

M^a Inmaculada Ramos Tapia*

Jan Woischnik**

Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad

I. Introducción

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Por ello la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello (la llamada individualización judicial de la pena). Pero presupuesto indispensable para que la individualización de la pena pueda llevar a una pena justa es la *previa fijación por el legislador del marco de pena* que corresponde a cada delito (el llamado marco legal abstracto o genérico). A la fase de determinación legal de la pena no se ha dedicado, sin embargo, tanta atención en la doctrina jurídica, tal vez por el hecho de que se entendía que se trataba de una cuestión de política criminal. Al fin y al cabo el marco penal genérico representa “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la

* Profesora de Derecho Penal y Vice-Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

** Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia (Alemania). Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Uruguay y Director del Programa “Estado de Derecho” en Sudamérica.

El artículo se basa en una ponencia brindada en la *Jornada de Evaluación de la Legislación Penal Sustantiva en Bolivia* organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la GTZ (La Paz, 28 y 29 de noviembre de 2001).

gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado”¹.

Sin embargo, en un *Estado de Derecho*, la labor legislativa en este ámbito también está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. A él le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir. No sólo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos de la pena como son la intimidación, la consolidación de las convicciones éticas generalizadas, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, resocialización, etcétera.

Sin embargo, el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un *Estado de Derecho* existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina *Derecho penal constitucional*. El análisis de cuáles son esos principios y cómo deben operar en la decisión legislativa sobre los marcos penales ha sido un tema que ha ocupado a la *doctrina alemana* y a la *española* en las últimas décadas y sobre el que existe ya relevante jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del alemán.

Esencialmente esos principios son tres: 1) el principio de legalidad penal, 2) el principio de dignidad humana y 3) el principio de proporcionalidad. Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un Estado de Derecho, mientras que el último, el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi* del Estado. Por ello, el presente trabajo se dedica a analizar especialmente el principio de proporcionalidad, su formulación, contenido y alcance en la más reciente jurisprudencia y doctrina constitucional, no sin antes describir, siquiera brevemente, el papel que también juegan los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fase de determinación legal de los marcos penales.

¹ García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 96.

II. Las exigencias derivadas de los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fijación de los marcos penales

1. El principio de legalidad penal

El principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de las Constituciones europeas² constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla pena sine previa lege penale*.³ Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido (qué conductas constituyen delito) y qué consecuencias tendrá (forma y características de la reacción penal) la realización de la conducta prohibida. Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación (la llamada “garantía criminal”), sino también que las penas de los delitos estén previstas en la ley y sean determinadas (la llamada “garantía penal”).

La necesidad de que las penas sean determinadas no significa que el legislador deba fijar *a priori* y en cada caso la pena que corresponde a cada delito, ocupándose de sus más mínimos detalles y circunstancias, de modo que el juez no tenga más que aplicar automáticamente la pena correspondiente. Hoy se reconoce como imprescindible dar al juez un margen de apreciación para determinar la pena adecuada a las circunstancias del hecho cometido y de su autor. De hecho, sólo de forma excepcional prescribe la propia ley una pena absolutamente individualizada. En la generalidad de los casos, el legislador pone a disposición del juez un *marco penal* más o menos amplio, dentro del cual el juez debe individualizar la pena. Pero el principio de legalidad penal impide que se llegue al extremo de dejar la determinación de la pena totalmente al arbitrio judicial. Así, como advierte Roxin⁴, sería inconstitucional y nulo un precepto penal que se formulara del siguiente modo: “el que dañe una cosa ajena será castigado”, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer. Tampoco sería admisible un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. La doctrina exige en general, como mínimo, una fijación de la clase de pena⁵.

Pero incluso dentro de una misma clase de pena, la doctrina considera inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Así, por ejemplo, en Alemania algunos autores han señalado que la amplísima extensión del marco de la pena de multa resulta

² Vid., por ejemplo, art. 103 II GG (Grundgesetz: Ley Fundamental Alemana) o art. 25 CE (Constitución española).

³ Sobre el principio de legalidad en el Derecho español, vid., por todos, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 2^a ed., Barcelona, 1998, pp. 78 ss.; en Alemania, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (trad. de la 2^a edición alemana y notas por D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 134 ss.

⁴ Roxin, *op. cit.*, p. 141.

⁵ Roxin, *op. cit.*, p. 174.

“apenas defendible en un Estado de Derecho”⁶. Igualmente se consideran al borde de la inconstitucionalidad los párrafos 212 y 213 StGB⁷, que prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua. Si se mantiene la compatibilidad de estos preceptos con el art. 103 II GG es porque, al menos, el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable⁸.

La exigencia de determinación de la pena no impide que el legislador pueda prever penas alternativas para un delito, por ejemplo, que junto a la pena de prisión se contemple como alternativa una pena de multa, dejando que sea el Juez o Tribunal, el que elija la naturaleza de la pena más apropiada al caso. Ello ocurre en muchas figuras delictivas del Código penal alemán y del español.

2. El principio de humanidad de las penas

Con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. En la Constitución española este principio está expresamente reconocido en el art. 15: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas inhumanas o degradantes”. Y la Constitución alemana determina que “personas detenidas no pueden ser maltratadas ni síquica ni físicamente” (Art. 104 I GG).

Este principio tiene especial peso en la fase de ejecución pero también tiene trascendencia en la fase de determinación legal de las penas. Así, la prohibición de penas inhumanas o degradantes implica que el legislador penal no puede conminar ningún delito, por grave que se considere, con una pena incoizadora de carácter definitivo, es decir, destinada a *destruir* física o moralmente al sometido a ellas como la pena de muerte, penas corporales -por ejemplo, mutilaciones de partes del cuerpo- o la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social⁹.

También el recurso por el legislador a penas cortas de prisión (las de duración inferior a seis meses) se entiende poco respetuoso con el principio de humanidad de las penas o la dignidad de la persona, pues está demostrado que en la mayoría de

⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 4ª edición alemana por J.L. Manzanares Samaniego), Granada, 1993, p. 117; de la misma opinión, C. Roxin, *op. cit.*, p. 174. Según el párrafo 40 II 3 en relación con el 40 I 2 del Código Penal alemán, el marco de la pena de multa va desde 5 a 360 cuotas diarias (o hasta 720 en el supuesto excepcional del párrafo 54 II 2), lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 marcos (o excepcionalmente 7.200.000).

⁷ Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

⁸ Roxin, *op. cit.*, p. 174.

⁹ Sobre la prohibición de las penas inhumanas y sus consecuencias en la legislación penal, vid. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, 1993, pp. 254 ss.

los casos estas penas causan más daño que beneficio¹⁰. Por esta razón, en el CP español de 1995, ningún delito sancionado con pena de prisión tiene previsto un límite mínimo inferior a seis meses. En Alemania, aunque siguen existiendo supuestos donde el marco penal previsto permite imponer al juez penas cortas de prisión, esta posibilidad sólo puede ser usada por el juez de forma excepcional: “cuando haya especiales circunstancias en el hecho o en la personalidad del autor que hagan imprescindible la imposición de una pena de prisión...” (parágrafo 47 I StGB).

Unido a este principio de humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad ya que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona. Pero el principio de proporcionalidad de las penas aparece unido también a otros principios constitucionales, y tiene una autonomía propia. De hecho, es el principio de mayor relevancia en el ámbito de la determinación legal de la pena.

III. El principio de proporcionalidad

1. El principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad *abstracta*) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad *concreta*). La exigencia de proporcionalidad *abstracta* va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad *concreta* al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto. Aquí nos vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad *abstracta*, que es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales (fase de *determinación legal de la pena*) y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización, que es llevada a cabo por los Tribunales dentro del marco legal (fase de *individualización judicial*). No obstante, como se verá, los marcos penales deben configurarse de tal forma que dejen margen al juez para poder buscar la pena proporcionada al hecho concreto enjuiciado.

La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus antecedentes más antiguos en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de la época. Así, en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclamó que: “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”. De igual manera, esta preocupación por la proporcionalidad aparece en el pensamiento de Beccaria, quien sintetizara magistralmente los princi-

¹⁰ Roxin, *op. cit.*, pp. 129 s.

pios del Derecho Penal moderno: “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, *proporcionada a los delitos* y dictada por las leyes”¹¹.

Si bien en las Constituciones actuales no se suele proclamar de forma expresa el principio de proporcionalidad, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Alemania y España lo consideran implícitamente consagrado en la Constitución.

En Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)¹². Si bien al comienzo este Tribunal tan sólo utilizaba este principio de forma puntual y sin darle consecuencias sistemáticas, a finales de los años cincuenta se empieza a considerar el principio de proporcionalidad como una máxima constitucional que debe ser respetada por los poderes del estado (legislativo, judicial y ejecutivo) y, por tanto, también por el legislador penal. La jurisprudencia del BVerfG lo considera implícito en la configuración del Estado como un Estado de Derecho. El BVerfG, en una sentencia del año 1957, en relación con el Derecho Penal, afirmó:

*“De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor ...; no debe ser ni desproporcionada ni inhumana... Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional”*¹³.

Para la doctrina alemana el principio de proporcionalidad es parte del postulado de Justicia: “nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas”¹⁴.

En España tampoco la Constitución de 1978 recoge expresamente el principio de proporcionalidad de las penas pero, igual que en Alemania, la doctrina considera que se trata de un principio que forma parte del orden constitucional¹⁵. El principio de proporcionalidad se deriva de otros principios constitucionales expresos. Así, se vincula con el precepto constitucional que configura a España como un Estado de Derecho que propugna la justicia como valor superior de su ordenamiento (art. 1 CE) y con el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 CE). También

¹¹ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. de la edición italiana de 1774 por J.A. de las Casas y presentación de F. Tomás y Valiente), Madrid, 1993, p. 255.

¹² Sobre el origen y alcance del principio de proporcionalidad en Alemania, *vid.* Aguado Correa, Teresa, *El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, pp. 63 ss.

¹³ BVerfGE 6, 389.

¹⁴ Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 279.

¹⁵ *Vid.*, por todos, Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 120 ss.

se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el de legalidad (art. 25 CE) por parte de algunos autores¹⁶ y, de forma aislada, por la STC 136/1999. En cualquier caso, sea cual fuere el precepto constitucional al que se vincule¹⁷, el rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido afirmado en reiteradas sentencias por el Tribunal Constitucional (TC), quien se ha pronunciado sobre su contenido y alcance¹⁸.

2. Ahora bien, admitido que el respeto del principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador penal, lo importante a efectos prácticos es saber cuándo el legislador está incumpliendo esa exigencia; cuándo una ley penal puede ser declarada inconstitucional por establecer una pena *desproporcionada*.

Como ha reiterado el TC, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que 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 prefijado¹⁹. Ahora bien, lo que no puede hacer el legislador en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Esos límites constitucionales, aunque no le imponen una solución unívoca y precisa, sí que prohíben la existencia de normas penales en las que se advierta, como dice el Tribunal Constitucional español, “*un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable* entre la sanción y la finalidad de la norma”²⁰.

Pero para poder valorar si una norma penal incurre efectivamente en ese desequilibrio, es decir, si vulnera el principio de proporcionalidad, se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directivas más precisas que debe respetar el legislador, porque, de lo contrario, el principio de proporcionalidad quedaría en una fórmula vacía. Esos criterios o directivas no han sido expuestos sistemáticamente ni de un modo cerrado. Precisamente uno de los puntos débiles que la doctrina ha señalado en relación con el principio de proporcionalidad es la ausencia de una teoría general y sistemática del mismo que lo dote de eficacia como canon de

¹⁶ Cfr. Vives Antón, Salvador, “Principios generales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 40.

¹⁷ La discusión sobre el precepto constitucional al que debe vincularse el principio de proporcionalidad tiene gran trascendencia práctica en el sistema constitucional español, porque la posibilidad de recurrir en amparo ante el TC que otorga la CE a cualquier ciudadano sólo existe si se alega la vulneración de determinados preceptos de la CE (arts. 14 a 31). Como el principio de legalidad está incluido entre ellos (art. 25 CE), su vinculación con el principio de proporcionalidad abriría la puerta del recurso de amparo al condenado con una pena que se considere desproporcionada.

¹⁸ Especialmente significativas son las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre y la más reciente 136/1999, de 20 de julio.

¹⁹ STC 55/1996, FJ 6; STC 161/1997, FJ 12

²⁰ STC 55/1996, FJ 9.

constitucionalidad de las leyes. No obstante, podemos señalar aquí algunos de los criterios que, a raíz de la valoración de concretos preceptos penales, se han ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia constitucional²¹.

a) La importancia del bien jurídico

Como es sabido, una de las garantías del Derecho Penal moderno es el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”: el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos (es decir, valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado democrático de Derecho) frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos²². Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia. Así, es evidente que el bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “honor” o que el bien jurídico de la “integridad personal” es más importante que el de la propiedad.

Por ello, el primer criterio que se puede apuntar en el juicio sobre la proporcionalidad entre sanción y delito es el de la importancia del bien jurídico protegido: las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes. Si desde el punto de vista del bien jurídico atacado por el delito, un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

Desde esta consideración, en España la doctrina criticó la regulación que existía antes del CP de 1995 del delito de violación, porque este delito se castigaba con la pena de prisión de 12 a 20 años, que era la misma pena con la que se sancionaba el delito de homicidio doloso. Se entendía que esto vulneraba el principio de proporcionalidad abstracta porque por muy grave que sea el ataque a la libertad sexual no parece que pueda revestir el mismo contenido de injusto que un ataque doloso a la vida. El CP de 1995 ya sí atiende a la exigencia de proporcionalidad porque señala para el delito de violación un marco penal básico de 6 a 12 años (art. 179) mientras que la pena del homicidio doloso es de 10 a 15 años (art. 138).

b) El grado de afección al bien jurídico

Otro factor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar la pena es el grado de afección al bien jurídico protegido, es decir, la gravedad del ataque. Así,

²¹ Entre los pocos autores que formulan criterios concretos de proporcionalidad, cfr. Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 286 ss.; Álvarez García, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pp. 51 ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 92 s.

²² Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 91 ss.; Roxin, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigarse de forma más grave las conductas que más daño hacen a la integridad física: no es lo mismo una lesión que requiera únicamente una intervención quirúrgica para su curación que la que conlleve la pérdida de un ojo o de otro órgano principal. Desde este punto de vista, algunos preceptos del nuevo Código Penal español resultan poco respetuosos con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, resulta desproporcionado castigar con la misma pena que el delito de robo con violencia o intimidación, la conducta de utilización ilegítima de vehículo de motor efectuada con violencia o intimidación (art. 244.4^o CP) porque en la segunda conducta el ataque al bien jurídico de la propiedad no es tan grave, ya que sólo existe un uso del vehículo, sin el ánimo de apropiación definitiva que sí caracteriza al delito de robo.

Igualmente, parece una exigencia del principio de proporcionalidad que mientras más alejada esté la conducta de la lesión del bien jurídico, menos grave debe ser la reacción penal. Sin embargo, el TC ha negado validez a este criterio en la STC 161/1997. En ella, refiriéndose al delito de negativa a someterse al control de alcoholemia (art. 380 CP), el TC afirmó que: *“el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo”*.

c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico

Otro factor que influye en la gravedad de la conducta y, por tanto, en la proporcionalidad de la sanción es el elemento subjetivo con que se realiza el hecho delictivo: el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la pena. Por lo general no se puede imponer la misma pena a la comisión dolosa y a la comisión imprudente de un mismo hecho porque el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético-social. Así, por ejemplo, un ataque doloso a la vida se sanciona mucho más severamente que una muerte causada por imprudencia.

d) La comparación con supuestos análogos

Si la pena prevista para un determinado tipo penal se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida por el legislador para supuestos análogos, puede afirmarse que la norma es arbitraria y que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho (STC 55/1996, FJ 8).

e) La trascendencia social del hecho

Otro de los criterios que, según la doctrina, debe tener en cuenta el legislador en la determinación de la pena es la trascendencia social del hecho o lo que también se denomina la “dañosidad social objetiva de la conducta”. La significación social

de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. Por el contrario, si un hecho deja de tener en un determinado momento histórico la trascendencia social que ha tenido tradicionalmente, deben atenuarse las penas previstas para ese hecho. Un claro ejemplo de esto se ha dado en España en relación con el delito de incumplimiento del servicio militar obligatorio (delito de insumisión) que se castigaba con penas de prisión y multa y que, a partir de la reforma del Código Penal de 1998, se sanciona sólo con pena de inhabilitación especial. En la exposición de Motivos de la Ley que efectuó dicha reforma, el legislador afirma que la normativa sancionadora no puede ser ajena al momento histórico actual y que, teniendo en cuenta el cambio que hay previsto hacia un modelo de Ejército profesional, procede en este periodo transitorio adecuar las penas previstas para el delito de insumisión. Es evidente que la trascendencia social del delito de incumplimiento del servicio militar en un momento en que pronto éste dejará de ser obligatorio, es mucho menor y merece una menor pena.

f) El grado de ejecución y las formas de participación en el delito

El legislador debe tener en cuenta también el grado de ejecución del delito, para castigar más gravemente la consumación que la tentativa, así como la forma de participación, porque no merece la misma pena el responsable como autor de un delito que el que meramente participa como cómplice. En este sentido, tanto el Código penal alemán como el español prevén una atenuación de la pena para los casos de tentativa (parágrafo 23 II StGB y art. 62 CP), si bien en Alemania la atenuación es facultativa (parágrafo 23 II), y para los casos de complicidad (parágrafo 27 II StGB y art. 63 CP).

IV. El principio de proporcionalidad y el necesario margen de arbitrio judicial en la individualización judicial de la pena

1. Hemos afirmado anteriormente que, para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo. Del margen que tenga el juez en la fase de *individualización judicial* de la pena (en alemán: *Strafzumessung*) dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la determinación de la pena que corresponde imponer dependerá del sistema de determinación de la pena que

siga el Código penal. De forma genérica, estos sistemas pueden sistematizarse en tres modelos posibles²³:

a) Ofrecer un complejo sistema métrico compuesto de grados, circunstancias etcétera, de manera que la labor del Juez quede reducida a realizar una especie de operación aritmética. Este ha sido el sistema tradicional en España. Los Códigos penales desde 1822, y hasta el nuevo Código Penal de 1995, dividían la extensión de las penas previstas en abstracto para los delitos en tres partes iguales (llamadas grados mínimo, medio y máximo) y establecían un catálogo general de circunstancias agravantes y atenuantes. La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resultando así un nuevo marco de pena mucho más estrecho (el llamado marco de pena *concreto*), dentro del cual debía fijar el juez la pena exacta. Además, en la descripción típica de muchos delitos se contemplaban ya circunstancias específicas que llevaban a imponer la pena en un determinado grado, con lo cual el marco de pena *abstracto* del que debía partir el juez era ya de por sí muy reducido²⁴.

b) Indicar unos criterios orientadores, aunque no vinculantes, que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo a imponer dentro de un marco legal de pena que, en muchos casos, sólo fija un límite máximo y no mínimo de pena. Así, por ejemplo, el sistema alemán, donde el parágrafo 46 StGB se limita a enunciar una serie de circunstancias que el juez debe tomar en consideración en la individualización de la pena, pero dejando a su arbitrio los efectos que debe darle para la determinación de la pena exacta dentro del marco legal.

²³ Cfr. esta sistematización en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999, pp. 706 s.

²⁴ En detalle, sobre este sistema, vid. García Arán, *op. cit.*; Pérez Alonso, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 296 ss. Un ejemplo de cómo operaba este sistema de "dosimetría penal" es el siguiente: si alguien era condenado como autor de un delito de robo en oficina bancaria con la concurrencia de dos agravantes genéricas (v.g. "obrar con premeditación conocida" y "ser reincidente"-art. 10. 6^a y 10. 15ACP25-), el juez, para determinar la pena, debía realizar las siguientes operaciones: 1) partir de la pena prevista para el delito de robo en el art. 501.5^o ACP, que era la llamada "prisión menor": desde seis meses y un día a seis años; 2) tener en cuenta que concurría una de las circunstancias agravantes específicas del art. 506 ACP (la de cometerse el robo "contra oficina bancaria" -art. 506.4^o ACP), para la que se preveía una pena de prisión menor en grado máximo, esto es, desde cuatro años, seis meses y un día a seis años (marco de pena abstracto); 3) tener en cuenta que concurrían dos circunstancias agravantes genéricas que, según el art. 61.2, le obligaban a imponer una pena dentro del grado máximo del marco penal abstracto. Para ello, el juez debía dividir de nuevo la extensión de ese marco de pena en tres partes y determinar el tercio superior (grado máximo): desde cinco años, seis meses y un día a seis años (marco de pena concreto). La pena a imponer por el juez debía obligatoriamente estar comprendida dentro de ese marco en el que el margen de decisión judicial quedaba reducido a seis meses.

c) Establecer unos máximos y unos mínimos legales y unas reglas de medición (a través de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas) vinculantes para el juez aunque dejándole a su vez un campo razonablemente amplio a la medición concreta a realizar por el juez. Este es el sistema seguido en el CP español de 1995. En él se contempla un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 21 y 22 CP), aunque no tan exhaustivo como el del ACP, cuya apreciación obliga al juez a situar la pena dentro de una determinada extensión de la pena. Por ejemplo, la concurrencia de circunstancias agravantes le obliga a imponer una pena comprendida dentro de la mitad superior del marco legal previsto para el delito del que se trate (art. 66.3^a) y, por el contrario, la concurrencia de una atenuante, le lleva a una pena situada en la mitad inferior de dicho marco (art. 66.2^o).

Tal vez el sistema preferible sería uno que reuniera las siguientes características²⁵:

- a) Fijación de un marco punitivo relativamente amplio pero distinguiendo los casos especialmente graves de los menos graves.
- b) Que el marco penal incluya, junto a su límite mínimo, y para posibles casos de desproporción o falta de sentido, la posibilidad de no imponer pena ninguna si ello se entiende por el Juez innecesario o incluso contraproducente para aquel caso y aquel autor.
- c) Que el Juez pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión punitiva, decisión cuya adecuación a los parámetros legales debe ser revisable en casación²⁶.

2. De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad lo que exige del legislador penal es que en la fijación del marco penal de un delito tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar una pena que, en el caso concreto, aparezca como claramente injusta. El peligro de que esto pueda suceder se da especialmente en los casos de penas mínimas demasiado altas²⁷.

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del Tribunal Constitucional español 136/1999, de 20 de julio. En ella, el TC consideró inconstitucional un precepto del Código Penal por vulneración del principio de proporcionalidad precisamente sobre la base de considerar que el marco penal previsto en dicho precepto tenía fijado un mínimo demasiado alto, de forma que obligaba al juez a imponer una pena que resultaba desproporcionada en los casos en que la conducta revestía una

²⁵ En un sentido muy similar, Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *op. cit.*, pp. 707 s.

²⁶ Sobre ello, Ramos Tapia, M^a Inmaculada, "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena", *Cuadernos de Política Criminal* núm. 69 (1999), pp. 613 ss.

²⁷ Advierte de este peligro, Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, 1999, p. 271.

gravedad muy inferior a la del resto de conductas incriminadas en el mismo precepto. En la STC 136/1999, se consideró desproporcionadas las penas impuestas por el Tribunal Supremo al aplicar el art. 174 bis a) del anterior CP (delito de colaboración con banda armada) a los miembros de la Mesa Nacional de la asociación política vasca Herri Batasuna. Los condenados habían acordado difundir, durante los espacios gratuitos de propaganda electoral a los que tenían derecho con motivo de las elecciones autonómicas, unas cintas de vídeo elaboradas por la banda terrorista ETA. Las cintas no llegaron a emitirse por ser prohibida judicialmente su difusión. La pena impuesta fue de siete años de prisión y multa, el mínimo que permitía el art. 174 bis a) que castigaba las conductas del que “obtenga, reciba o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada (...) y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación con las actividades de las citadas bandas”. El TC consideró que, aunque era correcta la calificación de la conducta de los condenados como una conducta típica de colaboración con banda armada del art. 174 bis a), sin embargo, la pena prevista por este precepto resultaba desproporcionada en este caso porque era la misma que, por ejemplo, se asignaba en el CP a los integrantes de bandas armadas. El Tribunal Constitucional afirmó literalmente:

“el precepto resulta inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada (...) que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a siete años de prisión”.

V. Consideración final

En definitiva, hay que aceptar lo complejo de la decisión legislativa a la hora de fijar los marcos penales porque el legislador penal pretende conseguir distintos fines con la fijación de una determinada pena. Ya a principios del siglo XX, el penalista español Dorado Montero advertía de esta dificultad cuando afirmaba:

“me parece que el problema de la proporcionalidad o justicia de las penas, dentro del propio espíritu de los que hablan de él, va resultando más complicado de lo que pudiera creerse. Y es que semejante problema no es otro que el de la finalidad penal, toda vez que pena proporcionada vale lo mismo que pena adecuada al fin por la misma perseguido; y siendo variadísimos y a menudo hasta antitéticos los fines que con la pena se quiere obtener, forzosamente tiene que resultar difícil la organización del respectivo sistema de medios penales”²⁸.

A pesar de esa dificultad, como hemos visto, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas se esfuerza por ir señalando límites

²⁸ Dorado Montero, “Sobre la proporción penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1916, p. 39.

a la libertad de decisión del legislador penal, límites que son los propios de un Estado de Derecho respetuoso de la idea de Justicia y de la dignidad de la persona. En particular quisiéramos señalar la importancia de otorgar virtualidad práctica a estos límites para frenar la tendencia exagerada del legislador penal a tratar de prevenir ciertos fenómenos delictivos mediante una constante agravación de los marcos penales en lugar de una mayor eficacia en la persecución y sanción del delito.