

La proporcionalidad de la pena en el ordenamiento español: elaboración doctrinal y evolución jurisprudencial

Por Angelo GIRALDI

Investigador de Derecho Penal en la Universidad de Murcia
Colegio de Abogados de Roma.

La Ley Penal, Nº 132, Sección Estudios, Mayo-Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 6870/2018

[La proporcionalidad de la pena en el ordenamiento español elaboración doctrinal y evolución jurisprudencial](#)

[I. El protagonismo del principio de proporcionalidad en la ordenación de las conductas sociales](#)

[II. El origen y la evolución del principio de proporcionalidad](#)

[1. El principio de proporcionalidad en el marco del pensamiento filosófico e histórico](#)

[2. La proporcionalidad penal en el Derecho moderno: la Ilustración y la creación del Estado de Derecho en garantía de los derechos fundamentales](#)

[III. El principio de proporcionalidad en derecho penal: consideraciones sobre su fundamento y relación con los demás principios](#)

[IV. La configuración general de la proporcionalidad de la pena](#)

[1. La proporcionalidad de la pena en sentido amplio y estricto](#)

[2. La proporcionalidad de la pena en abstracto y en concreto: \(pre\)determinación y post-determinación de la sanción](#)

[V. La aplicación del principio de proporcionalidad en relación con las teorías de la pena: prevención general, prevención especial y teorías retributivas](#)

[VI. La observancia del principio de proporcionalidad en el artículo 383 del Código Penal español](#)

[VII. La proporcionalidad de la pena a la luz de un excursus jurisprudencial del Tribunal Constitucional](#)

I. El protagonismo del principio de proporcionalidad en la ordenación de las conductas sociales

El principio de proporcionalidad en el Derecho padece de innumerables matizaciones por causa de su origen antiguo y tal vez incierto. Aunque la presencia de elaboración doctrinal y de resoluciones judiciales ayude a reconstruir el pasado del principio de proporcionalidad, éste no siempre se halla inteligible debido a su carácter empírico, que lo liga a la experiencia práctica.

La práctica de la regulación de las conductas sociales refleja la exigencia de proporcionalidad inherente a la naturaleza del ser humano, cuya protección se configura como el objetivo último del Derecho penal. Efectivamente, la finalidad por la que se establecen reglas tan absolutas como las normas penales está sujeta a valoraciones de carácter heterogéneo.

Cierto es que la regulación penal de las conductas se desarrolla a través de una privación de bienes, entre otros la libertad personal o la propiedad privada, ambos bienes consagrados como fundamentales a nivel constitucional. Parece extraño, pues, establecer reglas —como las normas penales— que tutelan bienes fundamentales a través de una privación de los mismos bienes.

Por poner un ejemplo, un individuo que quita la posesión de una cosa mueble a otro —es decir, priva a otro individuo de la posibilidad de gozar de su derecho fundamental de propiedad— deberá sufrir una conducta no muy distinta. El Derecho, en consecuencia, sancionará la conducta con la cual se ha quebrantado un bien jurídico primario (la propiedad) a través de la vulneración de otro bien: una multa, que afecta a su vez a la propiedad dineraria del infractor, o bien la pena de prisión, en su caso, que borra quizás el bien más relevante del ordenamiento, objeto de conquista del Derecho moderno, la libertad (1) .

El ejemplo puede resultar útil a la hora de identificar la importancia del principio de proporcionalidad. Esa trascendencia se puede encontrar analizando dos aspectos diferentes, pero igualmente significativos, del nexo lógico infracción-sanción. Primero cabe evidenciar la presencia de un contraste entre dos bienes jurídicos, el quebrantado por la infracción y el vulnerado por la sanción. En segundo lugar, parece necesario examinar cuál es el fundamento por el cual a un hecho causante —en este caso concreto, el denominado delito de hurto (2) — puede sucederse una consecuencia tan rígida y perniciosa.

Por lo que concierne el primer aspecto puesto de relieve, destaca la necesidad de coordinar la relación de los dos bienes en juego. Podría argumentarse que el bien quebrantado por la sanción, es decir, la propiedad dineraria cuya privación se ha realizado, y el bien vulnerado por la infracción, mediante la privación de dinero u otras cosas muebles susceptibles de valoración económica, se hallen vinculados por una relación de reciprocidad igualitaria. Desde luego se trata de dos actuaciones homogéneas. Pero esa argumentación falla a la hora de evaluar comparativamente la privación de propiedad junto a la privación de libertad, esto es, cuando en lugar de la multa hay que aplicar la pena de prisión. En este caso, las actuaciones carecen de homogeneidad y por tanto es preciso realizar una ponderación entre las dos. Aquí se desprende el valor del principio de proporcionalidad: ¿cabe sancionar una conducta *a* mediante una actuación *b*? Y además, ¿en qué medida puede *b* distinguirse de *a*? (3) Interrogantes que, al fin de garantizar los derechos del individuo, merecen una respuesta lo más posible concreta. El principio de proporcionalidad tendría que representar el recurso jurídico a través del cual se puedan relacionar *a* y *b*, para garantizar una adecuación entre las dos actuaciones que elimine hasta la más remota posibilidad de recurrir a una *lex talionis* completamente desvinculada de control.

Desde el punto de vista del segundo aspecto destacado, resulta conveniente dirigir el análisis hacia el fundamento de la sanción. En su sentido más íntimo, la sanción conlleva aparejados unos efectos perjudiciales con respecto al sujeto activo. Surge automáticamente, a este propósito, la duda sobre la justificabilidad de tales efectos. Potencialmente cualquier individuo que esté sometido a una sanción cuestionaría su necesidad y trataría encontrar una justificación por su aplicación. La justificación de la pena se encuentra en la finalidad primordial del Derecho penal, esto es, la razón por la que se han establecido reglas que en determinados casos menoscaban la esfera personal y jurídica de un individuo. Esta razón reside en la protección del ser humano frente a su existencia dentro de una colectividad en cuyo ámbito, supuestamente, cada uno tiene los mismos derechos. Por consiguiente, cabe activar un sistema sancionador nocivo que garantice la disuasión para cometer violaciones que vulneren la esfera ajena, tal y como afirma la máxima «la libertad de uno termina cuando comienza la libertad del otro» (4) . De nuevo aquí juega su papel el principio de proporcionalidad, en cuanto a la efectividad de la disuasión. Si una conducta y su pena no se hallan proporcionadas, puede ocurrir que la lesión provocada por la conducta produzca beneficios significativos que anulen el padecimiento causado por la sanción. En este caso, a nadie le importaría que le menoscabaran su bien tan levemente por si estuviera convencido de ejecutar la *conducta delictiva* a pesar de la nocividad, aun mínima, de la sanción. Llevando a cabo esa conducta, el sujeto activo padecería de un perjuicio tan suave que podría ser soportado fácilmente, sin esfuerzo. Es decir, la fuerza disuasoria de una pena no proporcionada sería escasa, incluso nula.

En este panorama que sirve de ejemplo se desprende la utilidad del principio de proporcionalidad en materia penal, más aún en el ámbito de la imposición de sanciones, las que afectan directa e intensamente la esfera jurídica del individuo (5) .

La trascendencia de tal principio y la búsqueda de criterios que garanticen su efectiva aplicación remiten a la búsqueda, en términos más generales, de la justicia de las penas. «Buscar la pena proporcionada es, por lo tanto, buscar la pena justa» (6) . Lamentablemente, aunque sea clara la relevancia del problema de la proporcionalidad penal, no se le ha otorgado el justo peso dentro del marco doctrinal español (7) y comparado. De hecho, los ámbitos en los que actúa el principio —el legislativo y el judicial— a menudo prescinden de su vigencia y se amparan en su libertad discrecional.

II. El origen y la evolución del principio de proporcionalidad

A la luz de su carácter predominantemente empírico, resulta difícil colocar en la historia el nacimiento del principio de proporcionalidad. Al ser eminentemente fáctico, podría encadenarse —inicialmente— a un sentido común más que a una norma o doctrina jurídica.

Es evidente que la proporcionalidad no desciende originalmente de una regla cogente, sino de un principio-valor social que ha sido positivizado sólo en el siglo pasado, cuando en la conciencia social ya se había implantado el imperio de los denominados derechos fundamentales, a garantía de las exigencias básicas de cada ser humano. A pesar de que ese principio-valor se haya incorporado en textos legales, en la práctica todavía hay dudas debidas a su complejidad estructural (8) . Desde luego hay que cumplir las normas jurídicas, pero ellas sólo entran en funcionamiento mediante un proceso hermenéutico sofisticado. Lo mismo ocurre en el caso de una norma que incluya el concepto de proporcionalidad: habrá de establecerse por vía interpretativa cuáles son los criterios que permitan discernir elementos proporcionados y desproporcionados.

1. El principio de proporcionalidad en el marco del pensamiento filosófico e histórico

Empezando por analizar el origen del rasgo de *valor* que tiene el principio de proporcionalidad, a lo mejor puede encajarse en el pensamiento de inspiración griega de lo *justo natural*. Ya la filosofía aristotélica en la antigua Grecia reconocía la existencia de unos derechos por así decirlo naturales. Como la idea de proporcionalidad no nace de un derecho «"puesto" o establecido por los seres humanos» (9) , lo que sería Derecho positivo, es cierto que surge de un bloque de principios que desde siempre «actuarían como fuente de inspiración para la conducta humana» (10) . Este recorrido lógico permitiría encajar al principio de proporcionalidad dentro de las piedras angulares del pensamiento iusnaturalista (11) , que durante siglos ha reinado y sólo empezó a sufrir muchas críticas a partir de cuando alcanzó gran fuerza su opositor iuspositivista en el siglo XIX. Para una mayor concreción del concepto de proporcionalidad en sentido iusnaturalista, cabe mencionar que hoy en día ello pertenece intrínsecamente a los varios principios de justicia, certeza y seguridad que deben caracterizar el Derecho positivo para que se le obedezca. A diferencia del iusnaturalismo ontológico, por el cual un ordenamiento que no respete los principios éticos básicos no puede considerarse como Derecho, el principio de proporcionalidad moderno se encajaría en la corriente *deontológica* del iusnaturalismo (12) .

A nivel histórico, se ha puesto de relieve la posible procedencia del principio de proporcionalidad de tres corrientes diferentes de justicia. En primer lugar, la *iustitia vindicativa*, cuya idea se basa en la venganza como respuesta a la actuación considerada delictiva por la comunidad. Mediante ella se impone al reo una pena igual al delito cometido. Esta corriente es típica de los períodos más antiguos, en los que el desarrollo del concepto de *ius* todavía no era matizado según criterios objetivos y racionales. En segundo lugar, las ideas de justicia distributiva y conmutativa. Las dos se

basan en una concepción de reparto *secundum proportionem meritorum* a la hora de distribuir los bienes comunes. Esto es, una justicia que siempre toma en consideración los diversos sujetos partes del caso concreto y ofrece a los mismos una cantidad proporcional del bien en juego. En tercer y último lugar, la idea de proporcionalidad entre medios y fines, «que no puede reconducirse a un ideal concreto de justicia» (13) .

2. La proporcionalidad penal en el Derecho moderno: la Ilustración y la creación del Estado de Derecho en garantía de los derechos fundamentales

Se puede atribuir al pensamiento ilustrado la pretensión de poner en relación los delitos y las penas conforme a criterios propios del principio de proporcionalidad (14) . Lo que caracteriza predominantemente la Ilustración es un uso coherente y constante de la razón. Ella representa el medio a través del cual toda la realidad existente, y desde luego las leyes, empezaron a concebirse como un orden racional y fundamentado.

Hasta finales del siglo XVIII nadie se había planteado el problema de los límites de las actuaciones autoritarias por parte de los legisladores y de los jueces. De hecho, los poderes públicos no se hallaban separados ni limitados. Sus actuaciones quedaban libres de cualquier injerencia y control. No existían condiciones bajo las que actuar, ni sanciones por el incumplimiento frente a los ciudadanos. Tampoco existía la que se suele denominar *responsabilidad política*, ya que en esa época no se había alcanzado una forma de democracia participativa que permitiera la elección de los representantes del pueblo por parte de toda la ciudadanía.

Esa es la razón por la cual el principio de proporcionalidad surge en calidad de límite al poder de los órganos públicos. Es decir, antes de que se le pueda considerar un principio general del ordenamiento —lo que sólo ocurrirá con el advenimiento de las Constituciones— la proporcionalidad actúa equilibrando la injusticia y la completa libertad de las autoridades de policía (15) .

La actuación de las autoridades policiales hasta el siglo XIX —perteneciente a la rama más amplia del Derecho administrativo primitivo— quedaba incuestionable por el hecho de que las órdenes se les enviaban por una entidad superior, soberana de todo el pueblo y cuyo poder se configuraba como absoluto (16) . Sólo la reacción exitosa de la burguesía puso fin al absolutismo y encaminó el horizonte jurídico hacia la creación del Estado de Derecho.

El *Rechtsstaat* (17) ha evolucionado a partir de su forma básica, la cual incluye la separación de los poderes y el principio de legalidad, por el que toda actuación del poder público ha de ser vinculada al Derecho vigente. Pronto se vieron la ineficacia y la inutilidad de la vinculación del poder público a las leyes vigentes, si éstas no garantizasen simultáneamente el corolario de derechos después llamados fundamentales. Por dicha razón el Estado de Derecho se ha desarrollado en su sentido material hasta la implantación de Constituciones rígidas y controles de Tribunales Constitucionales para que no se vulnerasen las necesidades básicas de los ciudadanos. A este respecto se habla del avance alcanzado con el nombre de *Estado constitucional de derecho*, o más simplemente *Estado constitucional* (18) .

En el marco del desarrollo del Estado de Derecho para la garantía de los derechos fundamentales se inserta el principio de proporcionalidad en materia penal, cuya actuación está encaminada desde luego a la protección de los individuos ante la ley y la discrecionalidad de los poderes públicos.

3. El sentimiento de iustitia y la trascendencia del principio de proporcionalidad en calidad de principio general del Derecho

La transición a un ordenamiento envuelto en la presencia de la Constitución garante de los derechos fundamentales ha velado por la revisión del papel que juega el principio de proporcionalidad en el seno del Derecho público. Pese a que inicialmente tuviese la estructura de un principio-valor intrínseco al sentido común, el principio —ya existente— vio el nacimiento de un Derecho público transformado, orientado a garantizar ante todo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A la hora de encuadrar el Derecho penal en el nuevo sistema democrático del Estado constitucional, se impusieron unos principios rectores de la actuación legislativa y judicial para que el tratamiento del delincuente —o tal vez del *presunto* reo— se desarrollase conforme al núcleo ineludible de los derechos fundamentales, líderes del ordenamiento entero y de los poderes públicos a su vez.

La modificación de la regulación de las conductas a nivel penal llevó a la introducción de garantías, tanto materiales como procesales. Efectivamente, no sólo hacía falta ajustar el Derecho sustantivo adaptándolo a la nueva disciplina constitucional, sino que resultaba necesario proporcionar las mismas garantías a nivel procesal, lo que naturalmente representa el instrumento concreto para actuar el fin último del Derecho penal, es decir, asegurar la tutela y la seguridad de los individuos frente a la libertad de los demás miembros de la sociedad.

El advenimiento de las Constituciones implantó en el sistema social la idea (o el ideal (19)) de un Derecho caracterizado por *justiciainmanente*. El principio de proporcionalidad y su necesaria aplicación se reflejan plenamente en esa esfera de justicia (20) . La inmanencia de la idea de un *iustum* podría confirmar de alguna manera la exigencia de la observancia de principios de Derecho natural al fin de proteger al individuo.

Si se acepta la existencia de una justicia congénita, resulta prácticamente obvio que el principio de proporcionalidad axiológicamente no puede estar relacionado sólo con los límites al poder de policía o a la actuación de entidades soberanas, sino que debe referirse al marco más amplio del sistema jurídico en su conjunto.

En Derecho penal, que desde luego se caracteriza por la represión de conductas consideradas gravemente ilícitas, la perspectiva constitucional ha individualizado como bien primario la libertad personal (21) . Para que esta libertad se halle efectiva y vigente es necesario limitar sus privaciones a los casos estrictamente delineados desde una perspectiva *super partes*, de manera que una eventual privación siempre tenga en consideración la infracción llevada a cabo, con todas las circunstancias que le rodean. De aquí se desprenden la trascendencia y el significado básico del principio de proporcionalidad (22) .

Con ello se quiere decir que la proporcionalidad se ha erigido en «principio general de todo el Derecho penal» (23) , puesto que se configura como una exigencia constitucional a la luz del carácter lesivo de la intervención estatal en esa materia. Efectivamente, la actuación coercitiva por parte del Estado, orientada a la represión de conductas antijurídicas, presupone necesariamente una afectación de los derechos fundamentales (24) , que requiere ser limitada por el mismo hecho de que el Estado ha de actuar en función de la misma Ley y nunca puede poner en marcha comportamientos arbitrarios o excesivamente discrecionales que causarían evidentes discriminaciones dentro del panorama social.

III. El principio de proporcionalidad en derecho penal: consideraciones sobre su fundamento y relación con los demás principios

El principio de proporcionalidad en materia penal, cuyas características se analizarán a lo largo de este capítulo, debe tener su fundamento jurídico en la misma Constitución, ya que toda actuación de *extrema ratio* se halla regulada y vinculada por preceptos superiores al ordenamiento jurídico, es decir, las normas constitucionales.

La doctrina española se muestra incierta sobre la procedencia de dicho principio, pues las posturas existentes son distintas entre sí, aunque esté presente un amplio consenso sobre el rango constitucional de la proporcionalidad penal (25) .

En primer lugar, como ya se ha mencionado (26) , el principio de proporcionalidad se hace derivar de la consagración de la libertad en la Constitución española. Siendo la libertad el valor fundamental sobre el que se basa el ordenamiento español, cualquier actuación encaminada a derrotarla necesita unos criterios legales de idoneidad y adecuación, los que constituyen la esencia del principio de

proporcionalidad. Según esta postura, este principio acarrea como finalidad última la «maximalización de la libertad» (27) , que por supuesto tiene que imperar en un orden democrático basado en la garantía de los derechos fundamentales del ser humano.

Un avance de esta postura se puede encontrar a la hora de ligar el derecho de libertad del art. 1 al derecho a la dignidad personal del art. 10.1 de la Constitución española. La dignidad personal y los derechos inviolables que le son inherentes representarían otro fundamento del principio de proporcionalidad (28) . Aquí se presupone que la fuerza de la idea de proporción pueda conseguir que el trato del ordenamiento hacia el ciudadano sea justo y digno. Se podría objetar que tal trato justo siempre ha existido, a pesar de la vigencia de la Constitución, ya que el ordenamiento siempre ha sido centrado en el sujeto humano y siempre ha querido protegerlo. Efectivamente la dignidad humana no nace en modo alguno con la Constitución, si bien con ésta cambia la perspectiva hermenéutica. En pasado la dignidad era concebida como privilegio para unos determinados sujetos, e.g. los nobles, mientras que en la modernidad se interpreta como derecho soberano perteneciente a todo sujeto. Por eso ha de ser concretamente asegurado y la forma de hacerlo desde luego es garantizar proporción en la creación y aplicación de las normas, máxime cuando se trata de normas penales, las más rigurosas y potencialmente perjudiciales del sistema.

Las posiciones mencionadas relativas al reconocimiento de libertad y de dignidad personal a todo individuo se relacionan con otra postura doctrinal por la que el principio de proporcionalidad se originaría de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes establecida en el art. 15 de la Constitución. La integridad física y moral puede verse perjudicada a la hora de aplicar sanciones penales, por lo tanto éstas habrían de desarrollarse de la manera más suave y conforme a las circunstancias personales y fácticas, para que se eviten tratamientos que vulneren la salubridad de los sujetos. Este objetivo se conseguiría a través de la aplicación de la proporción en el momento de sancionar a un reo o presunto tal (29) .

Otro fundamento constitucional del principio de proporcionalidad se hace residir en el art. 9.3 de la Constitución, en el que se establece la garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pese a la parcial coincidencia de esta postura con la del Tribunal Constitucional (30) —por la que el principio de proporcionalidad desciende también del art. 9.3 CE, es decir, no sólo de ése—, hay exponentes doctrinales que marcan esa descendencia de manera exclusiva (31) . Efectivamente la actuación proporcional de los poderes públicos se necesita para evitar que puedan interferir de forma libre y desvinculada en la existencia de cada sujeto.

Otra forma de expresar la postura que se acaba de mencionar es resaltar la procedencia del principio de proporcionalidad del art. 14 CE, considerado el pilar de las democracias modernas. Ese artículo consagra a nivel constitucional el derecho de igualdad ante la ley, que por parte de alguna doctrina ha sido considerado generador de la proporcionalidad (32) . Se ha argumentado que tratar de forma igual a situaciones iguales y desiguales a situaciones diferentes sería un indicio de que se está dando a cada uno lo que merece, es decir, un indicio de trato proporcionado según el caso y las circunstancias que le rodean. Cabe mencionar que la doctrina del Tribunal Constitucional nunca ha llegado a afirmar que el principio de proporcionalidad procediera completa y únicamente del principio de igualdad. Más bien, siempre ha hecho hincapié en la relación existente entre los dos, una relación constante pero no exclusiva.

Más allá de las posturas comentadas hasta ahora, destaca una teoría encomiable que se aleja de la búsqueda de un antecedente constitucional al principio de proporcionalidad. Se ha señalado, pues, que el principio de proporcionalidad en Derecho penal sería un principio inherente al sistema sancionador y por supuesto consustancial al mismo (33) . Al estar implícita en el Derecho constitucional, sería inmanente la proporción en el concepto de *sanción*, que aparece en la Constitución ya con ese rasgo distintivo. Esta teoría se enlaza con la idea de justicia inmanente a todo el ordenamiento (34) y por eso merece una especial atención a la hora de calificar la

procedencia del principio de proporcionalidad. Al ser congénita en el ordenamiento con respecto al concepto de sanción, la proporción penal es adoptada plenamente por el sistema jurídico ya cuando el Derecho menciona la pena. Así que, por supuesto, no puede negarse en algún caso y en algún tipo de actuación de los poderes públicos, es decir, ni en la actividad legislativa, ni en la aplicación judicial, ni en la fase de ejecución de la pena.

Al margen de su fundamento constitucional, la proporcionalidad en Derecho penal tiene relación también con otros principios propios de esta rama del ordenamiento. En particular, se ha hecho hincapié en la vinculación del mismo con el principio de culpabilidad. Resulta evidente que los dos se hallan relacionados por una relación no excluyente. No obstante ello, hay quien los identifica jerárquicamente, en el sentido de que el uno (la proporcionalidad) desciende del otro (la culpabilidad). Merece una mejor valoración la postura por la cual los dos se distinguen en función de su objetivo: el principio de proporcionalidad está encaminado a establecer un nexo entre el hecho ilícito típico y su sanción, mientras que el de culpabilidad está finalizado a conectar el hecho objetivo con el autor del mismo (35) . Además, el solo principio de culpabilidad no basta para que la relación entre delito y pena se halle proporcionada, tal y como se exige a nivel constitucional. De hecho, la culpabilidad no proporciona indicio alguno sobre los elementos necesarios para evaluar la proporción entre delito y pena, esto es, la gravedad del hecho delictivo y las circunstancias personales y fácticas que han presenciado la conducta (36) . Parece, pues, que los dos principios puedan diferenciarse con bastante sencillez.

IV. La configuración general de la proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad de la pena representa un instrumento valioso para asegurar un trato lo más posible justo y necesario con respecto a los individuos sujetos a sanción penal. Sin embargo, la configuración de su estructura intrínseca y la modalidad de su aplicación y ejecución práctica dejan dudas suficientemente significativas (37) . De hecho, parece difícil conectar *a priori* un determinado delito con una u otra sanción amparándose en el principio de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva la proporcionalidad de la pena actuaría en el ordenamiento de forma muy limitada. Si se le considera exclusivamente un principio-valor a perseguir al fin de garantizar la justicia, se corre el riesgo de que su vigencia pueda verse vinculada a la discrecionalidad o arbitrariedad del poder actuador (38) . Efectivamente, el legislador penal tendría libertad a la hora de tipificar las conductas e introducir sanciones, pero esa libertad siempre debería hallarse sujeta a los valores del Estado de Derecho, es decir, sometida a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos e informada al respeto de la dignidad humana.

En este sentido, para evitar que el principio de proporcionalidad se convierta en una fórmula vacía — esto es, una fórmula que cada operador jurídico puede voltear y explotar libremente— es necesario establecer los criterios que, conforme al texto constitucional, regulen su acción (39) .

Los criterios reguladores, a la luz de la perspectiva constitucional en la que está encajado el Derecho penal, se han encontrado en función del bien jurídico afectado y de las circunstancias que flanquean esa afectación. Teniendo en consideración la proporcionalidad como un balance entre la sanción y la entidad del delito cometido, el primer criterio que determina la gravedad de la pena puede ser la importancia del bien jurídico afectado. El segundo, por otro lado, la forma de ataque a ese mismo bien jurídico (40) .

El primer criterio aplaza el análisis al marco constitucional en que vive el Derecho penal. La importancia de algunos bienes jurídicos más que otros regula la intervención del ordenamiento penal. Esa relevancia representa el fundamento del despliegue de las normas penales, que por supuesto actúan en calidad de *extrema ratio* en garantía de los bienes considerados más importantes dentro del sistema jurídico (41) . De hecho, resulta fácil comprobar que los delitos contra la vida llevan aparejadas las penas más graves del Código Penal, ya que la vida a lo mejor se sitúa en la cumbre

más elevada de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento.

El segundo criterio tiene en consideración la modalidad por la cual ha sido atacado el bien jurídico. Es cierto que cualquier conducta tipificada ha de incluir una generalidad de infracciones particulares, pero cada peculiaridad ha de tener su peso a la hora de investigar los hechos y las circunstancias delictivas fácticas y personales (42) . A través del segundo criterio, pues, se insertan estas características específicas en la valoración del complejo delictivo llevado a cabo, comprobando la existencia o inexistencia de proporcionalidad entre la sanción y el caso singular.

Cabe destacar otro criterio que ha sido indicado como fundamental a la hora de establecer la proporción entre delito y pena. Se trata de la importancia social del hecho, también llamada *nocividad social*. Se considera relevante la trascendencia del hecho a nivel social porque efectivamente la importancia de un bien jurídico se basa en las ideas inherentes a la conciencia social. A título ejemplificativo se puede examinar la pena de muerte establecida para el tercer hurto cometido por un sujeto. En otras épocas históricas esa pena tenía sentido ya que la conciencia social la percibía como apta e idónea para reprimir determinadas conductas perjudiciales. Por supuesto, en la época actual, tal sanción sería considerada desproporcionada por todo individuo, debido a que la opinión de la sociedad ha cambiado radicalmente durante los siglos (43) . Por ello es necesario poner de relieve la importancia social del hecho y relacionarla con el análisis de proporcionalidad de una determinada sanción.

1. La proporcionalidad de la pena en sentido amplio y estricto

La proporcionalidad de la pena es susceptible de interpretación según la perspectiva desde la que se dirige la mirada. A nivel estructural, hay que analizar sus requisitos concretos para que se pueda aplicar a casos prácticos y pueda hallarse operativa en el Derecho cotidiano. Los requisitos que tradicionalmente (44) se han invocado para describir la textura del principio forman la proporcionalidad de la pena en sentido amplio (45) .

El primer requisito de la estructura del principio de proporcionalidad de la pena radica en la *idoneidad* de la medida en que consiste la sanción. La idoneidad es un concepto que necesariamente se remite a la finalidad con la que se actúa. De hecho, cualquier medida sólo puede ser idónea en cuanto se adapte y lleve a la finalidad predefinida. Ésta es la razón por la cual la idoneidad se suele llamar también *adecuación a fin* (46) . El fin último que garantiza la sanción penal ha de buscarse según las teorías que examinan la filosofía teleológica de la pena (47) . Sin embargo, en la práctica, cada medida tiene un fin más concreto y detectable sin necesidad de hacer referencia a ellas. Normalmente las medidas que se adoptan en calidad de sanción penal sirven en primer lugar para evitar que el reo lleve a cabo de nuevo la misma *conducta delictiva* y dañe así los derechos fundamentales de la misma víctima o de otra persona. Al respecto parece significativo introducir un ejemplo. El autor de un delito de asesinato ha llegado a poner en marcha esa conducta y, supuestamente, podría hacerlo de nuevo. Por consiguiente, no cabría sancionarlo con una pena de multa sin privarle de su libertad, por lo menos durante el tiempo suficiente para que demuestre su adaptación a ser reinsertado en la sociedad y su falta de voluntad de volver a delinquir, lo que supondría otro quebrantamiento de derechos fundamentales ajenos.

El segundo requisito de la proporcionalidad de la pena es su *necesidad*. Las interpretaciones que se han dado a este requisito lo enmarcan dentro del principio de intervención mínima del Derecho penal, es decir, la gravedad del injusto ha de fundamentar de manera suficiente la necesidad de tutela (48) . Efectivamente, no todos los bienes jurídicos merecen tutela penal: en el caso de que no la merezcan, no ha de proporcionarse, de no ser así se quebrantaría el principio de proporcionalidad de la pena. En otras palabras, no ha de existir otra medida que reprima la *conducta delictiva* de manera menos gravosa. Para plantear un ejemplo, resulta oportuno tomar en consideración el delito previsto en el art. 404 del Código Penal español (49) . La pena para el funcionario público que excediese de su

poder en la gestión de su cargo es una inhabilitación especial para el empleo o cargo público. Piénsese en el caso de que ésta sea, en lugar de la inhabilitación, una pena de prisión correccional. A la luz del bien jurídico a proteger, esto es, el correcto funcionamiento de la administración pública, la intervención penal es necesaria para evitar que tal sujeto —que ya ha cometido ese delito— reitere su conducta. Desde luego, poniéndole al sujeto en prisión no volverá a cometer tal hecho típico, por lo cual el requisito de la idoneidad o adecuación a fin sería cumplido. Pero hay que reflexionar también sobre su necesidad para evaluar la aplicación o inaplicación del principio de proporcionalidad. Entonces, ¿existe una medida menos gravosa que la prisión que garantice, al igual que ésta, que el sujeto no vuelva a vulnerar el correcto funcionamiento de la administración pública? Pues, evidentemente sí, se trata de la inhabilitación. Asegura el respeto del fin del precepto legal y no es tan perjudicial como la prisión.

El tercer requisito del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la ponderación o equilibrio entre el peso de la sanción adoptada y el alcance de la conducta realizada, es decir, su gravedad. A esta ponderación se le suele llamar *proporcionalidad en sentido estricto*. Entre los tres caracteres de la proporcionalidad, ciertamente éste representa el más inherente a la axiología del principio. Se discute sobre la interpretación subyacente a la proporcionalidad en sentido estricto. Se le entiende tradicionalmente como relación entre gravedad del hecho cometido y gravedad de la pena, por un lado, y como balance entre costes y beneficios de la norma penal, por otro (50) .

Por lo que se refiere a los conceptos de gravedad del hecho y gravedad de la pena, hay que destacar su carácter variado. La gravedad del hecho concierne el análisis del hecho típico tomando en consideración las circunstancias establecidas por ley. Lo que hace el legislador penal normalmente es recoger en una o varias normas los criterios con los que se puede valorar tal gravedad. Un problema que se pone a la hora de efectuar tal valoración es que los criterios establecidos representen la totalidad de los criterios humanamente examinables. En este caso, puede ocurrir que haya una jerarquía entre los mismos, o bien que quede a disposición del intérprete de la norma la elección de los criterios aplicables al caso concreto. La jerarquía representa un cauce bastante efectivo para garantizar un mínimo de objetividad, mientras que la elección libre de los criterios proyecta la actuación judicial en un conjunto de acciones arbitrarias y discrecionales. Otro problema es la presencia repetida, en la valoración de la gravedad del hecho, de términos inciertos o crípticos, y la inevitabilidad de un juicio de valor sobre el hecho por parte del operador jurídico (51) . Piénsese, por ejemplo, a la valoración de la gravedad del hecho efectuada según la intensidad del dolo o de la imprudencia. En primer lugar, «intensidad» (del dolo o de la imprudencia) es un término susceptible de significados muy distintos. Además, aunque existan pautas legales sobre las que basarse, resulta lógicamente difícil evaluar el hecho sin quedar influenciado por un juicio de valor personal. Por consiguiente, viene al caso la discrecionalidad característica de la interpretación en ámbito jurídico, la que puede llevar —en caso de uso inmoderado— a la completa arbitrariedad, prohibida por la misma Constitución española.

Por lo que concierne al balance entre costes y beneficios, cabe examinar de qué se trata concretamente. Lejos de ser un tema pacífico, destacan interpretaciones diferentes de este modo de concebir la proporcionalidad de la pena en sentido estricto. En primer lugar, una acepción de este balance se encuentra en el equilibrio entre medios empleados y finalidad conseguida. Al respecto puede afirmarse que los beneficios serían relativos a la finalidad de la pena, esto es, evitar la reiteración delictiva del reo y el consiguiente perjuicio de los demás, y velar por la reinserción social del mismo. Los costes, en cambio, representarían los medios empleados para conseguir ese objetivo. Al realizar una comparación entre las dos maneras de concebir la proporcionalidad en sentido estricto —el balance coste-beneficios, según la acepción que se acaba de comentar, y la relación entre la gravedad del hecho y de la pena— en la primera quedaría excluido en absoluto el análisis del hecho. Desde luego no puede descartarse *a priori* la valoración del hecho, ya que los medios empleados para

conminar la sanción y la finalidad perseguida proceden únicamente de la conducta. No habría pena ni finalidad sin conducta, por lo tanto ontológicamente no puede excluirse su valoración en ningún caso, a no ser que rijan presunciones absolutas en toda norma, y por supuesto no es así en un Estado constitucional de Derecho. Para contrastar esta interpretación apócrifa del balance coste-beneficios, habría que proporcionar a los mismos beneficios el significado último de gravedad del hecho, aún impregnado de dudas e incertidumbres. Por lo tanto, los beneficios no sólo serían los relativos a la finalidad de la pena, sino también los obtenidos por el reo a la hora de cometer el delito (52) . De este modo puede valorarse el conjunto de circunstancias fácticas y personales que presenciaron la actuación ilícita. En definitiva, en cuanto al balance entre costes y beneficios en términos de bienes jurídicos, se trata de «establecer si la afectación de derechos fundamentales que tiene lugar a través de la definición de una conducta como delito y de su correspondiente pena alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador» (53) .

2. La proporcionalidad de la pena en abstracto y en concreto: (pre)determinación y post-determinación de la sanción

El papel que juega la proporcionalidad de la pena, en sus sentidos amplio y estricto, se desprende concretamente en tres momentos fundamentales de la actividad de los poderes públicos: (a) en la determinación *abstracta* de la pena por parte del legislador penal (b) en la determinación *concreta* de la misma por parte del órgano jurisdiccional y (c) en la fase de *ejecución* de la pena, en la que ésta se lleva a cabo y puede sufrir modificaciones.

La actividad del legislador penal es fundamental a la hora de establecer las conductas típicas y sus sanciones. A menudo se menciona este primer paso en términos de *pre-determinación* de la pena. Aunque cronológicamente la actuación del legislador con respecto a las actividades (b) y (c) es antepuesta, y eso justificaría el prefijo «pre», hay que tener en cuenta el papel de tal órgano legislador. El prefijo podría también implicar un sometimiento de la actividad legislativa a la judicial, lo que quebrantaría el principio fundamental según el cual el juez sólo debe aplicar la ley y no tiene el poder de crearla o distorsionarla. Ésta es la razón por la que sería preferible descartar la palabra *pre-determinación* en favor del único término *determinación* para indicar un *unicum* que se realiza en dos momentos cronológica y ontológicamente distintos. En cuanto a este momento de aplicación de la proporcionalidad en abstracto, el legislador ha de tener en cuenta los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación a la hora de efectuar su actividad. La discrecionalidad política que subyace a esa actuación no siempre está informada al respeto del principio de proporcionalidad. Según varias posturas doctrinales y jurisprudenciales, el ámbito de la política criminal —es decir, de la discrecionalidad del legislador en materia penal— es bastante amplio y no deja margen al control ajeno (54) . Se señala también que la cuestión de la aplicación del principio de proporcionalidad en abstracto no sólo se plantea en relación a las penas, sino también con respecto a las medidas de seguridad (55) .

Con arreglo al segundo momento del *unicum* mencionado anteriormente, resulta oportuno destacar la trascendencia de la labor judicial en relación con el principio de proporcionalidad de la pena. Aunque es la ley la que establece formalmente las penas, hace falta la actuación de un intermediario para que éstas se apliquen en los casos prácticos. Los jueces al respecto tienen un margen de discrecionalidad bastante amplio. Aclarada la inconstitucionalidad de las penas fijas, el marco establecido por el legislador puede ser tan amplio que permite efectos y funciones distintas conforme se establezca la pena concreta dentro del mismo intervalo. Así, por ejemplo, en el juicio de un caso en el que se haya cometido el delito de amenazas del art. 169 CP, castigado con pena de prisión de uno a cinco años, la discrecionalidad del juez desempeña una función esencial: la privación de libertad tiene un alcance significativamente diferente según se aplique el límite mínimo o el máximo previstos. Para frenar la libertad del órgano jurisdiccional a la hora de tomar su decisión, el legislador penal ha establecido

reglas más específicas a respetar. En el caso más simple de un delito en el cual no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, hay que cumplir lo establecido en el art. 66.1.6ª CP (56) . La adecuación de la pena al caso concreto ha de efectuarse en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad del hecho. Como ya se ha mencionado, tales parámetros no siempre constituyen un límite efectivo a la arbitrariedad del juez, ya que resultan tal vez ambiguos y susceptibles de múltiples interpretaciones según el juicio de valor que el órgano jurisdiccional ponga en marcha.

El primero de los dos parámetros necesarios para la determinación de la pena, esto es, las circunstancias personales del delincuente, sirve para que se individualice la pena concretamente, para que se ajuste a cada individuo, situándose en una perspectiva preventivo especial a nivel de teoría de la pena (57) . Entre las circunstancias personales, en la óptica de la prevención especial, por supuesto caben todos los factores de índole íntima e individual del sujeto delincuente. De un sujeto habrá de valorarse su vida, su personalidad, el contexto social en el que está insertado, las condiciones sociales y económicas a las que se enfrenta, y cuantas más peculiaridades personales se le ocurran al intérprete. Como el Código no se expresa ulteriormente, la vaguedad del artículo ha dado lugar a interpretaciones autoritarias del Tribunal Supremo, por el cual la ley está encaminada a tener en consideración todo dato que configure el entorno del sujeto cuyas circunstancias personales se analicen (58) .

El otro parámetro en función del cual se ha de determinar la pena es la gravedad del hecho. La ley desde luego se refiere al contexto fáctico en el que se ha desarrollado la conducta. El Tribunal Supremo apoya esta interpretación según la cual la ley se refiere «a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer» (59) .

Parece evidente que los dos parámetros quizás no reflejan la posibilidad de proporcionar al reo una condena del todo objetiva, ya que implican juicios que trascienden la aplicación directa de la ley, por lo cual pueden menoscabar el papel fundamental que desempeña el principio de proporcionalidad de la pena.

En la fase de ejecución de la pena también ha de regir el principio de proporcionalidad. El tratamiento penitenciario del reo y las modificaciones que pueden ocurrir en cuanto a la pena deben respetar los criterios en los que se articula el principio de proporcionalidad. La ejecución de la pena proporcionada al hecho cometido sirve para garantizar que se cumpla la finalidad intrínseca de la sanción, es decir, la rehabilitación del reo al fin de su reinserción social. De hecho el reo tendrá que ser reinsertado en la sociedad y para que él no vuelva a vulnerar los derechos de los demás y quebrantar la ordenación de las conductas, se necesita una ejecución rehabilitadora que haga especial hincapié en su propósito último. La teoría general del delito es partidaria de las modificaciones de la pena durante su ejecución en cuanto no tenga sentido continuar a sancionar a un individuo mientras hayan cambiado sus circunstancias personales. Si realmente la pena lleva a una reinserción consciente del individuo, debería ocurrir que éste se diera cuenta de la nocividad de su acción. Si se enterara de ello durante la ejecución, a lo mejor no hay razón para continuar a aplicar una pena que ya ha cumplido su objetivo. Ello no obstante, en caso de que la pena haya logrado alcanzar su finalidad con anterioridad a su finalización, la inutilidad de su continuación podría considerarse debida al efecto perverso de la duración excesiva establecida previamente. Al convenir con tal observación podría sostenerse que sería más conveniente eliminar *a priori* tal vicio retorcido de la pena que volver a cambiar su duración sobre la marcha (60) .

Para concluir el análisis de la proporcionalidad en abstracto y en concreto, cabe mencionar el difícil funcionamiento del principio de proporcionalidad en la realización de un control efectivo sobre las penas. Sin duda representa un criterio a tener en cuenta obligatoriamente por parte del legislador y

del poder jurisdiccional, pero no siempre resulta útil —o mejor dicho utilizable— a la hora de vigilar la imposición de penas durante la actividad legislativa. De hecho, una quiebra del principio de proporcionalidad en abstracto —es decir, ya dentro del texto legal— ocurriría sólo en supuestos excepcionales, que implicarían una vulneración del Estado de Derecho. Por el contrario, se podría llevar a cabo más frecuentemente una vulneración del principio de proporcionalidad en concreto por parte del juzgador competente. Se entiende más realizable una infracción del principio por el órgano jurisdiccional que un incumplimiento *a priori* por parte del legislador penal (61) , especialmente porque el juzgador, a diferencia del legislador, no puede ampararse en el poder discrecional tan amplio que caracteriza la política criminal.

V. La aplicación del principio de proporcionalidad en relación con las teorías de la pena: prevención general, prevención especial y teorías retributivas

El principio de proporcionalidad de la pena se halla en relación constante con las teorías de la pena que han sido formuladas por la doctrina penal (62) . Resulta conveniente analizarlas sintéticamente para examinar las posibles conexiones existentes entre las mismas y la proporcionalidad de la pena.

Una primera orientación sobre el por qué y el para qué se impone la sanción penal es la teoría retributiva. Este enfoque dirige la mirada hacia el pasado y no tiene en consideración los efectos futuros que la pena conlleva aparejados. La sanción, pues, está encaminada a cumplir la necesidad de compensar el mal causado a través de la consumación del hecho típico delictivo (63) . La idea retributiva nace con el nacimiento del concepto de pena; de hecho, sus rasgos característicos se asemejan a la antigua *lex talionis*, por la cual al delito cometido le corresponde una pena igual, i.e. si se actúa contra un hombre a través de una conducta, resultado es que se actuará del mismo modo — esto es, con la misma conducta— contra el autor. En el marco de las teorías retributivas que se han desarrollado durante los siglos, es cierto que la proporcionalidad de la pena representa el eje de la misma retribución. Efectivamente, ya desde la vigencia de la Ley del Talión, hacía falta una cierta equivalencia entre el hecho cometido y la sanción impuesta. Resulta incontrovertible, por lo tanto, que la proporcionalidad es inherente a la estructura congénita de la teoría retributiva (64) .

Otra orientación que fundamenta la aplicación de la sanción penal está representada por las teorías preventivas. Como sugiere la denominación, estas teorías se dirigen hacia el futuro para prevenir la comisión de delitos tanto por parte de la sociedad, por un lado, como del condenado, por otro. La prevención general está en relación con la generalidad de los individuos —esto es, la sociedad— y está encaminada a prevenir delitos futuros a través de dos técnicas: (a) en primer lugar, la *prevención general ejemplar* aspira a reforzar el valor de las normas vigentes en la conciencia de los individuos, al fin de garantizar su respeto; (b) en segundo lugar, la *prevención general intimidatoria* explota la amenaza de la pena en calidad de elemento ominoso (65) finalizado a la evitación de delitos. La prevención especial, por el contrario, pretende centrarse en la persona del condenado para lograr un efecto disuasorio y prevenir conductas ilícitas futuras por su parte. La finalidad de una pena, desde la perspectiva de la prevención especial, es la de asegurar que el sujeto condenado no reitere su delincuencia. Nada tiene que ver la prevención especial con la intimidación de la sociedad y con la idea de que hay que compensar por el delito cometido (66) . En el marco exclusivamente preventivo, la pena impuesta se desligaría también de la idea de proporcionalidad, ya que se impondría una pena más perniciosa cuanto más convencimiento amenazador necesite la sociedad, o bien una pena más perjudicial cuanto más peligroso se considere al delincuente, hasta el punto de que «si el autor presenta un pronóstico favorable de reinserción social se podría llegar a prescindir de la pena» (67) .

Pese a que la proporcionalidad no esté presente en la estructura original de la prevención, las dos se hallan relacionadas. De hecho, si bien la prevención no pretende enfocarse en la vinculación entre la gravedad del hecho y la de la pena, el legislador penal debe establecer sanciones proporcionadas que

incluyan también efectos preventivos (68) . Por consiguiente, no puede considerarse que haya un real defecto de proporcionalidad en las teorías preventivas; la falta de proporcionalidad, eventualmente, sería sólo una «tentación estructural» (69) . El paradigma de la prevención exhorta al juez a aplicar una pena que sea eficaz desde la perspectiva de previsión hacia el futuro, lo que no excluye que eso implique tener en debida cuenta el principio de proporcionalidad de la pena. De hecho, es dudoso que se pueda conseguir un real efecto de prevención si falta proporcionalidad. Piénsese en un ejemplo, aunque sea de laboratorio: imagínese que el delito de robo con fuerza en las cosas sea castigado con pena de multa de uno a quinientos euros. Considerando la evidente desproporción entre la ofensividad del hecho y la sanción establecida, la efectividad de la norma puede llevar a estas dos situaciones: (a) desde una perspectiva de prevención general, la sociedad podría ver tal castigo como un incentivo para cometer el delito. Asumiendo que el autor del robo consiga —como ocurre en la mayoría de los casos— un beneficio superior a los quinientos euros establecidos como límite máximo de la pena, la sociedad no captará el efecto disuasorio como resultado de la amenaza de la sanción. Bien se puede pagar la multa con el dinero obtenido a través de la *conducta delictiva* y quedarse con el resto de lo robado; (b) por otro lado, desde una perspectiva de prevención especial, ocurre lo mismo. El delincuente castigado con esa pena podría ser estimulado a reiterar el delito para volver a conseguir un determinado beneficio patrimonial (70) . Se desprende claramente del ejemplo, pues, que la prevención y la proporcionalidad están ligadas escrupulosamente para evitar que la falta de una quebrante la actuación o finalidad de la otra (71) .

En todo caso, en conclusión de este epígrafe, parece oportuno mencionar que ambos criterios, «el de la pena como retribución y el que la considera un medio de reeducación e integración se han encontrado con graves dificultades. La idea de retribución, porque parte de que la suma de dos males, el delito y la pena, puede producir un bien, y la de regeneración porque exige el consentimiento y la voluntad de los individuos afectados por la sanción» (72) .

VI. La observancia del principio de proporcionalidad en el artículo 383 del Código Penal español

Un caso práctico del que puede desprenderse la aplicación del principio de proporcionalidad ciertamente abarca la vigencia del artículo 383 del Código Penal español. Este precepto está encaminado a sancionar con pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años al conductor que, pese a la petición de un agente de la autoridad, se niegue a someterse a la prueba establecida legalmente para comprobar la presencia de alcohol y/o drogas tóxicas en su cuerpo.

Ante la formulación tan rígida del precepto, se han planteado dudas de constitucionalidad del artículo por infringir los caracteres básicos del principio de proporcionalidad, ineludible por parte del legislador debido al mandato de la Carta Magna. La doctrina ha cuestionado la validez de la norma en cuanto no tenga en consideración, por varios factores, los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación intrínsecos en la proporcionalidad en sentido amplio.

En primer lugar, con respecto a la configuración general del delito en cuestión, cabe afirmar que ése representa un ejemplo de los llamados delitos de peligro abstracto (73) . Efectivamente, la sanción que se establece no se refiere a una conducta ya lesiva de bienes jurídicos, lo que normalmente ocurre en los delitos de daño, y tampoco se dirige a castigar un hecho típico por la razón de que es concretamente peligroso. En cambio, el control que se lleva a cabo cumple una función meramente preventiva, lo que significa que el conductor, en principio, no tiene por qué estar poniendo en peligro el bien jurídico abstractamente protegido por la norma. En el seno de la impostación de la negativa a someterse a prueba como delito de peligro abstracto, cabe mencionar también que su fundamento en materia de política criminal podría encajarse en una tendencia actual del legislador penal que sobrepasa la abstracción y anticipa más aún la barrera defensiva. La técnica de los *delitos obstáculo*

resulta eficaz para el legislador a la hora de defender un determinado bien jurídico, en última instancia, pasando por la defensa formal de otro (74) . Es decir, se establece una norma penal que protege un determinado bien jurídico, mientras que realmente se preserva otro bien jurídico, por clara intención táctica del legislador.

Aunque se sostenga una propensión a considerar el delito del art. 383 CP un delito obstáculo (75) , a lo mejor es conveniente profundizar en su análisis para discernir la compartición de tal postura. Se le considera un delito obstáculo porque el delito protegería, en términos de bienes jurídicos, el respeto del principio de autoridad, mientras que la clara intención del legislador —a través del mismo delito— sería preservar el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Si se matiza el bien jurídico «respeto del principio de autoridad», hay que considerar su justificación. La relevancia de la observancia de dicho principio se refiere a casos en que su vulneración quebrantaría la actuación de la autoridad de manera concreta. En este caso no es cierto que dicha actuación se vea limitada como resultado de la negativa a someterse a prueba, ya que el éxito de tal prueba bien podría ser negativo y velar por la sobriedad del investigado. Por consiguiente aquí, tal y como en todos los delitos de peligro abstracto, el hecho de no respetar al principio de autoridad no vulneraría concretamente la acción de la autoridad, sino que se dirigiría directamente a la protección del bien jurídico último, esto es, la seguridad vial (76) .

En el marco de esta estructura conceptual del delito, a fines de realizar un juicio de proporcionalidad con respecto a la negativa a someterse a prueba, no podría utilizarse la comparación sinalagmática entre el artículo 383 CP y el delito de desobediencia grave a la autoridad (77) . De hecho, los dos estarían encaminados a proteger dos bienes jurídicos distintos.

En todo caso, el juicio de proporcionalidad puede llevarse a cabo analizando los tres criterios en que se articula el principio de proporcionalidad para llegar a justificar la retracción de la barrera defensiva del delito de peligro abstracto en cuestión.

En relación con el primero de los requisitos de la proporcionalidad, hay que comprobar la existencia de idoneidad —o adecuación a fin— de la medida sancionadora establecida en el art. 383 CP. A nivel objetivo, no cabe duda de que la medida propuesta por el legislador consiga cumplir la finalidad subyacente. De hecho, poniendo al conductor en prisión, resulta claro que se evitan daños por parte de él en el ámbito de la seguridad vial. En cambio, a nivel subjetivo, la sanción no aprobaría el control de idoneidad habida cuenta de la mera eventualidad de que el conductor sea peligroso para la seguridad del tráfico. Efectivamente, no es cierto que él represente un peligro para la conducción, eso depende del estatus psicológico real en que se encuentre. Ya que el delito en análisis no se refiere al peligro concreto, sólo ha de valorarse la idoneidad en su sentido objetivo, por lo cual la sanción del art. 383 CP supera con éxito el control de proporcionalidad relativo a este primer criterio.

Con respecto a la necesidad de tal medida sancionadora, por supuesto las dudas se hacen más cuantiosas, ya que parece simple imaginar otros castigos menos gravosos que protejan el mismo bien jurídico. Basta con mencionar prescripciones administrativas como la inmovilización del vehículo, las multas administrativas, la suspensión temporal del permiso de conducir y cualquier otra medida que el Derecho administrativo pueda establecer (78) , sin quebrantar necesariamente el bien jurídico de la libertad personal, previsto como derecho fundamental por la Constitución española. No cabe duda de que el control de proporcionalidad de la pena en términos de intervención mínima no se haya respetado en la norma en análisis.

En tercer lugar, en cuanto a la ponderación entre la gravedad del hecho y la de la pena, resulta conveniente mencionar a otro delito, en calidad de *tertium comparationis*. Se trata del delito de conducción temeraria del art. 380 CP, cuyos castigos son la pena de prisión de seis meses a dos años y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. Es tan evidente como extraño que «se castiga más duramente el no someterse a una

de las pruebas utilizadas en la investigación de un delito, que el propio delito cuya consumación está ya probada» (79) . Desde luego se trata de una elección del legislador orientada a objetivos de prevención general intimidatoria, cuestionable desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena.

Aunque el Tribunal Constitucional haya avalado la constitucionalidad del artículo 383 del Código Penal español, el análisis ha demostrado la trascendencia de las dudas con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador (80) . En esta óptica de una dudosa constitucionalidad del precepto, sería deseable una revisión del mismo a través de una evaluación más analítica —al tanto de la trascendencia de la proporcionalidad en sentido estricto y amplio— en el seno de la actividad legislativa penal.

VII. La proporcionalidad de la pena a la luz de un excursus jurisprudencial del Tribunal Constitucional

La configuración del principio de proporcionalidad de la pena ha sido abordada, al lado de su elaboración doctrinal, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha enfrentado con la complejidad del tema y ha propuesto interpretaciones interesantes, aunque no exhaustivas.

En primer lugar, cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha proporcionado distintas interpretaciones sobre el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad. En principio, en su Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, el Alto Tribunal ha encontrado la relación de la proporcionalidad de la pena con el art. 14 CE, es decir, el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, al establecer que la «comparación relevante a los efectos del art. 14 de la Constitución Española debe tener en cuenta también las características típicas del autor y objeto de protección de cada uno de los tipos penales que se comparan, pues éstos son determinantes de la gravedad de las sanciones previstas en cada caso» (81) . Además, el Tribunal sugiere que la proporción de las penas procede del derecho a la igualdad en la Sentencia 150/1991, de 4 de julio, en cuyo Fundamento Jurídico 6º se afirma que «el principio constitucional de igualdad (art. 14 C.E.), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en tomo a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa». Tal postura se halla confirmada también en una resolución reciente del Tribunal, la Sentencia 160/2012, de 20 de septiembre. En ella se desarrolla un análisis detallado que pone las bases del «juicio de razonabilidad y proporcionalidad, que impone el derecho a la igualdad» (82) .

En la primera sentencia mencionada, tras relacionar la proporcionalidad de la pena con la libertad personal, los Magistrados han negado que en el art. 15 CE pueda hallarse un núcleo del principio de proporcionalidad. «[L]a calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste» (83) , por lo cual —en el caso analizado en la resolución— no puede inferirse que el art. 15 CE contenga el principio de proporcionalidad de las penas. Más bien, el Tribunal Constitucional ha subrayado la interrelación entre la configuración de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y el principio de proporcionalidad de la pena. La vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena —se dice en la Sentencia 111/1993, de 25 de marzo— sería inherente a aquel Estado de Derecho que la Constitución española configura. Como se expondrá en breve, esta relación ya había aparecido en resoluciones anteriores del Tribunal para contrastar parcialmente la completa libertad del legislador a la hora de imponer las penas.

En todo caso, el Alto Tribunal reconoce el carácter dependiente del principio de proporcionalidad de las penas. Según la importante Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, éste no representa un canon de constitucionalidad autónomo, sino que se infiere de una serie de preceptos de rango constitucional

que, por lo tanto, deben ser vulnerados para poder establecer un quebrantamiento del principio de proporcionalidad. No cabe, según el Tribunal, un control *a priori* de la aplicación del principio, pero sí cabe el mismo control *a posteriori*, es decir, si se alega la vulneración de una o más disposiciones constitucionales a las que está supeditado el principio de proporcionalidad (84) . Tal postura se halla confirmada también en la jurisprudencia reciente, en la que se sostiene que «[u]n presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia» (85) . Dicho en otras palabras, presupuesto del control de proporcionalidad es la comprobación de cuáles son los preceptos constitucionales infringidos como consecuencia de una medida sancionadora. En caso de que no se produjera una infracción de dichos preceptos, «carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada» (86) . En definitiva, sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta se halle encaminada a preservar bienes o intereses constitucionalmente legítimos y relevantes.

Desde otra perspectiva, cabe analizar la postura del Tribunal Constitucional a la hora de efectuar juicios de proporcionalidad sobre las normas penales. Se observa una neta propensión de los Altos Magistrados a salvaguardar la discrecionalidad del legislador en el momento de determinar las sanciones que se aplican a determinadas conductas típicas. En una primera etapa, el Tribunal atribuye el juicio de proporcionalidad íntegramente al legislador, sin posibilidad de valoración por parte del control a nivel constitucional. Así, en la Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, se establece que a los Tribunales de Justicia «sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto» (87) . En la misma sentencia el Alto Tribunal hace hincapié en la misma idea, matizando las posibles excepciones derivadas del eventual quebrantamiento del principio del Estado de Derecho. Es decir, el juicio de proporcionalidad sigue perteneciendo a la labor y la discrecionalidad del legislador, a no ser que se vulneren el «Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana tal como se dijo en el fundamento jurídico 2.º de la STC 65/1986, de 22 de mayo» (88) . En la posterior Sentencia 150/1991, de 4 de julio, los Magistrados confirman tal posición sobre el principio de proporcionalidad, subrayando que el juicio de proporcionalidad es una vez más competencia del legislador «dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la C.E. consagra en su art. 1.1 [...] siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella» (89) . En el caso concreto analizado en dicha sentencia, se examina la reincidencia y su valoración a la hora de establecer las respectivas sanciones. Como señala el Abogado del Estado, «tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la C.E.» (90) . La libertad discrecional del legislador también destaca en la famosa Sentencia 55/1996, antes mencionada. Dentro del marco de esta resolución, la discrecionalidad del legislador no se hallaría limitada porque su único objetivo no es aplicar la Constitución, sino adoptar las opciones políticas que estime convenientes en cada momento. De hecho, el legislador no posee una tabla precisa de correspondencia entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir, por tanto —siempre que se trate de la persecución de finalidades constitucionalmente legítimas— dispone de la máxima libertad a la hora de ejecutar los preceptos constitucionales (91) . La valoración de la proporcionalidad, en caso de que no se persigan finalidades legítimas, tendría carácter retroactivo y se basaría exclusivamente en la ponderación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado (92) .

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también subraya la discrecionalidad del juez a la hora de determinar la pena concreta que se debe aplicar al caso en cuestión. La «selección, interpretación y

aplicación de las normas procesales y penales corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el art. 117.3 CE», recuerda la STC 261/2015, de 14 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 5º. El todo con la misma excepción que se aplica a la discrecionalidad legislativa, es decir, se llevará a cabo un control de proporcionalidad pese a que el juez opere discrecionalmente en cuanto su decisión sea «manifiestamente arbitraria, claramente errónea o por no satisfacer las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental». El Alto Tribunal, ya que están en juego bienes constitucionales fundamentales, insiste en la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales para evitar que la discrecionalidad del juez se convierta en la arbitrariedad que el mismo texto constitucional suprime a través de su art. 9.3. En la STC 201/2016, de 28 de noviembre, se examina un caso de expulsión del territorio nacional en el que el recurrente lamenta la falta de justificación en la resolución judicial impugnada. Los Magistrados, pues, aprovechan la oportunidad para hacer hincapié en la trascendencia de la motivación que fundamenta las decisiones judiciales, para que se eviten efectos distorsionados y no proporcionados en el momento de la aplicación de la pena (93) . En la STC 173/2011, de 7 de noviembre, ya el Tribunal había señalado el papel que juega la motivación judicial, indicando también los tres requisitos que han de valorarse en un juicio de proporcionalidad: «la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad» (94) . Desde esta perspectiva, también el Tribunal Supremo en su Sentencia 658/2014, de 16 de octubre, reitera que es doctrina de la Sala 2ª de lo Penal que «el principio de proporcionalidad, aunque no expresamente reconocido en la Constitución, debe ser considerado como el eje definidor de cualquier decisión judicial y singularmente de la individualización judicial de la pena que debe efectuarse teniendo en cuenta el grado o nivel de culpabilidad y la gravedad de los hechos, elementos que operan como la medida de la pena a imponer» (95) .

- (1) Vargas-Hernández, José, «Libertad, Derechos y Estado de Derecho en la Globalización», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 2008, 3, p. 148 ss. El autor señala el progreso del concepto de libertad a través del análisis de la evolución del Estado de Derecho. Asimismo, García Máynez, Eduardo, «La libertad como derecho», *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo I, 1939, 3, pp. 101-103, estudia las acepciones de la palabra «libertad» recurriendo a un *excursus* histórico.
- (2) El delito de hurto está tipificado en el artículo 234 del Código Penal español. La conducta típica punible presupone la existencia de un sujeto que, «con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño». La toma de las cosas ajenas, entendida como privación del goce de la propiedad al sujeto pasivo, conlleva la pena de «multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros», o bien la más gravosa pena de «prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros». En todo caso, los bienes sustraídos han de ser susceptibles de una valoración económica.
- (3) Lo que se pretende examinar es si la consecuencia de una acción –en este caso, la pena– es adecuada al tipo de conducta llevada a cabo. Asimismo, la segunda cuestión planteada se dirige a analizar cuáles son los límites a los que estaría sujeta esa adecuación. Parece imposible negar que la inadecuación de tal relación causa-consecuencia pueda acarrear una distorsión en la eficacia de la pena.
- (4) El aforismo (en francés «*La liberté s'arrête où commence celle des autres*») deriva de la teoría de la libertad ilustrada de J.J. Rousseau, por la que el estatus de *liberté* sólo se puede conseguir otorgando el mismo a toda persona, sean cuales sean sus rasgos personales o económicos. De tal manera, el derecho de libertad, cuya obtención fue la conquista de la Ilustración, se halla condicionado en su aplicación por la misma facultad de los demás individuos. De hecho, cualquier obstrucción de la libertad personal puede constituir un límite al derecho de la persona ofendida. Para evitar ese efecto distorsionado del reconocimiento de la libertad *omnibus*, la implantación de dicho derecho en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se lleva a cabo insertando la cláusula por la cual está prohibido causar, a través del ejercicio de un derecho propio, un perjuicio a los demás. El artículo 4 efectivamente establece: «La libertad consiste en poder hacer *todo lo que no perjudique a los demás*. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los

demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley» (cursiva añadida).

- (5) La perjudicialidad de las sanciones se desprende ya en *Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas*, Madrid; Trotta, 2011, p. 131, a la hora de describir el papel fundamental que desempeña el principio de proporcionalidad: «Si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles, si entre los motivos que impulsan a los hombres incluso a las acciones más sublimes el invisible Legislador dispuso el premio y la pena, de su inexacta distribución nacerá la contradicción, tanto menos advertida cuanto más común, de que las penas castiguen los delitos que ellas mismas hicieron nacer. Si se establece una pena igual para dos delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si encuentran que a éste va unida una mayor ventaja».
- (6) *Dorado Montero, Pedro, «Sobre la proporción penal», Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 64, 1916, 129, p. 5. El autor, a principios del siglo pasado, planteó el problema refiriéndose al enigma más amplio de la justicia: «la justicia de una pena es cabalmente, creo, su cualidad de ser proporcionada, y no otra cosa [...] y ponerse el problema de la proporción penal es ponerse el de la justicia de las penas, o, lo que es lo mismo, el problema penal fundamental, pues en él toman su base y a él vienen a reducirse en último término todos los otros».
- (7) Así lamenta, entre otros, *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid; Edersa, 1999, p. 282 ss. Al exponer su queja hacia la escasa producción doctrinal sobre la proporcionalidad penal, la autora introduce las páginas dedicadas a la concreción en abstracto y en concreto del principio de este modo: «Desde nuestro punto de vista, (/..) el problema de la proporción penal es un problema fundamental en el seno de nuestra doctrina penal al que no se le ha concedido la importancia que merecía».
- (8) *Hassemer, Winfried, ¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2016, p. 71. El autor insiste sobre la complejidad del concepto de proporcionalidad, argumentando que, aunque los juristas sepan lo de que se trata, no resulta tan fácil valorarlo a la hora de su aplicación: «Los penalistas saben con exactitud lo que hay que entender por proporcionalidad, cuando se trata de imponer una pena adecuada. Se trata de la correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho ilícito y la culpabilidad del autor, por un lado, y la magnitud de la pena, por otro. Es claro que lo que parece fácil de transcribir en un papel, en la praxis requiera complicadas y complejas valoraciones. En todo caso es claro de qué se trata».
- (9) *Lucas Martín (de), Francisco Javier (coordinador), Introducción a la teoría del derecho*, Valencia; Tirant lo Blanch, 1997, p. 34.
- (10) *Ibid.*, p. 38. El autor insiste sobre la diferencia entre esos principios que actuarían como fuente de inspiración para la conducta humana, que surgen de algún modo directamente de la realidad existente, y las obligaciones que en cambio proceden de una elaboración humana: «Tales principios [los iusnaturalistas] se hallarían condicionados por ciertas estructuras de la realidad, por determinados datos que vendrían dados al hombre y no elaborados por él. Por ello, no dependerían del arbitrio de las personas y poseerían validez con independencia de que los hombres los respetaran».
- (11) El fundamento del principio de proporcionalidad ha sido abordado por varios autores de manera diferente. Hay quien lo sitúa en el Derecho natural y quien, por otro lado, en el Derecho positivo. Una amplia literatura jurídica sobre los que opinan sobre la derivación del positivismo se encuentra en *Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás Salvador, Derecho penal. Parte general*, Valencia; Tirant lo Blanch, 1999, p. 81: en la doctrina española destacan *Cuerda Arnau, Maria Luisa, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, 1998, vol. I, p. 447 ss.; *García-Pablos de Molina, Antonio, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi», González Rus, Juan José, Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. E. Casas Barquero*, 1997; *Gómez Benítez, José Manuel, «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», VV.AA., El pensamiento penal de Beccaria*, Bilbao; Universidad de Deusto, 1990; *González-Cuellar Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid; Editorial Colex, 1990; *Martos Núñez, Juan Antonio, «El principio de intervención mínima», Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1987, 1; *Sánchez García, Isabel, «El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal», La Ley*, 1994, 4; *Sánchez García, Isabel, «El principio de proporcionalidad», Cuadernos de Derecho Público*, 1998, 5.
- (12) Destaca una explicación clara y exhaustiva del fenómeno del iusnaturalismo deontológico en *Pérez Luño, Antonio Enrique, «Iusnaturalismo y derechos humanos», Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2000, vol. 2,

4, p. 17: «La razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside, precisamente, en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del Derecho realmente existente sino de las pautas axiológicas que deben informar el Derecho positivo y, cuando no lo son, legitiman su denuncia. Ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden concebirse como compartimentos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable».

- (13) *Navarro Frías, Irene*, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 2010, 2, p. 12. La autora describe en nota los fundamentos históricos sobre los que se basa el principio de proporcionalidad. Ella hace referencia al análisis alemán según el que la proporcionalidad entre medios y fines –concepto alcanzado en la época moderna– «no puede reconducirse a un ideal concreto de justicia», es decir, uno de los ideales mencionados *supra*.
- (14) *Sáinz Guerra, Juan*, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén; Universidad de Jaén, 2004, p. 223. El autor menciona cómo a cada delito «le corresponde una pena, una sanción, principio que se ha plasmado en el hecho de que el poder público castiga con la privación de un bien al que comete una infracción voluntaria en contra del orden establecido en las leyes». Esta realidad, por supuesto, ha concretado sus efectos de manera diferente en los diversos períodos históricos. Por lo general, antes de la codificación del siglo XIX los legisladores nunca se habían planteado la posibilidad de añadir una correspondencia entre delitos y penas, lo que generaba «la desproporción existente entre los unos y las otras que, en ocasiones, provocarían el castigo de un homicidio con una pena inferior a la de un hurto. Sólo el pensamiento ilustrado y después el codificador promoverán esa pretensión de sistema estable a la hora de relacionar delitos y sanciones aplicando el criterio de la proporcionalidad».
- (15) *Cobo del Rosal, Manuel*, *Vives Antón, Tomás Salvador*, *Derecho penal*, cit., p. 81: «El principio de *prohibición de exceso* o de *proporcionalidad* (en sentido amplio) aparece como límite al poder de policía, para luego generalizarse hasta convertirse en un principio general del Derecho público, que rige el establecimiento y aplicación de toda suerte de medidas restrictivas de los derechos y libertades».
- (16) En el sentido latino de la palabra, la expresión «soberano *ab solutus*» hace referencia a su carácter intrínseco de poder suelto de cualquier obligación, límite o condicionamiento.
- (17) *Reechstaat* es la palabra acuñada por la doctrina alemana en el siglo XIX con la que se indicó el Estado de Derecho, es decir, la forma de Estado que vela por la salvaguardia y el respeto de los derechos y libertades del ser humano.
- (18) En la doctrina italiana destaca *Morbidelli, Giuseppe*, «Costituzioni e costituzionalismo», VV.AA., *Diritto pubblico comparato*, Torino; Giappichelli, 2016, p. 117 ss., que evidencia la evolución del Estado de Derecho del siglo XIX al Estado constitucional, caracterizado por la rigidez de la Carta y el sometimiento de toda actuación pública a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.
- (19) La referencia que se hace a la antítesis idea-ideal vehicula la concepción de justicia de dos maneras distintas. Por un lado, la justicia como *idea* representaría su actuación verdadera, material y completa dentro del sistema jurídico vigente. Por otro lado, sin embargo, la justicia en sentido *ideal* reflejaría un objetivo al que aspiraría el orden normativo, al tanto del hecho de que resulta casi imposible su alcance.
- (20) *Muñoz Conde, Francisco*, *García Arán, Mercedes*, *Derecho penal. Parte general*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2015, p. 94. El principio de proporcionalidad, según los autores, desciende directamente del principio de intervención mínima y representa «una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente».
- (21) El ordenamiento español ha individuado la libertad como madre de los demás bienes jurídicos a través de la proclamación del Estado de Derecho, actuada mediante el artículo 1.1 de la Constitución: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».
- (22) Apoyan esta postura, entre otros, *Cobo del Rosal, Manuel*, *Vives Antón, Tomás Salvador*, *Derecho penal*, cit., p. 82, cuya opinión sobre la validez del principio de proporcionalidad es la siguiente: «En Derecho español, puede afirmarse su vigencia a

partir del artículo 1º de la Constitución, no sólo en tanto este precepto constituye una proclamación del Estado de Derecho, sino también en la medida en que declara que la libertad es un valor superior del ordenamiento español».

- (23) *Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general*, Barcelona; Reppertor, 2008, p. 127.
- (24) *Ibid.*, p. 127, *sub nota* 77. Según el autor, el principio de proporcionalidad implica una limitación del poder estatal, por un lado genéricamente frente a afectaciones de derechos, por otro lado específicamente frente a la vulneración de derechos constitucionales: «el principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales».
- (25) *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 120 ss. En el párrafo relativo a la consagración constitucional del principio de proporcionalidad, la autora presenta seis posturas doctrinales diferentes sobre la derivación del mismo de uno o más preceptos constitucionales, evidenciando las posiciones de sus colegas que se adhieren a una en vez de otra idea. «La mayoría de la doctrina penalista española se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso alguno acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado».
- (26) Véase *supra* (§ 2.3, *sub nota* 21).
- (27) *Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás Salvador, Derecho penal*, cit., p. 82, *sub nota* 6.
- (28) *Jaén Vallejo, Manuel, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional»*, *Revista General de Derecho*, 1986, 507, p. 4927.
- (29) En favor de esta postura está *Morillas Cueva, Lorenzo, Sistema de Derecho Penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid; Dykinson, 2016, pp. 161-162. Adicionalmente, una amplia literatura sobre la procedencia del principio de proporcionalidad de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes se registra en *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 120, *sub nota* 23. Entre otros destaca *Torío Lopez, Ángel, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes»*, *Poder Judicial*, 1986, 4, p. 8, el cual considera que –así como las varias formas de ejecución de la pena y la pena de muerte– también una pena desproporcionada puede hallarse en contra de la prohibición del art. 15 de la Constitución.
- (30) El Tribunal Constitucional, como se expondrá *infra* (§ 7), no considera que el principio de proporcionalidad se origine de un solo precepto constitucional, sino de una lectura combinada de múltiples normas de ese rango. En este sentido su postura difiere de la doctrina que se está comentando: por un lado el Tribunal Constitucional inserta el art. 9.3 CE entre los demás de los que procede el principio de proporcionalidad, por otro la doctrina en cuestión considera el mismo artículo como el único fundamento de dicho principio.
- (31) Entre otros destacan *Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín, Comentarios al Código Penal español*, Pamplona; Aranzadi, 2016. Los autores señalan la procedencia del principio de proporcionalidad, en última instancia, del artículo 9.3 CE.
- (32) Soporta esta teoría, entre otros, *Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2016, p. 25. El autor considera que la proporcionalidad, «desde el punto de vista político-constitucional, [...] responde directamente al valor constitucional de la *justicia* (art. 1.1 CE) y al *principio de igualdad* (arts. 1.1, 9.2, 14 CE), que exige tratar por igual lo igual, pero desigualmente lo desigual, propio del Estado democrático».
- (33) *López Garrido, Diego, García Arán, Mercedes, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid; Eurojuris, 1996, p. 29.
- (34) Véase *supra* (§ 2.3).

- (35) *Morillas Cueva, Lorenzo, Sistema de Derecho Penal, cit., p. 161.* Según el autor, el principio de proporcionalidad no puede «sustituir, como algunos propugnan, al principio de culpabilidad, con el que, en todo caso, concurre. Tampoco impide que la pena esté sometida al principio de necesidad, pudiendo en esos casos atenuarse o incluso renunciarse a la imposición o ejecución». Apoya esta postura también *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, cit., pp. 309-310.* La autora pone de relieve la diferencia entre culpabilidad y proporcionalidad de la manera siguiente: «El principio de proporcionalidad se distingue del principio de culpabilidad ya que el primero afecta al injusto del hecho y el segundo a la atribuibilidad del hecho. En el momento de decidir sobre la proporcionalidad abstracta se trata de exigir proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la de la pena con la que se le sanciona, y no se trata de exigir la atribuibilidad del injusto. Además, el principio de culpabilidad se encuentra desvinculado de la finalidad».
- (36) De este modo se traslada la opinión de *Mir Puig, Santiago, Derecho penal, cit., p. 100,* avalada también por *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, cit., p. 310.*
- (37) *Morillas Cueva, Lorenzo, Sistema de Derecho Penal, cit., pp. 162-163.* El autor considera que el principio de proporcionalidad de la pena, «de una gran trascendencia teórica como manifestación limitadora del poder punitivo del Estado, no deja de presentar dudas prácticas a la hora de su real utilidad, fundamentalmente en la vertiente abstracta de medición de la cuantía de la pena legalmente prevista para hipótesis concretas».
- (38) Apoya el concepto por el que se debería canalizar la aplicación de la proporcionalidad según enfoques no arbitrarios *García Arán, Mercedes, Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, Barcelona; Universitat de Barcelona, 1982, p. 212.* La autora afirma que la proporcionalidad «entre la entidad de la sanción y la gravedad de lo cometido es un principio general que, siendo irrenunciable, admite tantos y tan variados enfoques que no basta con su simple enunciado. Quien se contenta con ello deja una puerta abierta a que las penas se impongan únicamente sobre la base del daño objetivo que se desprende de la acción inicial o que la retribución sea una finalidad en sí misma».
- (39) En este sentido se manifiesta *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, cit., p. 285,* al expresar que la libertad del legislador penal «se encuentra sujeta, por consiguiente, al respeto del valor de justicia del Estado de Derecho, de la interdicción de la arbitrariedad y de la dignidad de la persona, pero siempre que los respete posee un amplio poder de decisión. En este sentido, el principio de proporcionalidad de las penas es una fórmula vacía en tanto que no se establezcan los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos. Por consiguiente, hay que traducir el principio de proporcionalidad en una serie de directivas más precisas para el legislador, encontrándonos ante una tarea ciertamente delicada, a pesar de la simplicidad estructural de este principio».
- (40) Indican esos dos criterios para la concreción de la gravedad de la pena, al fin de evaluar su proporcionalidad con el hecho cometido, *Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, Derecho penal, cit., pp. 94-95.* Los autores proponen los criterios que se deben utilizar «para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito». Se desprendería del texto una visión objetiva, más que subjetiva, de la pena, es decir, la que objetivamente ha de imponerse al delito y no al reo. Cierto es que en una óptica de igualdad de los individuos ante la ley se exige una pena aplicable al delito, sea quien sea su autor. Cabe subrayar, sin embargo, que las circunstancias personales del culpable juegan un papel nada desdeñable a la hora de personalizar la pena dentro del marco establecido por ley, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en la fase judicial.
- (41) El problema de determinar qué bienes jurídicos son los más importantes es abordado por *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, cit., p. 287.* La autora hace referencia a la elaboración de la doctrina italiana, que ha intentado proponer «un rango entre los distintos bienes jurídicos constitucionalmente relevantes acudiendo a la Constitución como parámetro, que se traduce en grados de diversa importancia». Se menciona, a título ejemplificativo, una influyente categorización de los bienes en cuanto a su importancia: bienes fundamentales, bienes primarios y secundarios. «Los primeros serían aquellos sin los cuales el Estado perdería su identidad de Estado social de Derecho». Con respecto a la diferenciación entre los bienes primarios y bienes secundarios, la autora recoge una doctrina por la que todos los bienes sin los que el hombre no puede desarrollarse de la manera mínima esencial son bienes primarios y, al contrario que los secundarios, son los únicos que se pueden tutelar a través de la pena privativa de libertad.
- (42) Dentro de esas circunstancias ha de constar también el «elemento subjetivo del desvalor de la acción», tal y como indica *Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, cit., p. 289.* De hecho, la diferencia entre un delito cometido dolosa o imprudentemente determina también la mayor o menor gravedad del mismo y necesita de valoración a la

hora de establecer una proporción entre el delito concreto y la pena que se debe aplicar. No cabe duda en añadir que, incluso dentro del dolo y de la imprudencia, se pueden crear escalas interinas de gravedad adicionales.

- (43)** El criterio de *nocividad social* y el ejemplo proceden de *Mir Puig, Santiago, Derecho penal*, cit., p. 128. El autor sostiene que la «necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva» y que «esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se desvalúen. Pero un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la "nocividad social" del ataque al bien jurídico».
- (44)** La individuación de los tres requisitos que fundamentan el principio de proporcionalidad en Derecho penal descende de la teoría de los «tres escalones» elaborada por la doctrina alemana.
- (45)** A la proporcionalidad de la pena en sentido amplio se le llama también *principio de prohibición de exceso*. Tal expresión está encaminada a indicar que cualquier medida sancionadora es desproporcionada en cuanto no se ajuste a los requisitos que se detallan a continuación y presuponga un exceso. La denominación sin embargo podría sufrir distorsiones si se considerase la palabra *exceso* sin matices. Si se tomara en consideración el exceso en sus significados positivo y negativo, la expresión mantendría su significado correcto. En cambio, si se considerase sólo en sentido positivo, a lo mejor esa denominación no incluiría todo el ámbito de la proporcionalidad. En sentido positivo, excesiva sería una medida que sobrepasara los límites máximos *ad sidera* (por ejemplo, una sanción de unos años de prisión por el hurto de un bolígrafo). En sentido negativo, excesiva sería una sanción que sobrepasara los límites mínimos *ad inferos* (por ejemplo, una pena de multa por la comisión de un homicidio).
- (46)** Entre otros, la denominan «adecuación a fin» *Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás Salvador, Derecho penal*, cit., p. 84.
- (47)** Sobre las teorías de la pena, véase *infra* (§ 5).
- (48)** Consideran el requisito de necesidad como principio de la «menor injerencia posible» o de «intervención mínima», entre otros, *Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás Salvador, Derecho penal*, cit., p. 85; *Morillas Cueva, Lorenzo, Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 161.
- (49)** El art. 404 CP formula lo siguiente: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años».
- (50)** *Navarro Frías, Irene*, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto», cit., p. 5 ss. La autora explica ambas posturas discutidas y prevalecerá en su opinión la primera, es decir, la tradicional relación entre la gravedad del hecho y la de la pena. «Pese a que efectivamente se plantea una disyuntiva entre una y otra postura, hay que precisar, no obstante, que el sector que concibe el principio de proporcionalidad en sentido estricto de manera *más amplia*, es decir, como una ponderación entre los costes y los beneficios de la norma penal, no pretende tampoco renunciar al tradicional principio de proporcionalidad de las penas, sino más bien integrarlo en la estructura del principio de proporcionalidad en sentido estricto. De esta manera, el principio de proporcionalidad en sentido estricto entendido como balance global no implicaría nunca una quiebra del tradicional principio de proporcionalidad de las penas, sino que al contrario, el postulado garantista tendría que verse confirmado por esa ponderación global».
- (51)** A esta ambigüedad de los conceptos se refiere *Castelló Nicás, Nuria, Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Granada; Comares, 2007, pp. 162-163. A la hora de comentar la determinación de la pena en el supuesto del art. 66.1.6ª CP, la autora critica los criterios normativos establecidos en el artículo (las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho), calificándolos como «criterios que, en última instancia, también conllevan un amplio margen de discrecionalidad en su ponderación y valoración, lo que, a la postre, puede significar una inseguridad no solo para el justiciable sino para el propio juez que ha de responsabilizarse de adoptar una decisión compleja y de efectos concretos (fijación de una condena) en el ámbito de un vasta extensión o recorrido punitivo».

- (52) Tal interpretación de los beneficios con respecto a la proporcionalidad de la pena en sentido estricto se desprende en *Navarro Frías*, Irene, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto», cit., p. 8. La autora llega a afirmar la casi total identidad entre las dos visiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto: por un lado, la relación entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, y por otro un balance entre costes y beneficios que en última instancia «tampoco se diferencia del tradicional principio de proporcionalidad de las penas [es decir, la tradicional relación antes mencionada]. Sin embargo, a ellos [costes y beneficios] debe sumarse, desde la perspectiva del balance global, el coste que representa la gravedad de la restricción de derechos fundamentales que conlleva la prohibición, así como algún que otro coste *adicional*». Entre los costes adicionales, se incluyen *ibidem*, sub nota 17, «el efecto desaliento y los costes económicos de aplicación de las penas».
- (53) *Lopera Mesa*, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 497.
- (54) La doctrina del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la discrecionalidad del legislador en múltiples ocasiones, como se verá *infra* (§ 7). Asimismo se expresa, entre otros, *Orts Berenguer*, Enrique, *Compendio de derecho penal. Parte general*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2017, p. 162. Según el autor, el juicio de proporcionalidad de la pena es competencia del legislador dentro del marco de su política criminal, por lo que no caben controles de ningún tipo, a no ser que exista una «desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella».
- (55) A este propósito, *Silva Sánchez*, Jesús-María, *Baldó Lavilla*, Francisco, *Corcoy Bidasolo*, Mirentxu, *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, Barcelona; J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 84-85, señalan que uno de los «temas más discutidos en la doctrina moderna sobre las medidas de seguridad es el relativo a las garantías que deben rodear la imposición de las mismas y, en particular, a si ha de desempeñar en ellas algún papel el principio de proporcionalidad. [...] En cuanto a la proporcionalidad, la cuestión es determinar cuál es su concreto contenido en el ámbito de las medidas de seguridad». La relevancia del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad es confirmada por *Mir Puig*, Santiago, *Derecho penal*, cit., p. 127, por el cual el hecho de que la gravedad de la pena ha de resultar proporcionada a la del hecho cometido es una «exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad [...] para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva».
- (56) El art. 66.1.6ª CP establece lo siguiente: «En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».
- (57) *Castelló Nicás*, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, cit., p. 168 ss.
- (58) La STS 9525/2000, de 27 de noviembre de 2000, hizo hincapié en que el Código Penal con la expresión *circunstancias personales del delincuente* se refiere a «situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto». La sentencia añade también unos ejemplos concretos que no pueden sino deben considerarse a la hora de ajustar la pena al caso concreto: «La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor». Se concentra más analíticamente sobre la interpretación jurisprudencial de las circunstancias personales del delincuente *Castelló Nicás*, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, cit., p. 172 ss.
- (59) La misma STS 9525/2000, de 27 de noviembre, ofrece unas aclaraciones sobre este segundo parámetro.
- (60) Avanza esta postura *Ferrajoli*, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari; Laterza, 2008, p. 404 ss. Según el autor, no se evita el efecto perverso de la pena porque en lugar de conferírsele una finalidad de rehabilitación, se le otorga una finalidad de ejemplaridad y corrección en sentido puramente disciplinario. En favor de la afirmación por la cual hay una tendencia hacia la pena correccional y ejemplar que se olvida de su función resocializadora, desempeña su papel la teoría del *neo-proporcionalismo* en materia de determinación de la pena, la que sostiene que los criterios que sirven para determinar la pena

han de ser desvinculados de la función social que ella conlleva. «Esta teoría sobre la determinación de la pena pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria, desligando la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto». Así la describe Feijoo Sánchez, Bernardo José, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 2007, 1, p. 7 ss. El autor critica analíticamente dicha teoría neo-proporcionalista porque no toma en debida consideración la importancia de la función social de la pena, sino que se basa exclusivamente en la óptica del ofendido. De hecho esta teoría parte «de una perspectiva de la víctima, descuidando la dimensión del hecho para el orden social».

- (61) Esta visión sobre la probabilidad de quiebra del principio de proporcionalidad en sentido abstracto y concreto y sobre su control pertenece a Barnes, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, 5, p. 30. Recoge esa postura Mata Barranco (de la), Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2007, p. 123, en los siguientes términos: «incluso se ha llegado a señalar que la proporcionalidad como principio jurídicamente exigible no es un instrumento realmente útil para medir si la cuantía de la pena prevista legalmente – proporcionalidad abstracta– es constitucionalmente inaceptable, pues ello sólo ocurriría en supuestos verdaderamente límite, difícilmente imaginables en un Estado de Derecho. En pocos casos, se dice, una pena de privación de libertad o una sanción económica de mayor o menor cuantía puede afirmarse –en referencia a los tres requisitos del juicio de proporcionalidad– que es del todo inútil para alcanzar el fin perseguido, más gravosa que otra que permita una similar protección o carente de todo equilibrio o ponderación. Sí se entiende más factible, en todo caso, que en el proceso aplicativo de la pena al caso concreto – proporcionalidad concreta–, pueda el órgano judicial infringir este principio».
- (62) La trascendencia de las teorías de la pena es evidente a la hora de determinar la sanción concreta que se va a aplicar. Esas teorías «tienen que tener su correspondencia y obtener un buen rendimiento a la hora de determinar la imposición de la pena, esto es, en el momento de individualizar la pena concreta que corresponde al autor del delito». Así López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho penal*, Navarra; Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 1303. El autor también destaca la inclinación de la doctrina mayoritaria con respecto a las teorías de la pena: «la doctrina mayoritaria, con la mirada puesta en la reinserción social del delincuente y con los límites de la culpabilidad, se inclina por las teorías de la prevención especial». Esa tendencia de la mayoría de la doctrina avala, pues, la postura elaborada por Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid; Civitas, 1997, p. 81 ss.
- (63) VV.AA., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid; Dykinson, 2015, p. 21. Los autores ofrecen una descripción sumaria de la retribución como fundamento de la pena. «A grandes rasgos y en su versión más pura, la retribución se centra en la necesidad de compensar el mal causado con la comisión del delito, ajena a cualquier efecto que la imposición de la pena pudiera implicar hacia el futuro». La idea retributiva ya estaba presente en el pensamiento filosófico de I. Kant y G.W.F. Hegel, partidarios de las teorías absolutas de la pena –es decir, las teorías retributivas– cuyo fundamento se basa en la máxima *punitur quia peccatum est*.
- (64) La intrinsicidad de la proporcionalidad en la teoría retributiva es subrayada por Hassemer, Winfried, *¿Por qué castigar?*, cit., p. 71. El autor destaca que en «un clima retributivo no nos quita el sueño el problema de la pena proporcionada. En este clima la proporcionalidad de la sanción no es sólo una meta, sino su programa; retribución y proporcionalidad están estrechamente relacionadas».
- (65) Este elemento amenazador representa un medio muy eficaz en las manos del legislador, pero su efecto disuasorio puede resultar en la opresión significativa de los derechos individuales. «Hay de hecho posibilidades de reforma que incrementan el efecto disuasorio, aunque muchas, si no la mayoría, pueden resultar poco atractivas o inconstitucionales debido a los sacrificios que requieren». Así Robinson, Paul Heron, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid; Marcial Pons, 2012, p. 88.
- (66) VV.AA., *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 21-23. Los autores ofrecen una descripción eficaz de la prevención como fundamento de la pena, según la máxima *punitur ut ne peccetur*. «Cuando se fundamenta la imposición de una pena en fines preventivos la mirada no se dirige al pasado, al delito cometido, sino al futuro y, más concretamente, a los efectos que pueda tener su existencia e imposición de cara a la evitación, a la prevención de la comisión de nuevos delitos».
- (67) *Ibid.*, p. 23.

- (68)** Así Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 293 ss. En la conminación penal abstracta, «si bien el legislador ha de partir de criterios de proporcionalidad entre el injusto y la pena, su decisión debe incorporar además criterios de prevención general y de prevención especial. La consideración de criterios de prevención general en el momento legislativo se debe a que es ésta la función fundamental de la pena en el momento de la conminación penal; la inclusión de criterios de prevención especial no es más que una consecuencia de la necesidad de vigencia de los principios de resocialización y de humanidad de las penas en las tres fases de la pena y no de manera exclusiva a la fase de imposición de la pena».
- (69)** Hassemer, Winfried, *¿Por qué castigar?*, cit., p. 72.
- (70)** La doctrina mayoritaria entiende que el principio de proporcionalidad delimita máximos, pero no mínimos, de pena. Como se desprende fácilmente del ejemplo, el desborde hacia abajo del principio de proporcionalidad podría llevar a consecuencias espantosas con respecto a la prevención de delitos futuros. Por lo tanto sería más correcta la tesis minoritaria por la cual el principio de proporcionalidad delimita también los mínimos de la sanción. Destacan en esta doctrina minoritaria, entre otros, De la Mata Barranco, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*, cit., p. 104; Navarro Frías, Irene, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto», cit., pp. 16-17.
- (71)** Existen supuestos en los que la prevención y la proporcionalidad pueden hallarse en conflicto entre sí, de hecho «en algunos casos el incremento de la pena por motivos de prevención, contrarios a la proporcionalidad en sentido estricto, desarrolla un efecto intimidatorio superior. Y éste es un fenómeno que no desconoce el legislador español, puesto que es una práctica llevada a cabo por el mismo: el legislador en algunos casos ha decidido incriminar o aumentar las sanciones previstas para determinados hechos movido por finalidades preventivas sin respetar las exigencias derivadas del principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto». Así Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 301.
- (72)** Sáinz Guerra, Juan, *La evolución del derecho penal en España*, cit., p. 225.
- (73)** Tal impostación se desprende también en Peris Riera, Jaime Miguel, Cuesta Pastor, Pablo José, «Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico. El modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el Código Penal de 1995», *Tráfico y Seguridad Vial*, 2000, 23, pp. 13-14. Aunque los autores se refieran a la versión precedente del delito de negativa a someterse a prueba, por el que el sujeto activo era castigado como autor de un delito de desobediencia grave, ellos subrayan que «parece evidente que el sujeto activo del delito tipificado en el artículo 380 [hoy 383] será un conductor al que presuntamente se le intercepta conduciendo su vehículo a motor o ciclomotor dolosamente bajo la influencia del alcohol o de otra sustancia tóxica. En la práctica, como es sabido, también se producen controles preventivos, lo que ha suscitado controversias sobre su admisibilidad entre la Doctrina y la Jurisprudencia». El carácter abstracto del peligro ante que se establece este delito está representado, pues, de esos controles preventivos que se llevan a cabo para prevenir la comisión de conductas ilícitas más graves con respecto a la seguridad vial.
- (74)** La expresión «delito obstáculo» pertenece a Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova; Cedam, 2015, pp. 236-237. En la doctrina española, señalan la tendencia actual del legislador y la describen, entre otros, Peris Riera, Jaime Miguel, Cuesta Pastor, Pablo José, «Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico», cit., p. 10; Cuesta Pastor, Pablo José, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada; Comares, 2002.
- (75)** Sugiere esta opinión Cuesta Pastor, Pablo José, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*, Madrid; Dykinson, 2012, pp. 133-134.
- (76)** Esta perspectiva desde la cual se aborda la cuestión del delito del art. 383 CP en calidad de delito obstáculo sugeriría una incompatibilidad ontológica de los delitos de peligro abstracto con la técnica legislativa frecuente de los delitos obstáculo.
- (77)** Así se expresa el Magistrado García Manzano en su Voto Particular a la STC 161/1997, de 2 de octubre: «El legislador del Código Penal de 1995 ha optado aquí por la segunda vía: el encuadramiento de la negativa en los delitos de desobediencia, configurándolo como desobediencia grave y asignándole la pena privativa de libertad correspondiente a los autores de éste, del art. 556 del mismo Código punitivo, es decir, prisión de seis meses a un año. Pues bien, no existe, a mi juicio, correspondencia entre la estructura jurídico-penal en la que se ha alojado este nuevo delito y la conducta real objeto de reproche: no responde esta al dolo específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad, en la abstracción que debe recoger la norma, sino al eludir la indagación y comprobación del delito tipificado en el anterior art. 379 del mismo Código».

- (78)** Recoge esta serie de medidas alternativas *Cuesta Pastor*, Pablo José, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, cit., p. 129. El autor menciona el informe de la Fiscalía General del Estado, en el cual se destaca la regulación satisfactoria de las prescripciones administrativas anteriores a la creación del delito del art. 383 CP. Además hace referencia al Voto Particular de García Manzano, en el cual el Magistrado «defiende la subsistencia del ilícito administrativo y los controles preventivos y la existencia de medios para lograr el cumplimiento de la obligación de someterse al test de alcoholemia [...]. Por lo que, si el legislador penal quiere respetar el principio de intervención mínima que debe orientar su actividad, no debe criminalizar esta conducta, que sigue asentando su núcleo en la infracción de normas encuadradas en el ámbito de la policía de la circulación».
- (79)** *Cuesta Pastor*, Pablo José, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, cit., p. 134.
- (80)** *Ibid.*, pp. 136-139. Más allá de las dudas relacionadas a la proporcionalidad de la pena, el autor perfila otros aspectos que considera inconstitucionales del art. 383 CP.
- (81)** STC 65/1986, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 5º.
- (82)** STC 160/2012, de 20 de septiembre, Fundamento Jurídico 3º. Además, en el FJ 8º, el Tribunal afirma que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un 'desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa'».
- (83)** STC 65/1986, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 4º.
- (84)** STC 55/1996, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 3º. Los Magistrados advierten que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales [...] y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad». En todo caso «siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción».
- (85)** STC 60/2010, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 7º.
- (86)** STC 60/2010, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 8º. Esta postura es confirmada también en la STC 119/2010, de 24 de noviembre.
- (87)** STC 65/1986, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 3º.
- (88)** STC 160/1987, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 6º.
- (89)** STC 150/1991, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 4º.
- (90)** STC 150/1991, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 6º.
- (91)** STC 55/1996, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 6º. «La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos

obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos». Ante esta toma de posición del Tribunal Constitucional, el Voto Particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera pone de relieve la necesidad de llevar a cabo un previo juicio de razonabilidad, antes de analizar la presencia o ausencia de proporcionalidad en un determinado supuesto normativo.

- (92)** Así se expresa la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su STS 499/2017, de 30 de junio: «De este modo, en nuestra STS 716/2015, de 19 de noviembre, que invoca el propio recurrente, señalábamos que el Legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado».
- (93)** Los Magistrados, en la STC 201/2016, insisten en que la vulneración de derechos fundamentales establecidos en la Constitución siempre ha de ser motivada, a pesar de que se trate de una medida sancionadora.
- (94)** STC 173/2011, de 7 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º. En la misma sentencia, se hace mención de los tres requisitos que han de presidir el juicio de proporcionalidad, ya analizados en la STC 89/2006, de 27 de marzo, en la que se establecen las tres siguientes condiciones necesarias para considerar una medida conforme al principio de proporcionalidad en sentido amplio: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».
- (95)** STS 658/2014, de 16 de octubre, Fundamento Jurídico 5º. Al respecto vid. también SSTS 747/2007 y 33/2013.