

**CONSTITUCIÓN,
DERECHOS
FUNDAMENTALES Y
SISTEMA PENAL**
*(Semblanzas y estudios con motivo
del setenta aniversario del profesor
Tomás Salvador Vives Antón)*

TOMO II

J. C. CARBONELL MATEU

J. L. GONZÁLEZ CUSSAC

E. ORTS BERENGUER

(Directores)

M. L. CUERDA ARNAU

(Coordinadora)

tirant lo blanch

Valencia, 2009

El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal¹

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

I

La aprobación de la Constitución española en 1978, que supuso la culminación de la transición a la democracia, obligó a una relectura del ordenamiento jurídico desde la nueva óptica del Estado constitucional. Mi generación sintió con claridad que ello había de afectar a las bases mismas de la construcción teórica del Derecho penal. Personalmente encontré en la Constitución un apoyo jurídico-positivo a la fundamentación político-criminal y dogmática del Derecho penal en el modelo de Estado social y democrático de Derecho². Pero el desarrollo de la relectura constitucional del Derecho penal español, tanto material como procesal, debía tener lugar no sólo en la doctrina, sino también y muy en particular por parte del Tribunal Constitucional. Tomás VIVES ANTÓN, a quien dedico afectuosamente este trabajo, contribuyó decisivamente a ello en ambos ámbitos, en sus publicaciones científicas y como uno de los primeros Letrados del Tribunal Constitucional, del que más adelante sería Magistrado. El manual que escribió con Cobo del Rosal, cuya primera edición apareció en 1984, dedicó su segundo capítulo (II) a los “Principios Constitucionales del Derecho Penal”. Este capítulo, evidentemente redactado por Vives,

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “Constitución y Derecho Penal”, referencia DER2008-04410/JURI.

² Cuando en 1975 escribí mi *Introducción a las bases del Derecho penal* (1ª ed. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976, 2ª ed. Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2002), Franco todavía vivía, pero reivindicué el modelo del Estado social y democrático de Derecho como el que se había impuesto en nuestro entorno cultural. Tras aprobarse la Constitución en 1978, en mi librito *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed. Barcelona (Bosch Casa Editorial) 1979, 2ª ed. 1982, apoyé mi concepción de la función del Derecho penal en la nueva Constitución y la puse en la base de la teoría del delito.

incluía entre dichos principios constitucionales el de “prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio”³. La terminología revelaba claramente que se hacía referencia no sólo al principio penal de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino a un principio más general de rango constitucional que debe limitar toda actuación estatal que afecte a algún derecho fundamental. Tal principio había sido especialmente desarrollado por la doctrina constitucional alemana y por el Tribunal Constitucional alemán incluyendo en él tres subprincipios: el de *idoneidad* de la intervención estatal para conseguir su finalidad, el de *necesidad* de dicha intervención para tal fin y el de *proporcionalidad en sentido estricto* entre el coste de la intervención en términos de afectación de derechos y el beneficio representado por el fin a obtener. Esta construcción fue acogida tempranamente por el Tribunal Constitucional español y Vives la incluyó entre los principios constitucionales del Derecho penal. Desde entonces el Tribunal Constitucional ha ido admitiendo en forma creciente la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio al Derecho penal, y cada vez es mayor la atención que el principio recibe de la doctrina, no sólo de los penalistas, sino también de constitucionalistas y de teóricos del Derecho⁴. Yo mismo me ocupé del principio y de la evolución de su aplicación al Derecho penal por parte del Tribunal Constitucional hasta la importante STC 136/1999 (caso de la mesa de Herri Batasuna) en un trabajo dedicado a nuestro colega José María Lidón Corbi, víctima del terrorismo de ETA⁵. Aquí volveré sobre el tema, pero el grado de desarrollo

³ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte General*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 81 ss.

⁴ AGUADO, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 2007; CUERDA ARNAU, Mª Luisa, “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal, en A.A.V.V., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia 1997, págs. 447 ss.; FERNÁNDEZ NIETO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el Derecho común europeo*, Madrid, 2008; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2003; LASCURAIN, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, págs. 159 ss.; LOPERA MESA, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid 2006; URQUIZO OLAECHEA, “Principio de proporcionalidad penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS y otros (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 193 ss.

⁵ MIR PUIG, S., “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en ECHANO (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, págs. 349 ss. También sobre la STC 136/1999 cfr: ÁLVAREZ GARCÍA, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999...”, en *La Ley*, 5, 1999, págs. 2053 ss.; CUERDA RIEZU, A., “Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios de

que entretanto ha alcanzado el análisis de los diferentes aspectos del principio de proporcionalidad permitirá que limite el reducido espacio de que dispongo a algunas reflexiones acerca de la relación de dicho principio con las teorías de la pena, y de su capacidad para ofrecer una fundamentación constitucional de los límites materiales del Derecho penal.

II

La primera cuestión que quiero debatir es: **¿puede el principio de proporcionalidad en sentido amplio ofrecer un fundamento legitimador de la intervención penal preferible al que ofrecen las teorías de la prevención y de la retribución?**

Tal fundamento tendría la ventaja indiscutible de aportar una base jurídico-positiva, de carácter constitucional, mucho más concreta que la que pueden encontrar las ideas de la prevención —salvo la expresa alusión a la resocialización que hace el art. 25, 2 de la Constitución— y de la retribución. Los fines de prevención y retribución se han defendido tradicionalmente con base en razones ajenas al Derecho positivo, principalmente religiosas, éticas o filosófico-jurídicas. Ello era inevitable si no se trataba de describir el Derecho penal vigente, sino de fundamentar su legitimidad, y no se contaba con la legitimación que pueden aportar las Constituciones actuales. Es lo que sucedía en España antes de la Constitución de 1978. Ello no significa que la discusión sobre la legitimidad del Derecho penal y de sus límites deba detenerse ahora en la Constitución. La legitimidad de ésta no se deduce de sí misma, sino de que responda a las exigencias de nuestro tiempo histórico. El modelo de Estado social y democrático de Derecho que acoge el art. 1, 1 de la Constitución es una opción política cuya legitimidad no procede de su reconocimiento constitucional, sino de un consenso al que en Europa se llegó tras dos siglos de experiencia histórica que pusieron de manifiesto la necesidad de someter el poder estatal a límites jurídicos democráticos, como los encarnados en la idea de Estado de Derecho liberal, pero también la conveniencia de asignar a dicho Estado la función de resolución de problemas sociales (Estado social). Dicho modelo político aparecía ya como válido antes de que nuestra Constitución lo reconociera. Por ello lo utilicé como base de legitimación política del Derecho penal ya antes de la Constitución⁶. Sin embargo, es cierto que el reco-

la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999...”, en *Libro Homenaje a Cerezo Mir cit.*, págs. 237 ss.

⁶ Cfr. *supra*, nota 1.

nocimiento constitucional añade a la legitimidad *externa* del modelo político y sus principios su *validez jurídico-positiva*. Si la Constitución fuera derogada y sustituida por otra declaradamente antidemocrática, ésta otra carecería de legitimidad para quienes no consideramos admisible un Estado antidemocrático. Podríamos seguir reivindicando un Derecho penal democrático; pero tal reivindicación habría perdido la fuerza normativa jurídico-positiva de la Constitución.

Por otra parte, siempre he creído que las ideas de prevención y de retribución no bastan por sí solas para decidir la discusión clásica entre una y otra, y entre sus posibles sentidos y combinaciones. Desde mi punto de vista, la cuestión depende del modelo político que en cada momento histórico se estime adecuado. Así, por ejemplo, una concepción teocrática del Estado vinculada a una religión que postule el castigo de los pecados resultará coherente con la asunción de una función retributiva de la pena, mientras que un régimen político totalitario tenderá a utilizar el Derecho penal como medio de auto-protección y de aseguramiento de un orden público basado en una prevención penal sin límites. Cuando, como ha ocurrido y ocurre, el Estado teocrático es a la vez totalitario, ambos fines se mezclan, exasperando la dureza de la retribución y poniéndola al servicio de la eficacia preventiva. En cambio, un Estado no confesional y democrático —como el nuestro— no podrá asumir el deber de realizar la justicia divina sobre la tierra, sino que deberá justificar el uso de las penas por su capacidad de proteger a los ciudadanos. Y, puesto que habrá de tratar a todos como ciudadanos titulares de derechos fundamentales, deberá también tener en cuenta que los delincuentes lo son y que las penas vulneran gravemente sus derechos. La carga aflictiva de las penas no deberá representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Ni deberá castigar si no es necesario para la protección de los ciudadanos, ni deberá hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen. En este modelo de Estado la pena habrá de ser necesaria para la prevención de delitos, pero al mismo tiempo deberá someterse a límites relacionados con los derechos de los acusados. Deberá tener una función de *prevención limitada*⁷.

Entre los límites que debe respetar la prevención en un Estado social y democrático de Derecho como el acogido en la Constitución española y en otras muchas de nuestro ámbito cultural, se reconoce pacíficamente que debe incluirse el de que la pena sea proporcionada al delito. Ello se fundamenta por

⁷ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, págs. 93 a 95. (L 3 nº 62 ss., 67).

distintas vías. Una de ellas enlaza con la idea clásica de la *retribución*, según la cual sólo sería admisible la prevención si va de la mano de la justicia. Pero, si la función de retribución ya no puede fundarse en un cometido religioso de adelantamiento de la justicia divina en la tierra, y si en una sociedad pluralista no hay una sola idea de justicia, ¿en qué puede basarse la necesidad de retribución? Para evitar este problema, cabe fundamentar la exigencia de proporción entre el delito y la pena en la propia prevención, pero en su vertiente de prevención general *positiva*⁸. Como se ve, sigue abierto el debate entre retribución y prevención. Y, por otra parte, ninguna de ambas ideas permite decidir cuándo una infracción es lo suficientemente grave para ser considerada delito y castigada con una pena, ni ofrece criterios precisos para fijar límites a la pena. Por lo demás, ni la retribución ni la prevención general positiva pueden limitar la imposición de medidas de seguridad.

¿Puede el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio fundamentar con ventaja la intervención penal y sus límites, integrando las exigencias clásicas de la retribución y prevención en el marco de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho?

III

Una vez admitida la legitimidad *externa* del modelo político constitucional, parece lógico aprovechar las posibilidades de legitimación y validez jurídico-positiva que la Constitución ofrece a la intervención penal. Pues bien, el principio de proporcionalidad en sentido amplio parece un cauce adecuado para fundamentar y controlar la constitucionalidad de la intervención penal del Estado.

Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales. Suele presentarse como "*límite de los límites*", como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado⁹. Puesto que toda intervención penal —desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución— limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio sería, por tanto, un límite constitucional *material* fundamental, que condiciona la legitimidad de la in-

⁸ Así, p. ej., MIR PUIG, *Derecho penal*, PG cit., págs. 83 s. (L 3 n° 21 a 26) y págs. 95 s. (L 3 n° 68 s.).

⁹ Ver, por todos, LOPERA, *Principio de proporcionalidad... cit.*, págs. 45 s.

intervención penal atendiendo a su gravedad. Otros límites materiales generalmente reconocidos por los penalistas, además de la exigencia de proporción entre delito y pena, como los principios de necesidad de pena, de subsidiariedad, *última ratio*, fragmentariedad e intervención mínima, de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, pueden integrarse en el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio¹⁰. Quedaría fuera de este principio, con rango constitucional, el principio de legalidad, que no limita directamente el contenido de la intervención penal, sino la *forma* en que puede ser prevista: mediante una Ley, generalmente Orgánica, anterior al delito salvo que sea más favorable para el reo una ley posterior, que respete el mandato de determinación; exigencia de legalidad que debe extenderse tanto a las garantías criminal y penal, como a la jurisdiccional y de ejecución.

En efecto, tal como es concebido el principio de proporcionalidad en sentido amplio por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales incluye los tres subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*¹¹. Los tres conceptos se afirman respecto a una *finalidad* beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos. En un Estado no confesional al servicio de los ciudadanos, como hemos argumentado más arriba, la limitación de derechos que implica toda intervención penal ha de justificarse por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos, previniendo lesiones de dichos intereses. Ello legitima el *principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales*, entendidos como intereses fundamentales directos (individuales) o indirectos (colectivos) de los ciudadanos¹². Pero tal finalidad

¹⁰ Más discutible, a mi juicio, es si el principio de culpabilidad puede considerarse también una exigencia del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Dejo esta cuestión para el final de este trabajo.

¹¹ Así, expresamente, la importante STC 136/1999 (caso mesa de Herri Batasuna): ver MIR PUIG, "Principio de proporcionalidad..." *cit.*, págs. 358 s. En la doctrina constitucional alemana, de donde procede esta construcción, cfr. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, págs. 111 ss. Ampliamente: BERNAL, *El principio de proporcionalidad...* *cit.*, págs. 720 ss., 738 ss., 762 ss.; LOPERA, *Principio de proporcionalidad...* *cit.*, págs. 387 a 551.

¹² Aunque admite la distinción que propongo entre bien jurídico y bien jurídico-penal, LOPERA, *Principio de proporcionalidad...* *cit.*, pág. 367 (donde cita mi trabajo "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", de mi libro *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994, págs. 129 ss.) considera que la exigencia del plus de relevancia necesaria para un bien jurídico-penal no puede condicionar ya de entrada la legitimidad *prima facie* del bien como posible objeto de la finalidad de protección de la intervención penal, sino que resultará de las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta: "Así pues, la diferencia entre el conjunto de los *bienes jurídicos*

de prevención no podrá legitimar penas que entrañen privaciones de derechos inidóneas¹³, innecesarias o desproporcionadas en sentido estricto¹⁴.

Las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de *necesidad de pena* para la protección de bienes jurídicos, *subsidiariedad*, *última ratio*, *fragmentariedad* e *intervención mínima*. El tercer subprincipio, de proporcionalidad en sentido estricto, tiene relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena.

Los requisitos de *idoneidad* y *necesidad*, en relación con la finalidad última de protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos, son congruentes con una fundamentación *utilitarista* del Derecho penal. Tal fundamentación presupone que la intervención penal sea *idónea*, esto es, un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido: si el Derecho penal fuera inútil, incapaz de evitar delitos, no sería legítimo en un Estado que sólo puede limitar derechos de sus ciudadanos si ello redunda en una mayor protección de los derechos. Pero esto exige que además la intervención penal resulte *necesaria*, en el sentido de que el fin de protección perseguido no pueda

y el de los *bienes jurídico-penales* no ha de quedar establecida de entrada en el examen de legitimidad del fin, por la vía de excluir *ab initio* la constitucionalidad de aquellas normas que tutelen bienes o intereses que el Tribunal considere en abstracto socialmente irrelevantes, sino más bien en el transcurso de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, singularmente al calibrar el alcance de las prohibiciones penales a través del juicio de necesidad de la norma de conducta" (pág. 370).

Sin embargo, habida cuenta de que hasta la pena menos grave implica una limitación más grave (aunque sólo sea por su significado simbólico de reproche ético-social) de derechos, que la de cualquier otro medio de intervención estatal no penal, sí creo que puede requerirse de antemano para la legitimidad del fin de *toda* intervención penal que la misma trate de proteger bienes que por su relevancia especial merezcan la tutela jurídico-penal (bienes jurídico-penales).

¹³ Relaciona el principio de lesividad con la exigencia de idoneidad LOPERA, *Principio de proporcionalidad... cit.*, pág. 240. Desde luego, si la intervención penal ha de ser idónea para conseguir el fin de protección de derechos fundamentales u otros intereses relevantes merecedores de ser considerados bienes jurídico-penales, la idoneidad de la intervención penal lo ha de ser para evitar la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídico-penales.

¹⁴ Aunque se requiera como presupuesto de toda intervención penal la finalidad de proteger bienes que por su importancia merezcan ser considerados bienes jurídico-penales, cada intervención penal en particular deberá resultar *necesaria* para proteger dicho bien de la concreta forma de ataque tipificada (no han de bastar otras formas de protección menos lesivas), lo cual presupone la concreta *idoneidad* de dicha tutela, y requiere también que el bien —además de tener en abstracto la relevancia mínima exigible a todo bien jurídico-penal—, su grado de afectación y forma de ataque tipificados, tengan una importancia tal que no resulte desproporcionada la concreta pena o medida prevista —lo cual tiene que ver con la concreta ponderación que exige el subprincipio de la *proporcionalidad en sentido estricto*.

ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no haya *alternativas* a la intervención penal menos lesivas que ésta. Ello obliga a respetar el principio de *intervención mínima*, que no ha de entenderse en el sentido de un mínimo absoluto, sino en el del mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves (menos pena o un medio no penal: *subsidiariedad* del Derecho penal) para conseguir aquella finalidad. En este mismo sentido, el subprincipio de necesidad exige que la intervención penal sea el último recurso: la *última ratio*¹⁵.

El tercer subprincipio, el de *proporcionalidad en sentido estricto*, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección) de la intervención penal, aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir. Aquí cabrá exigir que el interés que se espera proteger sea proporcionado a la gravedad de la intervención penal, de modo que ésta no sea más grave que el mal que se trata de evitar. En la medida en que la intervención penal afecte a derechos fundamentales¹⁶, sólo resultará proporcionada si trata de evitar lesiones de derechos igualmente fundamentales o por lo menos de intereses fundamentales para la vida social que, además de ser en abstracto merecedores de tutela penal (bienes jurídico-penales), afecten con suficiente intensidad a dichos bienes. Y a medida que aumente la gravedad de la intervención penal (así mediante penas o medidas privativas de libertad y en la medida en que su duración aumente) mayor ha-

¹⁵ En esta línea LOPERA, *Principio de proporcionalidad... cit.*, pág. 240 s.

¹⁶ Puede discutirse, como yo mismo hago, que alguna pena, como la de privación del derecho de conducir, limite un derecho fundamental: cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general cit.* pág. 111 (L 4 n° 25). Aunque a mi juicio la privación del derecho a conducir no llega a impedir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de movimiento (no impide viajar en automóvil como acompañante), es cierto que dificulta dicha libertad de movimiento. Por otra parte, el argumento que algún autor esgrime (así COBO-VIVES, *Derecho penal, PG* 1ª ed. 1984, pág. 75), de que la intervención afecta al derecho al honor, tropieza con el hecho de que ello no puede aceptarse en modo alguno respecto a las intervenciones penales consistentes en medidas de seguridad, que carecen de sentido de reproche.

brá de ser la importancia del bien o bienes que con ella se espera proteger, y mayor la intensidad de su afectación que se desea evitar¹⁷.

IV

Todo esto mira a la comparación de la gravedad de la intervención penal con la importancia del objetivo de protección *futura* que persigue. No se refiere a la comparación de la pena impuesta y el delito *cometido antes* de su imposición: éste no es el objetivo futuro a evitar, sino un hecho *pasado* que es ya inevitable. La pena impuesta nunca puede ser un medio idóneo para evitar el delito cometido, ni, por tanto, un medio proporcionado al fin de evitación de dicho delito ya cometido. Sin embargo, la doctrina suele considerar que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto incluye la exigencia de que la pena impuesta sea proporcionada al delito cometido¹⁸. Aunque a primera vista ello parece evidente, lo cierto es que esta exigencia de proporcionalidad entre la pena impuesta y el delito cometido no es una consecuencia obvia de la lógica de la proporcionalidad de medio a fin, que mira al futuro y es más fácil de relacionar con la finalidad de prevención (futura) que con la de retribución (de un hecho pasado). **En este trabajo querría indagar si, de todos modos, cabe en efecto considerar que la exigencia de proporción entre la pena impuesta y el delito cometido viene requerida por el subprincipio de proporcionalidad del principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio.**

Los autores que incluyen la exigencia de proporción entre la gravedad del delito cometido y de la pena impuesta dentro del subprincipio de proporcionalidad estricta apenas creen necesario fundamentarlo. Así, para poner el ejemplo de nuestro homenajeado, Tomás Vives, en el apartado que en su manual con Cobo dedica a la proporcionalidad en sentido estricto puede leerse:

“La exigencia de proporcionalidad... ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la «carga coactiva» de la pena y el fin perseguido por

¹⁷ Sobre la necesidad de tener en cuenta no sólo la importancia abstracta del bien a proteger, sino también la intensidad de su afectación ver MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en mi libro *Estado pena y delito*, Montevideo/Buenos Aires, 2006, págs. 85 ss., (=“Legal Goods Protected by the Law and Legal Goods Protected by the Criminal Law...”, en *New Criminal Law Review*, vol. II, n° 3 (2008), págs. 409 ss.)

¹⁸ Así ya COBO/VIVES, *Derecho penal*, desde su 1ª ed. de 1984 y ahora 5ª ed. págs. 88 s.; LASCURAIN, “La proporcionalidad de la norma penal” *cit.*, págs. 174, 188; AGUADO, T., *El principio de proporcionalidad...cit.*, pág. 114; LOPERA, *Principio de proporcionalidad...cit.*, pág. 226.

la conminación penal. La ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio»; determinando si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción” (citan STC 62/1982 de 15 de octubre).

”Es evidente que la proporcionalidad así entendida, dada la función de tutela del orden jurídico que a la pena corresponde, ha de atender, en primer término, a la gravedad del delito cometido, esto es, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor. La pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela (en nota dicen: «Como señala Rawls (...) también desde un punto de vista utilitarista al orden de las ofensas, según su gravedad, ha de corresponder el orden de las penas, según su severidad.»”).

En otro lugar de la obra, al ocuparse de la “función y fines de la pena”, se aclara que “la función de tutela del orden jurídico” que obliga a “atender, en primer término, a la gravedad del delito cometido”, no es la afirmación simbólica del orden jurídico en términos de prevención general positiva o próximos a la retribución como restablecimiento del Derecho. En efecto, allí se afirma:

“La *función* de la pena *no es la realización de la Justicia* por medio del castigo¹⁹. (...) “Esto sentado, cabe afirmar, de acuerdo con lo sostenido al estudiar el principio de “prohibición de exceso” (o “proporcionalidad en sentido amplio)..., que *la función primordial de la pena es la tutela jurídica*, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho...”²⁰

No parten, pues estos autores de una fundamentación retribucionista de la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la de la pena. Su consideración de la gravedad de delito cometido como primer término de la ponderación necesaria para el juicio de proporcionalidad estricta ha de entenderse exigida por la “finalidad de tutela”, esto es, “de defensa del bien que da origen a la restricción”. Este es el sentido que debe darse a su frase citada: “La pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela”.

Pero, si es evidente que la retribución exige la proporción entre la gravedad de la pena a imponer y la gravedad del delito *cometido*, no es tan evidente que tal proporción se derive de la necesidad de que la pena sea un medio propor-

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 800.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 801.

cionado a la finalidad de protección *futura* del bien lesionado. Esto último requiere mayor explicación.

En su exhaustiva monografía sobre principio de proporcionalidad y ley penal, Gloria P. LOPERA, tras pasar revista a las distintas posiciones que creen posible derivar el límite de proporcionalidad entre pena y delito de la propia finalidad de prevención, llega a la conclusión de que por sí sola esta finalidad no es capaz de limitar su tendencia a aumentar las penas para satisfacer las demandas crecientes de protección de la sociedad²¹. La finalidad de protección frente al delito no bastaría, según esto, para justificar la exigencia de proporción entre pena y delito. Sería necesario una segunda finalidad: la de reducir la violencia punitiva estatal²². Sobre esta base fundamenta la inclusión de la exigencia de "proporcionalidad de las penas" (así es como llama LOPERA a la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad de delito), en los términos siguientes:

"En el contexto de dicha doctrina (se refiere a la que suscribe del doble fin de prevención de delitos y de reducción de la violencia estatal), la realización del «segundo fin» del derecho penal requiere establecer un *límite máximo* a la coacción que el estado está autorizado a emplear para conseguir el fin de prevenir delitos. El principio de proporcionalidad de las penas, al prescribir que la gravedad de la pena no debe superar en ningún caso la del delito conminado en abstracto o sancionado en concreto, suministra ese umbral máximo, y en esa medida se ofrece como un medio para contener la violencia punitiva estatal dentro de límites acordes con el principio de dignidad humana, el cual se erige en fundamento de aquellas garantías tradicionalmente asociadas a la idea de retribución, al exigir no sólo que el castigo ha de presuponer culpa, sino que ha de corresponder a la culpa (cita a Alf Ross). De este modo se ofrece una fundamentación satisfactoria a la exigencia de proporcionalidad de las penas que no pasa por adoptar una justificación retribucionista del derecho penal, pero tampoco por desactivar su potencial limitador del poder punitivo, al mantenerla como una exigencia externa y no siempre coincidente con la lógica de la prevención de delitos."

Pero esta fundamentación se mueve en el mismo plano de legitimación *externa* del Derecho penal que las teorías de la retribución y de la prevención en sus diversas manifestaciones y combinaciones. Tiene, como ellas, las mismas ventajas y las mismas limitaciones: permite un punto de vista crítico independiente del sistema político imperante, pero a la vez carece de la fuerza

²¹ Cr. LOPERA, *Principio de proporcionalidad... cit.*, págs. 197 ss., 213 s.

²² Cfr. LOPERA, *ibidem*, págs. 223 ss., siguiendo en esto a BAURMANN y SILVA SÁNCHEZ.

vinculante propia del Derecho positivo. Sin embargo, LOPERA cree posible encontrar un apoyo iuspositivo a la justificación externa que defiende en el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Como se verá enseguida, la doctrina y la jurisprudencia actuales encuentran el fundamento constitucional de este principio en la propia vigencia de las disposiciones constitucionales que prevén derechos fundamentales, vigencia que se opone a su limitación por parte del Estado salvo que resulte idónea y necesaria para la protección de otros derechos y no suponga mayor coste en los derechos sacrificados que beneficio para los derechos protegidos (que no resulte desproporcionada en sentido estricto). Esta fundamentación del principio de proporcionalidad en sentido amplio partiría, como la justificación externa de la pena de LOPERA, de la necesidad de reducir la violencia estatal que supone la limitación de derechos propia de la pena de modo que no cause más daño que beneficio para otros derechos. En palabras de aquella autora:

“...a la luz de un «utilitarismo penal reformado», la *legitimidad externa* del derecho penal... se ve envuelta en una antinomia, pues pasa por resolver un conflicto entre las contrapuestas exigencias de prevenir los atentados contra la libertad y los derechos de los individuos provenientes del delito y de las punitivas arbitrarias (lo que *prima facie* supone una razón a favor de extender tanto el ámbito de las prohibiciones como de las sanciones), y a la vez reducir la propia violencia punitiva estatal a fin de evitar la afectación de derechos y libertades del individuo que con ella se produce (lo que *prima facie* representa una razón en contra de la intervención penal.” Tal conflicto sólo se resuelve de forma satisfactoria “...cuando puede afirmarse que la intervención penal persigue un fin legítimo, es además un medio idóneo y necesario para alcanzarlo, y los beneficios que la misma reporta en términos de libertad son mayores que los costos que de ella se derivan”²³. De ello concluye que “puede afirmarse que el juicio sobre la legitimidad externa de una ley penal —desde el punto de vista de una doctrina de justificación utilitarista de signo garantista— y el juicio interno acerca de su validez constitucional comparten la misma estructura de argumentación, que en uno y otro caso discurre a través del principio de proporcionalidad”²⁴.

Comparto ampliamente esta conclusión, que parte, como se ha dicho de la fundamentación del principio de proporcionalidad en sentido amplio en la propia vigencia de los derechos fundamentales. Conviene, pues, ampliar

²³ Cfr. LOPERA, *op. cit.*, pág. 243.

²⁴ Cfr. LOPERA, *op. cit.*, pág. 244.

esta fundamentación, y lo haremos enseguida. Pero antes he de hacer **dos precisiones**.

La **primera** es que la inclusión en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la exigencia de proporcionalidad de la gravedad de la pena a imponer con la gravedad del delito cometido, a mi juicio requiere abandonar la perspectiva *ex post* con que dicha exigencia se deriva de la idea de retribución, para contemplar la relación delito/pena desde una perspectiva *ex ante*. Si se trata de comparar el coste en sacrificio de derechos que implica la pena con el beneficio que con ella se puede obtener en términos de protección de derechos, este beneficio no puede buscarse en la eliminación del delito cometido, puesto que la lesión del bien que éste supone ya no puede evitarse (la víctima del asesinato no puede resucitar por obra de la pena), sino sólo en la posible evitación de delitos iguales en el futuro. Hay que adoptar la perspectiva *ex ante* propia de la prevención. Desde esta óptica, la proporcionalidad entre la pena y el delito debe basarse en la ponderación *ex ante* que debe efectuar el legislador al señalar la pena al delito en la ley: tal pena habrá de resultar proporcionada al delito que quiere evitarse mediante el efecto de prevención que se espera de la conminación penal típica. Si el delito se comete, la pena debe imponerse no para retribuir el hecho pasado, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal y mantener así su eficacia preventiva futura, y para añadir el efecto de prevención especial en el delincuente. **La proporcionalidad estricta entre la pena y el delito no ha de basarse en la comparación con la gravedad del delito cometido como algo pasado a compensar mediante una pena "equivalente", sino porque dicha gravedad es también la gravedad de todos los delitos iguales que se quieren prevenir en el futuro con la pena a imponer.**

La **segunda precisión** que quiero efectuar se refiere al significado de la expresión "gravedad del delito" cuando ha de ser tomada como elemento a ponderar con la gravedad de la pena para decidir la presencia de proporcionalidad estricta. En un sentido amplio, la "gravedad del delito" depende no sólo de la gravedad del injusto penal, como gravedad del ataque a un bien jurídico-penal (por su desvalor de resultado y por su desvalor de conducta), sino también de la mayor o menor culpabilidad de su autor. Pero ambos elementos del delito poseen un significado distinto. Mientras que el *daño* que supone la pena para derechos del que ha de sufrirla y el *daño* que implica el injusto penal para un bien jurídico pueden ponderarse dentro de la lógica utilitaria de coste/beneficio, la culpabilidad no afecta al *daño* causado por el delito (no lo aumenta ni disminuye), sino a la posibilidad de imputarlo a una persona. Si esta posibilidad falta, el principio de culpabilidad impide imponer toda pena, con independencia de si ésta pudiera considerarse proporcionada a objetivos

de prevención. Por ello, el principio de culpabilidad no me parece *relativizable* como lo sería si se condicionase a los presupuestos del principio de proporcionalidad. Así lo argumentaré más detenidamente en la última parte de este trabajo (ver *infra* VI). Ello ha de valer para los dos sentidos en que ha de operar el principio de culpabilidad: para impedir toda pena si no hay culpabilidad y para obligar a atenuarla si la culpabilidad está disminuida. También esta exigencia ha de operar de forma absoluta y fuera de las posibilidades de ponderación inherentes al principio de proporcionalidad.

En consecuencia, la exigencia de proporcionalidad estricta del principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye la necesidad de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del ataque al bien jurídico-penal (la gravedad del injusto penal), pero no el postulado de que la culpabilidad es el límite de la pena, que ha de operar de forma absoluta en base a otro principio distinto al de proporcionalidad, que es el de culpabilidad.

Con las dos precisiones efectuadas, la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del delito (vista *ex ante* y sin incluir la culpabilidad) entra en la lógica de medio a fin del principio de constitucional de proporcionalidad en sentido estricto. Puede entonces contar con la fuerza vinculante de la Constitución, a diferencia de las justificaciones tradicionales de la pena. Pero, como he adelantado ya, ello presupone la fundamentación de este principio en la propia vigencia de los derechos fundamentales, una fundamentación que requiere una explicación más detenida.

V

El principio de proporcionalidad en sentido amplio no se halla previsto expresamente por el texto constitucional, pero es admitido por la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, y, como ambas han puesto de manifiesto, ello es una pura consecuencia del reconocimiento constitucional de derechos que pueden colisionar entre sí o con otros bienes jurídicos relevantes. La vigencia de todos los derechos o bienes que entran en colisión impide resolver ésta teniendo en cuenta sólo uno de ellos y desconociendo por completo el otro. El principio de proporcionalidad en sentido amplio surge de esta necesidad de tener en cuenta el coste que para un derecho fundamental tiene dar preferencia a otro bien jurídico relevante. Trata de evitar que el coste que representa la limitación de un derecho sea superior al beneficio que supone para otro derecho. En otras palabras: es la propia *vigencia* de los derechos fundamentales lo que impide someterlos a limitaciones no justificadas por la obtención de

un beneficio superior para otros derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes. La exigencia de proporcionalidad se fundamentará, pues, en la propia vigencia de los derechos fundamentales; y la proporcionalidad no será en este sentido más que un criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes.

Ha sido ALEXY quien mejor ha advertido que la exigencia de proporcionalidad se deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en cuenta el peso de cada uno de tales derechos en cada concreta colisión. Ello sucede, según ALEXY, porque las disposiciones constitucionales que prevén derechos fundamentales no tienen el carácter cerrado de las *reglas*, sino el carácter abierto de los *principios*.

ALEXY profundiza en esta distinción de reglas y principios como dos clases diferentes de normas, que se ha ido imponiendo en la actual teoría del Derecho²⁵. “Las *reglas* —afirma— son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”²⁶. Por ello, para la resolución de los conflictos entre reglas no es necesario acudir, en principio, a la idea de proporcionalidad, puesto que tales conflictos se resuelven mediante criterios de solución (como los de *lex posterior derogat legem priorem* y *lex specialis derogat generalem*) que eliminan el conflicto invalidando con carácter general la aplicación de una de las reglas en conflicto. El juicio de proporcionalidad es necesario, en cambio, cuando entran en conflicto principios, porque la colisión entre principios no se resuelve como la colisión entre reglas, con carácter general, sino *caso a caso*, ponderando el *peso* de cada uno de los principios

²⁵ Aunque importantes autores como ESSER, DEL VECCHIO Y GARCÍA DE ENTERRÍA ya habían subrayado anteriormente la importancia de los principios jurídicos, fue DWORKIN quien en los años 70 reavivó el interés por los mismos, al utilizarlos como muestra de la insuficiencia de la concepción de HART. Cfr. sobre esto, cfr. PUIGPELAT, Francesca, “Principios y normas”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6 (1990), págs. 231 ss. refiriéndose ya a trabajos de ALEXY sobre los principios anteriores a su *Theorie der Grundrechte*, 1ª ed. Frankfurt, Suhrkamp, 1986. Sobre el término “regla” como contrapuesto a “principio” cfr. p. ej., ATIENZA / RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, 1996. En la terminología tradicional el término “norma” se usa en un sentido estricto equivalente al de “regla” y contrapuesto al de “principio” (aunque no porque se niegue a los principios valor normativo): así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, pág. 69 (L 2 nº 34).

²⁶ Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de GARZÓN VALDÉS, 1ª ed., Madrid, 1993, pág. 87. Hay 2ª ed. trad. por BERNAL PULIDO, Madrid 2007.

concurrentes en relación con las *concretas* circunstancias del caso. Así, por ejemplo, ante el conflicto clásico entre el principio de libertad de expresión y el principio de protección del honor, no se trata de que uno de ellos desplace *en general* al otro, sino de decidir *en cada caso* cuál de ellos debe imponerse. En este sentido entiende ALEXY los principios como “mandatos de optimización”: “Los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que puede ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”²⁷. Pues bien, esta naturaleza de los principios le parece a ALEXY que implica lógicamente la exigencia de proporcionalidad, con las tres máximas parciales que en ella incluye la jurisprudencia alemana: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto²⁸. Veamos cómo lo explica:

“Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión”²⁹; es decir, teniendo en cuenta el peso de los distintos intereses concurrentes en el caso concreto (y decidiendo por los que tengan un peso mayor, que es lo que exige el mandato de proporcionalidad en sentido estricto. (...)) “En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fácticas*”³⁰. Aquí se trata, en efecto, de comprobar si *empíricamente* el sacrificio del interés cuestionado hace o no posible la satisfacción del otro interés concurrente (si es o no un medio *idóneo* para tal fin), y si hay o no alternativas menos lesivas al sacrificio de uno de los intereses en juego (necesidad como postulado del medio más benigno)³¹.

²⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* cit, pág. 86.

²⁸ *Vid. loc. cit.*, págs. 11 s.

²⁹ *Ibidem*, pág. 112, en relación con pág. 90 ss.

³⁰ *Ibidem*, págs. 112 ss.

³¹ La construcción de ALEXY ha sido ampliamente aceptada por la doctrina. Así, especialmente, la importante elaboración de BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad... cit.*, reconoce en su prólogo que se basa en ALEXY y en el diálogo con él, y en concreto, págs. 103 ss., 162. También la excelente monografía de LOPERA, *Principio de proporcionalidad... cit.*, parte de la formulación de ALEXY y la aplica al Derecho penal: págs. 89,

Según esto, no es necesario que la Constitución se refiera a la exigencia de proporcionalidad, porque ésta se deriva del propio reconocimiento constitucional de principios, como los que acogen derechos fundamentales, que por su propia naturaleza no tienen determinados de antemano sus límites, por lo que sus limitaciones posibles dependen de que en el caso concreto sirvan a la satisfacción de otros principios sin suponer mayor coste que beneficio. La idea de proporcionalidad es la que en cada caso permite decidir si una determinada limitación de un principio está justificada en aras de la satisfacción de otro. Más que un principio independiente, la proporcionalidad es el criterio de solución de los concretos conflictos entre principios, exigido por la propia pretensión de vigencia de todos los principios en conflicto. Si el principio a limitar en beneficio de otro está reconocido por la Constitución, como los que reconocen derechos fundamentales, quedará sometido al posible control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional³².

En cualquier caso, es innegable que la exigencia de proporcionalidad es una consecuencia que se deriva de la necesidad de considerar todos los intereses en conflicto. Un Estado que respete los derechos de todos sus ciudadanos tiene que tener en cuenta no sólo los derechos de las (posibles y efectivas) víctimas de delitos, sino también el sacrificio que implica en los derechos del delincuente la protección de las víctimas a través de una pena (o de una medida de seguridad).

VI

El Tribunal Constitucional (TC) reconoce desde los años ochenta el principio de proporcionalidad, pero desde entonces han variado tanto su fundamentación como su capacidad para permitir la revisión por parte de dicho Tribunal de la constitucionalidad de la intervención penal.

91, 96 ss., 100 ss., 499 ss. Así mismo sigue a ALEXY GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad... cit.*, pág. 107, por lo que en pág. 106 ss. señala que el presupuesto que hace necesario el criterio de proporcionalidad es que estemos frente a bienes jurídicos susceptibles de limitación por el legislador por no estar determinados completamente a través de reglas, sino con carácter de principios.

³² Así, en la línea de ALEXY, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad... cit.*, págs. 103 ss., 162, considera la exigencia constitucional de proporcionalidad como un criterio estructural de concreción y fundamento de normas adscritas a derechos fundamentales. También GÓNZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad... cit.*, pág. 106, destaca que la exigencia de proporcionalidad no es un principio independiente, sino un criterio instrumental para controlar la vulneración de derechos fundamentales.

En sus primeras sentencias el TC lo consideró implícito en la proclamación del art. 1; 1 de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna la *justicia* como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el art. 10 de la Constitución efectúa de la *dignidad humana*, y en el principio de *culpabilidad* (así STC 65/1986, y también STC 150/1991). Sin embargo, más adelante acabó reconociendo, en el sentido de ALEXY, que no constituye un canon de constitucionalidad independiente, sino un criterio de interpretación. Así, la STC 55/1996:

“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 criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales*. (...) El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable (...) es el de los derechos fundamentales”.

El cambio de fundamentación tuvo consecuencias en las posibilidades de revisión de la constitucionalidad de la intervención penal.

En primer lugar, considerar la proporcionalidad una exigencia del valor *justicia* y de la *dignidad humana* impedía invocarla en vía de recurso de amparo, porque los preceptos constitucionales que proclaman aquellos valores (art. 1 y art. 10 CE) no están entre los que declaran derechos fundamentales y el amparo constitucional presupone la vulneración de uno de estos derechos. Así argumentó la STC 65/1986. Es cierto que esta sentencia añadió la posibilidad de considerar la proporcionalidad una exigencia del principio de *culpabilidad* como contenido en el derecho a la *legalidad* penal previsto en el art. 25, 1 CE, que sí puede alegarse en amparo, pero entendió que el principio de culpabilidad opera sólo en el caso concreto, en la determinación judicial de la pena, y no respecto a la fijación de la pena en la ley por el legislador. En cambio, al pasar a considerar la proporcionalidad como criterio de interpretación de una posible vulneración de los derechos fundamentales limitados, la STC 55/1996 vino a admitir la posibilidad de revisión constitucional por infracción de los preceptos que prevén tales derechos, que sí pueden alegarse como base de un recurso de amparo.

En segundo lugar, esta nueva fundamentación al estilo de ALEXY implicaba concebir la proporcionalidad como criterio de comparación de costes y beneficios: de los costes que supone la intervención penal en limitación de derechos y de los beneficios que con ella se esperan conseguir, exigiendo que aquellos costes sean un *medio* proporcionado a la persecución del *fin* repre-

sentado por el beneficio esperable. La proporcionalidad así entendida mira al fin futuro; a la posible prevención, y deja de basarse en la necesidad de retribución del delito ya cometido (pasado), a la que parecían remitir las primeras sentencias del TC al apelar a la justicia, a la dignidad humana y al principio de culpabilidad. Por ello, las SSTC 55/1996 y 61/1997, desde la nueva óptica de la relación medio/fin, pasaron a poner el acento en la comprobación de la necesidad de la pena prevista para proteger bienes jurídicos trascendentes. Sin embargo, la fundamental STC 136/1999 (caso Mesa de Herri Batasuna) señaló correctamente que la proporcionalidad en sentido amplio incluía, además del requisito de necesidad y de su presupuesto, la idoneidad, la proporcionalidad en sentido estricto. Este último subprincipio fue precisamente el que sirvió de base a esta sentencia para considerar inconstitucional, por excesiva, la pena señalada por art. 174 bis a) CP 1944-1973 para casos de cooperación con el terrorismo:

“...la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas” (Fundamento jurídico 29º, primer párrafo). (...) “En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal, en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) CP 1973.” (Fundamento jurídico 30º).

Dos observaciones. La primera es que en la ponderación que conduce a negar la proporcionalidad estricta el TC menciona tanto una finalidad futura (“el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información”) como la gravedad del delito cometido (pasado) (“el desvalor que entrañan las conductas sancionadas”). La segunda es que el derecho fundamental que se considera vulnerado no es el de la libertad limitada por la pena, sino el de legalidad penal. En esto difiere esta STC 136/1999 de la anteriormente citada 161/1997, que a mi juicio parece más correcta³³.

³³ Mientras que es innegable que una pena privativa de libertad que se considere desproporcionada limitará excesivamente el derecho a la libertad afectado por dicha pena, es mucho más difícil explicar por qué dicho exceso de pena vulnera el principio de legalidad penal. El único derecho que se desprende del texto del art. 25, 1 CE es a no ser condenado por una pena no prevista por la ley en el momento de realizar el hecho. Nada dice este artículo de que la pena prevista por la ley no deba ser excesiva. No obstante, es cierto que el TC ha incluido en el principio de legalidad —también al margen de la letra del art. 25, 1 CE— la prohibición de *bis in idem* y, en alguna ocasión, el de culpabilidad.

En cualquier caso, del rápido repaso efectuado de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio cabe extraer, la conclusión de que finalmente ha acogido la fundamentación que del mismo ofrece ALEXY y que, a mi juicio, permite ver en dicho principio el cauce constitucional adecuado para una fundamentación del Derecho penal que parta de la necesidad de respetar en la medida de lo posible todos los intereses (contrapuestos) ante los que se encuentra: tanto los bienes jurídicos a proteger de posible delitos, como los derechos afectados por las penas o medidas de seguridad mediante los cuales esperan protegerse.

Cuestión distinta es la de hasta qué punto el TC se considera a sí mismo como la instancia adecuada para decidir cuándo el Derecho penal respeta y cuándo vulnera el principio de proporcionalidad y con ello su validez constitucional. Aunque se advierte una tendencia a ampliar las posibilidades de revisión constitucional por falta de proporcionalidad, el hecho es que el TC parte de que es el legislador democrático el competente en principio para decidir la cuestión, generalmente discutible, de si una determinada pena o medida de seguridad es proporcionada a su fin de protección, mientras que considera excepcional, y para casos de manifiesta falta de proporcionalidad, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley penal. Veamos.

En un primer momento, el TC pareció reservar al legislador, y negársela a los Tribunales, la decisión acerca de que intervención penal es o no proporcionada. Así, la STC 65/1986 declaró: "En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general con relación a un hecho punible (...) *es de competencia del legislador*". No compete a los Tribunales decidir si son o no proporcionadas: "...no cabe deducir del art. 25, 1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito".

En los años noventa mantuvo el principio de que compete al legislador valorar qué pena es proporcionada al delito, pero abrió la puerta a la posibilidad de revisión por el TC en casos extremos. En este sentido, la STC 150/1991 hace suya la afirmación citada de la STC 65/1986: "...el juicio de proporcionalidad de la pena (...) es competencia del legislador"; pero sustituyó la negación radical de la posibilidad de revisión constitucional por su admisión en casos de "desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad derivado de ella". Es cierto, sin embargo, que, como se ve, esta sentencia busca, como la STC 65/1986, un asidero constitucional propio en principios—como el de Estado de Derecho, el valor justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad— que le parecen más específicamente relacionados con la idea de proporcionalidad que los derechos fundamentales afecta-

dos por la intervención penal. Y esta fundamentación dificulta la revisión de constitucionalidad por el TC porque remite a preceptos de la Constitución que no pueden servir de base a un recurso de amparo³⁴.

Aunque abandonan esta fundamentación inicial del principio de proporcionalidad, para acoger la de ALEXY —la propia vigencia de los derechos fundamentales limitados por la intervención penal—, las SSTC 55/1996 y 161/1997 siguen considerando excepcional la posibilidad de revisión constitucional de la proporcionalidad. La STC 55/1996 exige para ello “un desequilibrio *patente y excesivo o irrazonable* entre la sanción y la finalidad de la norma”; y la STC 161/1997 añade a ello: “A este *mínimo de proporcionalidad* se constriñe, pues, nuestro juicio...”, y, en otro lugar: “...el control de este TC «tiene un alcance y una intensidad muy limitadas», so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas...”

La STC 136/1999 (caso de la mesa de Herri Batasuna) fue la primera que declaró inconstitucional un precepto penal por haber vulnerado el principio de proporcionalidad. Las pocas sentencias que con anterioridad habían declarado desproporcionada la pena impuesta al recurrente no lo hicieron por considerar inconstitucional el precepto penal aplicado, sino la concreta decisión judicial que impuso la pena. Fue el caso de la STC 85/1992, que consideró desproporcionada la condena por delito de desacato, por afectar al derecho a la libertad de expresión e información, y degradó el hecho a la falta de vejación injusta de carácter leve. En cambio, la STC 136/1999 dio un paso cualitativo al declarar la inconstitucionalidad de la pena prevista por el art. 174 bis a) CP 1944-1973 para casos de cooperación con el terrorismo. Sin embargo, y aunque con ello entró a revisar una decisión del legislador, siguió recordando algunas de las declaraciones de sentencias anteriores que hemos citado, en el sentido de que el legislador goza de un amplio margen de libertad para decidir cuándo una intervención penal resulta proporcionada³⁵.

³⁴ El art. 41, uno CE sólo permite interponer recurso de amparo por violación de. “los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución” y de “la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución”.

³⁵ Así, esta STC 136/1999 no se consideró capacitada para discutir la *necesidad* de la pena prevista por el art. 174 a) CP 1944-1973 recordando que el control del TC acerca de si existen otras medidas menos lesivas suficientes para conseguir la finalidad de protección perseguida “tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario...”, (expresión que toma literalmente de la STC 161/1997) de modo que “esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando «las medidas

Ahora bien, como decíamos, la cuestión de *quién* es competente, y en qué medida, para *decidir* si una determinada intervención penal está justificada con arreglo al principio de proporcionalidad en sentido amplio, ha de separarse claramente de la del reconocimiento constitucional de dicho principio. Por tanto, que el TC considere excepcional su capacidad de revisar la constitucionalidad de la decisión del legislador, no supone negar que el legislador deba someterse al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por el contrario, puede considerarse consolidado el reconocimiento por parte del TC de que la ley penal debe respetar, como toda intervención estatal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, con sus tres exigencias de que resulte idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto a su finalidad de protección frente al delito.

VII

Más arriba me he manifestado favorable a considerar este principio constitucional el cauce más adecuado para incluir una serie de principios que los penalistas reconocemos generalmente desde una óptica garantista. Dejé fuera del mismo el principio de legalidad, por no limitar el *contenido* de la intervención penal, sino su *forma*. Pero queda un principio capital de nuestro Derecho penal, que sí fija límites al contenido de la intervención penal y que, a mi juicio, es dudoso que pueda considerarse incluido en el principio de proporcionalidad. Me refiero al *principio de culpabilidad*, en su sentido más fundamental, que impide imponer pena alguna sin culpabilidad —sobre la culpabilidad como criterio de medición de la pena me referiré luego—, y en su sentido amplio, que incluye diferentes subprincipios: principio de responsabilidad personal, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto³⁶. Todos ellos condicionan la posibilidad de *culpar* (esto es: de imputar censurando) a alguien por un hecho valorado negativamente por lesionar o poner en peligro un bien jurídico-penal. Pues bien, tal posibilidad de culpar debe considerarse una exigencia *absoluta*, no condicionada a la mayor o menor gravedad de la lesión o puesta en peligro a imputar, ni suprimible, por tanto, cuando ello resultase *proporcionado* a la gravedad de la lesión a evitar. Si la exigencia de proporcionalidad en sentido amplio mira a la adecuación a

(sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada». Sobre esta fundamental sentencia ver mi trabajo "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal" *cit. supra* nota 4.

³⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal cit.*, L 4 / n° 63 ss., págs. 123 ss.

la finalidad de prevención, y responde a la lógica utilitarista de ponderación de costes y beneficios, el principio de culpabilidad no depende de exigencias de prevención, sino que, por el contrario, pretende limitar la prevención por razones ajenas a su lógica utilitarista. El sacrificio del principio de culpabilidad nunca podría, pues, considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención.

Ello es válido para el ámbito de las penas criminales. Cuando se trata de **sanciones administrativas o, en general, no penales en sentido estricto**, su imposición no supone la grave censura ético-jurídica propia de la pena, de modo que no presupone la misma posibilidad de *culpar* que las penas criminales. Las sanciones administrativas, p. ej., pueden implicar algún grado de censura por la infracción, pero inferior a la que implica una pena criminal. Por ello, el principio de culpabilidad puede tener exigencias diversas en uno y otro ámbito. Más evidente es aún que las **medidas de seguridad penales** no han de estar sujetas al principio de culpabilidad porque carecen, por su propia naturaleza, de todo sentido de censura ético-jurídica. En cambio, el principio de culpabilidad sí impide imponer una pena al inimputable, puesto que él no *merece* el reproche que lleva consigo la pena.

Claro está que el principio de culpabilidad podría incluirse en el de proporcionalidad si éste se concibiese, como lo hizo en los años ochenta el TC, como derivado de los valores *justicia* (reconocido por el art. 1, 1 CE) y de la *dignidad humana* (acogido por el art. 10 CE). Así, las SSTC 65/1986, y STC 150/199 consideraron incluso que el principio de culpabilidad era, junto a aquellos valores, fundamento del principio de proporcionalidad. La STC 65/1986 lo hizo entendiendo que el principio de culpabilidad se desprendía del principio de dignidad humana. La STC 150/199 derivó en cambio el principio de culpabilidad del principio de legalidad proclamado como derecho fundamental en el art. 25 CE —que permitiría, a diferencia de los arts. 1 y 10 CE) fundamentar un recurso de amparo—.

Yo también he fundamentado el principio de culpabilidad en la dignidad humana, y lo he relacionado además con los principios de seguridad jurídica (art. 9, 3 CE) y de igualdad (art. 1, 1 CE)³⁷. Sin embargo, soy partidario de fundamentar el principio de proporcionalidad constitucional en la propia vigencia de los derechos afectados por la intervención penal y en la finalidad de protección de los afectados por el delito, esto es, en términos de prevención,

³⁷ Lo vengo sosteniendo desde la 1ª ed. (de 1984, anterior a la STC 65/1986) de mi *Derecho penal... cit.*, L 4 / nº 66.

como hace el propio TC desde los años noventa. En esta otra concepción de la proporcionalidad tiene más difícil cabida el principio de culpabilidad.

No es que resulte imposible lógicamente incluir el principio de culpabilidad entre los elementos a ponderar en un juicio de proporcionalidad que compare costes y beneficios. Pero sería contrario al fundamento absoluto del principio de culpabilidad (no disponible en función de un fin de prevención) el admitir que pudiera vulnerarse cuando la finalidad de prevención permitiese considerar proporcionado su sacrificio. La única forma de introducir el principio de culpabilidad en la ponderación propia de la proporcionalidad, sin que pudiera nunca admitirse su vulneración, sería considerando un coste nunca soportable la imposición de una pena, con su específico significado de censura, a quien no puede ser culpado del hecho (por no ser el responsable personal del hecho, por haberlo ocasionado sin dolo ni imprudencia o por haberlo decidido en condiciones mentales de inimputabilidad o situacionales que impiden el reproche de culpabilidad), por muy grave que sea el daño que con la pena pudiera contribuir a evitarse. Pero tal valoración de coste *nunca* soportable, por grandes que pudieran ser sus beneficios, requiere de otro soporte constitucional —como los más arriba mencionados: justicia, dignidad humana, seguridad jurídica, igualdad— distinto al de la exigencia de proporcionalidad, que por sí sola no ofrece más criterio para la valoración del coste de una intervención penal que el del beneficio, en términos de prevención, que en concreto puede aportar³⁸.

Lo anterior se refiere a los casos en que el principio de culpabilidad impide imponer pena alguna por faltar toda culpabilidad. Esta falta de culpabilidad no puede “compensarse” en ningún caso por necesidades preventivas, y por ello creo que debe operar al margen del principio de proporcionalidad. Pero puede ocurrir que la culpabilidad no falte por completo, sino que se halle *disminuida*. En tal caso el principio de culpabilidad no impediría toda pena, sino que obligaría a atenuarla. ¿También esta exigencia debe operar absolutamente, al margen del principio de proporcionalidad y de la ponderación de costes y beneficios que éste implica? En la medida en que una menor culpabilidad pueda verse como determinante de una menor gravedad del delito, ¿no debe

³⁸ La Constitución obliga a considerar también un coste *nunca* admisible la pena de muerte, las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), lo que ha de verse como una *regla* definitiva, y no como un *principio* cuyos límites dependan de la proporcionalidad respecto a posibles beneficios preventivos. Más discutible es si el mandato que establece el art. 25, 2 CE, según el cual: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”, expresa una *regla* al margen de la proporcionalidad, o un *principio* limitable por la lógica de la proporcionalidad.

tenerse en cuenta a la hora de decidir si la pena es proporcionada al delito, cosa que hemos aceptado como exigencia de la proporcionalidad estricta que requiere el principio de proporcionalidad en sentido amplio?

Cuando he planteado más arriba (supra IV) la cuestión de la inclusión de la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, he anticipado ya que, en mi opinión, esta exigencia de proporcionalidad no debe ser el fundamento de la disminución de pena que procede cuando la culpabilidad está disminuida. Su fundamento ha de ser el más absoluto e incondicionado que ofrece un principio de culpabilidad independiente de la lógica relativa al coste/beneficio inherente al principio de proporcionalidad. Tal principio de culpabilidad ha de incluir tanto la prohibición de toda pena si no hay culpabilidad, como la obligación de atenuar la pena si la culpabilidad está disminuida.

Ello no es contradictorio con incluir dentro del principio de proporcionalidad, como he hecho en este mismo trabajo, la exigencia de que la gravedad de la pena ha de ser proporcionada en sentido estricto a la gravedad del injusto penal. Aunque con frecuencia se afirma que el principio de culpabilidad incluye dicha exigencia de proporcionalidad, equiparando la gravedad del delito a la gravedad de la culpabilidad³⁹, lo cierto es que ambos conceptos pueden y deben ser diferenciados⁴⁰. La gravedad del delito procede de la gravedad del

³⁹ El § 46 (1) del Código penal alemán usa en este sentido amplio el término "culpabilidad" ("*Schuld*") cuando declara: "La culpabilidad es la base de la determinación de la pena" ("*Die Schuld ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*"). En esta "culpabilidad" se incluye todo el injusto culpable (todo el injusto del que se puede culpar al sujeto), y en su gravedad influyen todos sus elementos, empezando por la importancia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Viene a equivaler a la "gravedad del hecho" que el art. 66, 66^a *in fine* CP español señala como criterio para la graduación judicial de la pena para el caso de que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes.

⁴⁰ Admito que la distinción no se corresponda exactamente con la distinción dogmática de injusto y culpabilidad, puesto que, en mi opinión, algunos elementos del injusto, como el dolo típico, influyen en la gravedad del ataque al bien jurídico-penal, pero al mismo tiempo condicionan la posibilidad de imputar (y por tanto de *culpar*) el tipo objetivo. Cfr. MIR PUIG, *Límites del normativismo en Derecho penal*, en mi libro *Estado, pena y delito cit.*, págs. 348 ss. (= <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>) Ahora bien, cuando un elemento, como el dolo típico, afecta tanto al injusto como a la culpabilidad en sentido amplio, debe incluirse ya en el injusto porque la categoría posterior generalmente denominada "culpabilidad", y que yo prefiero llamar "imputación personal", ha de reservarse para los elementos que *sólo* afectan a la culpabilidad: para las condiciones de imputación que no han condicionado ya el injusto (como un mínimo de previsibilidad para la imputación objetiva y como el dolo para la imputación subjetiva), aquellas que faltan para poder imputar el injusto previamente completo).

injusto típico, que a su vez parte de la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (gravedad condicionada no sólo por el desvalor de resultado, sino también por el desvalor de conducta). La culpabilidad es la posibilidad de imputar al sujeto dicho injusto. Tal posibilidad de imputar puede darse por completo, estar disminuida, o faltar totalmente. Cuando la culpabilidad es completa, todo el desvalor del injusto penal puede imputarse al sujeto, cuando la culpabilidad está disminuida no puede imputarse totalmente el desvalor del injusto. La culpabilidad no aumenta la gravedad del hecho a imputar, sino que solamente condiciona la posibilidad de imputar dicho hecho, con su gravedad, ya sea completamente (este es el límite máximo) o en forma disminuida. Por muy completa que sea la culpabilidad del sujeto plenamente imputable que comete una falta, no aumentará la gravedad de ésta; en cambio, por grave que sea un delito, como p. ej., el de asesinato, puede cometerse con una culpabilidad disminuida o sin culpabilidad alguna.

La gravedad del injusto penal procede del *daño* (en sentido amplio) que supone para un bien jurídico-penal, y en eso coincide con el *daño* que implica la pena para quien ha de sufrirla: también afecta a bienes jurídicos de éste. Ambos daños pueden y deben ponderarse de modo que el representado por la pena no sea mayor que el de los delitos que con ella se quieren evitar. Ello responde al fundamento del principio de proporcionalidad y conduce a la inclusión dentro del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la exigencia de que la pena sea proporcionada a la gravedad del delito cometido. En cambio, la culpabilidad no afecta al *daño* del delito ni puede ser, por tanto, un daño a evitar mediante el daño de la pena; tampoco la imposición de una pena sin culpabilidad o más allá de ella puede verse como un mero coste compensable por posibles beneficios preventivos. Estas necesidades preventivas frente al autor inculpaible o con culpabilidad disminuida han de satisfacerse por otro camino distinto a la pena. De hecho, la falta de culpabilidad no impide la imposición de medidas de seguridad, si éstas aparecen como medio idóneo, necesario y proporcionado para la evitación de posibles delitos por parte del autor no culpable, o menos culpable. No es, pues, que el principio de culpabilidad obligue, en su caso, a renunciar a la finalidad de protección de bienes jurídico-penales aunque resulte proporcionada, sino que lo único que prohíbe es perseguirla por medio de la pena. Ésta implica un reproche ético-jurídico que sólo es *justo* dirigir a quien es culpable y en la medida de su culpabilidad. Es este reproche el que en ningún caso puede imponerse al que *no lo merece*, por muy necesaria y proporcionada al fin de prevención que pueda ser la privación de derechos que implica la pena.