalado que ello refleja el contraste entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material de un comportamiento, primando en virtud de la vigencia del principio de legalidad aquella (102), lo que sin embargo no es cierto, en cuanto la ausencia de antijuricidad material, la ausencia de ofensividad al bien tutelado –en una interpretación teleológica del contenido del dictado típico– ha de conllevar la absolución del procesado en todos los casos. Otra cosa es que constatada dicha antijuricidad se compruebe igualmente la desproporción de la pena que se prevé legalmente –que incluso debe llevar a una interpretación restrictiva del precepto–, supuesto en el que no es que prime la antijuricidad formal, sino el principio de legalidad, que no de literalidad, en la aplicación de las normas.

(101) Véase, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234.

(102) Expresamente, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 317.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Ed. Edersa. Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», en *La Ley*, 1999-5, pp. 2053 a 2059.
- ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 1 a 15.
- BARNES, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15 a 49.
- «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 333 a 370.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a edición. Ed. Praxis. Barcelona, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Carmen Alastuey Dobón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Carmen Alastuey Dobón. 3.^a ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4.^a edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Ed. PPU. Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*. Ed. Trotta. Madrid, 2004.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3.^a ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*. 5.^a ed. 4.^a reimpresión. Ed. Tecnos. Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*. 5.^a edición, corregida, aumentada y actualizada. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3.^a ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2002.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, pp. 447 a 491. Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1997.

- CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Ed. Comares. Granada, 2002.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», en *La Ley*, 1996-6, pp. 1514 a 1524.
- *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Ed. Colex. Madrid, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, Vol. L, pp. 323 a 362.
- *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Ed. Trotta. Madrid, 2003.
- «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, 2005, pp. 59 a 106.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, «Los límites del *ius puniendi*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 87 a 113.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 5.ª ed. Ed. Trotta. Madrid, 2001.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*. Ed. Icaí. Madrid, 1985.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Ramos Areces. Madrid, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, pp. 141 a 161. 3.ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 1990.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1984.
- «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Coordinadora Adela Asua Batarrita, pp. 55 a 65. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 1990.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)», en *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, pp. 141 a 154.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex. Madrid, 1990.

- GRACIA MARTIN, Luis, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Carmen Alastuey Dobón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal* (Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero). Ed. Bosch. Barcelona, 1984.
- HUERTA TOCILDO, Susana, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11 a 76. Madrid, 2000.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 1999.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- JORGE BARREIRO, Alberto, «La motivación en la individualización judicial de la pena», en *Manuales de formación continuada*, n.º 4, 1999 (Problemas específicos de la aplicación del Código Penal), pp. 43 a 116.
- JUANATEY DORADO, Carmen, «Sobre el control de alcoholemia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997», en *Actualidad Penal*, 2000, n.º 24, pp. 519 a 534.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho penal español*. 5.^a ed. Revisada y puesta al día en colaboración con M.^a Dolores Fernández Rodríguez. Ed. Tecnos. Madrid, 2000.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159 a 189.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1979.
- «Alcance y función del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 5 a 53.
- «Ius puniendi: límites», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III, pp. 3777 a 3782. Director Alfredo Montoya Melgar. Ed. Civitas. Madrid, 1995.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4.^a ed. Ed. Thomson-Civitas-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo, «El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 7, 2000, pp. 31 a 58.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, «Principios penales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XX*, pp. 503 a 537. Ed. Seix. Barcelona, 1993.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, pp. 325 s 347. Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1997.
- MIR PUIG, SANTIAGO, «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*.

- Coordinador Juan I. Echano Basaldúa, pp. 349 a 366. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2002.
- *Derecho Penal. Parte General*. 7.^a edición. Ed. Reppertor. Barcelona, 2004.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Dirigido por M. Cobo del Rosal. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1975.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*. 6.^a edición, revisada y puesta al día. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Ed. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid. Madrid, 1981.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE/GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- PERELLÓ DOMENECH, ISABEL, «El principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, n.º 28, 1997, pp. 69 a 75.
- PERIS RIERA, JAIME M./CUESTA PASTOR, PABLO J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)», en *La Ley*, 2000-1, pp. 1580 a 1584.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miquel Prats Canut. 3.^a ed. revisada y puesta al día. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002.
- RAMOS TAPIA, INMACULADA, «El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, pp. 613 a 633.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal», en *La Ley*, 1994-4, pp. 1114 a 1124.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Ed. Gráfica Horizonte. Lima, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», en *Poder Judicial*, n.º 6, 1987, pp. 137 a 144.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Ed. Bosch. Barcelona, 1992.
- URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ, «Principio de proporcionalidad penal», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (Editores J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, J. F. Higuera Guimerá), pp. 193 a 210. 1.^a ed., reimpresión. Ed. Tecnos. Madrid, 2003.