

La proporcionalidad de la norma penal

Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FUNCIONALIDAD DE LA NORMA PENAL: NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD: 1. *Dos requisitos y dos presupuestos.* 2. *Precisiones.* 3. *El postulado de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena.* 4. *Principio de proporcionalidad y principio de intervención mínima.*—III. FUNCIONALIDAD ÓPTIMA, FUNCIONALIDAD RAZONABLE, FUNCIONALIDAD PÉSIMA.—IV. PROPORCIONALIDAD Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA.—V. PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD.—VI. CONCLUSIONES: SEIS TESIS SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA NORMA PENAL.

I. INTRODUCCIÓN

1. El principio de proporcionalidad es un principio derivado del criterio democrático de legitimidad del Derecho que vincula, entre otros sectores, a los integrados por normas sancionadoras¹. El Derecho *per se* no es proporcionado, sino que debe serlo desde cierta perspectiva axiológica y sólo en parte de sus elementos. Es más, salvo por elipsis de elementos sobreentendidos, no cabe catalogar sin más algo como proporcionado ni cabe realizar un juicio genérico de proporcionalidad sin relación directa a otra magnitud ni especificación del criterio o la medida que instrumenta la comparación. La idea de proporcionalidad pertenece a la deontología del Derecho, no a su ontología; no señala un elemento definicional, una propiedad o una consecuencia de la naturaleza del Derecho, sino una exigencia que impone un determinado criterio de justificación del mismo.

¹ Ver Octavio DE TOLEDO y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid (Universidad Complutense), 1981, pág. 367.

Si el criterio democrático de legitimidad del Derecho y del Estado es la consecuencia de la proclamación y la vigencia de ciertos valores, y entre ellos, de modo muy significado y sin lugar a las dudas que generan otros presupuestos o desarrollos del criterio, del valor de la autonomía personal o libertad genéricamente entendida², resultará que ciertas normas restrictivas de la misma sólo podrán encontrar justificación en su funcionalidad para generar más libertad de la que sacrifican. El principio de proporcionalidad como principio de legitimidad democrática del Derecho compara así lo perdido y lo ganado por una medida normativa o aplicativa de tipo instrumental, y lo hace con la concreta aunque lábil vara de medir que suministran el valor libertad, entendido como autonomía, y el objetivo del ordenamiento de optimizar los márgenes individuales y sociales de libertad³.

El principio de proporcionalidad es así un principio del Estado democrático de Derecho que rige con todo su vigor en el Derecho Penal en cuanto sector del ordenamiento que, por definición, se compone de normas restrictivas de libertad y cuya restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria⁴. Es más, frente a lo que puedan transmitir los a veces extensos listados de principios limitadores del *ius puniendi* estatal, el principio de proporcionalidad integra el muy restringido grupo de principios que informan la actividad penal sustantiva en un ordenamiento democrático. Junto al principio de legalidad, de especial incidencia en lo formal, y junto a los principios de culpabilidad y de igualdad —que genera muchos menos problemas de desarrollo teórico y de aplicación práctica en la actividades legislativa y judicial penales—, el principio de proporcionalidad encauza hacia la norma penal y hacia la aplicación judicial de la misma el a su vez restringido grupo de valores fundante del criterio democrático de legitimidad; recurriendo a la Constitución española, a su preámbulo y a sus artículos primero y décimo, este

² De hecho, como resalta N. BOBBIO, «el valor positivo de la democracia es deducido del valor positivo que suele atribuirse a la libertad como autonomía» (*¿Qué socialismo?* —trad.: J. MORENO—, Barcelona —Plaza & Janés—, 1986, pág. 131.). KELSEN destaca también la justificación relativa de la democracia en función de la consideración de la libertad individual como valor supremo (*¿Qué es la justicia?*, México —Fontamara—, págs. 34, 82 y ss.).

³ El Tribunal Constitucional ha subrayado que el principio de proporcionalidad no es un criterio autónomo de constitucionalidad con el que confrontar cualesquiera medidas normativas o aplicativas, sino, por lo que aquí importa, una regla de tratamiento de los derechos fundamentales, que son los que constituyen el auténtico canon de constitucionalidad: «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 (...). El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable (...) es el de los derechos fundamentales» (SSTC 55/1996, f. j. 3; 161/1997, f. j. 8).

⁴ «Para fundamentar una adecuada doctrina de la justificación y también de los límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados» (L. FERRAJOLI, «El Derecho Penal mínimo» —trad.: R. BERGALLI—, en *Poder y Control*, 0, 1986, pág. 37).

grupo de valores puede estimarse integrado por la dignidad de la persona, la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad⁵.

2. La trascendencia del principio de proporcionalidad como principio del Derecho Penal democrático y, más allá, como uno de sus pocos principios esenciales, no debe ocultar los disensos que suscita. Éstos se refieren, en primer lugar, a su propio contenido, que se debate entre el más estricto que sugiere su propia denominación y que aludiría sólo a una relación, simplificando ahora, entre pena prevista y fin perseguido por la norma, y el contenido más rico y complejo que proviene de su conexión con una cierta economía de la libertad. Con esta última orientación el principio comportaría, como veremos, no sólo la interdicción de la pena excesiva respecto a su fin, sino también la que resulte innecesaria para alcanzarlo en relación con otras medidas posibles.

El segundo foco de disenso lo es más de malentendidos que de abierta contradicción. Afecta inicialmente a su naturaleza, pero incide sustancialmente en su contenido. Se refiere al propio entendimiento del principio como directriz o como meta que señala una directriz, de un lado, o, de otro, como criterio mínimo de legitimación. Si el primero demarca una funcionalidad óptima de la norma que permite una calificación gradual de la misma como más o menos proporcionada en función de su acercamiento a dicho ideal, el segundo tiene por contenido las exigencias de una funcionalidad mínima, pide una respuesta afirmativa o negativa a la cuestión de la justificación de la norma, y admite que sean varias las posibilidades normativas que acceden a la aprobación de proporcionalidad.

3. En el siguiente apartado del artículo voy a tratar de exponer el contenido del principio de proporcionalidad como principio consecuente a la configuración del Estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona: como principio que responde, si se quiere, a un principio utilitarista en materia de libertad que condiciona la intervención estatal a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad. Mejora real, tras el cotejo del antes y el después de la intervención, y mejora hipotética, tras la comparación entre el resultado de la intervención real y el de otras intervenciones posibles en busca del mismo fin. De ahí que a lo que apunte la globalidad del principio no sea sólo, en rigor, a la proporcionalidad —de hecho se suele denominar a uno de sus postulados «proporcionalidad en sentido estricto»—, sino en general a la funcionalidad de la medida: como presupuestos, a que lo que se persiga sea libertad y a que dicha

⁵ Como afirma Elías DÍAZ, «en los sistemas democráticos, basados en la soberanía popular, se crean (subrayo la expresión) valores derivados de la libertad humana, base ineludible de esa soberanía popular (...), que no se agotan o que pueden no agotarse, en modo alguno, en la mera legalidad (...). La soberanía popular no se entiende (...) en modo alguno si no se la conecta en profundidad con valores básicos, inviolables por coherencia interna del sistema, como es fundamentalmente el valor de la libertad» (*De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid —Debate—, 1984, págs. 56 y ss.).

persecución sea factible; como condiciones, a que dicha persecución no sea excesiva en relación con otras medidas de similar eficacia y en relación con la cantidad de libertad que provee.

Que el juicio de proporcionalidad como juicio de legitimidad debe ser un juicio de mínimos, es algo que se intentará sustentar en el tercer epígrafe a partir de su propio sentido y utilidad como principio de legitimación, a partir de la alta e insoslayable vaguedad del juicio, a partir de la peculiar legitimidad del Parlamento para realizar las valoraciones que en él están en juego, y a partir de las correlativas limitaciones del Tribunal Constitucional en su misión de control de la observancia del principio de proporcionalidad en el tratamiento de los derechos fundamentales. Este principio, y los juicios a él anexos, no atañen sólo al legislador, sino que lo hacen también, con la misma estructura y la misma intensidad, a la labor judicial de aplicación de la norma en cuanto labor de normación concreta subsiguiente a la legislativa. A esta reflexión dedicaré el cuarto apartado, antes de abordar la conexión y las diferencias de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. En la sexta y última parte de este artículo intentaré precisar en forma de tesis las principales conclusiones que en esta introducción se están ya esbozando.

II. LA FUNCIONALIDAD DE LA NORMA PENAL: NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD

1. *Dos requisitos y dos presupuestos*

1. Si la función del principio de proporcionalidad es la de constituir la vía por la que el criterio democrático de legitimidad impone cierto contenido material al Derecho Penal —una razonable protección de la libertad⁶—, su contenido se revela insuficiente si se limita a la denominada «proporcionalidad en sentido estricto»: a la sola comparación entre la sanción efectiva y el fin efectivo de la norma o, con más precisión, a un balance entre los costes y los beneficios de libertad que la norma comporta. Para calibrar la medida en términos de utilidad para la libertad, y para apreciar su razonabilidad en ese sentido, habrá de procederse a su comparación con otras medidas alternativas y sopesar si con una medida de menor intensidad coactiva, con menos gasto de libertad, podemos alcanzar metas similares a las que la norma cuestionada se propone. Así, para que

⁶ La conexión entre libertad como valor y proporcionalidad como principio es destacada por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (*Derecho Penal. Parte general*, Valencia —Tirant lo Blanch—, 1990 —3.ª ed.—, pág. 69). Utilizando las palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, para el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad trataría de «*verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: la pena*» («Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *Ius Puniendi*», en AA.VV., *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pág. 249).

la norma sea funcional en el contexto axiológico en el que descansa el ordenamiento jurídico —para que sea útil a la libertad— no sólo habrá de mantener una determinada relación entre sus elementos internos —requisito de proporcionalidad en sentido estricto—, sino que deberá salir también airosa de su comparación con otras normas posibles de similares objetivos —requisito de necesidad—.

A pesar de su paulatina consolidación en la jurisprudencia constitucional penal española y en la de otros ordenamientos con el mismo criterio de legitimidad que el nuestro, lo anterior apunta a una cierta crítica, por reductiva, de la denominación como «principio de proporcionalidad» del principio que recoge los postulados mencionados de proporcionalidad y necesidad. Sólo si se soslaya la acepción más inmediata del término «desproporción», relativa a la estructura interna de alguna cosa, y se identifica el mismo con el mero exceso, parece estar la denominación «principio de proporcionalidad» en condiciones de competir con los más comprensivos de funcionalidad o de prohibición de exceso. La denominación del principio como «de intervención mínima», en cambio, no es más comprensiva, al cojear del otro pie: tiende a identificarse sólo con el juicio de necesidad.

2. El juicio de proporcionalidad que comporta el principio se escinde, pues, en dos juicios, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. La norma que quiera adquirir el marchamo de proporcionalidad ha de ser necesaria y estricta o internamente proporcionada. Desde un punto de vista pragmático y pedagógico, sin embargo, cabe añadir a dicho contenido del principio, a esas dos condiciones, juicios, requisitos o escalones, dos presupuestos sin cuya concurrencia todo análisis de proporcionalidad está condenado ya a la negación de la misma. Se refieren a la calidad de libertad del bien protegido y a la propia instrumentalidad de la sanción, y condensan a su modo el famoso trípode de condiciones de M. E. MAYER para la justificación de la protección penal: que se trate de un bien digno de protección (*Schutzwürdigkeit*), necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*) y con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*)⁷.

A) El primero de los presupuestos se refiere a la calidad del fin de la norma. No puede haber un balance positivo en términos de libertad si el fin perseguido por la restricción de libertad no es una libertad o una condición de libertad. Cuáles son esas libertades o esas condiciones, esos «bienes e intereses que representan las condiciones externas —materiales—

⁷ *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg (Carl Winters), 1923 (2.^a ed.), págs. 22 y ss.

del ejercicio de la libertad»⁸, que es la «base ineludible de la soberanía popular» y la génesis de otros valores⁹, es una pregunta a la que se ha de responder desde la reflexión sobre el criterio democrático de legitimidad y desde la plasmación constitucional del mismo en una serie de derechos y de condiciones y mecanismos para su efectividad y protección. Esta reflexión es, por cierto, la misma o paralela a la que intenta desentrañar el contenido de la autonomía o de la libertad en sentido genérico.

La argumentación no debe precipitarse, sin embargo, hacia una identificación entre los bienes protegibles y los, por así llamarlos, bienes jurídico-constitucionales. Es cierto, de un lado, que si la Constitución es el principal instrumento jurídico al servicio del principio de autodeterminación comunitaria¹⁰; si la función primordial de las normas constitucionales no es sólo establecer el marco fundamental para el ejercicio del poder político, sino también regular, de modo directo o indirecto, ciertas relaciones básicas entre los ciudadanos¹¹; si, en definitiva, los bienes jurídico-constitucionales de los Estados democráticos no son sino la expresión de las condiciones esenciales de vida en libertad, resultará que el texto constitucional establece un panorama de protección vinculante para la justificación inicial de la limitación de la autonomía individual que supone siempre la vigencia de un precepto penal¹². Junto a lo anterior debe aceptarse,

⁸ VIVES ANTÓN afirma que «la libertad se concreta en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas —materiales— de su ejercicio. Por lo que la idea del Derecho como orden de coexistencia de las libertades comporta una opción acerca de la función primordial del Derecho Penal, que no puede ser otra que la de protección de ese conjunto de bienes e intereses reconocidos por el Derecho como correlatos materiales de la libertad. De este modo, la esencia de la infracción del Derecho —el injusto— aparece desde el plano constitucional caracterizado como ataque a la libertad ajena (a la coexistencia de libertades); y, a la vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.» Y concluye: según la legitimidad democrática «el injusto del delito ha de caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de la libertad.» («Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal», en AA.VV., *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid —Edersa—, 1982, págs. 24 y ss.). Indica Octavio DE TOLEDO Y UBIETO que los «intereses a proteger y a destutelar por el Derecho Penal serán, precisa y respectivamente, aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vías de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho. Lo cual (...) no implica un inconcreto criterio de averiguación de los bienes jurídico-penales. O, por menos decir, no implica una inconcreción mayor que la que pueda aquejar (...) al método de singularización de los fundamentos y finalidades del propio Estado social y democrático de Derecho» («Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en ADPCP, 1990, pág. 15).

⁹ Ver *supra*, nota 5.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Madrid (Civitas), 1981 (2.ª ed.), pág. 102.

¹¹ Octavio DE TOLEDO Y UBIETO destaca el papel de la Constitución como expresión de «los logros máximos que, en el momento histórico correspondiente, se han alcanzado en la conformación del Estado y en la estructuración jurídica de la sociedad civil» («Función y límites...», *cit.*, núm. 8, pág. 11).

¹² H. H. RUDOLPHI considera que «la Constitución contiene ya las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la legislación penal, pero al mismo tiempo obligatorio para ella» («Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, pág. 341). F. BRICOLA considera que «la cuestión concerniente a la posibilidad o no de que la norma penal cree intereses debe resolverse en sentido negativo. Esta, de hecho, no crea nunca intereses; puede sólo recortar y especificar sin desnaturalizar los valores ya previstos en la Constitución» («Teoría generale del reato», en AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, Turín —Tip. Ed.—, 1983, pág. 17).

no obstante, la diversidad de objetivos del constituyente y del legislador penal¹³, que hace que ambos órdenes de bienes jurídicos no puedan ni deban coincidir. Si el primero pretende afirmar las condiciones esenciales de la vida comunitaria, el segundo aspira a asegurar las mismas, sus presupuestos y sus derivaciones cuando esta tarea sea indispensable. La relación no ha de ser, pues, de coincidencia, sino de coherencia¹⁴. Corolarios evidentes de lo argumentado son los de que ni todo bien, interés o derecho constitucional tiene que gozar de protección penal, ni todo bien jurídico-penal debe encontrar reflejo expreso en la Constitución para su legitimación.

B) Si el primer presupuesto lógico hace referencia a la calidad del fin en función del valor que da vida al principio de proporcionalidad, el segundo alude a la calidad del engarce entre instrumento y fin o, si se quiere, a la calidad instrumental de aquél en función de éste. No se trata en este punto de evaluar la mayor o menor eficacia comparativa de la medida restrictiva o la generación de efectos distintos de los deseados, sino simplemente de advenir su idoneidad cualitativa para alcanzar el fin normativo. Sin esa calidad instrumental no hay proporción: no hay beneficio posible a partir del perjuicio que en sí supone la restricción. Se trata, por así decirlo, de que la rueda sea redonda si la queremos para rodar¹⁵.

¹³ Cfr. W. SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en AA.VV., *Die Grundrechte*, t. 3, vol. 2, Berlín (Duncker & Humblot), 1959, pág. 911; G. FIANDACA, en «Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, pág. 58; C. PEDRAZZI, «El bien jurídico en los delitos económicos», en AA.VV., *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, Madrid (Universidad Complutense), 1985, pág. 288; W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1989, pág. 69.

¹⁴ Para Octavio DE TOLEDO y UBIETO, «*las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución*» («Función y límites...», cit. núm. 8, pág. 9). «*La Constitución (...) desempeña un papel importante (no determinante) en la tarea de averiguar los bienes jurídicos penalmente amparables*» (pág. 19). W. SAX indica que el Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos que están en relación con los valores vigentes de la comunidad estatal que se manifiesta en la Ley Fundamental (*op. cit.* núm. 13, págs. 909 y ss.). BRICOLA entiende «*que la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien que, aunque no sea de grado igual al valor sacrificado (libertad personal), si al menos esté dotado de relieve constitucional. O sea: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante*». Concluye que dicho relieve «*no significa simplemente no contrariedad del bien respecto a la Constitución, sino asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados en la Carta constitucional*» («Teoría generale...», cit., núm. 12, págs. 15 y ss.; en este sentido, también, GONZÁLEZ RUS —*Bien jurídico y Constitución*, Madrid, F. J. March, 1978, págs. 29 y ss.—, y ÁLVAREZ GARCÍA —«Bien jurídico y Constitución», en *CPC*, 43, 1991, págs. 30 y ss.).

¹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA afirma que «la "pena" es un "instrumento" que, sin perjuicio de otros límites, carece de justificación si carece de eficacia» («El llamado "Derecho político de nuevo cuño", sus presupuestos y directrices», en *CPC*, 1977, pág. 66). MIR PUIG considera que «el principio de necesidad conduce (...) a la exigencia de utilidad» (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona —Bosch—, 1976, pág. 72). En sentido similar: MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho Penal*, Barcelona —Bosch—, 1975, pág. 75), ROXIN («Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid —Reus—, 1976, pág. 45), NINO («La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», en *Doctrina Penal*, 45, 1989, pág. 38), PÉREZ MANZANO (*Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid —Universidad Autónoma de Madrid—, 1990, pág. 220).

Podría pensarse en la futilidad de este requisito en el ámbito sancionador. Como la sanción tiene *per se* naturaleza aflictiva, iría de suyo su instrumentalidad para la prevención de ciertas conductas; iría de suyo su capacidad para todas, varias o alguna de las siguientes funciones: intimidar a potenciales delincuentes; castigar y hace así innecesario otro castigo; transmitir fácticamente ciertas valoraciones; tranquilizar a la generalidad respecto a la seguridad de sus bienes; reeducar al autor del delito; controlarle respecto a una posible reiteración delictiva. Esta reflexión, sin embargo, está presuponiendo, por una parte, elementos de la norma cuya ausencia podría quebrar la utilidad de la sanción: como veremos al abordar la comparación entre los contenidos de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad¹⁶, podría carecer de toda funcionalidad protectora la sanción que se impone a persona diferente a la del autor del comportamiento lesivo del bien jurídico, o la sanción consecuente a un comportamiento no dominable por su agente, o de consecuencias imprevisibles para el mismo, o de ilicitud para él incognoscible. Podría suceder en el ámbito aplicativo, y aun en el de la tipificación abstracta, que la asignación de cierta pena a cierto comportamiento carezca de toda instrumentalidad preventiva o la presente de un modo tan rudimentario que excluya ya toda evaluación positiva de proporcionalidad. Piénsese en la multa de baja cuantía para el muy acaudalado infractor o en la privación de libertad de aquel que asume como una bendición su ingreso en prisión¹⁷.

2. Precisiones

1. He estructurado el contenido del principio de proporcionalidad en dos presupuestos y dos requisitos que, aun a riesgo de ser insistente, paso a resumir. La relación de proporción a la que se refiere el principio compara dos magnitudes —el medio empleado y el fin perseguido— con un determinado baremo valorativo, a cuya unidad de medida nos estamos refiriendo genéricamente como libertad. Otorga su *placet* legitimador si la primera (libertad sacrificada) es inferior a la segunda (libertad preservada) y si este saldo es superior al que resulte de otras medidas posibles que puedan alcanzar el citado fin: no hay proporción positiva si el mismo loable objetivo es perseguible con similar eficacia con un medio menos lesivo, pues deviene inútil ese mayor coste de libertad que supone la medida analizada; tampoco será legítima la medida que, aun persiguiendo un fin váli-

¹⁶ Ver *infra*, V.

¹⁷ La instrumentalidad podría provenir, sin embargo, de las propias cargas e inconvenientes que genera el procedimiento penal en sí y del reproche ético-social que comporta el fallo. Ver al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona (J. M. Bosch), 1992, pág. 408. Sobre el reproche como sanción, A. ROSS, «La finalidad del castigo» (trad.: G. R. CARRIÓ), en AA.VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea (Buenos Aires), 1976, pág. 157.

do, de modo cualitativamente adecuado y sin alternativa menos gravosa, supone un detrimento de la libertad mayor que la libertad que genera. No hará falta proceder a estos juicios de necesidad y de estricta proporcionalidad si el fin perseguido por el medio restrictivo o sancionador es ya negativo en términos de libertad o si la sanción es cualitativamente inidónea para obtener el legítimo resultado elegido: en estos casos la desproporción provendrá palmariamente del intercambio de algo de libertad por nada de libertad¹⁸.

2. Las definiciones de los juicios de necesidad y de proporcionalidad requieren aún alguna precisión y algún desarrollo. En la primera surge inmediatamente la duda de cómo debe configurarse la medida o el elenco de medidas que va a servir de referente comparativo a aquella cuya razonabilidad se cuestiona. De un lado, está la pregunta de si dichas medidas han de desplegar la misma eficacia o si nos conformamos con que su funcionalidad sea similar; de otro lado, y dado que hablamos de medidas hipotéticas, se suscita la cuestión de dónde ponemos los límites a nuestra imaginación. Repárese, por ejemplo, en que, quizá, según como se configuren sus finalidades, una sanción, medida de seguridad o medida cautelar procesal privativas de libertad puedan ser eficazmente sustituidas por el menos contundente sistema de vigilancia personal permanente.

Debe ya adelantarse en este punto algo que afecta también al juicio de proporcionalidad estricta: la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios¹⁹. Con lo racionalmente previsible en un primer momento normativo, y con la incorporación posteriormente de los datos que la experiencia normativa vaya aportando, no se podrá limitar a la constatación de la cuantía de los efectos gravosos expresados en la norma ni al nivel de satisfacción en la consecución de sus finalidades o funciones manifiestas —a la protección de determinados bienes jurídicos y del sentimiento de seguridad colectiva frente a cierto tipo de ataques de determinada intensidad—, sino que debe comprender todas sus funciones, todas las consecuencias, queridas o no, reconocidas o no, por el agente normativo. Así, el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la auto-

¹⁸ Como afirma gráficamente FEIJOO SÁNCHEZ, «la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de libertades y crea libertad» (*El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid—Colex—, 1997, pág. 70).

¹⁹ Interesante es al respecto la fórmula de A. ROSS: «Creo, por lo tanto, que la cuestión acerca de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas; es decir, atendiendo a los beneficios sociales que se atribuyen a la incriminación legal, balanceados con sus desventajas sociales y de cualquier otra índole. Más concretamente, hay que evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su actitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella puede producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario» (*op. cit.*, núm. 17, págs. 173 y ss.).

nomía que el propio precepto supone; piénsese en el peso de ésta en ciertos supuestos de delitos de peligro o de delitos omisivos, o en comportamientos que constituyen el ejercicio de un derecho fundamental o que son cercanos al mismo: Tampoco la sanción constriñe su carácter gravoso a las fronteras de la pérdida del bien en que la misma consiste, sino que comprende también los costes económicos que su efectiva aplicación genera —recuérdese el ejemplo de la vigilancia permanente o los costes «enormes» que supone un incremento en la probabilidad de detección de los delitos²⁰—, pues las mismas tienen que ver con el orden económico comunitario y, como recordaba recientemente el flamante Nobel Amartya SEN, el desarrollo económico es un proceso de expansión de la libertad²¹.

Teniendo en cuenta la descrita globalidad del juicio, en respuesta a la segunda de las incertidumbres que presentaba el juicio de necesidad, no habrá más obstáculos a la imaginación de las medidas alternativas a la comparada que los que derivan del razonamiento lógico y de las constataciones empíricas. Lo trascendente al respecto es que se tengan presentes todos los costes previsibles de una medida.

La globalidad de la evaluación también aporta pistas para responder a la cuestión de la igualdad o de la similitud de eficacia de la norma hipotética que sirve de término de comparación. Como dicha globalidad, con la consecuente diversidad de efectos a calibrar, lleva aparejada una nada desdénable complejidad, y como a ello ha de añadirse la vaguedad de la unidad de medida y el lastre de la inexistencia de datos empíricos suficientes acerca de la incidencia social de las sanciones, resulta demasiado pretencioso el situar el canon de comparación para el juicio de necesidad en la medida hipotética que cumpla exactamente la misma finalidad —la misma función manifiesta²²—, con idéntico nivel de satisfacción y con menos costes derivados del propio carácter limitador del precepto, de la naturaleza y las consecuencias de la sanción, y de otras funciones que pueda desplegar la norma —por ejemplo, sobre el sistema socioeconómico—. Resulta pretencioso porque aspira a medir exactamente lo que, por lo ya dicho, no es exactamente mensurable; porque pretende prefigurar con precisión un canon de eficacia sobre la eficacia de una norma inexistente; y porque establece unos distinguos que no son en absoluto exigidos por la percepción social e institucional de la razonabilidad de una norma en cuanto a sus ventajas y costes de libertad²³.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho Penal», *ADPCP*, 1996, pág. 114.

²¹ Entrevista en *El País* de 19 de octubre de 1998, pág. 69.

²² Sobre los conceptos de función y fin, y de función latente y función manifiesta, v. PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, núm. 15, págs. 219 y ss.

²³ La STC 161/1997 (f. j. 11) habla de «funcionalidad manifestamente similar». En cambio, la STC 66/1995, en un supuesto de prohibición administrativa de una concentración convocada por un sindicato, hace referencia a medios «igualmente eficaces» (f. j. 5).

3. Frente al juicio de necesidad, que compara la eficacia de la norma penal con otra norma hipotética, el de proporcionalidad estricta es un juicio puramente interno, que coteja los costes y los beneficios globales de libertad de una norma penal. De esta descripción del juicio debe acentuarse de nuevo la globalidad de la comparación, que lo es de todos los costes y los beneficios de la norma, y no sólo de los costes que comporta la naturaleza de la sanción y de los beneficios en que consiste la finalidad de la norma.

Merece ahora la pena detenerse en otros dos rasgos relevantes del juicio. El primero se refiere al cómputo de los beneficios de protección de la norma, que habrá de tomar en cuenta no sólo el valor del concreto bien jurídico protegido, sino también la medida en la que se le protege. Entra aquí en consideración «*el topos de la "energía criminal"*», que es el que utiliza B. SCHÜNEMANN para caracterizar el grado de amenaza del comportamiento para el orden social²⁴ y que depende de «*la peligrosidad de la motivación del autor que se expresa en el hecho y otras circunstancias análogas que contribuyen a configurar el aspecto subjetivo del hecho*»²⁵, entre los que habrá que considerar «*el quantum de las alternativas que están a disposición del autor en lugar del hecho*»²⁶.

El segundo de los apuntes anunciados se refiere al carácter interno del juicio. Lo que se coteja son los efectos positivos y negativos de la norma en moneda de libertad, y no dicho balance con el que obtienen otras normas análogas. Esta diferencia puede contemplarse con claridad en las normas que prevén «medidas de corrección»²⁷ a los menores de edad como consecuencia de sus comportamientos típicos y antijurídicos.

La proporción estricta de la norma habrá de ser evaluada en función de los costes y los beneficios globales de libertad que la misma comporta. Habrá de medirse, de un lado, el carácter restrictivo del precepto de la norma primaria —de la norma de comportamiento—, el carácter gravoso de la naturaleza de la medida, los costes de aplicación que genera y otros posibles efectos negativos de la misma, tales como su incidencia negativa en la formación del menor o ciertos daños afectivos para él y para su entorno; por otro lado, habrá de computarse las consecuencias de la medida, ahora positivas, en la educación del menor, y también su favorable incidencia en el sentimiento general de seguridad y en la protección de otros bienes jurídicos —el valor de la condición de libertad protegida y la incidencia que el tipo de comportamiento supone en la misma—. Que en la medición de este balance resulte especialmente significativo el balance que realiza la norma penal para el mismo comportamiento típico de un mayor

²⁴ «La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo» (trad. SILVA SÁNCHEZ), en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 177.

²⁵ *Op. cit.*, núm. 24, pág. 175.

²⁶ *Op. cit.*, núm. 24, pág. 177, núm. 81.

²⁷ El Tribunal Constitucional calificaba estas medidas de «correctoras», y de «reformador» y «corrector» el proceso para su imposición (STC 36/1991).

de edad, o que el legislador pueda disponer, como añadido criterio garantista de proporcionalidad, el que las medidas privativas de libertad imponibles a los menores no puedan superar en su duración a las penas consecuentes a los mismos hechos típicos que dan lugar a la medida, no autoriza ni a una sustitución automática del juicio interno de proporcionalidad por el que suministra la comparación exterior con la norma penal, ni a constituir aquel hipotético criterio legal en canon de constitucionalidad²⁸.

Es cierto, en efecto, que el tratamiento legislativo del derecho a la libertad exige una coherencia valorativa a medidas y penas en virtud de su evidente grado de similitud: las medidas privativas de libertad que se imponen a los menores que realizan comportamientos penalmente antijurídicos mantienen una relevante analogía con las penas privativas de libertad, a partir de su ineludible contenido aflictivo y de la privación o restricción esencial en la que se concreta dicha aflicción. Esta coherencia no alcanza, sin embargo, desde el plano del principio de proporcionalidad — desde el plano constitucional— a imponer un estricto y severo paralelismo entre la duración de las medidas y la de las penas, como lo demuestra el que el muy inferior rigor de las primeras, legislativamente consagrado, no sea en general objeto de discusión. Dicha coherencia no llega tampoco a exigir, creo, un tope máximo para la duración de las medidas en función de la de las penas —o, por supuesto, cosa que nadie propone, a exigir que las penas limiten su duración en función del tope que demarcarían las medidas—. A ello se opone la existencia de un área de disimilitud entre medidas y penas que las diferencia en sus presupuestos, en su finalidad y en su propio contenido. Eludiendo un análisis pormenorizado de dichas diferencias, por lo demás indiscutidas y bien conocidas, baste en este punto con señalar que, frente a la protección del bien jurídico de la norma infringida, el peso preponderante en la regulación de dichas medidas lo tiene el interés del menor (Exposición de Motivos de la L. O. 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Orgánica reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores) y que este criterio regulativo afecta de modo singular a la evaluación del carácter aflictivo de la medida. Así, «las medidas que el Juez de menores puede adoptar, enumeradas en el art. 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores²⁹, no se adoptan en ejercicio del *ius puniendi*, ni tienen finalidad retributiva. En la mayor parte de los casos entrañan una restricción de la libertad personal del menor pero tampoco cabe equipararlas a las penas de privación de libertad» (STC 36/1991)³⁰. Repárese, por ejemplo, en que la medida de internamiento admite desde su propia imposición tres diferentes regímenes

²⁸ Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en el tratamiento de los derechos fundamentales. Naturalmente, la medida que desconociera el precepto atentaría contra el principio de legalidad.

²⁹ Denominada Ley Orgánica reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores a partir de la L. O. 4/1992.

³⁰ Fundamento jurídico 6.

(abierto, semiabierto y cerrado), que es totalmente remisible en cualquier momento, que no puede superar los dos años, que se ejecuta en centros educativos, y que en su ejecución tiene una incidencia peculiarmente predominante su finalidad educativa.

La Constitución no exige, pues, por imperativo de un tratamiento coherente y proporcionado de la libertad, un rígido sometimiento de las medidas a las penas en cuanto a su cuantía máxima, sino, en lo que aquí importa, un flexible acompasamiento de la duración de aquéllas a la de éstas. Repárese en que si bien es cierto que las funciones de la medida que tienen que ver con su afflictividad —singularmente la intimidación general para la protección de bienes jurídicos— constituyen en ésta una finalidad subsidiaria, lo que avalaría una automática duración menor de la medida respecto a la pena, también lo es que dicha mayor afflictividad, en la medida en que se concreta en una prolongación de la privación o de la restricción de libertad, se relaciona también directamente con el fin prioritario de reeducación del menor. Todo ello apunta, en fin, a que la falta de sujeción estricta que aquí se defiende no obste a la existencia de una sujeción flexible que legislativamente se debiera concretar en unos tramos de duración para las medidas que, cuando menos, no sean superiores en exceso a las que se disponen por las penas, y a que las resoluciones judiciales deban motivar especialmente la imposición de una medida superior en su duración a la pena correspondiente.

Por lo demás, descendiendo al plano legal, respecto de los menores no existe en nuestro ordenamiento una regla de proporcionalidad que someta el tope máximo de duración de las medidas al de las penas. No se recoge ninguna regla genérica al respecto en la Ley Orgánica reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, ni existen en la misma normas concretas de las que inferir dicha regla. Y si bien es cierto que el nuevo Código Penal indica en su artículo 6.2 que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», dista de la claridad tanto que este precepto sea aplicable por razones materiales y formales a las medidas previstas en la mencionada Ley Orgánica, como que su contenido incluya necesariamente el rígido postulado debatido: cabe defender que, de ser aplicable a las medidas imponibles a los menores, lo que proscribiera el artículo es que una medida suponga superior injerencia en la libertad a la que supone la pena y que para evaluar dicha injerencia deben conjugarse gravedad y duración, con lo que ésta sola no dejaría de ser un insuficiente referente de comparación³¹.

³¹ Así, VIVES ANTÓN (en AA.VV., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 64.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 36/1991, al resolver el cuestionamiento de inconstitucionalidad del antiguo art. 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores³², afirmó la adecuación de dicha norma al marco constitucional si la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad se sujeta «a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM —las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil—, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase»³³. Que este último criterio es un criterio de proporcionalidad es algo que explica la STC 61/1998, que entiende que al Tribunal Constitucional «*compete determinar, como garante del derecho fundamental a la legalidad penal, si una medida de internamiento de cuatro meses impuesta con ocasión de la comisión de lo que en el Código Penal constituye una falta de hurto frustrado, resulta proporcionada, y si a estos efectos debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el Código Penal*»³⁴.

A las anteriores cuestiones respondió la STC 61/1998 con un no y con un sí, respectivamente, y otorgó al menor el amparo solicitado.

³² «Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas leyes especiales».

³³ Fundamento jurídico 3.

³⁴ Fundamento jurídico 4. Se otorgó el amparo por vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal. Al menor se le había impuesto una medida de cuatro meses de internamiento en un centro de régimen semiabierto por una conducta catalogable, según el Código Penal anterior, como falta frustrada de hurto, sancionada con una pena de arresto menor de uno a treinta días. «El órgano judicial fundamentó su fallo, en síntesis, en la discrecionalidad que le concede el art. 16.1 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, apoyándose en “la reiteración de conductas antisociales por parte del menor”, en su “personalidad, situación y necesidades... de los que... dan cuenta los informes técnicos que obran en las actuaciones” y en la finalidad de garantizar el apoyo personal que precisa y su reinserción escolar» (f. j. 2). «Declara la Magistrada-Juez que se trata de un supuesto “en el que las necesidades del menor superan con mucho a la entidad del hecho que se enjuicia, y esto así considerado motivaría sin más que desde este Juzgado se instase la intervención administrativa, pero procede dar un paso más y valorar qué es lo que la intervención judicial vendría a aportar”, concluyendo en la insuficiencia, en el caso, de la sola intervención administrativa y la procedencia del internamiento en régimen semiabierto (fundamento de Derecho tercero). Y en el fundamento de Derecho cuarto, y último, añade la resolución, con cita de la STC 36/1991, que “si bien es cierto que la proporcionalidad como principio que ha de limitar la discrecionalidad exige establecer una relación entre el hecho y la medida, imposibilitando establecer alguna más grave o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos, si de un adulto se tratase, ello es así cuando del hecho aislado sin ninguna otra connotación se trate”, mas no en casos como el presente, lo que le autorizaría a excepcionar dicha interdicción de imponer una medida de duración superior» (f. j. 4).

En atención a lo ya expuesto estimo que hubiera sido conveniente, de un lado, que el Tribunal hubiera clarificado que el criterio de comparación de medidas y penas no es un criterio directo de proporcionalidad estricta, sino un criterio auxiliar del mismo. De otro lado, y con independencia de que ello podía no haber alterado el fallo, estimo que dicho supuesto constituía una buena ocasión para, según lo ya argumentado, proceder a una flexible interpretación del criterio de duración, que tuviera en cuenta tanto su conjugación con la gravedad de la medida restrictiva o privativa de libertad, inferior a la de la pena, como el hecho de que respecto a las medidas y respecto a sus ganancias en términos de libertad el legislador valora más la formación del menor que la protección del bien jurídico lesionado por el mismo o que el sentimiento de seguridad colectiva. De este modo se posibilitaría «*la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia*» (STC 36/1991)³⁵ y se ganaría coherencia con la jurisprudencia constitucional relativa a las medidas de seguridad previstas para los enajenados. La STC 24/1993 afirmaba que «*el criterio determinante para la adopción de tales medidas es el de la personalidad del sujeto enajenado, su peligrosidad, y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido (...). Dichas medidas no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada —sin olvidar su eventual curación—*»³⁶. De este modo, al enajenado «*las medidas de seguridad pueden ser más gravosas y pueden aplicarse durante un periodo de tiempo superior al que le hubiera correspondido en el supuesto de ser plenamente responsable*»³⁷, pues el legislador puede «*regular con criterios dispares las características y la duración de las medidas de seguridad en relación con las penas*»³⁸. En suma, «*no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos [a los enajenados], no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su*

³⁵ Fundamento jurídico 8.

³⁶ Fundamento jurídico 2.

³⁷ Fundamento jurídico 3.

³⁸ Fundamento jurídico 5.

duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de la enajenación mental»³⁹.

3. *El postulado de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena*

1. A raíz de la globalidad del juicio, que abarca todos los beneficios y todos los costes de libertad de la norma, cabe preguntarse si no se evapora con ella el tradicional postulado garantista que, inspirado en los valores de justicia y de igualdad, limita la gravedad de la pena a la gravedad del hecho penado.

Considero que ello no es así: que el planteamiento esbozado comporta también una relación de proporción entre pena y desvalor del comportamiento⁴⁰. Así lo abona, en primer lugar, la incidencia del principio de culpabilidad, que, como veremos, delimita de un modo abstracto y subjetivo el tipo de comportamientos que pueden ser sometidos a punición. Una segunda y añadida vía de baremación coherente de la pena es el juicio de necesidad: sin necesidad de asumir la derivación de la idea de proporcionalidad interna de la finalidad de la pena⁴¹, la experiencia demuestra que la pena mínima eficaz corre normalmente paralela en su gravedad a la gravedad del hecho que sanciona. En cualquier caso, y éste es el argumento más importante, la correlación entre pena y lesividad del comportamiento viene garantizada por el juicio global interno de proporcionalidad.

2. Es cierto que cabría estimar *a priori* que el pesaje global de efectos positivos y negativos en términos de autonomía personal diluye la proporción propuesta. Esta percepción olvida, sin embargo, datos tan importantes como el de que en uno de los platillos de la balanza coinciden los beneficios de libertad con el negativo de la lesividad de la conducta castigada. Y si bien es verdad que en el otro platillo se ponen más cosas que la cuantía y la calidad de la pena, también lo es que tanto los costes de aplicación como el grado de coercibilidad del propio precepto son normalmente homogéneos. Cuando por excepción no lo son —en penas imaginarias de elevado coste aplicativo, o en preceptos que sancionan conduc-

³⁹ Fundamento jurídico 3.

⁴⁰ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN afirman que «la pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela» (op. cit., núm. 5, pág. 71). SILVA SÁNCHEZ considera que «el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, o al menos algunos aspectos del mismo, resultan ser también consecuencias ineludibles de un análisis de coste-beneficio» («Eficiencia...», cit., núm. 20, pág. 122).

⁴¹ Ver MIR PUIG, «Introducción...», cit., núm. 15, págs. 158 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Civitas), 1976, págs. 70 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid (Universidad Complutense), 1979, págs. 23 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, I, Barcelona (Praxis), 1994, pág. 62.

tas que inicialmente suponen el ejercicio de un derecho fundamental o la cercanía al mismo⁴², o en preceptos que imponen gravosas prevenciones a amplios sectores de la población⁴³—, ello redundará, en garantía de quien pueda resultar penado, en los perjuicios que irroga la norma y empujará hacia abajo la pena imponible que quiera resultar internamente proporcionada.

4. Principio de proporcionalidad y principio de intervención mínima

1. El principio de proporcionalidad, con tal denominación, no ha sido objeto de una atención central por parte de la doctrina penal⁴⁴. Su contenido, sus postulados esenciales, sin embargo, sí que han sido frecuente y profusamente proclamados, defendidos, estudiados y desarrollados, siquiera de modo más o menos fragmentario, a través de la cobertura de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de necesidad, de efectividad, eficacia o idoneidad, de *ultima ratio*, de subsidiariedad o de intervención mínima.

2. Dice el filósofo Salvador PÁNIKER que cuanto más abstracto, elaborado y complejo se vuelve el conocimiento, más necesitado está para su progreso de su gravitación hacia su propio origen⁴⁵. Creo que la integración en el principio de proporcionalidad de una serie de postulados que son una evidente derivación del valor libertad y de un criterio democrático de conformación del Derecho y que suelen presentarse dispersos en los principios mencionados provoca su estudio conexo y expone su común origen, y ofrece, por ello, indudables ventajas para su comprensión y desarrollo. Frente a la denominación «principio de intervención mínima»⁴⁶, con raigambre ya en el ámbito de la investigación jurídico-penal y con la misma aspiración de globalidad que la de proporcionalidad, aporta esta última su conocida y consolidada recepción en otras ramas del ordenamiento y soslaya la crítica, frecuente en juristas de otras especialidades,

⁴² Piénsese en ciertas formas de coacción a la huelga; cfr. la interesante STC 137/1997.

⁴³ Piénsese en una ampliación excesiva de las posiciones de garantía en los delitos omisivos, o en posibles configuraciones del delito de omisión del deber de socorro.

⁴⁴ Cfr., sin embargo, MIR PUIG, «Introducción...», *cit.*, núm. 15, págs. 158 y ss.; Octavio DE TOLEDO y UBIETO, *Sobre el concepto...*, *cit.*, núm. 1, págs. 142 y ss., 284 y ss., 363 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *op. cit.*, núm. 5, págs. 69 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación...», *cit.*, número 17, págs. 260 y ss.; MARTOS NUÑEZ, «Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1991, págs. 269 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*, núm. 41, págs. 61 y ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, págs. 1997 y ss.

⁴⁵ «Teoría de la retroevolución», en *El País*, 27 de junio de 1997, pág. 16.

⁴⁶ Ver MUÑOZ CONDE, «Introducción...», *cit.*, núm. 15, págs. 59 y ss.; MIR PUIG, «Introducción...», *cit.*, núm. 15, págs. 124 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid (Civitas), 1978, pág. 20; Octavio DE TOLEDO y UBIETO, *Sobre el concepto...*, *cit.*, núm. 1, págs. 358 y ss.; MARTOS NUÑEZ, «El principio de intervención mínima», en *ADPCP*, 1987, págs. 99 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *cit.*, núm. 5, págs. 70 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación...», *cit.*, núm. 17, págs. 246 y ss.

que achaca a los penalistas la creación de un lenguaje inútilmente diferenciado.

La mencionada presentación conjunta de una serie de exigencias materiales al *ius puniendi* y la exposición de las razones de su conjunción son el objetivo de este trabajo, que ahora debe continuar con un intento de precisión del grado de funcionalidad que el principio de proporcionalidad exige a la norma.

III. FUNCIONALIDAD ÓPTIMA, FUNCIONALIDAD RAZONABLE, FUNCIONALIDAD PÉSIMA

1. Nos engañaríamos si pretendiéramos instrumentalizar el principio de proporcionalidad para la fijación de una funcionalidad óptima de una norma penal que sea a su vez internamente proporcionada. De ese modo, el principio serviría para designar un determinado equilibrio óptimo entre coacción utilizada y beneficio social, siendo éste mayor que aquélla: una pena, o en general una medida de control social, más suave en calidad o en cantidad coactiva, o un ámbito menor de coacción en el precepto, depararía una pérdida mayor de eficacia que la libertad ahorrada; una pena más contundente o un área más extensa de coacción no se vería suficientemente compensada por unos mayores logros en términos de libertad.

Esta aspiración de precisión es ilusoria. En cuanto al juicio de necesidad, con un componente predominantemente empírico⁴⁷, dependiente de la constatación o de la previsión de la eficacia de la norma y de la eficacia previsible de normas hipotéticas, debe señalarse que, aunque podamos convenir en situar la eficacia de una norma penal en la conformidad de los comportamientos de sus destinatarios con lo en ella prescrito⁴⁸, desconocemos aún la influencia de la norma en dicha conformidad, dado que el Derecho Penal se imbrica con múltiples mecanismos jurídicos y no jurídicos de control social. Para hablar de que la norma funciona según lo pretendido por su agente, o para determinar hasta qué punto funciona, tendríamos que conocer si en la adecuación de los comportamientos a lo pretendido por el legislador ha incidido la norma como razón excluyente o como razón de primer orden⁴⁹. De todo ello conocemos más bien poco,

⁴⁷ Ver SÁNCHEZ GARCÍA, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal», *La Ley*, 1994, 4, pág. 1.118.

⁴⁸ P. E. NAVARRO, *La eficacia del Derecho*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1990, pág. 23.

⁴⁹ Cfr. en general la obra de J. RAZ, *Practical Reason and Norms* (Londres —Hutchinson—, 1975).

De hecho, en los delitos más graves, «el papel disuasorio representado por la obligación moral de la norma (...) es tan importante que las consideraciones sobre el riesgo jurídico-penal apenas si desempeñan papel alguno en cuanto a la realización o no de la conducta» (SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación...», *cit.*,

tanto por falta de datos empíricos como, incluso, por lo rudimentario de los instrumentos teóricos que precisamos para la interpretación de los datos existentes.

En la complejidad del juicio influye también, por una parte, la evaluación de los factores de aplicación de la norma para la determinación del índice de detección y sanción de las conductas ilícitas, de incidencia preventiva tan importante como la propia cuantía y calidad de la pena⁵⁰. Por otra parte, son múltiples las formas con las que la pena persigue sus finalidades de protección de bienes jurídicos frente a cierto tipo de conductas —su finalidad de prevención de la comisión de delitos y faltas— y de mitigación de la alarma social que genera la comisión de delitos y de faltas. Así, sin afán ahora de desarrollo, catalogación o exhaustividad, cabe señalar que la pena cumple sus finalidades amenazando a la generalidad, reforzando sus convicciones éticas y su valoración del propio funcionamiento del ordenamiento jurídico, haciendo innecesaria la venganza, controlando al delincuente, procurando su resocialización. Sabemos que cada una de estas formas exige o puede exigir una calidad o una medida diferente de la pena, pero, amén de que la carencia de datos empíricos suficientes de orden sociológico y psicológico hacen que su determinación sólo pueda ser aproximativa, desconocemos casi totalmente, en abstracto y en concreto, cuál es la aportación de cada una de estas formas a las funciones finales manifiestas de la norma. Todo ello hace que el juicio de necesidad —la determinación de la pena mínima suficiente para un determinado efecto de protección— esté condenado, en palabras de BACIGALUPO ZAPATER, a una cierta base de irracionalidad⁵¹.

El juicio de proporcionalidad interna, eminentemente valorativo⁵², no se libra tampoco de los focos de imprecisión. Ya, en primer lugar, por la labilidad de la unidad de medida, que genéricamente he denominado libertad y que no impide una fuerte heterogeneidad entre los efectos comparados⁵³: entre, por ejemplo, las concretas y efectivas privaciones de li-

núm. 17, pág. 245). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA destaca que «*existen medios más eficaces para prevenir el delito que las prohibiciones penales, según demuestran las diversas investigaciones interdisciplinarias llevadas a cabo durante los últimos lustros*» (*op. cit.*, núm. 5, pág. 255).

⁵⁰ Es más, como destaca SILVA SÁNCHEZ, «*mientras que de los incrementos en la severidad de la sanción no resultan reducciones apreciables en los niveles de la criminalidad, los incrementos en la certeza de la producción de la sanción penal sí suelen tener como efecto una disminución de la tasa de criminalidad*» («Aproximación...», *cit.*, núm. 17, pág. 244).

⁵¹ «Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena», en *Revista de Ciencias Penales*, 1973, págs. 194 y ss. También K. TIEDEMANN destaca la ausencia de datos empíricos acerca de la motivación real de las normas penales en los comportamientos humanos («*Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*», en AA.VV., *Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Múnich —Beck—, 1972, pág. C40). En sentido similar: MUÑAGORRI LAGUÍA, *Sanción penal y política criminal*, Madrid (Reus), 1977, págs. 123 y ss.; W. HASSEMER, «*Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*», en AA. VV., *Derecho Penal y ciencias sociales*, Bellaterra (Universidad Autónoma), 1982, pág. 135; PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, núm. 15, págs. 227 y ss., 230; B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, núm. 24, págs. 161 y ss.

⁵² Ver SÁNCHEZ GARCÍA, *op. cit.*, núm. 47, pág. 1118.

⁵³ Ver W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, núm. 13, pág. 93, núm. 233.

bertad ambulatoria impuestas en aplicación de la norma y la restricción de autonomía que provoca el precepto normativo, de un lado, y, de otro, el efecto de protección de una condición de libertad y de preservación de la seguridad general respecto a ella. Sólo de un modo global, abstracto y aproximado, y sólo a partir de la fijación de una serie de presupuestos axiológicos y también fácticos en función de conocimientos incompletos y de concretos datos empíricos fragmentarios —sólo a partir de la argumentación jurídica—, cabe comparar el efecto de pérdida de libertad que genera la norma que prevé una pena con el efecto de ganancia de libertad que acarrea a través de su eficacia en la prevención de la comisión de delitos y en la preservación del sentimiento colectivo de seguridad⁵⁴. Dicha argumentación será finalmente comparativa, cercana a la propia del principio de igualdad: necesita aferrarse al marco de decisiones previas en las que se integra la norma penal y acaba encontrando un desfase significativo cuando para la protección de una condición de libertad más trascendente frente a un comportamiento de una energía lesiva similar se emplea una coacción igual o inferior a la analizada.

2. La alta imprecisión a la que se ve condenado todo juicio de proporcionalidad de una norma penal tiene consecuencias en la propia configuración del mismo y en la actuación de los mecanismos jurídicos para su control. Así, a partir del hecho de que la calificación de proporcionalidad de una norma —en su génesis, en la génesis de su modificación o en el planteamiento de su mantenimiento— tiene un fuerte componente valorativo, se realiza sobre una endeble base empírica, y presenta por ello, en cuanto juicio fáctico, un alto margen de error, lo más trascendente para el juicio global de proporcionalidad con eficacia normativa práctica es, quizás, la legitimidad del autor del juicio y las garantías que rodean su adopción, aspectos ambos que integran el contenido del principio de legalidad.

Más allá, el alto margen de error y de subjetivismo que comporta todo juicio de proporcionalidad invita a diferenciar dos tipos de análisis. Es el primero el juicio político-criminal subjetivo que evalúa una norma penal en virtud de una funcionalidad óptima. Dicho juicio, explicitados sus presupuestos, axiológicos y fácticos, en torno a la medición de la libertad y a los efectos que produce la norma, tenderá a determinar el grado de corrección de la norma en comparación con la norma ideal. Si se entiende el principio como principio de perfeccionamiento material del sistema, irá normalmente acompañado de propuestas de modificación de la sanción o del precepto, o de interpretación de las mismas, que conduzcan a su iden-

⁵⁴ «Desgraciadamente es imposible establecer de manera objetiva pautas fundamentales de evaluación que puedan utilizarse en este cálculo, o cuantificar ningún grado positivo o negativo de valor que lo facilite. Podemos tratar de racionalizar el resultado en la medida de lo posible, en parte poniendo de manifiesto los efectos sociales de la ley, primero positiva y después negativamente, y en parte poniendo en claro las premisas de nuestra propia evaluación. En último análisis, sin embargo, la decisión no puede ser racionalizada, sino que hay que dejarla como el resultado propio de un proceso irreducible en el que todos los factores relevantes se integran en una resolución» (A. ROSS, *op. cit.*, núm. 17, pág. 174).

tificación con la norma funcionalmente óptima; dicha modificación podrá suponer una ampliación o una reducción del ámbito o de la intensidad de la intervención penal. Si se entiende el principio como un principio de garantía individual del ciudadano como imputable, frente a la acción penal del Estado, lo que tenderá a fijar como resultado de su aplicación es un listón máximo que no podrá superar la intervención penal en extensión o en intensidad.

Distinto es el juicio de proporcionalidad como juicio de legitimidad (como juicio de constitucionalidad) de la norma y garantía mínima del ciudadano frente a la intervención penal. Aquí la cautela debe extremarse ante el riesgo de calificar la norma nada menos que como intolerable sobre una base empírica insuficiente y fragmentaria, y sobre subjetivas valoraciones acerca del peso de determinadas manifestaciones de la libertad. Sólo podrá descalificarse al respecto la norma bien cuando la crítica de proporcionalidad se cierna sobre sus presupuestos —contenido del bien jurídico protegido e idoneidad de la medida—, de evaluación más simple en lo axiológico y en lo fáctico, bien, en lo que se refiere a los juicios de necesidad y proporcionalidad, cuando, aun descartados los amplios márgenes de error y de imprecisión que comporta el juicio, y aun partiendo de la presunción de acierto que genera la legitimidad del autor inicial del juicio, la misma suponga una inversión no razonable de libertad. Como dicho juicio desemboca en un juicio de evidencia de la desproporción, el mismo tenderá a identificarse con la disfuncionalidad o con una funcionalidad global pésima, y dejará a salvo de su censura un elevado número de diferentes posibilidades normativas, constitutivas todas ellas de un razonable, por proporcionado, tratamiento de la libertad. Así lo han destacado W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que advierten de que *«la creación de leyes penales es un acto político y no sólo una simple transposición de principios jurídico-constitucionales en el Código Penal(...). Parece razonable dejar al legislador a la hora de determinar el merecimiento de pena un margen de libertad para que, con todas las reservas y respeto a la Constitución, pueda encontrar una decisión política adecuada. A favor de esta actitud hablan también argumentos metodológicos»*, como el que *«la decisión sea extremadamente compleja y dificulte una clara orientación en los principios que inspiran la determinación de una conducta como merecedora de pena. Por otro lado, la decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas y, en todo caso, porque la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. La acción humana no se puede concebir de un modo puramente mecánico y el futuro es siempre incierto. Por eso, para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena, y, en última instancia, decidir, sin que nadie le pueda sustituir en esa tarea»*⁵⁵.

⁵⁵ *Op. cit.*, núm. 13, págs. 75 y ss.

3. Desde la atalaya que le es propia y a partir de sus propios condicionamientos institucionales, el Tribunal Constitucional español ha tomado conciencia tanto de su misión de control material de la norma penal⁵⁶, negada por muchos, como de las cautelas que deben rodear el mismo. Esas cautelas provienen no sólo de la naturaleza del juicio, que puede terminar en un veredicto negativo de constitucionalidad en relación con una norma penal emanada del único poder legítimo para dictarla y a partir de un análisis altamente abstracto e inseguro, sino también por imperativo del denominado principio de corrección funcional, que veda al Tribunal Constitucional que invada la libertad conformadora del legislador a través de un ejercicio inadecuado de su función de interpretación de la Norma Fundamental⁵⁷. Como, con acierto, ha subrayado MEDINA GUERRERO, «a poco que se reflexione, habrá de admitirse que una aplicación estricta del principio de proporcionalidad reduciría de un modo apreciable la libertad de configuración política que define al Poder legislativo. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales no puede llevarse hasta el extremo de comprimir desmesuradamente su margen de maniobra en la concretización de los límites mediante una lectura rigurosa de este criterio inherente al Estado de Derecho: frente al legislador, el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada»⁵⁸. Repárese, en efecto, en el escaso trecho que hay entre, de un lado, un juicio prudente y ponderado de constitucionalidad, como el practicado en las SSTC 55/1996 y 161/1997, en relación con normas que habían suscitado justificadas críticas por su elevado rigor⁵⁹, y, de otro lado, un juicio invasivo de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo»⁶⁰. Mientras que el primero se limita a

⁵⁶ «En relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre al pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento» (STC 55/1996, f. j. 6).

⁵⁷ «Si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y Tribunal Constitucional: puesto que al Tribunal Constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el Tribunal mismo» (K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional* —trad.: P. CRUZ VILLALÓN—, Madrid —Centro de Estudios Constitucionales—, 1992 —2.ª ed.—, pág. 47).

⁵⁸ *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid (McGraw-Hill), 1996, pág. 137.

⁵⁹ Art. 2.3 de la L. O. 8/1984, que sancionaba el rechazo del objetor de conciencia al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, y art. 380 del nuevo Código Penal, que tipifica como desobediencia grave la negativa al sometimiento a las pruebas de detección del consumo de alcohol y drogas.

⁶⁰ STC 55/1996, f. j. 6.

un control externo acerca de si el órgano que «representa en cada momento histórico la soberanía popular»⁶¹ produce «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho»⁶² o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona»⁶³, el segundo y ambicioso juicio partiría de la determinación previa de la norma óptimamente funcional y procedería a su comparación posterior con la cuestionada a efectos de determinar su constitucionalidad en función de su identidad con la misma.

En las dos sentencias citadas el Tribunal reflexiona sobre la naturaleza y los límites de la jurisdicción constitucional en relación con la potestad legislativa. «En el ejercicio de dicha potestad “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que “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: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (STC 55/1996, fundamento jurídico 6.)» (STC 161/1997, f. j. 9).

La exclusividad y la complejidad de la tarea legislativa, subrayadas en la reflexión transcrita, sitúan los límites de la jurisdicción constitucional en la supervisión externa del respeto de la intervención legislativa a los límites a su vez externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento del derecho fundamental afectado: «Lejos (...) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción

⁶¹ STC 55/1996, f. j. 8.

⁶² STC 55/1996, f. j. 8.

⁶³ STC 55/1996, f. j. 9.

a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (SSTC 55/1996, f. j. 6; 161/1997, f. j. 9).

La naturaleza de su juicio, y la externidad y la prudencia de su control, se muestran en los cánones que establece para la realización de los juicios de necesidad y de estricta proporcionalidad. El juicio de necesidad, en primer lugar, sólo dará lugar a la censura de inconstitucionalidad cuando, «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador»; parte así el control constitucional «de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos» (STC 55/1996, f. j. 8). Tan limitado análisis persigue evitar que el Tribunal Constitucional se arrogue «un papel de legislador imaginario que no le corresponde» y se vea «abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, f. j. 11).

Para establecer el concreto canon de constitucionalidad respecto al juicio de proporcionalidad estricta vuelve el Tribunal Constitucional a recordar que «la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado». Al Tribunal sólo le corresponde, al margen de cualquier evaluación añadida de calidad o de conveniencia de la norma cuestionada, supervisar si el legislador ha respetado «el contenido mínimo de proporcionalidad» que descarte un «sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe», un atentado «contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa de la dignidad de la persona». Sólo se constatará este sacrificio «cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 161/1997, f. j. 12; también, STC 55/1996, fundamento jurídico 9).

IV. PROPORCIONALIDAD Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA

1. De una manera explícita o implícita he tratado hasta ahora el principio de proporcionalidad como un principio de limitación material de la actividad legislativa. Dicho principio vincula al legislador en sus decisiones de incriminación *ex novo* de un determinado comportamiento, en las modificaciones de los elementos positivos del tipo de injusto, en la previsión o concreción de causas de justificación o de disminución de la culpabilidad específicas, y en la determinación abstracta de la pena.

Obvio es decir que el principio de proporcionalidad vincula también al Juez en cuanto agente de la fase final del proceso de normación⁶⁴ y lo hace con unos parámetros similares y en unos momentos normativos análogos⁶⁵. Con la ley aplicable en la mano, el órgano judicial, obligado ante todo al respeto del marco que supone aquél, debe extraer la regla concreta que sirva para la resolución del conflicto. Entre los criterios ulteriores que someten su labor está, ya se ha dicho, el de proporcionalidad en el tratamiento restrictivo de la libertad. Así, de entre las posibilidades que la ley le presenta debe desechar, en el ámbito de la interpretación de los contornos del tipo penal, la punición de aquellas conductas cuyo escaso desvalor convierte en desproporcionada la sanción prevista. Los criterios de proporcionalidad le servirán también para interpretar las cláusulas abstractas de justificación o de disminución de lo injusto o de la culpabilidad. Asimismo, de las posibilidades de elección de sanción, mayores o menores, que habitualmente va a ofrecer la norma, debe elegir, en primer lugar, la mínima eficaz para los fines de protección que la norma persigue —cosa que, como es sabido, introduce el debate acerca de la relación y la prioridad entre las distintas funciones de la pena para la prevención de delitos—, y si dicha sanción se revela como estricta o internamente desproporcionada en comparación con la entidad del comportamiento perseguido —mejor: en comparación con los beneficios que comporta la aplicación de la norma—, y si la norma no le permite la falta de subsunción, o la justificación o la exculpación del comportamiento, deberá sancionar mínimamente y exponer al Gobierno lo que estime conveniente acerca de «*la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto*» (art. 4.3 C.P.)⁶⁶.

⁶⁴ Como expresa REQUEJO PAGÉS, corresponde a los órganos judiciales, «*como función fundamental, la tutela del ordenamiento en su conjunto mediante la emisión de normas en las que concluye el proceso de creación normativa y en las que se verifica el correcto desenvolvimiento jurídico de las fases precedentes*» («Juridicidad, precedente y jurisprudencia», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto, Oviedo*—Universidad—, 1993, pág. 240).

⁶⁵ Ver H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, Karlsruhe (C. F. Müller), 1973, págs. 63 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *op. cit.*, núm. 5, pág. 65.

⁶⁶ Sobre el empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ver SILVA SÁNCHEZ, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en AA.VV., *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, La Laguna (Universidad), 1997, págs. 318 y ss.

2. La aplicación judicial del principio de proporcionalidad en el tratamiento del derecho a la libertad personal puede ser revisada no sólo por la vía de los recursos de apelación y de casación, sino también a través del amparo constitucional. Este control tiene, sin embargo, importantes limitaciones, pues a pesar de que aquí no topa con «*la posición constitucional del legislador*»⁶⁷ ni, en palabras de MEDINA GUERRERO, con «*la falta del entramado de hechos y normas que presta apoyo y certidumbre*» a la utilización del juicio de proporcionalidad⁶⁸, sí que se enfrenta a una suerte de presunción inicial de proporcionalidad y, singularmente en materia penal, a la persistencia del riesgo de invasión funcional, ahora de la potestad exclusiva de los órganos del Poder Judicial para la interpretación de los tipos penales. Sólo con estas cautelas presentes podrá entonces afirmarse que el Tribunal Constitucional puede ejercer aquí un control mayor: un control de constitucionalidad de una «*forma*» y con una «*intensidad cualitativamente distinta*»⁶⁹ a las aplicadas a las decisiones legislativas.

Pudiera ser así que el control abstracto de proporcionalidad de una norma en el tratamiento de un derecho fundamental deparara un juicio global positivo y que, sin embargo, sin necesidad de que dicho control haya comportado una sentencia interpretativa, puedan corregirse en sede de jurisdicción de amparo algunas interpretaciones y aplicaciones de la norma que sean claramente excesivas en el sentido proscrito por el principio de proporcionalidad. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1993, discutible y discutida precisamente por intrusista, en la que señaló que la catalogación como delito de un acto de intrusismo en la mediación en el mercado inmobiliario, a partir de una interpretación extensiva del término «título» del párrafo primero del artículo 321 del Código Penal anterior, conduciría «*a una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado de Derecho*»⁷⁰.

Pudiera ser así que el desafortunado⁷¹ y denostado artículo 380 CP —que sanciona con penas de privación de libertad de hasta un año, con un mínimo de seis meses, la negativa al sometimiento a las pruebas de detección del consumo de alcohol o de drogas—, sensatamente declarado constitucional en abstracto, pudiera deparar en concreto una pena excesiva. Ello podría suceder si la severa sanción se produce frente a comportamientos de negación a una prueba de detección no debida a indicios previos de conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas, y, además, sin un ánimo específico de socavar el principio de autoridad. En estos casos, la falta de incidencia de la conducta juzgada en las condiciones de li-

⁶⁷ STC 55/1996, f. j. 6.

⁶⁸ *Op. cit.*, núm. 58, pág. 141.

⁶⁹ STC 55/1996, f. j. 6.

⁷⁰ F. j. 9.

⁷¹ Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 1046

bertad relativas al mantenimiento de la efectividad de la legítima autoridad y a la represión de conductas peligrosas en el ámbito del tráfico rodado debería conducir a los órganos judiciales a afirmar el exceso de la sanción imponible y a interpretar restrictivamente el tipo en consecuencia, para lo que disponen de suficientes argumentos gramaticales, principialistas, sistemáticos y consecuencialistas. Otro cantar es el de que el propio Tribunal Constitucional pueda realizar tal labor, censurando por inconstitucional —por vulneración del principio de legalidad por un tratamiento desproporcionado de la libertad en el ámbito sancionador (art. 25.1 CE)⁷²— una determinada interpretación. Por las razones ya apuntadas de cautela y de corrección funcional de los poderes y órganos estatales cabría pensar que, salvo en supuestos de palmaria e indiscutida desproporción, el amparo termina en este tipo de casos en la vía judicial⁷³.

V. PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD

1. ¿Queda comprendido el principio de culpabilidad en el de proporcionalidad? Ello sucedería si toda medida normativa o aplicativa contraria al primero fuera desproporcionada: innecesaria o excesiva, o, ya previamente, falta de un fin legítimo o de instrumentalidad. Si así fueran las cosas, el reducido grupo de principios fundamentales se reduciría aún más y el principio de culpabilidad no sería sino una forma de entender una parte del contenido del principio de proporcionalidad.

Pero las cosas no son así. Aunque no siempre reina el acuerdo en la denominación de cada postulado ni en su común adscripción a un principio denominado «de culpabilidad», puede considerarse, a los efectos pretendidos en este trabajo, que tal principio veda la sanción por comportamientos ajenos, por meras características físicas o psíquicas, o por comportamientos propios no dominables por su agente, o en función de consecuencias de los mismos imprevisibles para su autor, o de ilicitud incognoscible para el mismo, o decididos en una situación psicológica o circunstancial de tal modo excepcional que impedía una normal formación de la voluntad. El Derecho Penal, permítaseme la simplificación, en virtud del valor dignidad de la persona y en virtud del principio de culpabilidad de él emanado, sólo puede castigar los comportamientos propios conocidos y queridos: sólo puede castigar el normal ejercicio de la autonomía personal. Pues bien: aunque se revele palmario que la sanción por un rasgo físico o psíquico no alcanza ya los presupuestos de idoneidad y de defensa de una condición individual o social de libertad, y aunque falte la

⁷² Como sucede en general en las infracciones del art. 25.1 CE a través de sentencias privativas de libertad, frente a la cobertura del art. 17 se impone, por razones de especialidad, la del artículo citado.

⁷³ Del mismo modo en que el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de contenidos del derecho a la presunción de inocencia que sólo son amparables en la vía judicial (ver STC 81/1998).

instrumentalidad o idoneidad en el castigo por comportamientos indomables, de ilicitud incognoscible o de consecuencias atribuidas al mismo imprevisibles, no se revela en todo caso innecesaria o desproporcionada la sanción por comportamientos ajenos o fruto de una formación de la voluntad desarrollada en condiciones excepcionales.

En efecto, cabría considerar de utilidad para la prevención de delitos la sanción a los cónyuges, padres o hijos de los delincuentes, y cabría pensar también en que la norma o el acto que estableciera dicha sanción pueda resultar necesario para los fines propuestos de protección⁷⁴. Es más, dicha norma podría resultar internamente proporcionada: la radical imposibilidad de dicho requisito podría provenir sólo de pesar en el deber de la medida la lesión de la dignidad del así sancionado —la lesión del principio de culpabilidad—, pero ello, amén de espiritualizar aún más el ya espiritualizado concepto de condición de libertad, no sería sino una especie de trampa que restaría toda independencia a los demás principios fundamentales —lo mismo podría suceder con la norma contraria al principio de legalidad— y desnaturalizaría el de proporcionalidad a costa de considerar la lesión de aquéllos como efecto nocivo de la norma en términos de libertad en el juicio estricto de proporcionalidad.

Una respuesta similar positiva de necesidad y de proporcionalidad podría deparar la previsión de una sanción para quien comete un grave delito a la edad de quince o de diecisiete años. E idéntico juicio podría merecer la fijación de un grave castigo para el mayor de edad que realiza un comportamiento gravemente lesivo impulsado por un miedo, en principio, con independencia de la norma, insuperable, pues tal dura pena —el miedo a la pena— podría servir para superar el miedo que conduce a la actuación lesiva. La pena aquí y antes no sería desproporcionada, sino atentatoria del principio de culpabilidad⁷⁵.

⁷⁴ ROSS ha señalado la eficacia del castigo a personas que no son autores ni partícipes: «*las escuelas de internados, los cuarteles, los campos de concentración, las zonas sometidas a la ocupación enemiga y otros contextos en los que impera la fuerza, son testimonios más que suficientes de ello*» (op. cit., núm. 17, pág. 178). H. L. A. HART insiste en esa misma idea: «*naturalmente, podemos imaginar que un negro pueda ser enviado a prisión o ejecutado de acuerdo con una falsa acusación de violación y ello con el fin de evitar una ola de linchamientos (...). El recurso oficial a este tipo de fraude en un caso particular, infringiendo las normas, con la subsiguiente concesión de inmunidad a los funcionarios responsables, podría salvar nuevas vidas, pudiéndose pensar, por esta razón, que la acción arroja un claro balance positivo*» («Introducción a los principios de la pena», en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona — Ariel—, 1990, pág. 170).

⁷⁵ «*Supongamos que no sólo se castigarán de manera regular las transgresiones voluntarias a la ley penal, sino también las accidentales; no hay duda de que en ese caso habría una significativa disminución en el número de las transgresiones. Los hombres nos sentiríamos compelidos a prestar mayor atención a lo que hacemos y a adoptar medidas para evitar situaciones en las que accidentalmente podríamos causar daños a otros. Prácticamente cabría decir lo mismo acerca del requisito de imputabilidad. Al margen de que los enfermos mentales y otras personas que no están en su sano juicio pueden ser influidos por la amenaza de castigo, la eliminación de este requisito casi seguramente tendría un efecto preventivo general: no cabría ya escapar a la ley invocando la pretendida falta de imputabilidad como argumento en contra de una condena*» (A. ROSS, op. cit., núm. 17, pág. 179). Como indica H. L. A. HART, «*cualquier aumento en el número de las condiciones exigidas para establecer la responsabilidad penal, incrementa la posibilidad de engañar a tribunales o jurados bajo la pretensión de que no se ha satisfecho alguna de esas condiciones. Cuando la*

2. Como ha subrayado MIR PUIG, «*todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buen parte en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho*»⁷⁶. Si el principio de proporcionalidad tiene fundamentalmente que ver con el valor genérico «libertad», el principio de culpabilidad canaliza hacia el Derecho Penal el valor de la dignidad humana. Si a la hora de sancionar, a la hora de restringir la libertad para generar más libertad, el principio de proporcionalidad vigila porque esa actividad no suponga un derroche innecesario de coacción o un mal negocio en términos de libertad, de lo que vela el principio de culpabilidad es de que no se instrumentalice al individuo —o no se le instrumentalice intolerablemente— para la obtención de fines, por lo demás, loables. Si el principio de proporcionalidad somete la medida del castigo, el de culpabilidad indica lo único que se puede castigar⁷⁷, que son los comportamientos propios normalmente dominados por el conocimiento y la voluntad. Ello comporta no sólo que el poder público no puede castigar en absoluto cierto tipo de comportamientos, sino que cuando los castiga y procede al cálculo de la pena necesaria y merecida, por emplear dos conceptos usuales en la doctrina, debe tener en cuenta únicamente lo que el sujeto quiso y conoció en condiciones que podamos catalogar de normales. Ello comportará también, y ello merecería una reflexión y un desarrollo que ahora no ha lugar, que en los comportamientos imprudentes sólo cabe penar el comportamiento peligroso en sí —lo conocido y querido por el autor—, lo que deparará normalmente una pena inferior a través del filtro de la necesidad y de la estricta proporcionalidad. Cuestión distinta a la anterior es la de la valoración de otros elementos subjetivos en la evaluación de la intensidad criminal o el grado de amenaza que para fines valiosos comporta el comportamiento perseguido. Repárese con ello en que los diversos aspectos subjetivos de un comportamiento —por ejemplo, voluntariedad, imprudencia, arrebató— inciden en el sí de la pena, en el qué se pena y en el cuánto se pena.

condición es un factor psicológico, las posibilidades de que tal pretensión prospere son considerables (...). La creencia en que tal engaño es posible puede animar a personas, que en otro caso no se arriesgarían a ser castigadas, a probar suerte en engañar de esta forma a un jurado» («Introducción...», cit., núm. 74, pág. 175).

⁷⁶ *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona (PPU), 1996 (4.ª), pág. 96, núm. 66. B. SCHÜNEMANN afirma que «*bajo la vigencia del principio de culpabilidad cabe argumentar a cualquiera que él, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar. Por tanto, únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afectan al núcleo de su personalidad*» (op. cit., núm. 24, pág. 162).

⁷⁷ Arthur KAUFMANN destaca, frente a la del principio de culpabilidad, la naturaleza formal del principio de proporcionalidad, que se limita a la relación entre dos entidades, sin determinar cuáles son («Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», en AA.VV., *Festschrift für Richard Lange*, Berlín, 1976, pág. 33).

VI. CONCLUSIONES: SEIS TESIS SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA NORMA PENAL

1. El principio de proporcionalidad es un principio de justificación democrática y de correlativa limitación del Derecho Penal. Constituye el instrumento principal para la exigencia de un razonable tratamiento de la libertad —en sentido genérico, como autonomía personal— en el ámbito penal.

2. La relación de proporción a la que se refiere el principio compara dos magnitudes —el medio empleado y el fin perseguido— con un determinado baremo valorativo, que es la libertad en sentido genérico. Otorga su *placet* legitimador si la primera (libertad sacrificada) es inferior a la segunda (libertad preservada) —juicio de proporcionalidad interna o estricta— y si este saldo es superior al que resulte de otras medidas posibles que puedan alcanzar el citado fin —juicio de necesidad—. No hará falta proceder a estos juicios de necesidad y de estricta proporcionalidad si el fin perseguido por el medio restrictivo o sancionador es ya negativo en términos de libertad o si la sanción es cualitativamente inidónea para obtener el legítimo resultado elegido.

3. La evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios. Así, el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la autonomía que el propio precepto supone; su carácter gravoso comprende también los costes económicos que su efectiva aplicación genera. Por su parte, el cómputo de los beneficios de protección de la norma habrá de tomar en cuenta no sólo el valor del concreto bien jurídico protegido, sino también la medida en la que se le protege, y, con ello, el grado de amenaza del comportamiento incriminado para el orden social. Esta globalidad no afecta, sino que confirma, el postulado garantista relativo a la correlación entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena.

4. El juicio de proporcionalidad tiene un fuerte componente valorativo y se realiza sobre una base empírica endeble. Ello hace que sea un juicio severamente impreciso por el subjetivismo de quien lo realiza y por la imprecisión de su sustrato fáctico. De ahí que como juicio de legitimidad respecto a una decisión legislativa deba ser, como ha destacado nuestro Tribunal Constitucional, un cauteloso juicio de mínimos.

5. Con similares parámetros, el principio de proporcionalidad vincula también al Juez en cuanto agente de la fase final del proceso de normación: como criterio de selección de la concreta regla legal de resolución del conflicto.

6. El principio de proporcionalidad no comprende el principio de culpabilidad. No toda norma o decisión judicial contraria al principio de culpabilidad es desproporcionada. Si el principio de proporcionalidad so-

mete la medida del castigo, el principio de culpabilidad, derivado del valor dignidad de la persona, indica lo único que se puede castigar, que son los comportamientos propios normalmente dominados por el conocimiento y la voluntad.

