

LÍMITES AL DERECHO PENAL

**PRINCIPIOS OPERATIVOS EN LA FUNDAMENTACIÓN
DEL CASTIGO**

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LAS INTERVENCIONES JURÍDICO-PENALES*

Winfried Hassemer

I. ESTATUS Y ORIGEN

Según la concepción dominante, el principio de proporcionalidad es un elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico sometido a los principios del Estado de Derecho. Sus componentes de idoneidad [*Geeignetheit*], necesidad [*Erforderlichkeit*] y exigibilidad [*Zumutbarkeit*]¹ rigen como criterios de trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano.

En mi opinión esto es esencialmente correcto pero en su alcance demasiado corto. La proporcionalidad no es un descubrimiento de los juristas ni tampoco del legislador. Pertenece a nuestra existencia en el estatus civil [*status civilis*], determina nuestra relación con los demás, denota una explicación del mundo no sólo de carácter jurídico, sino de conceptos de la vida cotidiana, del ámbito de las ciencias sociales y filosóficas. Carga idéntica e igualitaria, proporcionalidad y sentido de la medida, pertenecen más o menos al mismo campo semántico. El que matar mocas a cañonazos carezca de sentido parece, sobre todo, una instrucción bien fundamentada desde el punto de vista técnico o económico, pero también pone de manifiesto que el actuar tiene una medida. Formulado de manera general, el principio de proporcionalidad se puede entender como una expresión de la justicia en tanto «justicia de cargas» [*Belastungsgerechtigkeit*].

Como concepto jurídico, el principio de proporcionalidad afecta no sólo al Derecho penal y al Derecho procesal penal, sino a cualquier intervención jurí-

* Título original «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe», Traducción a cargo de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas.

1. Sobre esto véase *Infra* II.

dica del Estado. Se trata de un concepto constitucional. Al igual que las teorías de la pena, el principio de proporcionalidad en tanto principio limitador de la intervención punitiva procede del magma de principios normativos que han acompañado durante siglos a las teorías del Estado y de la sociedad, a la Filosofía del Derecho y a otras ciencias jurídicas básicas, sea con un nombre u otro. El principio se ha precisado en los últimos años y actualmente rige en Derecho como un criterio diferenciado y útil en la práctica para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de Derecho; domina en igual medida la teoría y la práctica en el Estado de Derecho.

II. PROPORCIONALIDAD Y DERECHO PENAL

Partiendo de una interpretación precisa y concentrada, el principio de proporcionalidad puede tener para la teoría del Derecho penal un carácter paradigmático: presenta y refleja a su propia manera desde los problemas básicos del Derecho penal hasta los de la teoría político criminal de una forma razonable e instructiva.

1. Idoneidad

La afirmación de que en todo caso un medio debe ser idóneo para la consecución de un fin para ser admisible en un Estado de Derecho, plantea a la teoría y a la práctica jurídico-penal la cuestión de las consecuencias de las intervenciones del Derecho penal. Esta pregunta es una cuestión empírica, como también lo es el *topos* de la idoneidad en el fundamento de la proporcionalidad. Se dirige a la aptitud del medio de cuya aplicación proporcional se trata. La irritante pregunta sobre si el sistema jurídico-penal puede resistir una evaluación de sus consecuencias, sobre si ésta produce consecuencias positivas o negativas, si y para qué es apto, puede reformularse como el principal caso de aplicación de la «idoneidad» en Derecho Penal.

La misma pregunta se plantea en Derecho penal, en un nivel más concreto, en el ámbito de las teorías del Derecho penal. Tal pregunta nos hace ser conscientes de que la cuestión de la idoneidad carece de sentido mientras no exista claridad sobre los correspondientes contenidos de una teoría del Derecho penal, esto es, mientras esté por determinar cómo tal teoría describe los fines y funciones del sistema del Derecho penal.

Si se trata de protección de bienes jurídicos, de confianza en la norma, de efectos resocializadores o de intimidación de la actuación jurídico penal, si se permite o no la persecución de consecuencias simbólicas o comunicativas del Derecho penal para la sociedad como finalidades adecuadas: la medida de la idoneidad del medio jurídico penal es relativa a estos posicionamientos teóricos.

Bien pudiera ser que el indudable carácter empírico del componente «idoneidad» esté en condiciones de enriquecer y aclarar adicionalmente las teorías jurídico penales. Los conceptos con los que la ciencia penal juzga la idoneidad

del Derecho penal y sus relaciones con las respectivas finalidades atribuidas al Derecho penal son todavía poco claros y están pendientes de analizar. La parte empírica del principio de proporcionalidad podría, si se tomara en serio por la ciencia penal, aumentar la presión para tener en cuenta científicamente las consecuencias reales de la justicia penal.

2. Necesidad

También el segundo componente del principio de proporcionalidad tiene una correspondencia instructiva en Derecho penal. Relacionado con el principio jurídico básico en virtud del cual en caso de igual idoneidad de los medios hay que elegir el menos lesivo para el afectado, la necesidad se reformuló en conceptos jurídico penales como «ultima ratio» o como «in dubio pro libertate». Este principio exige una búsqueda imaginativa de alternativas a la intervención penal que sean igualmente adecuadas para la consecución de los fines, pero menos gravosas. Estas alternativas se hallan tanto fuera del Derecho penal, como fuera del Derecho.

Ni el principio del medio adecuado menos lesivo, ni el componente de la idoneidad se hallan en primera línea de la agenda urgente de la ciencia jurídico-penal.

Tampoco existe en el gremio ningún movimiento amplio que —por ejemplo apelando a la prontitud, intensidad y efectividad de la intervención penal para la solución de los problemas penales más graves— exija con firmeza científica el abandono definitivo de la contención, ajena a la realidad, de la teoría jurídico penal para convertir al Derecho penal, si realmente se trata de eso, en la «única» o en la «prima ratio». Pero existe, sin que ello necesite una vestidura teórica, una relevante *praxis* de la Política Criminal, especialmente en el campo del Derecho penal «moderno», que ya lo hace. Esta *praxis* es valorada por algunas voces de la ciencia como adecuada a la época, pero también es advertida, analizada y criticada por crecientes sectores de la ciencia penal. Lo último, ciertamente, sin resultados visibles, porque el miedo al riesgo, el temor al delito y las necesidades de control dominan la *praxis* actual, porque ésta prefiere eliminar las dudas acerca de la idoneidad fáctica de los instrumentos penales y recurrir así a los medios más lesivos.

Bien pudiera ser que el componente de necesidad en el concepto de proporcionalidad estuviera también en condiciones de enriquecer la configuración teórica del Derecho penal, siempre que se tratara de una recepción seria. La teoría penal podría, con la firmeza que le es propia, complementar el programa de análisis de la idoneidad mediante un segundo nivel de análisis que contemplara como provisionales los resultados de la idoneidad empírica de los medios y sólo los aceptara cuando superaran, a su vez, el examen normativo de ser los medios menos lesivos, equilibrando así de nuevo los platillos de la balanza de juridicidad e idoneidad, de conformidad a la justicia y eficiencia.

El componente de la necesidad contradice la costumbre ciega de reaccionar ante una barbaridad con otra mayor. Es un muro contra la tendencia general a considerar aceptables los instrumentos de intervención sólo con que se muestren

efectivos. Fortaleze, en interés de una carga prudente, los elementos normativos en el juicio sobre la intervención.

3. Exigibilidad

Con el tercer componente, esto es, la proporcionalidad en sentido estricto o exigibilidad [*Zumutbarkeit*], el principio de proporcionalidad alcanza sus límites. La exigibilidad marca los límites de todas las intervenciones que han superado los dos primeros niveles y, por consiguiente, son tanto idóneas como necesarias, e insiste en que incluso aquellos medios considerados idóneos y bien vistos desde el prisma normativo pueden ser inaceptables desde el punto de vista del Estado de Derecho.

Este nivel de análisis constituye el mayor de los atrevimientos para un pensamiento jurídico intervencionista. ¿Por qué —así de simple puede formularse el atrevimiento— se debe en realidad impedir el empleo de un medio del que, por un lado, se constata, que puede resolver el problema y, además, que causa el menor daño posible? ¡No podrá encontrarse nada mejor! De hecho: la proporcionalidad en sentido estricto está tan lejos del pensamiento jurídico penal actual que aún no ha encontrado su reflejo en la teoría jurídico-penal. Sin embargo, este reflejo debe ser posible si es que el Derecho penal no debe apartarse del sistema de intervenciones que respetan el principio de proporcionalidad en todos sus componentes.² Esto es posible:

Desde mi punto de vista una traducción de la «exigibilidad» en el sistema jurídico-penal lleva al lugar de lo indisponible, esto es, remite allí donde está prohibido para el Derecho efectuar una ponderación legítima de intervenciones, donde la solución jurídica al problema, aunque sea la más prudente, esté fuera de lugar.

Las vallas que el principio de proporcionalidad ha construido con las reglas de la adecuación y necesidad, antes de que se plantee en el tercer nivel de análisis la cuestión de la exigibilidad, son tan altas que en este nivel sólo se pueden filtrar casos extremos: las intervenciones de cuya prohibición se puede tratar en este punto utilizan instrumentos cuya idoneidad y carácter de medio menos lesivo ya deben haber sido asegurados.

Así, el principio de proporcionalidad llega a sus límites en su aspecto de exigibilidad no sólo sistemáticamente, sino también metodológicamente: aunque la ponderación jurídica ya es un primer brote de la proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en su último componente formula directamente la finalización de la ponderación, a saber, la protección de espacios que deben permanecer inmunes incluso a intervenciones razonables y moderadas y que están protegidos mediante prohibiciones fundamentales en nuestra cultura jurídica. Una intervención de este tipo, que podría parecer idónea y prudente, pero que en tanto inexigible no puede tomarse en consideración, fue lo que recomendó

2. *Supra* I

Caifás en la Pasión de Cristo para apaciguar una situación difícil: «sería bueno que un hombre muriera por todo el pueblo».³

Bien pudiera ser que nosotros los penalistas lográsemos ver de forma más precisa y describir con mayor exactitud una buena parte de nuestros problemas fundamentales si fuéramos capaces de hacer nuestras las demandas del principio de proporcionalidad sobre la exigibilidad de las intervenciones. Esto nos situaría inevitablemente ante la consiguiente pregunta relativa a qué instrumentos del sistema penal no pueden estar permitidos, aunque sean efectivos y constituyan el medio menos lesivo: si tal clase de instrumentos se puede dar y cómo puede establecerse. Quizá el debate actual sobre el fenómeno de la tortura y su permisibilidad podría sacar provecho de la forma y manera en que la dogmática de la proporcionalidad distingue claramente niveles de análisis de legitimación de intervenciones y pone orden razonablemente.

III. PRINCIPIO Y PRAXIS

Como se puede ver, la aplicación del principio de proporcionalidad funciona bastante bien en el ámbito de lo abstracto, traduciéndose y se trasladándose a conceptos jurídico penales fundamentales. Esta reformulación abre conocimientos, elabora unas relaciones plausibles y es una prueba más que confirma la sospecha de que el Derecho constitucional y la dogmática jurídico-penal todavía tienen mucho que decirse mutuamente.

1. El malestar

De modo distinto de lo que sucede en el plano de la formulación abstracta, el principio de proporcionalidad funciona en la política, en la teoría y en la praxis de las diferentes intervenciones jurídico penales de forma no tan razonable y fructífera. Al contrario, los tres componentes del principio de proporcionalidad que se han expuesto aquí⁴ no se hallan en el centro de los intereses jurídico-penales ni de la actuación práctica, sino que de un tiempo a esta parte están más bien fuera de juego.

La cuestión de qué consecuencias tiene la intervención penal, esto es, si las intervenciones penales «realmente» «logran»⁵ la protección de bienes jurídicos, la confianza en las normas, la intimidación o la reinserción, todavía no se ha planteado seriamente por la Criminología o apenas se ha trabajado a largo plazo. Se duda, con razón, que el principio «in dubio pro libertate» haya influido alguna vez a la política criminal, tanto en la teoría como en la práctica, con el vigor que preconiza.

Hoy se constata que el empleo de un medio penal en el Derecho penal

3. JUAN 18, 14

4. *Supra* II.

5. *Supra* II. 1.

moderno no responde al principio de *ultima ratio*, sino al de primera o única *ratio*.⁶ En lo que se refiere a los límites infranqueables de la intervención penal,⁷ actualmente se debe hablar más de disolución que de estabilidad. La difuminación o incluso la desaparición de los límites, que están establecidos de manera absoluta para determinadas intervenciones en el art. 1. ap. 1 de la Constitución, en el actual «debate de la tortura» es una prueba de ello; como lo es también la intumesciente discusión sobre la ponderación «entre vidas» recientemente derivada de la Ley de seguridad aérea. La orientación decididamente preventiva del Derecho penal moderno no es propicia a los límites de las intervenciones que derivan de operar con la inexigibilidad o la indisponibilidad.

2. Las razones

Constató dos circunstancias a causa de las que lo abstracto y la práctica no se ponen de acuerdo en relación con el principio de proporcionalidad. De modo distinto a las ya aludidas características⁸ de un Derecho penal «moderno», características que con sus fundamentos condicionados por el tiempo y por el espíritu de éste pueden disiparse o desaparecer en cualquier momento, las dos razones a las que me refiero ahora son estables: se hallan estrechamente vinculadas con el propio principio de proporcionalidad; coinciden en que se debe ser cuidadoso cuando se plantea a este principio exigencias concretas en referencia a sus efectos prácticos:

Como otros conceptos fundamentales de un ordenamiento jurídico también el principio de proporcionalidad es un principio del que no puede derivarse algo concreto simplemente. Como sucede, por ejemplo, en el mandato de determinación, en el principio de culpabilidad o en el derecho a la protección estatal en las situaciones de necesidad, con la ayuda de estos principios pueden resolverse situaciones extremas que bajo su vigencia se consideran antijurídicas, porque no pueden entenderse como conformes a dicho principio. Sin embargo, esta posibilidad de emitir un juicio claro se concentra en casos evidentes, en ámbitos marginales de la experiencia jurídica. Estos principios tienen un carácter negativo; desvirtúan. Positivamente no se puede deducir nada de ellos de forma segura. Son centros de argumentación jurídica y en ese terreno poseen una gran fuerza. Pero tal fuerza es sólo parte de una argumentación, no pudiendo derivarse de ahí jamás conclusiones con certeza absoluta. Proporcionan instrumentos argumentativos, pero no resultados de decisiones.

Esta circunstancia se corresponde, en segundo lugar, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual debe concederse un gran margen de decisión al legislador en la aplicación de principios como el de proporcionalidad. Esta jurisprudencia es la consecuencia práctica derivada del entendimiento teórico-

6. *Supra* II. 2.

7. *Supra* II. 3.

8. *Supra* III. 1.

argumentativo expuesto en virtud de la cual principios fundamentales como el de proporcionalidad son menos aptos para la deducción que para la argumentación abierta, que su correspondiente mensaje para cada constelación de casos no está simplemente dispuesto, sino que debe ser en todo caso elaborado. Ese respeto de la jurisprudencia ante el poder de decisión del legislador tiene en cuenta no sólo el estatus conceptual e interpretativo del principio de proporcionalidad, sino que se puede interpretar también como una consecuencia de la división de poderes y como un signo de la decisión de no juridificar la política.

Estas dos razones concuerdan no sólo en su construcción, sino también en sus conclusiones: no prueban la potencia interpretativa del principio de proporcionalidad, sino que a primera vista cuestionan más bien la sobrevaloración de esta potencia. En un segundo momento explican por qué, a la vista de los resultados prácticos, no debe considerarse el principio de proporcionalidad como un medio válido para todos los fines, tal y como lo interpretan algunos. Este principio refuerza las argumentaciones, pero no dispensa de ellas. Esto rige en todo caso para aquellos supuestos fundamentales en política y legislación en los que la proporcionalidad debe desarrollar sus efectos junto a muchos otros criterios.

IV. CONSECUENCIAS

Esto no significa que el principio de proporcionalidad haya de carecer de efectos como límite a la intervención penal. Al contrario: puedo encontrar tres vías mediante las que se puede hacer patente el límite de la intervención penal basado en el principio de proporcionalidad a nivel teórico y se puede evaluar desde el punto de vista práctico. Demuestran que este principio puede lograr más resultados en pequeños grupos de casos de la vida diaria que lo que se podría esperar de su concepción global.

Primero, la proporcionalidad es un criterio vinculado directamente a la Constitución.⁹ Esto es extraordinariamente importante para la activación de la justicia en los casos en los que se supera el límite de la intervención porque, por definición, en toda intervención se da entrada a argumentos derivados de la proporcionalidad. En particular, el recurso constitucional, todavía no extendido por completo, es un medio idóneo para activar la tradición jurídico-penal de garantías y límites a las intervenciones que se han establecido en los derechos fundamentales y equivalentes. El Tribunal Constitucional, especialmente en materia penal, ha abierto, en ocasiones, un amplio espacio al principio de proporcionalidad.¹⁰

Por otra parte, la ley en un Estado de Derecho formula el principio de proporcionalidad de una doble manera.¹¹ Así, los presupuestos de la prisión preventiva se formulan legalmente con la mayor precisión posible, lo que significa un mandato de precisión en relación a las intervenciones penales en interés de

9. *Supra* I.

10. Significativa la STC (BverfGE) 92, 277 (325 y ss.) sobre la punibilidad de los espías de la DDR.

11. Ver por ejemplo la STC (BverfG) 70, 297 (312).

la proporcionalidad, y, además, el párrafo 112 de la StPO menciona de nuevo el principio expresamente. Este sistema, como se ha demostrado repetidamente, puede proporcionar una base fructífera a las argumentaciones jurídicas de carácter crítico con las intervenciones estatales.

En tercer lugar el principio de proporcionalidad puede constituir una justificación para regulaciones adicionales y restrictivas, especialmente en grupos de casos concretos. Aquí sus posibilidades de aplicación son amplias y prácticamente ilimitadas.

En este grupo se incluyen exigencias como las siguientes:

- los afectados por una intervención deben ser informados sobre la misma;
- el bloqueo de datos —en lugar de su supresión— puede ser un medio menos lesivo;
- antes de registrar una vivienda en busca de libros hay que preguntar al afectado sobre su existencia;¹²
- el delito de asesinato para ocultar otro delito debe interpretarse restrictivamente;
- intervenciones muy gravosas sólo se pueden plantear en delitos graves;
- las dilaciones indebidas del proceso penal se deben compensar adecuadamente.¹³

También la reserva judicial y muchas otras procedimentalizaciones que mitigan y garantizan las intervenciones jurídico-penales se deben al principio de proporcionalidad o a argumentos derivados del mismo.

Visto así, el principio de proporcionalidad puede ser un recurso apropiado para un enorme número de supuestos de intervenciones.

12. BVerfG, 3ª Cámara del Segundo Senado, decisión de 29.11.2004, 2 BvR 1034/02, NJW 2005, 1640.

13. Por ejemplo STC (BVerfGK) 2, 239, 246 y ss.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO LIMITADOR DE LA PENA*

Ulfrid Neumann

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA CRÍTICA DEL DERECHO PENAL

Cuando se busca principios limitadores del Derecho penal, el de proporcionalidad, en virtud tanto de su contenido regulativo como de su estatus, se presenta como una referencia muy prometedora. En virtud de su contenido regulativo, porque el principio prohíbe imponer a los particulares aquella carga que, en atención a la finalidad así perseguida en términos instrumentales, no resulte necesaria ni adecuada en términos normativos. Desde dichos presupuestos, restringe la intervención punitiva estatal sobre los ciudadanos y es por eso mismo un principio primariamente protector de la libertad —no obstante todos los intentos de transformar, al derivar de él una «prohibición de infraprotección»,¹ este aspecto de restricción de la intromisión parcialmente en su contrario. En virtud de su estatus, el principio de proporcionalidad es prometedor, porque no sólo se ha incorporado al programa jurídico-político del ordenamiento de la República Federal, sino que es Derecho inmediatamente vigente y forma parte en todo

* Título original «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip». Traducción a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz.

1. Sobre la «prohibición de infraprotección», básico ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 1992, § 111, núm. marg. 77 y ss. Sobre su interpretación como mandato de criminalización; cfr. BVerfGE 39, 1; 88, 203 (251 y ss., 258); críticamente al respecto STAEBELIN, «Läßt sich das «Unterrmaßverbot mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?», en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 267 [hay traducción castellana a cargo de Felip i Saborit, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp 289-304 (N. del T.)]. Con detalle sobre el significado de la prohibición de infraprotección para la legislación, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 254 ss.

caso del ordenamiento nacional en el más alto nivel jerárquico. Su potencial jurídico-constitucional ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones² y cuenta con un reconocimiento unánime por la doctrina.³ Dotado de fuerza de infracción de ley, el principio de proporcionalidad resulta ser tendencialmente un fuerte aliado de un Derecho penal liberal. Los críticos del concepto de bien jurídico han reconocido al principio de proporcionalidad un relevante papel en un modelo de fundamentación y restricción del Derecho penal. Dicho modelo ha sustituido la concepción prepositiva del bien jurídico, como propuesta normativa para la legislación penal, por un sistema de garantías jurídico-constitucionales, y ha exigido un «cambio de paradigma de la doctrina de los bienes jurídicos en virtud del principio de proporcionalidad».⁴

No obstante, ha disminuido la confianza de la doctrina en la capacidad de limitación del Derecho penal por medio del principio de proporcionalidad.⁵ Tal escepticismo,⁶ ampliamente difundido y claramente dominante en la discusión doctrinal, se alimenta de dos fuentes. Por una parte, de una serie realmente desilusionante de actuaciones de los jueces del Tribunal Constitucional.⁷ Éste ciertamente ha resaltado en varias ocasiones la relevancia del principio de proporcionalidad para el examen jurídico-constitucional precisamente de normas

2. Cfr. por ejemplo BVerfGE 45, 187, 260 (sobre la cadena perpetua); BVerfGE 70, 297, 311 (sobre el internamiento en un hospital psiquiátrico); BVerfGE 90, 145, 173 (cánnabis). Una visión general actual, en HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005, pp. 22 y ss.

3. Según se demuestra en HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 83 y ss.; LAGODNY (n. 1), pp. 216 y ss. y *passim*. Sobre la controvertida cuestión de la concreta ubicación constitucional del principio de proporcionalidad, cfr. el planteamiento de V. ARNAULD, *JZ*, 2000, 276. Sobre la vigencia del principio en otros ordenamientos jurídicos nacionales europeos y en el nivel del Derecho europeo, cfr. las diversas contribuciones reunidas en KÜTSCHER/RESS/TEIJGEN/ERMACORA/UBERTANZI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985.

4. Formulación y presentación crítica en HÖRNLE (n. 2), pp. 21, 22 y ss.

5. Se trata en lo que sigue sólo de las fronteras horizontales del Derecho penal (sobre el sí o el no de la punibilidad), y no sobre las fronteras verticales (el principio de culpabilidad como expresión del principio de proporcionalidad decisivo para la determinación de la pena [cfr. BVerfGE 73, 206, 253]) igualmente marcadas por el principio de proporcionalidad (magnitud de la amenaza o de la imposición de penas). Sobre ulteriores expresiones del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del BVerfG, cfr. WEIGEND, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, 1999, pp. 917 (921 y s.; 929 y s.). Sobre la relación con principios vecinos (subsidiariedad, *ultima ratio*) detalladamente PRUTYWITZ, «Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?», en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 387 [hay traducción castellana a cargo de Castiella Palou, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 427-446 (N. del T.)].

6. HEFENDEHL (n. 3), pp. 83 y ss.; BUNZEL, «Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgütertheorie* (2003), pp. 96 y ss. [hay traducción castellana a cargo de Gutiérrez Rodríguez, en *La doctrina del bien jurídico*, Madrid, Barcelona, 2007, pp. 146-176 (N. del T.)]; STERNBERG-LIEBEN, «Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgütertheorie* (2003), pp. 65, 78 y s. [hay traducción castellana a cargo de Ortiz de Urbina, en *La doctrina del bien jurídico*, pp. 105-127 (N. del T.)].

7. Al respecto, APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 171 y ss.; HEFENDEHL (n. 3), pp. 83 y ss.; VOGEL, *StV* 1996, 110, 113 y ss.; Cfr. también Bunzel (n. 6), p. y 104 y s.

penales⁸ y suele referirse al principio de *ultima ratio*.⁹ Dichas declaraciones suelen enmarcarse sin embargo en el contexto de una argumentación dada a hacer concesiones; con otras palabras: que el Tribunal muestra al legislador la tarjeta amarilla pero no la roja. Así, antes de la sentencia se establece que, para el examen de las leyes penales, al principio constitucional de proporcionalidad corresponde un significado especial en atención a la peculiar intensidad de la intromisión jurídico-penal. Pero cuando se trata de la concreta norma penal a juzgar, no es posible apreciar una infracción. Este modelo de argumentación se da de forma paradigmática en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el cánnabis.¹⁰ En su valoración, buscando el acuerdo, el Tribunal Constitucional hace gala de moderación mediante el principio de proporcionalidad en el examen de leyes penales —pero luego resulta indiferente si, al valorar, el principio despliega efectos positivos o negativos.¹¹

De otra parte, el escepticismo respecto a la capacidad del principio de proporcionalidad para limitar el Derecho penal se apoya en consideraciones estructurales.¹² De hecho, el principio de proporcionalidad es, debido a su estructura, antes un instrumento altamente complejo y necesitado de ajustes que una afilada espada para conseguir un ordenamiento jurídico-penal liberal. Su misión exige, formulado de manera gráfica, la corriente solución de una ecuación de tres incógnitas: la cuestión es cómo hallar, según una escala de medición no determinada, la relevancia no determinada de una magnitud en comparación con la de otra tampoco determinada.

A la vista de los márgenes de decisión que aquí resultan necesarios, se acrecienta, en cierto modo hasta la resignación, el escepticismo frente a la capacidad de limitar el Derecho penal por medio del principio constitucional de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad caracteriza más un deseo dirigido al legislador racional que una garantía comprobable y jurídicamente vinculante en la decisión para el caso singular.¹³ Por tanto, se trataría —según ROXIN, para

8. Cfr. por ejemplo, BVerfGE 45, 187, 260 (sobre la cadena perpetua); BVerfGE, 70 297, 311 (sobre el internamiento en un hospital psiquiátrico); ulteriores referencias en STACHELJIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 101 ss.

9. BVerfGE 39, 1 (47); 88, 203 (258); 96, 245 (249).

10. BVerfGE 90, 145.

11. Críticamente, por ejemplo, HÖRNLE (n. 2), p. 31 y en muchos otros pasajes; SCHÜNEMANN, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgütertheorie*, 2003, pp. 133, 142 y ss. [hay traducción castellana a cargo de Martín/Feldmann, en *La doctrina del bien jurídico*, cfr. supra n.6, pp. 197-226 (N. del T.)]. A diferencia del ámbito del Derecho penal material, en el procesal corresponde una función muy significativa al principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del BVerfG en la corrección de las leyes (cfr., por ejemplo, BVerfG, *NJW* 2005, 2289 sobre la EuHBG [(*Europäisches Haftbefehlgesetz*) Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union]).

12. Cfr., por ejemplo, KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgüterbegriff*, 2000, pp. 90 y ss.

13. STERNBERG-LIEBEN (n. 6), p. 77.

el principio de subsidiariedad interpretado como expresión del de proporcionalidad— «más de una directriz político-criminal que de un mandato obligatorio».¹⁴ El alcance de la «prerrogativa de decisión» que el Tribunal Constitucional concede al legislador para la introducción y definición de tipificaciones¹⁵ ha tendido a ensancharse —*sub specie* del principio de proporcionalidad—, hasta acabar haciendo de la legislación penal un ámbito libre jurídico-constitucional que produce como resultado de hecho que el Tribunal siga una praxis tímida a la hora de valorar, al haber perdido el sentido y significado normativo del principio. Dicho de otro modo: el recato del Tribunal Constitucional no está motivado —sólo— por razones institucionales, por autolimitación debida al principio de separación de poderes, sino que —también— es interpretado como inevitable consecuencia de una debilidad del principio de proporcionalidad, condicionada estructuralmente, para desplegar efectos regulativos.¹⁶

Es evidente que la cuestión de una posible función limitadora de la pena por el principio de proporcionalidad se decide en esta tesitura. Deseo formular al respecto dos tesis aparentemente contrarias e intentar fundamentarlas con la brevedad que se me ha exigido. Primera tesis: el de proporcionalidad es un principio débil porque su aplicación exige una pluralidad de valoraciones que no vienen determinadas por el principio mismo en cuestión; en este sentido, la praxis restrictiva del Tribunal Constitucional se corresponde de hecho con la debilidad estructural del principio. Segunda tesis: esta debilidad no cuestiona en lo fundamental la potencia argumentativa del principio de proporcionalidad como eficaz limitación del Derecho penal.

II. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. La dependencia valorativa de los elementos «técnicos» (idoneidad, necesidad)

Sobre la primera tesis cabe afirmar que, de los tres aspectos que componen el principio de proporcionalidad —idoneidad, necesidad y adecuación (proporcionalidad en sentido estricto)— las cotas más altas de imprecisión se dan respecto al explícito componente normativo de la «adecuación». Los presupuestos de idoneidad y necesidad, aparentemente determinables de manera empírica, garantizan sin embargo sólo de forma superficial una segura consideración. Esto

es evidente para la necesidad de medidas en cuanto que aquí se trata de la disponibilidad de un medio más suave: la cuestión de si la alternativa de regulación de hecho motiva una carga más pequeña a los afectados tampoco resulta susceptible de decisión plenamente consensuable en relación a las consecuencias jurídicas, penales y no penales.¹⁷ Ciertamente el Tribunal Constitucional subraya en constante jurisprudencia que la sanción penal es, en atención al juicio de desvalor a ella asociado, la más grave intervención sancionatoria del Estado.¹⁸ En la medida en que se extraen del ámbito de las sanciones en sentido estricto, puede que se esté desplazando el factor de su relevancia (por ejemplo: de indemnizaciones penales, enormes en comparación con una moderada multa, se pasa a estrictas medidas de grabación de imágenes como alternativa a la criminalización de una conducta).¹⁹

Sin embargo, ya en el ámbito —aparentemente sólo técnico— de la comprobación de la necesidad, hay imprecisión: en el ámbito de la decisión de sí, y en qué medida, hay sobre todo alternativas disponibles. También aquí son inevitables las valoraciones, pues medios distintos sirven en medida generalmente distinta para lograr el fin deseado. Además, en el ámbito del gobierno de la sociedad es propio operar con pronósticos que escapan a un juicio fidedigno. Tiene por tanto su sentido que el Tribunal Constitucional, por lo que se refiere a la necesidad, conceda al legislador un amplio espacio de decisión.²⁰ También la tolerancia del Tribunal respecto a los numerosos fines posibles de la pena²¹ se corresponde con una apertura del principio de proporcionalidad condicionada por razones estructurales, lo cual puede frustrar fines no excluidos categóricamente, sino sólo de manera mediata, al efectuar el juicio de adecuación (un fin que no sea alcanzable con medios adecuados, no es entonces alcanzable de acuerdo con el Derecho constitucional).

Paralelos problemas se plantean en el juicio sobre la idoneidad de una medida. Con razón el Tribunal Constitucional se limita así a la comprobación de si el medio —en concreto, la amenaza de pena— resulta «simplemente» inadecuado para lograr el fin.²² La crítica de que con dicha interpretación se degrada el criterio de la idoneidad convirtiéndolo en un «topos afirmativo»,²³ pasa por alto que el concepto es relativo y graduable. Por lo demás, la decisión sobre la idoneidad de una medida es más bien una cuestión del general estado social de conocimiento que un problema que pueda ser resuelto con ayuda de la mencionada competencia de juicio de una instancia judicial. Para el tribunal —incluso si se ha hecho asesorar por expertos— resulta difícil contradecir al legislador en

14. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.^a ed., 1997, § 2, núm. marg. 41 [hay traducción castellana de la 2.^a ed., a cargo de LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE, Madrid, 1997 (N. del T.)].

15. BVerfGE 17, 306 (317); 19, 119 (126); 47, 109 (117); 84, 106.

16. La cuestión de teoría del Derecho sobre la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad debe ser claramente separada de la de su aplicación según los límites que en el enjuiciamiento de constitucionalidad vienen dados institucionalmente (separación de poderes, practicabilidad). Al respecto, muy clara, HÖRNLE (n. 2), p. 34. Básico sobre la diferenciación entre los aspectos institucionales y de teoría del Derecho de la enjuiciabilidad de las decisiones jurídicas, NEUMANN, *Wahrheit und Recht*, 2004, pp. 41 y ss.

17. Al respecto, LAGODNY (n. 1), pp. 344 y ss.; 365.

18. Cfr., por ejemplo, BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258); 90, 145 (172).

19. Con razón TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 52, destaca que la creación de tipificaciones penales «puede ser más leve que por ejemplo la previsión de una extensa red de control jurídico-administrativo». Semejante APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 406 y s.

20. Cfr. *supra*, n. 16.

21. Al respecto, HÖRNLE (n. 2), p. 28 y s.

22. BVerfGE 47, 109 (117); 71, 206 (217).

23. STÄCHELIN (n. 8), p. 124.

esta cuestión. Por eso, es usual que la cuestión de la idoneidad adquiera entonces relevancia práctica desde el punto de vista constitucional, donde anteriores decisiones legislativas parecen cuestionables a la luz de nuevos conocimientos científicos —un problema que posee un considerable y actual significado, por ejemplo, en la criminalización del ámbito del tráfico de drogas.

2. La estructura de valoración que tiene el examen de la adecuación

a) «Adecuación» como concepto relacional de varios factores

Los problemas de valoración que se presentan al juzgar la idoneidad y necesidad de una medida se ven potenciados al llegar al tercer nivel, el del juicio de adecuación («prohibición de infraprotección», proporcionalidad en sentido estricto). «Proporcionalidad» es un concepto relacional de varios factores que exige en el primer paso identificar —por lo menos— dos dimensiones determinadas. Ya aquí las vías de examen pueden ramificarse. Pues mientras que desde el principio de proporcionalidad ha de examinarse la medida a través de la cual se planteó la cuestión, suelen abrirse a menudo distintas posibilidades al determinar la dimensión que se considera asumible. Un ejemplo drástico sobre la debilidad que resulta de esta polivalencia lo constituye la definición del principio de proporcionalidad en el Derecho de medidas del StGB alemán.

Si la adopción de medidas de seguridad y corrección se ve limitada a través del principio de adecuación, ello se deberá o bien a la relevancia del hecho que la motivó, o bien en cambio a la comisión del delito que cabe esperar del autor en el futuro.²⁴ El legislador penal alemán no decide esta cuestión, sino que potencia el problema al introducir una alternativa adicional: según el § 62 StGB, no puede imponerse una medida si «no guarda relación con el sentido de los hechos cometidos o que quepa esperar cometa el autor, o si el grado de peligro respecto al autor desaparece». Lo cual deja al intérprete más bien perplejo. Según el tenor literal de la ley, las dimensiones asumibles están unidas mediante una conjunción [disyuntiva (N. del T.)]. De este modo, bastaría con que la actuación sea proporcionada en atención al hecho cometido o a los hechos que cabe esperar se cometan o al grado de peligro por parte del autor. Pero con dicha interpretación, el § 62 a todas luces no estaría expresando una regla correcta. Puesto que según su función las medidas están orientadas al futuro, carecería de sentido un examen de la proporcionalidad de la medida sólo en atención al hecho cometido. Por otra parte, si bastara sólo la proporción con los hechos que cabe esperar se cometan, la función limitadora de la relevancia del hecho cometido sería igual a

24. Con detalle al respecto, BAE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelnrecht des StGB*, 1985, pp. 155 y ss. Incluyendo el hecho que motiva la medida sólo en el ámbito del examen de proporcionalidad, DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelnrecht*, 2004.

cero.²⁵ Por eso, según la doctrina dominante, se exige una valoración global. «No es posible «juzgar la licitud de la medida según su relación con cualquier criterio aislado»; antes bien habría «que poner en relación globalmente todos los elementos para apreciar y [sopesar] la severidad de la intromisión asociada a la medida».²⁶ De este modo, sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad deja de operar de manera racional, puesto que ya no resuelve nada en los diversos pasos de análisis y de argumentación. La argumentación se estanca al entrar en un agujero negro denominado «valoración global».

Paralelos problemas se producen como es sabido en la *determinación de la pena*. Si se afirma la medida de la pena «adecuada» en función del criterio de la gravedad del hecho,²⁷ entonces queda fuera de consideración en la aplicación del principio de proporcionalidad la referencia a los efectos preventivos sobre el autor. Si, por el contrario, se considera, con Franz v. LISZT, que la pena justa es la exigida por razones preventivas,²⁸ entonces la fijada en función de la culpabilidad tenderá a ser una pena no proporcionada.

b) Puntos de referencia de la «adecuación» en las criminalizaciones de conductas

En la cuestión de en qué medida el principio de proporcionalidad establece límites a la legislación penal el problema se presenta con otra faceta. Las magnitudes de referencia del examen de proporcionalidad, vistas en sentido material, se dan aquí por supuestas: por un lado, se trata de un determinado género de conductas, y por otro de la amenaza —y por tanto de la potencial imposición— de una pena real dentro de un determinado margen de fijación. Tampoco aquí se agota el examen de la proporcionalidad en la gravedad comparativa de dos magnitudes dadas previamente. Pues dos magnitudes serían proporcionadas —o desproporcionadas— sólo en relación a una determinada medida. Y el de proporcionalidad, en cuanto que no establece esa medida, queda en un principio meramente formal. El examen de proporcionalidad presupone por tanto el empleo de una magnitud de referencia, de un punto de vista, desde el que hay que decidir sobre la adecuación o inadecuación. Por ejemplo: la muerte de una

25. En Suiza se ha discutido de *lege ferenda* una regla que renuncia a la proporcionalidad de la medida en relación con el hecho que la motiva y restringe la el examen de proporcionalidad a los delitos que cabe esperar cometa el autor en el futuro (agradezco este dato a la indicación que durante el debate me dio a conocer el Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz, de Berna).

26. TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, 52.ª ed., 2004, § 62, núm. marg. 3, en parte reproduciendo literalmente la sentencia BGHSt 24, 134 (135).

27. Al respecto, en especial, Andrew v. HIRSCH, *Doing Justice. The Choice of Punishment*, 1986; EL MISMO/ANDREW ASWORTH, *Proportionate Sentencing*, 2005; ID., *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, pp. 131 ss.; también HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999. Crítico con esta aportación, ELLScheid, «Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewahrung-Bemerkungen zu einem kategorialen Irrweg», en *Grundfragen staatlichen Strafs. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 201.

28. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, 1905, pp. 126 y ss. Y 161 [hay traducción castellana a cargo de Pérez del Valle, *La idea de fin en el Derecho penal*, Granada, 1995 (N. del T.)].

persona para la conservación de cosas de considerable valor en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad no es adecuada desde el punto de vista de la protección de los bienes; pero puede resultar ser perfectamente adecuada en casos de legítima defensa desde el punto de vista de la defensa de derechos subjetivos o del ordenamiento en cuanto tal. «Adecuación» en el sentido del principio de proporcionalidad se refiere así a una relación, no de dos, sino de al menos tres factores. Una magnitud será adecuada —o no adecuada— en relación a una medición, en atención a una escala.

Dicha medición puede verse cumplida por la relación cualitativa de magnitudes determinadas entre sí más o menos exactamente. Tal es el caso de la relación entre pena y conducta punible: de la estructura de la institución social «pena» deriva que en el examen de la proporcionalidad se trata de la cuestión de si la relevancia de la sanción se corresponde con la gravedad del hecho (y no con la peligrosidad del autor) a determinar aproximadamente. Pues la pena es, con independencia de por qué teoría se opte, conceptual e institucionalmente, una lesión de intereses, infligida a una persona como reacción a una conducta desaprobada.²⁹ Sin embargo, los presupuestos para la criminalización de conductas no se ven así todavía cumplidos: las reglas sociales, sobre las que se constituye el hecho institucional «pena», dejan abierto a qué elementos hay que atender en la decisión sobre la punibilidad de un hecho. Por ejemplo: si es adecuado no prohibir bajo pena el proxenetismo (§ 118 a II StGB), depende de si se decide esta cuestión desde el punto de vista de la doctrina del bien jurídico³⁰ o, en cambio, sobre la base de una concepción que admita amenazar con penas³¹ también una infracción contra normas morales generalmente aceptadas³² o contra simples normas sociales de conducta.³³ Dicho generalizando: al debatir si resultan adecuadas ciertas criminalizaciones, la cuestión sobre el concepto de delito acaba uniéndose a la doctrina del bien jurídico. Sería engañosa la esperanza de poder remplazar la concepción sobre el bien jurídico en su función limitadora de la punibilidad por el principio de proporcionalidad.³⁴ Lo cual significa

29. Próximo, NK-HASSEMER/NEUMANN, previo al § 1, núm. marg. 103.

30. Resaltan con acierto STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 5.ª ed., 2004, § 2, núm. marg. 9, que el delito de proxenetismo [*kupplerische Zubältereie*] (§ 181 a, párr. 2 StGB) no es legítimo desde el punto de vista de la —por ellos rechazada— teoría personal del bien jurídico.

31. FRISCH, «Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie* (2003), pp. 215, 224 y s. [hay traducción castellana a cargo de Robles Planas, en *La doctrina del bien jurídico*, cfr. *supra*, n. 6, pp. 309-339 (N. del T.)].

32. STRATENWERTH, «Kriminalisierung bei Delikten gegen kollektivrechtsgüter», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie* (2003), pp. 255, 257 [hay traducción castellana a cargo de Ortiz de Urbina/Vallé, en *La doctrina del bien jurídico*, cfr. *supra*, n. 6, pp. 365-372 (N. del T.)]; semejante HEFENDEHL (n. 3), pp. 52 y ss. y HÖRNLE (n. 2), p. 483.

33. Detalladamente sobre la cuestión de la legitimabilidad de delitos «sin bien jurídico», cfr. ahora HÖRNLE (n. 2), *passim*.

34. Cfr. al respecto *supra*, en la n. 4. Para una integración de la doctrina del bien jurídico y del principio de proporcionalidad (teoría jurídico-penal del bien jurídico como concreción de la prohibición de infraprotección), STACHELIN, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 163 y ss.

también que los críticos del concepto de bien jurídico se encuentran aquí frente a la tarea de encontrar un criterio que sea comparable al de la intensidad de la inminencia de la lesión del bien jurídico como punto de referencia del examen de proporcionalidad. No es suficiente limitarse sólo a la medida de la reprochabilidad de la conducta, como ha sucedido por ejemplo en el debate parlamentario sobre la criminalización de la posesión de material pornográfico infantil.³⁵ Allí donde se emplea la medida de lo reprochable de la conducta como criterio para legitimar criminalizaciones, no cabe sino reconocer que el Derecho penal se ha moralizado.

El diagnóstico sobre la dependencia del examen de proporcionalidad jurídico-penal precisamente respecto del concepto de delito que se toma por base podría generalizarse. Por lo común, el enjuiciamiento de la adecuación de la criminalización de un género de conductas sólo puede darse en el seno de un sistema coordinado pluridimensional que también se ve precisado al decidir la cuestión sobre los fines de la pena. Entrarán en juego posteriores parámetros si junto al Derecho penal general del ciudadano se concibe uno del enemigo.³⁶ Criminalizaciones que resultarían contrarias al principio de proporcionalidad como normas de un Derecho penal del ciudadano, en el marco de un Derecho penal del enemigo serían consideradas reacciones adecuadas frente a amenazas excepcionales.

Junto a estos puntos de vista, las valoraciones alternativas de criminalidad y pena operan desde dentro de una sociedad determinada y en esa medida se hallan vinculadas a una perspectiva interna, separan factores que, aun siendo accesibles a un análisis histórico y sociológico, no son sin embargo discutibles en esa misma sociedad. El sistema de coordenadas, sólo en el marco del cual puede adoptarse una decisión sobre la adecuación o inadecuación de la criminalización de un género de conductas, se halla determinado en sus rasgos esenciales por factores culturales e históricos, sobre cuya legitimidad sería empresa inútil ponerse a razonar desde puntos de vista político-prácticos.

Lo cual, a la inversa, significa que la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad no resulta afectada por *estos* puntos de vista, sino sólo desde la perspectiva externa para comprender la relatividad del sistema de coordenadas. No parece que hoy día se niegue que la muerte en la hoguera no resulta una pena adecuada para la apostasía. Pero no siempre fue visto así, como es sabido.³⁷ También desde la perspectiva interna sin embargo queda espacio para distintos sistemas de referencia, determinados por ejemplo mediante fines de la pena alternativos y diferentes conceptos de delito. Sólo dentro de estos estrechos sistemas

35. Cfr. STACHELIN, «Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter», en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. I, *Legitimationen*, 1998, p. 239, n. 4.

36. En la actualidad, sobre el concepto de Derecho penal del enemigo, JAKOBS, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», *HRRS* Marzo 2004, 88; EL MISMO, «Terroristen als Personen im Recht?», *ZStW* 117, 2005, pp. 839-851.

37. «Welch Christen-Mann oder Weib ungläubig ist ... die soll man auf einem Scheiterhaufen verbrennen» (*Sachsenspiegel*, II, 14, § 7 [trad., SACHSE, Heidelberg, 1848]).

de referencia puede enunciarse criterios con arreglo a los cuales quepa decidirse la adecuación o no adecuación de las criminalizaciones.³⁸

Sin embargo, tampoco dichos criterios permiten más que juicios parcialmente categóricos, en la medida en que se limitan a señalar relaciones de comparación. Sobre la base de la doctrina del bien jurídico puede así criticarse un tipo penal para el que no puede identificarse un bien jurídico reconocido. Sin embargo, sólo señalando los criterios relevantes y relaciones comparativas podrá responderse de manera que suseite consenso a la cuestión de en qué medida la protección de un bien jurídico reconocido permitiría restringir la libertad de acción. Dicho de forma simple: cuanto más importante y vulnerable sea el bien jurídico, tanto más podrá ser anticipada la protección jurídico-penal en el ámbito de la mera puesta en peligro del bien. Para la discusión sobre las múltiples «técnicas de protección» la teoría del bien jurídico en particular exige ser completada con una doctrina sobre las estructuras del delito, como se ha afrontado en los últimos años.³⁹ También estos análisis pueden contribuir claramente sólo a formulaciones diferenciadas; no, o a lo más mediatamente, a la solución de problemas de ponderación, que serían superados si las criminalizaciones fueran examinadas a la luz del principio de proporcionalidad.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MODELO ARGUMENTATIVO PARA CRITICAR EL DERECHO PENAL

El balance parcial en el examen de la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho penal resulta por tanto más bien pobre. El de proporcionalidad es, a la vista de sus presupuestos, un principio débil, porque exige una pluralidad de valoraciones que no pueden llegar a precisarse en virtud de dicho principio. Se justifica, por tanto, el escepticismo respecto a su capacidad de rendimiento como principio limitador de la

38. Esta dependencia del sistema de coordenadas básicas de la sociedad separa el principio de proporcionalidad de la doctrina del bien jurídico. Del mismo modo que en tiempos de la institución del *Sachenspiegel* con vistas al resultado de la desproporción de la pena de muerte para el «delito» de apostasía no habría podido valer, tampoco una crítica a la descripción del tipo basada en la consideración del bien jurídico. En ese sentido es también correcto cuando se afirma que la reforma de los delitos sexuales en los años sesenta del siglo xx, que suele apuntarse como éxito de la doctrina del bien jurídico, habría que atribuirla a un cambio en las concepciones morales de la sociedad (FRISCH, «Rechtsgut» [n. 32], pp. 218 s.; EL MISMO, «An den Grenzen des Strafrechts», en *Festschrift für Walter Streefjohannes Wessels*, 1993, pp. 69, 72). Errónea resulta sin embargo la afirmación de que dicha reforma no podría por eso atribuirse a la doctrina del bien jurídico (así, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 227), pues las reformas sociales se consuman no como los sucesos de la naturaleza, sino que deben iniciarse y llevarse a cabo con argumentos. En esa medida corresponde a la doctrina del bien jurídico un importante papel en la reforma del Derecho penal sexual. Dicho de manera general: que los argumentos sólo pueden ser eficaces cuando son expuestos en un clima de apertura respecto a éstos, no hace superfluo argumentar.

39. Véase, en especial, WOHLERS, *Deliktstypen* (n.38); EL MISMO, GA 2002, p. 15.

legislación penal. El principio no ofrece ningún mecanismo que *per se* recorte las leyes penales según la medida adecuada a la Constitución.

Pero si lo vemos de modo realista, tampoco es que se le pueda exigir eso. Los principios jurídicos no son una guillotina, sino argumentos que pueden alegarse a favor o en contra de determinadas regulaciones. Bajo tal aspecto, la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad merece otra valoración, puesto que aporta un modelo argumentativo con el cual la crítica jurídico-política a una regulación jurídico-penal puede ser transformada en un veredicto de relevancia jurídico-constitucional. La fuerza argumentativa del principio de proporcionalidad, cuando éste llega a la situación de no permitir apenas una ponderación con contraargumentos, ha de valorarse en esa medida muy positivamente. El argumento de la desproporción de una medida es un típico argumento ganador. Lo cual significa que es una mala estrategia admitir la desproporción de una medida indeseada y confiar en la preponderancia de contraargumentos. Pues, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, frente a argumentos de conveniencia [*Zweckmäßigkeit*], el principio de proporcionalidad apenas supone un contraargumento prometedor. Contra la afirmación de que una decisión es inconveniente podría objetarse que se impone por razones de justicia y viceversa. Un argumento contrario de ese estilo no es planteable para el principio de proporcionalidad. No hace falta seguir justificando una medida que se revela como desproporcionada.

En la práctica sería de poca ayuda que los presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad pudieran determinarse de cualquier modo. Pero no es este el caso, a pesar de la debilidad estructural del principio de proporcionalidad. Las argumentaciones se llevan a cabo no en un espacio lógico vacío, sino en discursos concretos determinando una pluralidad de premisas comúnmente compartidas. Con este trasfondo, la cuestión de la aplicabilidad del principio de proporcionalidad es una cuestión de plausibilidad de la concreta argumentación. Si estamos de acuerdo en que determinada pena resulta desproporcionada para cierta conducta, entonces contamos con un punto de partida para seguir discutiendo sobre posiciones controvertidas. Esto es, el principio de proporcionalidad genera posibilidades de argumentación —y en esa medida también posibilidades de consenso— que, sin aquél, no serían alcanzables. Presumiblemente tampoco los escépticos estarían dispuestos por eso a suprimir simplemente el de proporcionalidad del elenco de los principios constitucionales.

Es preciso sin embargo desarrollar diferentes modelos argumentativos que hagan posible una aplicación del principio de proporcionalidad a concretos grupos de casos. Para el Derecho penal se encuentra un fundado modelo argumentativo así, por ejemplo, en el voto particular del magistrado SOMMER en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del cánnabis. El modelo de criminalización del delito de peligro abstracto de «distribución de drogas» no puede verse duplicado castigando ya la posesión como peligro abstracto de una puesta en peligro abstracto.⁴⁰ Otro modelo argumentativo se complace en la

40. BVerfGE 90, 145, 212 (pp. 220 y ss.).

reflexión sobre si la mera desobediencia administrativa puede ser sancionada realmente como delito.⁴¹ Bajo tal aspecto habría también que tematizar la determinación del § 34 de la Ley de Economía Exterior (AWG) que conmina con penas de multa y privativa de libertad la exportación de determinados bienes no autorizados.⁴² Según lo afirmado, no hace falta subrayar más que tales limitaciones no pueden derivarse del principio de proporcionalidad como si sencillamente se tratara una operación lógica. Lo cual no quita que, como muestra la cotidiana argumentación jurídica, tales limitaciones carezcan de sentido.

LA DISPERSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COMO LÍMITE DE LA PENA*

Kurt Seelmann

La intervención de varias personas en un delito opera frecuentemente ampliando el castigo porque aquella incluye en la imputación acciones parciales de otros. Mediante la figura de la coautoría, por ejemplo, puede hacerse responsables a personas que no realizan ningún tipo penal completo de propia mano, sino que simplemente han efectuado aportaciones al mismo en régimen de división del trabajo. Mediante el castigo de la pertenencia a una organización criminal puede hacerse responder a personas en el estadio previo a la comisión de delitos por incrementar simplemente el potencial de peligro con su aportación a la organización. La intervención de varias personas no sólo amplía la pena a aquello que, de lo contrario, sería impune, sino que a menudo influye también sobre la medida de la pena que recae sobre cada uno de los intervinientes. Mediante la consideración de miembro de una «banda» se incrementa la pena en determinados tipos penales para todos los intervinientes sencillamente por el hecho de existir una pluralidad de intervinientes y, por ello, aparecer como más peligrosos que si fueran autores únicos.

En lo que sigue no se abordarán tales ampliaciones o agravaciones de la pena en casos de pluralidad de intervinientes, sino que, justo al contrario, se tratará la limitación y disminución de la pena en los supuestos de responsabilidad de varias personas, esto es, de la dispersión de responsabilidad precisamente como límite de la pena.

Cuando son varios, quizás incluso muchos, los sujetos responsables de un delito, nuestro lenguaje caracteriza a esta situación como de *división* de responsabilidad. Igualmente, en principio no se admite que la intervención de varios

41. Al respecto, FRISCH, *Grenzen* (n. 41), pp. 69, 96 y ss.

42. Crítica detallada en KNACH, *Die Europäisierung des nationalen Aussenwirtschaftsstrafrechts*, 2005.

* Título original «Verantwortungstreueung als Strafbegrenzung». Traducción a cargo de Ricardo Robles Pinaas y Nuria Pastor Muñoz.