

# Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 73/1 enero-junio 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7312025>

ESTUDIOS

## LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y UNA VISIÓN COMPARADA

*The application of proportionality in criminal law: Spanish constitutional jurisprudence and a comparative view*

Wendy Pena González

Investigadora postdoctoral García Pelayo

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España

<https://orcid.org/0000-0001-9204-8711>

<https://doi.org/10.18543/ed.3333>

Fecha de recepción: 25.02.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

### Derechos de autoría / Copyright

*Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

*Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 73/1, enero-junio 2025

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

# LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y UNA VISIÓN COMPARADA<sup>1</sup>

*The application of proportionality in criminal law: Spanish constitutional jurisprudence and a comparative view*

Wendy Pena González

Investigadora postdoctoral García Pelayo  
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. España  
<https://orcid.org/0000-0001-9204-8711>

<https://doi.org/10.18543/ed.3333>

Fecha de recepción: 25.02.2025

Fecha de aprobación: 10.06.2025

Fecha de publicación en línea: junio 2025

## Resumen

El principio de proporcionalidad aparece como consolidado tanto en la doctrina como en la práctica de nuestro entorno. Pese a que su reconocimiento –salvo en las constituciones más jóvenes– no suele ser expreso en el texto constitucional, los

---

<sup>1</sup> Investigación realizada en un contrato a tiempo completo en la Universidad Europea de Madrid y durante el disfrute de un contrato FPU en período de orientación postdoctoral (FPU 19/02358) en el marco del proyecto Análisis Crítico del Derecho penal de la plutofilia (PLUTOPENAL), con referencia PID2022-142211NB-C21 (IIPP: Ana I. Pérez Cepeda y Miriam Ruiz Arias), y del Berkeley Center for Comparative Equality. El trabajo ha sido posible gracias al disfrute de dos estancias de investigación, respectivamente desarrolladas en Penn Law School (University of Pennsylvania Carey) bajo la dirección del profesor Paul H. Robinson (con la financiación de Fulbright España y el Ministerio de Universidades), y en la Sapienza Università di Roma bajo la tutela de Massimo Donini (con financiación del Ministerio de Universidades).

tribunales constitucionales han reconocido su estatus de principio constitucional. No obstante, al tratarse de una institución abstracta y no explícitamente articulada en el texto de la ley, sus contornos no están claros. Por ello, interesa desarrollar un análisis del estado de la cuestión del principio de proporcionalidad penal en España, tratando de evaluar qué nivel de protección garantiza, qué grado de desproporción exige el principio para actuar sobre una medida penal, si se distinguen claramente las variantes de proporcionalidad de la intervención penal y proporcionalidad del castigo, si en la práctica legislador y juzgadores están sujetos al principio y qué elementos se comparan para determinar que la medida es proporcionada. Para ello, en esta sede es idóneo el desarrollo del estudio de Derecho comparado, por lo que se complementará el examen de la jurisprudencia constitucional en España con un análisis de la situación del principio en Italia –cuna del constitucionalismo penal y que responde a la tradición de Derecho civil–, y en EE. UU. –origen del retribucionismo y donde se encontraron los primeros desarrollos del principio, que responde a una tradición de Derecho común–.

### ***Palabras clave***

Proporcionalidad en Derecho penal, proporcionalidad de las penas, jurisprudencia constitucional.

### ***Abstract***

The principle of proportionality appears to be consolidated both in doctrine and in practice in our context. Although its recognition – except in the youngest constitutions – is not usually explicit in the constitutional text, the constitutional courts have recognized its status as a constitutional principle. However, as it is an abstract institution and not explicitly developed in the text of the law, its contours are not clear. Therefore, it is of interest to develop an analysis of the state of the art of the principle of criminal proportionality in Spain, trying to assess what level of protection it guarantees, what degree of disproportionality the principle requires to act on a criminal measure, whether the variants of proportionality of criminal intervention and proportionality of punishment are clearly distinguished, whether in practice legislators and judges are subject to the principle and what elements are compared to determine that the measure is proportionate. For this purpose, the study of comparative law is of interest here, so the study of constitutional jurisprudence in Spain will be complemented with an analysis of the situation of the principle in Italy – the source of criminal constitutionalism and which responds to the civil law tradition –, and in the USA – origin of retributivism and where the first developments of the principle were found, which responds to a common law tradition –.

### ***Keywords***

Proportionality in criminal law, proportionality of punishment, constitutional jurisprudence.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TEDH. 1. Prohibición de penas gravemente desproporcionadas. 2. Vulneración de la proporcionalidad por exceso. 3. Vulneración de la proporcionalidad por defecto (las obligaciones positivas de protección penal). 4. Conflicto con otros derechos y libertades. III. LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA. 1. La proporcionalidad del Derecho penal en sentido amplio en España. 2. La proporcionalidad entre delitos y penas en España. IV. LA PROPORZIONALITÀ EN EL COSTITUZIONALISMO ITALIANO. 1. Fundamento. 2. Amplitud de la discrecionalidad del legislador penal. 3. Tipos de control. 4. Elementos de la proporción. V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ANGLOSAJÓN: PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS. 1. Fundamento y reconocimiento. 2. Aplicación. 3. Discrecionalidad del legislador. 4. Elementos. 5. Exigencia de desproporción. VI. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Usualmente se entiende que los ordenamientos penales contemporáneos se rigen, en líneas generales, por la lógica del principio de proporcionalidad<sup>2</sup>, y es cierto que expresa o tácitamente los ordenamientos constitucionales reconocen, generalmente, la vigencia de este principio en sus dos vertientes –proporcionalidad de la intervención penal en general y proporcionalidad de las penas en particular<sup>3</sup>–.

Sin embargo, el seguimiento del principio de proporcionalidad se hace de forma más intuitiva que lógica y sistemática, y en algunos casos no se respeta en absoluto la proporcionalidad<sup>4</sup>. Se trata de un principio que tiene antecedentes en la Antigüedad (con referencias, por ejemplo, en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles) y que se enraíza en la Ilustración –donde ya fue reivindicado por la doctrina penal y reconocido en las declaraciones, constituciones y cartas de derechos (como la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, el Bill of rights, o la Constitución de Philadelphia)–. No obstante y precisamente por ello, dados los imprecisos contornos del principio y la vaguedad de su contenido y aplicación, conviene estudiar cuál es la situación real del principio de proporcionalidad penal.

De hecho, con respecto a este principio los académicos hacen referencia o ponen énfasis sobre cuestiones diversas. Algunos hacen alusión al principio de proporcionalidad penal en relación con la racionalidad de las leyes penales<sup>5</sup> o de la selección

<sup>2</sup> VON HIRSCH, Andrew. 1998. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, p. 142.

<sup>3</sup> NIETO MARTÍN, Adán. 2019. «Saudade of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context». *NJECL*, 2019, Vol. 10 (I), pp. 28-33.

<sup>4</sup> ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2018. «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos». *Derecho PUCP*, nº 81.

<sup>5</sup> Díez Ripollés, José Luis (2003). *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta; Paredes Castañón, José M. 2013. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

criminalizadora del legislador<sup>6</sup>; otros se refieren, en cambio, al principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>7</sup> –y con distinta extensión, según quien escribe<sup>8</sup>–, con un corte de Coste-Beneficio de mayor o menor margen<sup>9</sup>; hay quienes le dan un contenido estrictamente medial o finalista<sup>10</sup>; mientras otras propuestas parecen circunscribirse más a la proporcionalidad en sentido estricto<sup>11</sup>. En cualquier caso, todos los análisis ponen el énfasis en la dificultad de conciliar la relevancia del principio con el equilibrio y separación de poderes, lo que genera una tónica de control que se revela muy deferente con el legislador<sup>12</sup>.

La necesidad de que el ordenamiento no se aleje de la realidad impone el estudio de la aplicación del principio en la práctica jurisprudencial. Y, dada la relevancia constitucional de este principio penal, es fundamental conocer la aplicación del principio en el contexto de la jurisprudencia constitucional. Además, en esta sede conviene incorporar un enfoque de Derecho comparado<sup>13</sup> –especialmente al tener en consideración la extensión prácticamente global del reconocimiento del principio–. Por ello, se contrastará el estado de la cuestión de la proporcionalidad penal en España con su situación en dos países (uno de tradición de derecho civil y pionero en

<sup>6</sup> Esta denominación se toma de la propuesta de RECCHIA, Nicola (2020). *Il principio de proporzionalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli. *Vid.* también RECCHIA, Nicola (2018). «Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarità o alternatività?». En DODARO, Enrico/MANCUSO, Giandomenico (Coord.). *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Reggio di Calabria: Edizioni DipLap, pp. 101-108; y RECCHIA, Nicola (2015). «Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della corte costituzionale», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, pp. 55-70.

<sup>7</sup> AGUADO CORREA, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA.

<sup>8</sup> Es reseñable la propuesta de PRIETO DEL PINO, Ana M<sup>a</sup>. 2016. «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad». En NIETO MARTÍN, Adán et al. (Dir.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.

<sup>9</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. 1998. «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público*, 5, septiembre-diciembre, pp. 160-189.

<sup>10</sup> V. gr. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, p. 120.

<sup>11</sup> BASSO, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Marcial Pons; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 1999. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Ed. USAL.

<sup>12</sup> En este sentido, por ejemplo, *vid.* PONTEPRINO, Gabriele. 2024. «La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena: I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull’appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità», *Sistema Penale*, pp. 49-50; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. 2012. «¿Restrictivo o diferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*, pp. 15-16.

<sup>13</sup> En relación con la proporcionalidad de la pena, esto plantea BASSO, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Op. Cit., p. 45.

el constitucionalismo penal, y otro perteneciente a la tradición de derecho común y pionero en el reconocimiento del principio de proporcionalidad penal), y, previamente, en el contexto del Consejo de Europa (con base en el reconocimiento por el TEDH), dada la influencia que tiene el nivel europeo para la aplicación del principio en España.

Por ello, en este artículo se analiza de modo sucinto la aplicación constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho penal en España, y se contrastará brevemente con la aplicación en el TEDH, Italia y Estados Unidos. La selección de Italia como objeto del análisis se debe tanto a la fuerza que cobra en ese país el Derecho penal constitucionalista, como, por otra parte, la prolija aplicación jurisprudencial que ha obtenido allí el principio de proporcionalidad en el Derecho penal. El análisis del TEDH permite también el contraste con la jurisprudencia supranacional más relevante en la materia para España –fundamental, ya que en este nivel supranacional se reconocen con más claridad las distintas variantes del principio, y dado que la aplicación del principio en España nuestro Tribunal Constitucional continuamente alude a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo–. La selección del análisis de la aplicación estadounidense se debe fundamentalmente a la fuerte consolidación del principio de proporcionalidad en el marco de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses –vinculada al retribucionismo como teoría predominante de justificación del castigo–. La introducción de dicho análisis permite observar si existen o no contrastes entre la doctrina de Derecho civil y de Derecho común (teniendo en cuenta que en estos sistemas se relativiza la incidencia de los principios y no existe una sistematización teórica como la de la teoría del delito).

Salvo en los sistemas constitucionales más jóvenes, el principio se ha reconocido normalmente a través de los tribunales constitucionales y no expresamente en el texto constitucional. Así sucede en España e Italia, donde el principio se ha reconocido como constitucional por sendas cortes como emanación de otros principios que sí aparecen expresamente en el texto, como se verá a lo largo de este trabajo. En el caso de EE. UU., se suele considerar emanación de la prohibición de la Octava Enmienda de las penas o tratos crueles o inusuales y multas o fianzas excesivas. En los Estados sí aparece, en ocasiones, un reconocimiento expreso. Así, el Pennsylvania Criminal Code (Título 18 de los Pennsylvania Consolidated Statutes) en el § 104 establece que es objetivo del Título «salvaguardar a los delincuentes contra castigos excesivos, arbitrarios o desproporcionados». Por tanto, en los tres países objeto de análisis, el reconocimiento del principio se ha derivado del de otros derechos. En España, el TC lo ha vinculado al valor de la justicia, al Estado de Derecho, a la interdicción de la arbitrariedad, la dignidad de la persona, y a la legalidad. En cambio, en Italia, se ha vinculado a la igualdad y a la reinserción social y, en EE. UU. –como se acaba de adelantar– se vincula a la Octava Enmienda.

En todo caso, la Unión Europea se erige como la sede principal en la que expresamente se reconocen los principios de proporcionalidad de las penas y del Derecho penal separadamente, lo que contribuye a clarificar su contenido. Ello plantea la cuestión de si tras este reconocimiento –más claro– de sendos principios se plantea una aplicación más sistemática y eficaz del principio.

El objetivo de este estudio es analizar la aplicación de la proporcionalidad penal en España, lo que se complementa con un breve estudio comparado de otras sedes

(UE, Italia y EE. UU.). La metodología empleada es el análisis de jurisprudencia. En cualquier caso, el trabajo no pretende plantear de modo pormenorizado todas y cada una de las cuestiones que la proporcionalidad del castigo penal ha planteado en las sedes analizadas, que merecen un análisis más amplio, propio de una monografía. En cambio, el objetivo –más humilde– es evaluar las cuestiones más relevantes que el análisis de la jurisprudencia en los contextos seleccionados ha planteado y evaluar cuál es, en consecuencia, el nivel de protección del principio en dichas sedes –si funciona o no como un derecho fundamental o si se plantea dicha posibilidad–, qué se compara con la intervención penal o pena para determinar que estas son proporcionadas, a qué supuestos se circunscribe su aplicación, si se diferencian con alguna claridad la proporcionalidad en sentido amplio y la proporcionalidad de las penas, qué conflictos plantean en casos extremos (como la prisión perpetua y otros afines) y si se han planteado conflictos, por ejemplo, cuando entran en juego otros elementos –tales como la libertad de expresión, el efecto desaliento, etc.–. Esbozadas, *grosso modo*, estas cuestiones, se abre la puerta a otros análisis sobre cada uno de estos extremos.

La estructura del trabajo es la que sigue. Se estudiará primero, brevemente, la situación del principio de proporcionalidad en el contexto de la Unión Europea y el Consejo de Europa, tanto por la mayor claridad en el reconocimiento de los principios de proporcionalidad penal como por su influencia en los dos países de la tradición de derecho civil estudiados. A continuación, se analizará la situación del principio de proporcionalidad penal en España, distinguiendo la proporcionalidad en sentido amplio y la proporcionalidad en sentido estricto. Por último, se esbozará el estado de la proporcionalidad penal, respectivamente, en Italia y en EE. UU.

## II. LA PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TEDH

El principio de proporcionalidad del Derecho penal es objeto de un sólido reconocimiento en la Unión Europea, y también en la UE en sentido amplio –incluyendo instituciones que van más allá de ella, como el Consejo de Europa y el TEDH–. De hecho, es en el ámbito de la UE el único donde se reconocen expresamente las dos variantes del principio de proporcionalidad de la intervención penal. *Id est*, por una parte, se hace referencia a la proporcionalidad de la acción pública –incluida la penal– y, por otra, se recoge expresamente el principio de proporcionalidad de las penas. De esta manera, mientras en el artículo 5(4) del Tratado de la Unión Europea (donde se establece que en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de acción de la UE no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado) y en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (donde se establece que nada de lo dispuesto en esta se puede interpretar en el sentido de derogar o limitar los derechos humanos y libertades fundamentales) se hace referencia a la proporcionalidad en sentido amplio de las intervenciones, el artículo 49 de la misma Carta reconoce expresamente que la severidad de las penas «no debe ser desproporcionada con respecto a la infracción» (principio de proporcionalidad en sentido estricto). En el marco del Consejo de Europa, y aunque la CEDH no reconoce expresamente el principio de proporcionalidad, el TEDH lo reconoce y aplica de modo indubitado.

Pese a todo, el TEDH se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre el principio de proporcionalidad en relación con la materia penal –pese a que no son escasas las ocasiones en que la jurisprudencia nacional toma el aprendizaje de dicha institución–.

### 1. *Prohibición de penas gravemente desproporcionadas*

De la jurisprudencia del TEDH es fundamental el reconocimiento de la prohibición de penas gravemente desproporcionadas, lo que fundamenta el tribunal sobre la base de que son penas contrarias al art. 3 CEDH<sup>14</sup> (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes) –situación que sólo se reconocerá en casos extremos–.

### 2. *Vulneración de la proporcionalidad por exceso*

Siguiendo la estela clásica del ámbito de protección propio del principio de proporcionalidad, lo habitual en la jurisprudencia del TEDH –igual que sucede en el ámbito nacional– es estimar que el principio se corresponde con la prohibición de exceso. En este sentido, por ejemplo, en la STEDH Vinter v. Reino Unido se determina que podría vulnerarse el art. 3 TEDH por las condenas a penas de prisión permanente sin posibilidad de reducción, siempre que se confirme tanto la imposibilidad de revisión y la falta de perspectivas de salida de prisión (en el caso, se confirma que no hay mecanismo de revisión y que no hay claridad sobre la posibilidad de liberación del condenado)<sup>15</sup>.

### 3. *Vulneración de la proporcionalidad por defecto (las obligaciones positivas de protección penal)*<sup>16</sup>

No obstante, el ámbito supranacional europeo no restringe la proporcionalidad a la prohibición de exceso en el ámbito penal. El TEDH, en el caso Gäfgen contra Alemania, condenó a Alemania por violar la obligación procesal derivada del artículo 3 CEDH por no haber sancionado con una pena suficientemente severa a dos oficiales de policía que habían amenazado con torturar a un arrestado para obtener información necesaria para liberar a un niño privado de libertad por el detenido<sup>17</sup>. Se afirma que

<sup>14</sup> TEDH. Grand Chamber. Vinter v. Reino Unido. S. 9 de julio de 2013 (“*Gross disproportionality*” 102. *The Chamber found that a grossly disproportionate sentence would violate Article 3 of the Convention. The parties accepted that proposition in their submissions before the Chamber and have continued to do so in their submissions to the Grand Chamber. The Grand Chamber agrees with and endorses the Chamber’s finding. It also agrees with the Chamber that it will only be on rare and unique occasions that this test will be met [...].*)

<sup>15</sup> TEDH. Grand Chamber. Vinter v. Reino Unido. S. 9 de julio de 2013.

<sup>16</sup> Sobre las obligaciones positivas de protección, vid. VALVERDE CANO, Ana B. (2022). *Más allá de la trata*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 377 y ss.

<sup>17</sup> TEDH. Grand Chamber. Gäfgen v. Germany. 3 de junio de 2010: “*Such punishment, which is manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the*

Alemania ha violado el art. 3 CEDH, no sólo por la conducta policial en sí, sino también por no haber otorgado una reacción penal suficientemente severa para esas conductas. Afirma la Gran Cámara que no es deber del TEDH determinar la responsabilidad individual ni la pena apropiada para un reo, cuestiones reservadas a los tribunales nacionales, pero también que la CEDH tiene por objetivo garantizar que los derechos no sean sólo teóricos e ilusorios, sino también prácticos y efectivos<sup>18</sup>. Por esta razón, se concluye, el TEDH debe asegurar que los Estados cumplan sus obligaciones de tutelar los derechos de quienes están situados en su jurisdicción, y, pese a que se reconoce que la selección criminalizadora de las sanciones adecuadas para maltratos cometidos por agentes estatales es competencia del Estado, el TEDH debe intervenir en caso de manifiesta desproporción entre la gravedad de la conducta y la pena infligida<sup>19</sup>. Este reconocimiento de la protección frente a la infraprotección penal –que no se produce en las tres sedes nacionales analizadas más adelante en este artículo– abre la puerta a preguntarse qué subprincipio (o subprincipios) del de proporcionalidad en la intervención penal jugarían en esta protección –. ¿Se trata del principio de proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad de las penas, que demanda un mínimo de castigo?, ¿o se está hablando, en cambio, de que la necesidad de pena o la adecuación exigen la proscripción de la desproporción por defecto?–. Por encontrarse fuera del objeto del presente artículo no se pretende dar respuesta, desde aquí, a estas preguntas, pero sí poner sobre la mesa la necesidad de plantearlas.

#### 4. *Conflicto con otros derechos y libertades*

Por otra parte, el TEDH, sobre la premisa de que la libertad de expresión no es ilimitada, ha declarado en varias ocasiones la nulidad de condenas por vulneración de la libertad de expresión. En la STEDH se condena a Rumanía (asunto *Cumpănă and Mazăre v. Romania*) por haber condenado por difamación e injurias a dos periodistas por la publicación de un artículo difamatorio en relación con una gobernante rumana. El TEDH concluye que la sanción no era proporcional al delito imputado, y que producía un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión<sup>20</sup>. En la misma línea, el TEDH dictó sentencia en 2018 en el asunto *Stern Taulats v. España*, condenando a España por haber dictado sentencia de condena por injurias a la Corona por la quema de una fotografía del Rey. El TEDH considera que, en las circunstancias de este caso concreto, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática<sup>21</sup>.

*Convention, does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations”.*

<sup>18</sup> Sobre este caso, véase también VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*. Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 96 y ss.

<sup>19</sup> TEDH. Grand Chamber. *Gäfgen v. Germany*, Op. Cit.

<sup>20</sup> TEDH. Grand Chamber. *Cumpănă and Mazăre v. Romania*. 17 de diciembre de 2004.

<sup>21</sup> TEDH. Sección Tercera. *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*. 13 de marzo de 2018.

La jurisprudencia del TEDH ha sido fundamental en la aplicación del principio por parte de los tribunales constitucionales nacionales –particularmente, siempre que entran en conflicto el efecto desaliento y la libertad de expresión–. Este es el caso de España y también de Italia, países que se estudian a continuación.

### III. LA PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA

En este análisis se estudian por separado el desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad penal en sentido amplio (apartado 1) y en sentido estricto (2), dado que los pronunciamientos del TC hacen referencias –con algún grado de nitidez– entre ambas instituciones, lo que permite diferenciar los elementos esenciales de ambas (cuestión que no sucede en relación con las otras sedes analizadas).

En nuestra jurisprudencia, el TC ha atribuido el origen del principio a su relación con numerosos principios diferentes, afirmándose en la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3:

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza [...]. Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia [...], del principio del Estado de Derecho [...] o de la dignidad de la persona [...], se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>22</sup>.

En todo caso, se debe tener en cuenta que no todas las penas desproporcionadas son degradantes<sup>23</sup> (siguiendo la doctrina del TEDH<sup>24</sup>), requiriendo, para reconocerlas como tales, que la pena, por su naturaleza, acarree sufrimientos humillantes o que provoquen una sensación de envilecimiento de un nivel muy superior al de la condena. También el TC expresamente ha determinado que los principios de igualdad y

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo (Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 3.

<sup>23</sup> En este sentido, la STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; STC 120/1990, de 27 de junio (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 120/1990, FJ 9 [Ponentes: Magistrados Ponentes D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. José V. Gimeno Sendra] –caso de alimentación forzosa a presos en huelga de hambre–); y STC 150/1991, FJ 2 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 150/1991, de 4 de julio [Ponente: D. Luis López Guerra]).

<sup>24</sup> ECHR. Chamber. Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer v. Reino Unido), II, 28 (Application n.º 5856/72), II, 28 y ss.

proporcionalidad tienen cierta cercanía y están vinculados<sup>25</sup> pero que no son equiparables, pudiéndose apreciar una vulneración de ambos principios en ciertos casos pero no siempre (concluyéndose que no hay vulneración del art. 14 CE por parte del legislador al establecer penas distintas para los delitos de apropiación indebida y de malversación<sup>26</sup>). Ha afirmado, en este sentido:

[...] el principio constitucional de igualdad del artículo 14 CE sólo opera entre personas y proscrib[e] tratarlas de modo injustificado, sin que esa prohibición de trato jurídico desigual, de él dimanante, pueda extenderse al trato diferente que en materia penal reciben determinadas conductas, sean o no equivalentes. De manera que las diferencias en la sanción de conductas que, desde una perspectiva material, pudieran ser consideradas iguales habrían de enjuiciarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad<sup>27</sup>.

### 1. *La proporcionalidad en Derecho penal en sentido amplio en España*

Se distinguen dos etapas en el tratamiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En una primera etapa, los primeros quince años de jurisprudencia constitucional permiten un desarrollo del principio de proporcionalidad (tras unos años de uso informal del principio), exigiéndose que la medida estatal cumpla los requisitos del hoy conocido como principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin darles expresamente esta calificación se hace referencia al cumplimiento de los siguientes requisitos: la existencia de una finalidad de relevancia constitucional (adecuación), la necesidad de la medida (ausencia de medidas menos drásticas para el mismo fin) y, posteriormente, el equilibrio entre medida y finalidad. En una segunda fase, que comienza con la STC 66/1995, de 8 de mayo –en relación con el Derecho penal a partir de la STC 55/1996, de 28 de marzo–, se puede considerar que el análisis jurisprudencial del principio ya ve consolidado el examen del triple test y sus elementos<sup>28</sup>. En todo caso, el Tribunal Constitucional español acogió desde sus primeras sentencias la concepción amplia del principio de proporcionalidad. Inicialmente, la fundamentó vinculada a la justicia y a la dignidad humana, y después pasó a concebirlo como un criterio de interpretación aplicable sobre el contenido, limitación y colisiones entre derechos fundamentales<sup>29</sup>. A partir de la STC 55/1996

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 50/1995, de 23 de febrero. Ponente: D. Rafael de Mendizábal y Allende.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 65/1986, de 22 de mayo. Ponente: D. Ángel Latorre Segura.

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 166/1998, de 15 de julio. Ponente: D. Julio Diego González Campos, FJ 8.

<sup>28</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. 2007. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40 y ss.

<sup>29</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2015. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (tomo 1). Madrid: Iustel, p. 89.

se reconoce ya de modo consolidado<sup>30</sup> el carácter constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho penal<sup>31</sup>.

### 1.1. Canon de constitucionalidad no autónomo

En España, el TC, siguiendo la estela del BVerfG alemán, parte de la idea de que el principio no determina un canon de constitucionalidad autónomo. Esta estimación se deriva ya de la citada STC 62/1982, en la que se afirma que «el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción»<sup>32</sup>. Con posterioridad, en la también citada STC 55/1996, de 28 de marzo, se afirma también que «debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros criterios constitucionales»<sup>33</sup>, requiriéndose siempre la relación con otros preceptos constitucionales que serán normalmente relativos a derechos fundamentales:

Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza<sup>34</sup>.

Se reconoce la vinculación del principio con el principio de legalidad<sup>35</sup>, el valor de justicia, el Estado de Derecho, la interdicción de la arbitrariedad, o la dignidad de

<sup>30</sup> Se refieren las sentencias del TC usualmente al TEDH en relación con el reconocimiento del principio. Así, por ejemplo, en la STC 136/1999, FJ 20, se afirma: «la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal, incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información, ha sido declarada no sólo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, Sentencia del T.E.D.H. Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995)».

<sup>31</sup> En la sentencia se resuelven (con carácter desestimatorio) las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la pena por el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatoria, al estimar que esta no integra el derecho a la libertad ideológica (sólo la objeción de conciencia al servicio militar *stricto sensu* lo hace), que la finalidad de la pena no es de mero cumplimiento de un mandato administrativo y que el legislador tiene un amplio margen de libertad para delimitar los fines perseguidos con la pena, así como para determinar el tipo y cuantía de sanciones penales (*Vid.* los FFJJ 6 a 9).

<sup>32</sup> STC 62/1982, ya citada, FJ 5.

<sup>33</sup> STC 55/1996, FJ 3.

<sup>34</sup> STC 136/1999, FJ 22.

<sup>35</sup> SSTC 136/1999, FJ 29 y 122/2021, FFJJ 9 y ss. (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 122/2021, de 2 de junio. Ponente: D. Juan José González Rivas).

la persona, y se ha planteado su vulneración constitucional en relación con los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17 CE), de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 CE)<sup>36</sup>, libertad ideológica (art. 16 CE)<sup>37</sup>, de expresión e información (art. 20 CE)<sup>38</sup>, de reunión (art. 21 CE)<sup>39</sup> y participación en asuntos públicos (art. 23 CE).

En relación con el ejercicio concomitante a la acción delictiva de la libertad de expresión, se afirma que hay que tener en cuenta, en particular, el efecto desaliento que puede provocar en su ejercicio su penalización. En este sentido, en la STC 47/2022, FJ 8, se hace un resumen de la jurisprudencia constitucional al respecto:

La STC 177/2015 ha puesto de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión, por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desalentador que ello puede generar para el regular ejercicio de los derechos fundamentales (en el mismo sentido STC 112/2016). Por ello, tanto el legislador al definir la norma penal, como el juez al aplicarla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”.

La afirmación de que el control de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo se reitera en posteriores SSTC, como (sin ánimo de exhaustividad) las SSTC 161/1997, FJ 8; 136/1999, FJ 22.

## 1.2. Triple exigencia: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta

El TC incorporó desde sus primeros análisis del principio de proporcionalidad la exigencia del triple examen en el marco del principio de constitucionalidad. En la STC 55/1996 se incorpora el triple examen al análisis de la proporcionalidad de medidas penales, y en ella se afirma que se debe proceder al análisis de la concurrencia de un *prius lógico* (la existencia de un fin legítimo perseguido por la medida), y posteriormente a analizar los elementos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>40</sup>. A partir de la STC 60/2010 se afina el canon<sup>41</sup>. Sin embargo, como se verá a continuación, el análisis del TC no ha sido más que trivial en la mayoría de los supuestos, dando por supuesta la concurrencia de los requisitos, haciendo únicamente una mención a estos o haciendo un análisis formal y banal del contenido

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 60/2010, de 7 de octubre. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, FJ 8.

<sup>37</sup> Así en la STC 55/1996.

<sup>38</sup> SSTC 136/1999, FFJJ 20 y ss.; 112/2016; 35/2020, y 122/2021, FJ 10.

<sup>39</sup> STC 122/2021, FJ 9.

<sup>40</sup> STC 55/1996, FFJJ 7-9. Reiterado posteriormente en la mayoría de sentencias sobre el principio de proporcionalidad (v. gr. en la STC 161/1997, FJ 10).

<sup>41</sup> STC 60/2010, FFJJ 10 y ss.

de los mismos, con independencia de la ausencia de motivación del legislador, la claridad de la justificación y la objetividad de la misma.

### 1.3. Alcance del análisis del TC en la práctica: análisis de los fines perseguidos, idoneidad

En cuanto a los fines perseguidos y los bienes jurídicos seleccionados, apenas se realiza control a causa de la reconocida libertad del legislador (en este sentido, *vid.* la STC 136/1999, FJ 27). En los casos en que formalmente se han controlado los fines (en supuestos contados), sólo se hace de modo aparente, bastando con la confirmación superflua de una justificación (cualquiera que sea) por el legislador<sup>42</sup>.

En todo caso, el control limitado que en teoría debería realizarse, no se realiza. De hecho, no se realizan realmente análisis más allá de declarar que se debe realizar el control, dándolo por hecho, aunque no existan estudios suficientes sobre la idoneidad de las penas. Por ejemplo, en la STC 55/1996, FJ 8, se afirma: «no existiendo en efecto elementos para dudar de ella»; en la STC 161/1997 no se analiza la concurrencia de la idoneidad; y en la STC 136/1999, FJ 27, se afirma que «tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista», aunque luego estimen el amparo por estimación de desproporción relativa al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Más recientemente, en la STC 169/2021 –relativa a la PPR– también se afirma que la idoneidad «de la agravación de la prisión para producir un

<sup>42</sup> En la STC 169/2021, FJ 6, se afirma simplemente al respecto que: «La justificación la encontramos en el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 donde se afirma que “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”, destacando más adelante su pertenencia a un modelo extendido en el Derecho comparado europeo [...] El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción en nuestro ordenamiento de esta nueva modalidad de pena de prisión apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplicará, a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno, consideraciones de política criminal que aunque hayan suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia [*vid.* SSTS, de la Sala Segunda, 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FJ 4.2], no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia». Por esta razón, en el FJ 7 se afirma que el fin legítimo es el reforzamiento de la protección de los bienes jurídicos tutelados y la necesidad reforzada de inoquización del delincuente en casos de extraordinaria gravedad.

efecto reforzado de disuasión no parece discutible»<sup>43</sup> (afirmación que cierra la cuestión de la idoneidad).

En cuanto a la necesidad, se afirma, en la STC 55/1996: «sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento» (FJ 8, reiterado en la STC 161/1997, FJ 11; STC 136/1999, FJ 27). Afirma el TC, en este sentido, que la indagación entraña el peligro de arrogarse el carácter de legislador imaginario (SSTC 161/1997, FJ 11, 136/1999, FJ 28, 169/2021, FJ 7). Así, por ejemplo, en la STC 136/1999 (caso HB), se afirma que, dado que las conductas de HB se encuadran (en una fase inicial de ejecución) en la promoción de los métodos terroristas de una banda armada, «atendiendo a la importancia de los bienes que se pretenden tutelar con el precepto penal, así como a la falta de argumentación de los recurrentes y el concreto control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, no cabe concluir que la reacción penal resulte innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de “funcionalidad manifiestamente similar”». En la STC 169/2021 (caso PPR) se afirma que el control de constitucionalidad tiene un alcance muy limitado pese a que se puede discutir si las penas existentes antes de la PPR otorgaban una protección suficiente (y con ello se cierra el examen de necesidad):

Se puede discutir si estos límites [las penas máximas de 20, 25 y 30 años] proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de Justicia, consideración que queda extramuros del objeto de este procedimiento, pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de Justicia penal. En la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero «de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada», se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que «el control de este Tribunal Constitucional “tiene un alcance y una intensidad muy limitadas”, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11; en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)<sup>44</sup>.

Los datos empíricos, como se observa, no se contrastan en ninguno de los supuestos, cuando precisamente la idoneidad y la necesidad dependen de esos datos. Sin

<sup>43</sup> STC 169/2021, FJ 7.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

embargo, se dan por supuestos. En contraste, en la propia STC 136/1999, ya se afirma que la proporcionalidad estricta suscita más problemas (es decir, es más susceptible de hacerse efectiva, poniendo en jaque la decisión del legislador)<sup>45</sup>.

#### 1.4. Libertad del legislador en la selección de los fines y los medios

El TC español ya ha afirmado en numerosas ocasiones que el principio de legitimidad democrática otorga al legislador constitucional un amplio margen de discrecionalidad para determinar las conductas típicas y las sanciones que se les asignan<sup>46</sup>.

Ya en la STC 55/1996 se hace referencia que el estudio de proporcionalidad debe partir de la premisa de la potestad exclusiva del legislador penal para configurar los bienes penalmente protegidos y los comportamientos reprobables, así como «el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas»<sup>47</sup>, teniendo el legislador un amplio margen de libertad para determinar la selección de los bienes jurídicos, conductas penalizadas y sanciones necesarias para preservar el modelo de convivencia<sup>48</sup>. De este modo, la relación de proporción de un comportamiento típico y a la sanción que le es asignada «será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador», al que los límites constitucionales no le imponen una solución precisa y unívoca, teniendo un margen dentro de la Constitución para determinar distintas opciones políticas<sup>49</sup>.

La inclusión en esta sentencia de la referencia no sólo a la discrecionalidad del legislador para seleccionar los bienes y comportamientos punitivos, sino también para determinar la cuantía y la proporción de las penas deja absolutamente desprovisto de contenido al principio de proporcionalidad. Si es cierto que el legislador tiene cierto margen de selección de las conductas criminalizadas, los bienes protegidos y los fines perseguidos con la pena, emanado del principio

<sup>45</sup> STC 136/1999, FJ 27.

<sup>46</sup> Afirma la Sala Segunda en la STC 65/1986, FJ 3: «En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución unívoca y precisa».

<sup>47</sup> STC 55/1996, FJ 5.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

democrático. Pero también es cierto que desde luego la proporcionalidad se configura como un límite constitucional a la libertad del legislador, no pudiéndose admitir concepciones que entiendan que corresponde al legislador esa delimitación.

Esta característica es reiterada en las sentencias del TC relativas al principio de proporcionalidad (SSTC 161/1997, FFJJ 9 y 10; 136/1999, FJ 23; 99/2008, FFJJ 3 y 4<sup>50</sup>; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 153/2009, de 25 de junio, FJ 6<sup>51</sup>; 60/2010, FJ 7; 122/2021, FFJJ 9 y 10; 169/2021, FFJJ 6 y 7). En esta última, que se ocupa del examen de constitucionalidad de la PPR, afirma el Pleno:

El examen de la justificación criminológica de una pena debe partir de una adecuada consideración de las limitaciones que presenta la función de control abstracto de la ley que compete a este tribunal, limitaciones en las que hemos incidido en numerosos pronunciamientos anteriores, al señalar que «[l]os procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa» (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4), de modo que «si en un sistema democrático la ley es “expresión de la voluntad popular”, como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución (STC 108/1988, de 26 de julio), quien alega la arbitrariedad de una determinada ley o precepto legal se halla obligado a razonarla con detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (SSTC 239/1992, de 17 de diciembre, y 73/2000, de 14 de marzo)» (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)<sup>52</sup>.

### 1.5. Legislador y juzgador como sujetos a la proporción, pero en distinta medida

El mencionado margen de libertad asignado al legislador hace que para el TC el control constitucional del mismo tenga lugar de forma «cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes». El legislador no dispone de una guía fija para determinar las conductas criminalizadas y las penas aplicables, pero el intérprete/juzgador debe seguir la guía que a tal efecto establece el legislador, teniendo un margen de actuación mucho menor<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 99/2008, de 24 de julio. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas.

<sup>51</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 153/2009, de 25 de junio. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.

<sup>52</sup> FJ 6.

<sup>53</sup> STC 55/1996, FFJJ 5 y 6.

## 1.6. La relevancia de la motivación

En la STC 54/2007, por ejemplo, se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no responder a las alegaciones de desproporción del recurrente<sup>54</sup>, por lo que se aprecia una relación esencial entre la proporcionalidad penal y la necesidad de motivación, lo que se podría vincular con la relación entre aquella y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

Esta doctrina, que es unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo, FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 115/2004, de 12 de julio, FJ 2; 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3; 41/2011, de 11 de abril, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2)<sup>55</sup>.

## 2. La proporcionalidad entre delitos y penas en España

Un indicio del carácter más garantista del principio específico de proporcionalidad entre delitos y penas o proporcionalidad estricta lo da el que el foco de análisis en la jurisprudencia constitucional ha estado en este elemento<sup>56</sup>, mientras que en los

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 54/2007, de 12 de marzo. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, FJ 4.

<sup>55</sup> STC 35/2020, FJ 4.

<sup>56</sup> Así sucede, por ejemplo, en las sentencias del caso Procés (SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; 121/2021, FJ 12; 122/2021, FJ 10; 184/2021, FJ 12, 25/2022, FJ 7). Referencias completas: SSTC 91/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 91/2021, de 22 de abril. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez); 106/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 106/2021, de 11 de mayo. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho); 121/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 121/2021, de 2 de junio. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García); 122/2021 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 122/2021, de 2 de junio. Ponente: D. José González Rivas); 184/2021, de 28 de octubre (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 184/2021, de 28 de octubre. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho); 25/2022 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 25/2022, de 25 de febrero. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez).

principios de idoneidad y necesidad usualmente se hacen meras menciones a la libertad del legislador, justificando así la ausencia de una profundización adicional. Otro indicio es que en la única sentencia en que se considera que una pena es inconstitucional ello se estima sobre la base de la proporcionalidad estricta.

## 2.1. También libertad del legislador

También en este ámbito se hace referencia a la libertad del legislador en la determinación del tipo y cuantía de sanciones y la proporcionalidad (v. gr., se afirma en la STC 55/1996 y en la 60/2010<sup>57</sup>). En la STC 161/1997 también se afirma que la relación valorativa de la proporcionalidad estricta es fruto de un complejo análisis político-criminal que corresponde al legislador<sup>58</sup>), lo que no tiene vacía absolutamente de contenido el principio.

En la STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8, el TC no entra a analizar la cuestión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, porque no persigue un fin que se pueda ponderar, y el TC «no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que –como se dijo– sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado»<sup>59</sup>.

## 2.2. Confusión

Además del carácter banal del análisis de los tres elementos de la proporcionalidad, interesa, en relación con el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas, el hecho de que el TC ha mostrado desde los inicios una suerte de confusión conceptual. En ocasiones, en este sentido, se ha hecho referencia a que la proporción en sentido estricto se refiere a «si la pena prevista es necesaria y proporcionada para asegurar [...] el bien jurídico protegido por la norma»<sup>60</sup> pero en la misma sentencia se hace referencia a la proporcionalidad estricta como la relación «entre la entidad del delito y la entidad de la pena» y –en el mismo fundamento jurídico en el que se afirma esto último– se presenta también como una relación «medio-fin»<sup>61</sup>. Otro

<sup>57</sup> SSTC 55/1996, FJ 6; 60/2010, FJ 16.

<sup>58</sup> STC 161/1997, FJ 12.

<sup>59</sup> STC 19/1988 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Ponente: D. Díez-Picazo y Ponce de León).

<sup>60</sup> STC 54/2007, FJ 6 («Así, pues, las presentes cuestiones de inconstitucionalidad confrontan la sanción impugnada con dos de las condiciones que este Tribunal ha considerado (SSTC 50/1995 y 66/1995) que, junto a la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto, rigen la aplicación del principio de proporcionalidad, a saber: la necesidad de su existencia y su proporción en sentido estricto o, en el presente caso, como dicen los Autos, "si la pena prevista es necesaria y proporcionada para asegurar" el bien jurídico protegido por la norma»).

<sup>61</sup> *Ibidem*, FJ 9.

ejemplo se encuentra en la STC 161/1997, en la que en el mismo fundamento jurídico se hace alusión a la proporcionalidad estricta como la comparación directa entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción, pero también como criterio que mide la relación entre la magnitud de los beneficios obtenidos por una norma penal y la magnitud de la pena<sup>62</sup>. Esta mención a nociones que no son compatibles y son opuestas entre sí deja entrever que la noción de proporcionalidad estricta no está clara, razón por la que tampoco su análisis lo es en la jurisprudencia constitucional.

### 2.3. Sujetos a la proporción

La STC 184/2021 hace referencia a que la proporcionalidad de las penas tiene incidencia tanto en relación con el legislador, como en relación con los juzgadores (acogiendo las nociones de proporcionalidad abstracta y concreta, respectivamente), aunque, en coherencia con lo ya expresado, reconoce un mayor margen de actuación del legislador, en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad de las penas<sup>63</sup>.

### 2.4. Elementos

Entre los elementos de la comparación se tienen en cuenta –en relación con la severidad de la pena– la comparación con los principios y derechos afectados por la norma penal, y –en relación con la severidad del delito– diversos (y cambiantes) elementos. Se integran los fines de la norma penal y los fines de la pena en general, se integran también elementos más amplios de ponderación coste-beneficio (incluyéndose, por ejemplo, el efecto desaliento) o de comparación medio-fin.

En la STC 55/1996 se afirma que el legislador al establecer las penas ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección de la norma, sino también a otros fines legítimos que se pueden perseguir con la pena, las diversas funciones o fines inmediatas, y a su vez a factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena<sup>64</sup>. De igual modo, en la STC 60/2010 se dice que la comparación tiene por objeto ponderar «el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otros»<sup>65</sup>. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio. Es decir, se hace referencia a que debe contrastarse una relación entre medios y fines (que son variados e integran también ciertos elementos objetivos –posibilidades de detección, restricción de derechos– y subjetivos –como las percepciones sociales de adecuación–).

<sup>62</sup> STC 161/1997, FJ 12.

<sup>63</sup> STC 184/2021, FJ 12.

<sup>64</sup> STC 55/1996, FJ 6.

<sup>65</sup> STC 60/2010, FJ 16.

También en las sentencias relativas al Procés se aprecia que los argumentos desestimatorios giran alrededor de la comparación<sup>66</sup> entre medios y fines<sup>67</sup>, aunque también se hace referencia —en reflejo de esa confusión terminológica— a la relación entre el desvalor de la conducta penal y las sanciones a ella asociadas:

En conclusión, entendemos que, en términos absolutos, las penas asociadas al delito de sedición no incumplen los postulados establecidos por nuestra doctrina en materia de proporcionalidad. Tampoco presentan tal déficit las concretamente impuestas al recurrente. Con independencia del grado de eficacia o acierto técnico del legislador, aspectos que son ajenos al enjuiciamiento de este tribunal, no se constata que la regulación penal cuestionada comporte un desequilibrio manifiesto, excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta penal y las sanciones a ella asociadas, de modo que la penalidad que cuestiona el recurrente produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 136/1999, FJ 23). En atención a la gravedad de los intereses jurídicos tutelados en el caso presente, a los que reiteradamente hemos hecho referencia, la conclusión expuesta es plenamente trasladable a las concretas penas impuestas al recurrente<sup>68</sup>.

En cambio, una posición distinta se incorpora en la STC 136/1999, donde se afirma que el juicio estricto de proporcionalidad compara la gravedad del delito —y los efectos benéficos de la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— con la gravedad de la pena —y en general los efectos negativos de la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— (v. gr., ahí incluye el tribunal los costes sobre el efecto

---

<sup>66</sup> SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; 121/2021, FJ 12; 122/2021, FJ 10; 184/2021, FJ 12, 25/2022, FJ 7.

<sup>67</sup> Así, v. gr., en las SSTC 91/2021, FJ 11, y 106/2021, FJ 11, se estima que del hecho de que el delito de sedición no persiga como finalidad evitar cuestiones violentas en el marco de una subversión política, se puede deducir que la pena no es desproporcionada: «Tampoco cabe estimar la lesión que el demandante aduce con base en el principal parámetro que este emplea para calibrar la proporcionalidad: que no se produjo una grave afectación del orden público, porque el día 20 de septiembre de 2017 nadie resultó lesionado, tampoco se esgrimieron armas y, finalmente, la diligencia judicial se llevó a cabo; mientras que el día 1 de octubre de 2017, en numerosos colegios electorales los efectivos policiales impidieron que se efectuaran las votaciones, dando efectivo cumplimiento a lo ordenado judicialmente. Ninguna de las circunstancias referidas justifica la desproporción punitiva que se denuncia, pues no se aprecia el desequilibrio manifiesto y no justificable entre la sanción impuesta y la finalidad de la norma punitiva a que anteriormente se ha hecho referencia. El delito de sedición no prevé, en el tipo básico o en su modalidad agravada, la causación de lesiones o el empleo de armas; de manera que la ausencia de estas circunstancias no impide apreciar la comisión del referido delito» (similar argumentación en la STC 121/2021, FJ 12.4).

<sup>68</sup> STC 122/2021, FJ 10.

desaliento de la expresión de ideas e informaciones y de participación política<sup>69</sup>). Ello se reitera en posteriores sentencias<sup>70</sup>. En esta interpretación se va más allá de la idea de una relación medial con ciertas finalidades, y se integra una visión más amplia de contraste entre costes y beneficios. Se aprecia, en fin, inestabilidad y fluctuación en los contenidos que nuestro TC estima que se integran la comparación de la proporcionalidad de las penas.

## 2.5. La libertad de expresión, la lesividad y el efecto desaliento

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la proporcionalidad de las penas relativas a conductas que están relacionadas con la libertad de expresión, partiendo de que existe una zona intermedia que difumina las conductas legítimas de las delictivas<sup>71</sup> y de la afirmación de que nuestro sistema no es un sistema de democracia militante, por lo que la Constitución protege a quienes la niegan<sup>72</sup>.

En particular, en la STC 235/2007, el Pleno analiza la constitucionalidad de la tipificación de la negación y de la justificación del genocidio. Se afirma en esta sentencia que para que las conductas relacionadas con la libertad de expresión se puedan sancionar penalmente de modo legítimo se requiere que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de hostilidad o violencia hacia los actos de discriminación<sup>73</sup>. Sin embargo, aunque para el Pleno ello excluye la constitucionalidad de la mera negación del genocidio por ser desproporcionada, al no ser idónea para generar ese incremento de hostilidad, sí es proporcionada la penalización de la justificación del genocidio, al entender que presenta un peligro cierto de generar un clima de hostilidad o violencia que puede traducirse en actos concretos de discriminación<sup>74</sup>, lo

<sup>69</sup> En este sentido, afirma el Pleno que no se trata de que el ejercicio sancionado de dichas libertades fuese legítimo; en cambio, fue ilícito, pero se debe tener en cuenta que son indudablemente expresiones, informaciones y opiniones las que estaban en juego, y, por ello, que pueden producir un efecto desaliento sobre el ejercicio de tales libertades, especialmente cuando se castigan con penas desproporcionadas (FJ 29).

<sup>70</sup> V. gr. en la STC 169/2021, FJ 7.

<sup>71</sup> La regulación de conductas apoloéticas amplias, como el enaltecimiento o justificación de ciertos delitos, emerge en nuestra normativa penal tras varias sentencias del TC en que se declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales, y tras la previsión expresa en el Código penal de 1995 que establece que la apología «solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. 2015. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 592; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín. 2007. «Arte. 571 a 580». En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch, pp. 3706-3707.

<sup>72</sup> V. gr. STC 35/2020 (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 35/2020, de 25 de febrero. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, FFJJ 8 y 9.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

cual no está suficientemente justificado (no se ha demostrado que las palabras de quienes desgraciadamente piensan de esa manera generen un riesgo de violencia, y menos de la violencia intrínseca en los crímenes internacionales).

En la STC 177/2015, del mismo modo, partiendo de esa limitación –siquiera abstracta y amplia– de exigencia de incitación al odio, se concluye que la quema en público del retrato de los monarcas comporta una incitación al odio, que no es sólo ofensivo, sino que expresa que aquellos son «merecedores de exclusión y odio»<sup>75</sup>, razón por la que se desestima el amparo solicitado por los condenados por injurias a la Corona.

Con posterioridad, en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, se ha pronunciado el TC en dos ocasiones. En la primera, en el marco de un recurso de amparo en relación con la condena de Tasio Erkizia por un acto de homenaje a Argala (uno de los antiguos dirigentes del grupo terrorista ETA). El Pleno afirma, en la STC 112/2016, que se incorpora a la sanción penal de las conductas vinculadas a la libertad de expresión la exigencia de que las conductas, como una manifestación del discurso del odio, generen «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Se parte así, de una exigencia de lesividad específica (aunque, de nuevo, amplia y abstracta) de las conductas. Sin embargo, la interpretación que hace el propio TC en la sentencia ignora en la práctica esa afirmación, dando prácticamente por supuesto que la conducta de enaltecimiento o justificación del art. 578.1.i CP supone una legítima injerencia en la libertad de expresión «en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (pero sin fundamentar por qué, la mera exaltación o justificación genera ese riesgo)<sup>76</sup>. Por último, es fundamental la STC 35/2020 (caso Strawberry), en la que el Pleno pone límite a una tendencia de nuestra jurisprudencia a interpretar de forma amplia el delito de enaltecimiento del terrorismo, que había conllevado condenas por enaltecimiento de personas que expresaban públicamente ideas de protesta, irónicas, sarcásticas o humorísticas. El TC incorpora una exigencia adicional, la de la necesidad de valoración por los tribunales sentenciadores de si la conducta enjuiciada era manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, teniendo en consideración, en concreto, la intención comunicativa del encausado, que determinaría la ilegitimidad de la sanción penal si la conducta era irónica, provocadora o sarcástica<sup>77</sup>. Por esta razón, se concede el amparo por la falta de valoración de la intención comunicativa por parte del TS<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 177/2015, de 22 de julio. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, FJ 4.

<sup>76</sup> STC 112/2016, FFJJ 4-6 (Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 112/2016, de 20 de junio. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>77</sup> STC 35/2020, ya citada, FJ 5.

<sup>78</sup> Se estima el amparo del recurrente, César «Strawberry», por el contenido de unos tuits, aunque el TC perdió la oportunidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad para analizar la legitimidad del delito de enaltecimiento del terrorismo.

## 2.6. Tipos de control

Como el contenido del principio estricto es confuso en la jurisprudencia constitucional, también lo es la comparación (cuando se entra en ella), pero se pueden apreciar mecanismos de control de la proporcionalidad absolutos (la gravedad en sí de la pena con la gravedad de la sanción, o entre costes y beneficios<sup>79</sup>) –en las que la entidad del control es muy leve, casi inexistente–, y también relativos (comparándolo con otros tipos penales)<sup>80</sup>.

Así, por ejemplo, en la STC 136/1999, se hace un ejercicio de comparación de la pena mínima prevista para el delito de colaboración con banda armada con la pena mínima prevista en el ACP para los integrantes de bandas armadas, los ejecutores de una sedición, el aborto doloso inconsciente, las mutilaciones de miembros o el robo con tortura, entre otros delitos<sup>81</sup>. En la STC 169/2021 se justifica la no arbitrariedad de la pena de PPR acudiendo a normativas de nuestro entorno cultural semejantes<sup>82</sup>.

Por otra parte, en las sentencias relativas a tipos que se encuadran en la noción de violencia de género ha sido muy habitual el empleo del método de control relativo<sup>83</sup> (comparativo, entre delitos), concluyéndose que existe un desvalor adicional en los casos de violencia de género. Por ejemplo, en la STC 99/2008, de 24 de julio, se comparan las diferencias punitivas entre varios el delito en cuestión y su regulación

<sup>79</sup> V. gr. en la STC 60/2010 (relativa a la imposición de la medida de alejamiento del art. 57.2 CP para los supuestos en que la víctima lo sea de violencia de género), FJ 16 se afirma: «de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad “evidente” o “manifiesta”» (a este fundamento se remite también la STC 119/2010, de 24 de noviembre –Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 119/2010, de 24 de noviembre. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, FJ Único–).

<sup>80</sup> *Vid.*, por ejemplo el FJ 13 de la STC 161/1997, donde se compara el delito de negativa a sometimiento a las pruebas de alcoholemia con otros delitos relativos al tráfico (aunque la comparación también es bastante banal, pues se acaba afirmando que el legislador en ocasiones considera que para el legislador en ocasiones los comportamientos de incidencia más lejana sobre el bien protegido son menos graves o merecedores de menos protección que los que afectan a los bienes jurídicos de modo más inmediato y que «el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo menor que el próximo»); también se compara con el delito de desobediencia genérica (por ejemplo, se comparan los elementos subjetivos y la cuantía de pena) y otras opciones legislativas no indagadas (donde se estima que es una opción libre del legislador). En esta sentencia, tras un análisis más bien banal de los elementos de la proporcionalidad penal, se acaba por desestimar su vulneración, y, con ello, el recurso de inconstitucionalidad.

<sup>81</sup> STC 136/1999, FJ 29.

<sup>82</sup> STC 169/2021, FJ 7. También se comparan las restricciones temporales para el acceso al tercer grado y la libertad condicional con los límites penológicos en los supuestos de acumulación de penas (en el mismo FJ).

<sup>83</sup> Así, en las STC 99/2008, FJ 4; 127/2009, FJ 6; 153/2009, FJ 6 (en relación con las amenazas en el marco de la violencia de género).

anterior<sup>84</sup>. En la STC 127/2009, de 26 de mayo, se comparan las penas de los arts. 172.2 y 173.2 CP (aunque se interpreta que las penas no son desproporcionadas, al existir un desvalor adicional relativo al desvalor social objetivo y la lesividad de las conductas para la seguridad, libertad y dignidad de las mujeres)<sup>85</sup>.

Por último, en la reciente STC 122/2021, el Pleno rechazó el empleo del mecanismo de control comparado o relativo (en relación con otros tipos) para determinar la proporcionalidad de las penas, sobre la base de que respondían a otros propósitos o intereses:

Desde un punto de vista abstracto, este entendimiento restrictivo del tipo penal, en atención a la mayor necesidad de tutela que deriva del interés que protege, impide valorar como desproporcionadas las penas previstas en la ley. En tal sentido pierden cualquier fuerza de convicción los argumentos de tipo sistemático que en la demanda ponen en relación el delito de sedición con otros recogidos en el título vigésimo segundo del Código penal, pues, en ninguno de ellos se exige ni el propósito que la impulsa, ni el modo de actuación tumultuario que la caracteriza ni, en fin, se produce esta especial afección al interés protegido definido como paz pública.

En consecuencia, debemos rechazar que pueda fundadamente ponerse en cuestión la proporcionalidad de la pena a través de un análisis comparativo del delito de sedición con el resto de los tipos que integran el título vigésimo segundo del Código penal, que encabeza como conducta más grave, tanto en atención al medio comisivo como al interés<sup>86</sup>.

En todo caso, el TC ha incorporado a la argumentación relativa, usualmente consideraciones comparadas con ordenamientos ajenos, aunque en ocasiones también se ha hecho ignorando el resultado de la comparación<sup>87</sup>, en particular de la CEDH y la

---

<sup>84</sup> STC 99/2008, ya citada, FJ 4 (que no estima que la diferencia sea sustancial). La sentencia resuelve cuestiones de inconstitucionalidad relativas al art. 153 CE (maltrato de obra sin causar lesión). Gran parte de la argumentación de los recurrentes giraba alrededor de la idea de que la pena asignada correspondía a una falta y no a un delito, cuestión desechada por el TC considerando la ubicación sistemática en el libro relativa a los delitos.

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 127/2009, de 26 de mayo. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, FFJJ 7 y 8. En esta sentencia, el TC afirma que ese método de control comparado corresponde al principio de igualdad y no de proporcionalidad (FFJJ 7-8), pero en realidad corresponde a una intersección de ambos, y, de hecho, pese a esta afirmación el TC lo analiza también en sede de proporcionalidad estricta (FJ 8 *in fine*).

<sup>86</sup> STC 122/2021, Op. Cit.

<sup>87</sup> Resulta ilustrativa la STC 19/1988, FJ 7: «Aunque por muy evidentes razones la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio, sí conviene advertir, para mejor entender esta última referencia a un ordenamiento extranjero, que el llamado "arresto sustitutorio" por impago de multa es expediente legal que, con unas formulaciones u otras, aparece recogido en otros ordenamientos inspirados en principios constitucionales que pueden decirse próximos, en cuanto a este punto, a los nuestros (así, como ejemplo, art. 43 del Código Penal y arts. 459.e y 459.f de la Ordenanza

doctrina del TEDH (así, por ejemplo, en las SSTC 112/2016, FJ 4 o 35/2020, FJ 4, en relación con la proporcionalidad de las penas aplicadas a delitos de enaltecimiento del terrorismo y el efecto desaliento). No obstante, más recientemente se ha rechazado el empleo de la comparación con ordenamientos extranjeros sobre la base de la potestad exclusiva del legislador penal. Así, en la STC 122/2021, se afirma que:

Tampoco es posible fundar ni apreciar la falta de proporción de la regulación legal atendiendo a la propuesta de comparación que se formula con las elegidas figuras afines extraídas del Derecho extranjero. Sin perjuicio de que esta concreta alegación no fue planteada con anterioridad en la vía judicial, cabe subrayar de principio que, conforme a nuestra doctrina, «el control de la ley penal que este tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7)» (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 2). Cada sistema penal responde a su propia estructura interna. La dosimetría penal entre sus previsiones responde en cada sociedad a características históricas y sociales singulares que no la hacen apta para ponerla en relación con otros modelos punitivos distintos vigentes en otras sociedades, por más que compartan valores similares en su organización. Tampoco se toman en consideración en la propuesta de comparación las formas de ejecución de las penas, los beneficios penitenciarios, las formas de agravación de las conductas o la existencia de otros preceptos que se refieran a conductas afines y pueden dar cuenta de la proporcionalidad de la reacción penal. En definitiva, en términos constitucionales no cabe sustentar el juicio de proporcionalidad en tan exiguos datos, sin poner en cuestión toda la dosimetría del Código penal<sup>88</sup>.

Sin embargo, ello es incoherente con las comparaciones con otros tipos delictivos (relativos a otros bienes jurídicos), e incluso otros ordenamientos penales (pretéritos o de otros ordenamientos u otros países) que habitualmente ha venido realizando el TC en las sentencias sobre proporcionalidad de las penas. Se aprecia, en fin, una

---

Procesal Penal de la República Federal de Alemania, art. 10 del Código Penal austriaco y art. 49 del Código Penal suizo). Y tampoco sobraría reseñar, en el mismo orden de consideraciones, que el sistema legal en este punto previsto en el ordenamiento de la República italiana –finalmente invalidado por la Sentencia antes citada– difiere de nuestro actual, al menos en dos aspectos de trascendente importancia...» (Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 19/1988. Ponente: D. Luis Díez Picazo y Ponce de León, FJ 7).

<sup>88</sup> STC 122/2021, FJ 10.

utilización incoherente del principio de proporcionalidad de las penas, sin poderse prever siquiera los mecanismos de control aceptados por el tribunal.

## 2.7. Nivel de desproporción exigido

El nivel de desproporción exigido para las conductas requiere, para el TC, un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre sanción y finalidad de la norma<sup>89</sup>, de tal modo que se atente contra el valor fundamental de la justicia del Estado de Derecho y la prohibición de arbitrariedad pública y de actuaciones públicas no respetuosas con la dignidad de la persona<sup>90</sup>.

## 2.8. Nivel de protección

Como es sabido, igual que se estima que no hay un derecho fundamental a la reinserción social, tampoco se deriva a favor del reo un derecho a la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador, deducible del art. 25 CE (STC 65/1986, FJ 3; 169/2021, FJ 7). La afirmación verificada en su momento por este tribunal de que «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3, STC 169/2021, FJ 7).

Todo ello hace que quede sin contenido –prácticamente– el principio de proporcionalidad y su vigencia. El Pleno del TC consideró incluso compatible con la proporcionalidad estricta la pena de PPR, al no estimarla arbitraria a la luz del ordenamiento de países de nuestro entorno y que no hubiese riesgo de desproporción por los períodos temporales previstos para el acceso al tercer grado y la libertad condicional, así como no poder achacarse a la norma que la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal, al preverse expresamente los mecanismos de suspensión de ejecución de las condenas y la obligación de revisión bianual<sup>91</sup>.

De hecho, en nuestra práctica jurisprudencial, tras más de cuatro décadas de jurisprudencia, sólo ha sido declarado contrario al principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas el art. 174 bis. a) ACP, en el que se castigaba una serie de conductas omnicomprendidas de colaboración con banda armada. Así, en la STC 136/1999, ya citada (caso HB), se considera que el precepto es contrario a la Constitución por la desproporción de la

<sup>89</sup> STC 55/1996, FJ 9; STC 161/1997, FJ 12; STC 60/2010, FJ 16.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> STC 169/2021, FJ 8. De hecho, se afirma que no se puede aplicar el reproche de la STC 136/1999 (que se analiza a continuación en el texto principal), porque en aquel caso concurría un marco de conductas muy amplio y un marco penal muy estricto, pero en el caso de la PPR las conductas están muy estrictamente delimitadas, y además no se conectan con derecho fundamental alguno. Asimismo, considera que existen mecanismos para reducir la reacción penal, en los arts. 70.4 y 92.1.c) CP).

pena, dada la severidad de la pena de prisión y el efecto desaliento potencial<sup>92</sup>, con la gravedad de las conductas sancionadas. En ella se enjuiciaba el amparo de algunos condenados por colaboración por banda armada por haber brindado espacios (públicos y también de medios de difusión) a un video de ETA en el marco de una campaña electoral. El TC encuadra la norma en el carácter excepcional de la normativa antiterrorista y, por ello, afirma que se deberían haber previsto mecanismos para determinar la menor gravedad de la pena («no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo<sup>93</sup>»). Por todo ello, concede el amparo a los recurrentes. El TC no entra a revisar la pena que habría de ser aplicable a la clase de conductas como las sancionadas, misión que delega en el legislador (tampoco se eleva en el caso cuestión de inconstitucionalidad, al ya estar derogada la norma)<sup>94</sup>.

A nivel comparado, se puede decir que el reconocimiento del principio de proporcionalidad está extendido a lo largo del globo, aunque, como se ha dicho, sólo las constituciones más jóvenes insertan expresamente la previsión de proporcionalidad penal en su texto. A continuación se esbozarán los elementos del principio de proporcionalidad penal en Italia y en EE. UU.

#### IV. LA *PROPORZIONALITÀ* EN EL CONSTITUCIONALISMO ITALIANO

##### 1. *Fundamento*

Igual que en España, en Italia no se reconoce expresamente en la Constitución de 1947 el principio de proporcionalidad. El control de constitucionalidad de las penas sobre la base de la proporcionalidad estuvo ausente durante las dos primeras décadas, vinculándose entre la segunda mitad de los años 70 y los años 80 exclusivamente al principio de igualdad (es decir, en relación con semejanzas de pena entre delitos diferentes), y posteriormente se comenzó a vincular también a la función reeducativa

<sup>92</sup> En cambio, la influencia del efecto desaliento en relación con la libertad ideológica, de expresión, el derecho de reunión y participación se descarta en las SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11, 121/2021, FJ 11: «Si lo ya expuesto sirve para rechazar que la actuación del recurrente pudiera acogerse a la exención de responsabilidad penal que proclama el art. 20.7 CP, tampoco cabe apreciar el denominado “efecto desaliento”, bajo el alegato de que las penas impuestas desincentivan el ejercicio de esos derechos. La conducta del recurrente no constituye un mero exceso o extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales pues, como así se recoge en la sentencia, lo que aquel pretendía era neutralizar las decisiones adoptadas por este tribunal y los órganos judiciales sirviéndose de la movilización ciudadana para ese propósito. Por ello, tal conducta queda al margen del ejercicio de los mencionados derechos, de manera que no puede ampararse en un eventual “efecto desaliento” para tildar de desproporcionadas las penas impuestas».

<sup>93</sup> STC 136/1999, FJ 29.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

de la pena (al afirmarse que las penas desproporcionadas con la gravedad del delito también son contrarias a la reinserción social), así como a la responsabilidad por el hecho propio y la personalidad de las penas<sup>95</sup>.

## 2. *Amplitud de la discrecionalidad del legislador penal*

Igual que sucede en España, la Corte Costituzionale italiana ha ubicado el límite de irracionalidad para afirmar que el legislador no es árbitro de sus selecciones criminalizadoras, por lo que debe, en lugar de anclar cada tipo delictivo a un daño social real, circunscribir, en la medida de lo posible, el ámbito de lo penalmente relevante —teniendo en cuenta el rango constitucional de la libertad personal que se sacrifica con la pena—<sup>96</sup>. Como afirma Donini, no todo lo que es iliberal viola las garantías constitucionales del Derecho penal: «el aumento de penas, incriminaciones y cárcel hacen que la sociedad sea más intolerante, violenta y menos liberal por definición, pero ello podría tener lugar observándose *todas las reglas del juego*»<sup>97</sup>.

## 3. *Tipos de control*

En Italia, como mecanismo de contraste de la proporcionalidad penal, la Corte ha aplicado tanto el método de control absoluto como el relativo, es decir, tanto una comparación entre la gravedad estricta del delito con la pena, como una comparación con otros delitos:

La amplia discrecionalidad de que dispone el legislador en la cuantificación de las penas encuentra su límite en la manifiesta desproporción de la elección sancionadora, tanto en relación con las penas previstas para otros tipos de delitos [...], como respecto de la gravedad intrínseca de la conducta cometida por un delincuente [...]. El límite en cuestión excluye, más concretamente, que la gravedad de la pena impuesta por el legislador pueda ser manifiestamente desproporcionada con respecto a la gravedad objetiva y subjetiva del delito; lo que ocurre, en particular, cuando el legislador fija una pena mínima demasiado elevada, obligando así al juez a imponer penas que podrían ser, en el caso concreto, claramente excesivas en comparación con su gravedad<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 52-53.

<sup>96</sup> Corte Costituzionale Italiana. Sentencia de 6 de julio de 1989. En *Giur. Costituzionale*, 1989.

<sup>97</sup> DONINI, Massimo. 2019. «Garantismo penale oggi», *Criminalia*, p. 29. Traducción propia, cursiva en el original.

<sup>98</sup> Se resume así la jurisprudencia de la Corte en la S. 28 de 2022, de 1 de febrero: «l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene in contra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato (sentenze n. 88 del 2019, n. 68 del 2012, n. 409 del 1989, n. 218 del 1974), sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato (sentenze n. 136 e 73 del 2020, n. 284 e

El control de proporcionalidad relativo fue el primero en aplicarse. El delito con el que se comparaba (*tertium comparationis*) determina la pena aplicable en caso de que la del delito en cuestión se declare inconstitucional<sup>99</sup>. La Corte siempre busca un parámetro de otra previsión en la que se pueda apoyar la pena que sustituye a la previsión inconstitucional<sup>100</sup>, y, en caso de no hallarlo, debe remitirse al legislador<sup>101</sup>.

La primera sentencia en la que se declaró la inconstitucional una pena fue la 218 de 1974. En ella se recuerda que forma parte de la discrecionalidad del legislador establecer qué comportamientos deben ser castigados y cuál debe ser la calidad y medida de la pena, sin embargo, se declara inconstitucional la norma que determinaba la misma pena para dos comportamientos de gravedad diferente (el ejercer la caza sin seguro y ejercerla asegurado, pero no pudiendo demostrarlo al agente que lo requiere)<sup>102</sup>. También, en la sentencia 176 de 1976, se declara inconstitucional la norma que prevé una pena más severa que la prevista para un delito más grave (se castigaba el portar un fusil de caza por una zona de repoblamiento, cuando en aquel momento la caza abusiva era sólo objeto de sanciones administrativas)<sup>103</sup>. Con posterioridad, se comienza a declarar expresamente la exigencia de «proporción de la pena» sobre la base del principio de igualdad<sup>104</sup>. Por ejemplo, en la sentencia 409 de 1989 se declara inconstitucional que se trate la negativa a realizar el servicio militar por motivos de conciencia igual que los supuestos en que se produce la negativa sin justificación<sup>105</sup>.

Se destaca que el riesgo del control relativo se encuentra en que no exista, para el caso en cuestión, un *tertium comparationis* idóneo, por lo que no se pueda controlar la proporcionalidad. Por ello surge también el control absoluto, entre gravedad del delito y gravedad de la pena del caso concreto (sobre los fundamentos de reinserción social y del principio de personalidad de las penas<sup>106</sup>). En este contexto, se declara inconstitucional una pena de ultrajes a oficiales públicos (doce veces superior a la de injurias), teniendo en cuenta el valor de la libertad del condenado y el bajo desvalor del delito<sup>107</sup>. También se declara inconstitucional la pena prevista para el secuestro

---

40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 236 del 2016, n. 341 del 1994). *Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflazione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità»* (Corte Costituzionale. S. n. 28 de 2022, de 1 de febrero).

<sup>99</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 78 y ss.

<sup>100</sup> V. gr., *vid.* la citada sentencia n. 28 de 2022, de 1 de febrero.

<sup>101</sup> VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 82.

<sup>102</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 218 de 1974, de 30 de mayo.

<sup>103</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 176 de 1976, de 15 de junio.

<sup>104</sup> En profundidad, sobre este análisis, *vid.* VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., pp. 53 y ss.

<sup>105</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 409 de 1989, de 18 de julio.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 341 de 1994, de 11 de mayo.

con fines de extorsión, por control relativo (ya que preveía un mínimo de 25 años de privación de libertad y no preveía atenuación para hechos de leve entidad, como sí lo hacían otros delitos de secuestro) y absoluto (al estimarse que al sufrir una pena claramente desproporcionada, el reo no podría reeducarse)<sup>108</sup>. El control absoluto también se aplica en la sentencia 236 de 2016, en la que se considera que la leve gravedad del hecho y la función reeducativa son incompatibles con la gravedad de la pena (en el caso, es incompatible la pena de un delito de falsificación de actas de nacimiento con el fin de reeducación), y en la sentencia 40 del 2019, en que se considera inconstitucional el mínimo de pena previsto para el tráfico de estupefacientes ordinario (de 8 años, demasiado elevado para la función reeducativa)<sup>109</sup>. Recientemente, la sentencia 28 de 2022 declara inconstitucional el máximo de pena de multa prevista como sustitutiva de la pena de prisión, al estimar que es demasiado elevado para la mayoría de los ciudadanos<sup>110</sup>.

#### 4. Elementos de la proporción

En el elemento de *gravità del fatto* que aparece en el art. 133 CPI, la modalidad del hecho, su naturaleza, especie, medios, objeto, daño o peligro ocasionado, intensidad del dolo o imprudencia, tiempo y lugar del hecho, y en general todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho criminal<sup>111</sup>. La jurisprudencia de la Corte Costituzionale ha derivado de la proporcionalidad de la pena la necesidad de que la medida de la pena refleje no sólo la peligrosidad subjetiva del autor, sino también la gravedad del hecho del delito<sup>112</sup>.

En la sentencia 103 de 1982 se declara inconstitucional la pena del Código penal militar de paz de un acto preparatorio respecto a la pena prevista para otros delitos que ya suponían la lesión al bien jurídico tutelado (se compara la posesión injustificada de medios de espionaje con, por ejemplo, la revelación de noticias secretas), graduándose la pena según el grado de afectación al bien jurídico<sup>113</sup>. También, como se ha visto, en la sentencia 409 de 1989 se declaró inconstitucional la pena que no

<sup>108</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 68 de 2012, de 23 de marzo.

<sup>109</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 236 de 2016, de 10 de noviembre; Corte Costituzionale italiana. S. n. 40 de 2019, de 8 de marzo. En esta también se compara la pena prevista para supuestos de leve entidad.

<sup>110</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 28 de 2022, de 1 de febrero.

<sup>111</sup> «*Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente [164, 169, 175, 203], il giudice deve tener conto della gravità del reato(1), desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole [103, 105, 108; c.p.p. 220], desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguita al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo*».

<sup>112</sup> VIGANÒ, Francesco (2021). *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 87.

<sup>113</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 103 de 1982, de 24 de marzo.

distinguía entre la negativa al servicio militar por objeción de conciencia o injustificada, al entenderse que no había el mismo grado de culpabilidad<sup>114</sup>.

En esa misma sentencia se introduce una suerte de comparación coste-beneficio, afirmándose que no pueden ser constitucionales las incriminaciones que producen a través de la pena daños al individuo o a la sociedad desproporcionadamente mayores que las ventajas obtenidas o que se fuesen a obtener<sup>115</sup>. Asimismo, en la sentencia 313 de 1990 se introduce una evaluación conjunta del principio de reeducación y el de proporcionalidad, concluyéndose que el juez debe poder valorar la pena en relación con los fines y con los límites del art. 27 de la Costituzione italiana (relativo a la educación como fin de la pena)<sup>116</sup>. Esto es, dentro de la comparación, también se introducen valoraciones coste-beneficio y relativas a la finalidad de reeducación.

El desarrollo jurisprudencial italiano del principio, que –como se ha visto– sigue una dinámica muy casuística, tampoco ha servido, en fin, para excluir la legitimidad de penas tan controvertidas por la doctrina como la pena de *ergastolo*. En cualquier caso, lo que es evidente es que la jurisprudencia italiana es ejemplo –en número, extensión e intensidad– de una aplicación y reconocimiento significativos del principio de proporcionalidad de las penas, muy superiores al ejemplo español.

## V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ANGLOSAJÓN: LA PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Se puede decir que Estados Unidos es la cuna y hogar del retribucionismo, al que muchos autores han vinculado la existencia del principio de proporcionalidad<sup>117</sup>. Aunque no necesariamente el principio de proporcionalidad requiere, para fundamentarse, de ideas retributivas, sí es cierto que el origen de su desarrollo doctrinal se vincula a las teorías de la retribución, razón por la cual el estudio del país angloamericano se hace especialmente interesante. Además, los primeros desarrollos jurisprudenciales del principio tuvieron lugar en dicho país, como se verá a continuación.

### 1. *Fundamento y reconocimiento*

Como ya se ha mencionado, el fundamento del principio se suele vincular a la Octava Enmienda de la Constitución de Philadelphia (1787), que establece que no se

<sup>114</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 409 de 1989, de 18 de julio.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Corte Costituzionale italiana. S. n. 313 de 1990, de 26 de junio.

<sup>117</sup> En este sentido, VIGANÒ, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*, Op. Cit., p. 135. ROBINSON, Paul H. 2013. *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. Oxford: OUP, y ROBINSON, Paul H. 2008. *Distributive principles of criminal law*. Oxford: OUP, *passim*, parece sostener que las perspectivas de disuasión del Derecho penal, en contraste con las retributivas, son contrarias a la proporcionalidad de las penas (a excepción del merecimiento empírico, como regla general); BERMAN, Mitchell. 2021. «Proportionality, Constraint, and Culpability», *Criminal Law & Philosophy*, Vol. 15, p. 373; TONRY, Michael (Ed.). 2020. *OF ONE-EYED AND TOOTHLESS MISCREANTS*, Oxford: OUP.

pueden requerir fianzas ni imponer multas excesivas, ni infligir castigos crueles e inusuales. La Corte Suprema de EE. UU. ha reconocido un verdadero derecho fundamental a no sufrir penas desproporcionadas a la gravedad del delito cometido, aplicable a las penas pecuniarias –pero también a penas de otra naturaleza–; un derecho que estima derivado de la Octava Enmienda. En cualquier caso, la aplicación de la proporcionalidad no ha sido uniforme.

## 2. Aplicación

El origen se encuentra en el caso *O' Neil* contra Vermont, en el que se afirma que la Octava Enmienda concierne también a las penas que por su excesiva severidad o duración son desproporcionadas al delito<sup>118</sup>, conclusión que es reafirmada en el caso *Weems v. United States*, en el que se concluye que el contenido de la Octava Enmienda debe verse a la luz de la actualidad y no del siglo XVIII, por lo que se debe entender que excluye las penas desproporcionadas con la gravedad del delito<sup>119</sup>.

En *Robinson v. California* se declara la inadmisibilidad de una pena de noventa días de reclusión prevista por el mero estatus de tóxico-dependencia del sujeto, pues se entiende que es excesiva<sup>120</sup>. Se trata de la primera sentencia en la que se anula la criminalización de una conducta (no sólo la desproporción de la pena con la conducta).

El principio, con posterioridad, se ha ido aplicando fundamentalmente en relación con la pena capital –que, en 2023, se mantiene formalmente en 27 Estados, aunque sólo 16 la mantienen materialmente– y las penas de prisión permanente sin posibilidad de revisión. En relación con la primera, se ha declarado por ejemplo que es desproporcionada en relación con delitos sexuales –pues la gravedad de la muerte es muy superior a la de los delitos sexuales<sup>121</sup>–; en relación con un partícipe en un robo con violencia en el marco del cual se comete un homicidio<sup>122</sup>, o, en general, para los delitos distintos del homicidio<sup>123</sup>. Parece, entonces, que la Corte deduce del principio una relación de equivalencia y no de mera correspondencia.

En *Rummel v. Estelle*, se estima que es conforme a la Constitución la pena de prisión permanente para una condena por un delito de estafa (relativa a un equipo de aire acondicionado por valor de \$130<sup>124</sup>) a causa de la situación de reincidencia del

<sup>118</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1892). *O' Neil v. Vermont*, 144 US 323, 339-340 (el caso se refería a una condena por un delito de multa elevadísima por la venta ilegal de bebidas alcohólicas).

<sup>119</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1910). *Weems v. United States*, 217 US 349 (aunque, de hecho, la pena que se anula es una de trabajos forzados que lleva consigo el encadenamiento del condenado por las muñecas y tobillos –por haber falsificado documentos públicos–, por lo que incluso dentro de la prohibición de castigos crueles queda comprendida su prohibición).

<sup>120</sup> Corte Suprema Estados Unidos (1962). *Robinson v. California*, 370 US 660.

<sup>121</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1977). *Coker v. Georgia*, 433 US 584.

<sup>122</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1982). *Edmund v. Florida*, 458 US 782.

<sup>123</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2008). *Kennedy v. Louisiana*, 554 US 407.

<sup>124</sup> ROBINSON, Paul H. y ROBINSON, Sarah M. 2022. *American Criminal Law*, New York: Routledge, pp. 21-23.

sujeto<sup>125</sup>. En cambio, en *Solem v. Helm* se considera inconstitucional la pena de prisión permanente sin posibilidad de libertad anticipada por la emisión de un cheque a partir de una cuenta ficticia y que también era reincidente (era la séptima condena por un delito grave no violento)<sup>126</sup>. En la sentencia, el magistrado L. Powell desarrolló un test de elementos objetivos para determinar cuándo las penas eran desproporcionadas en vulneración de la Octava Enmienda. El test consta de tres elementos, debiéndose contrastar: a) la gravedad del delito y la seriedad de la sanción (control absoluto); b) comparar las demás penas impuestas a otros delincuentes en la misma jurisdicción, de tal modo que se evalúe si los delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas diferentes (control relativo, en relación con otros delitos); y c) comparación con las penas impuestas a otras jurisdicciones por la comisión del mismo delito (control relativo, en relación con delitos similares)<sup>127</sup>. Tras realizarse el control tanto absoluto como relativo (como se ha descrito), se concluyó que la pena era inconstitucional.

Sin embargo, unos años después, en el caso *Harmelin v. Michigan* se rechazó que la prisión permanente sin posibilidad de liberación condicionada por la posesión de más de 650 gramos de cocaína fuese desproporcionada<sup>128</sup>. En esta sentencia, el juez Scalia rechaza el test de proporcionalidad de Powell, al estimar que es muy difícil evaluar objetivamente si una sanción es objetivamente desproporcionada en relación con la gravedad de un delito, así como que no existe un parámetro objetivo para comparar con las jurisdicciones de otros Estados, afirmando que cada Estado tiene el derecho de castigar severamente un determinado comportamiento al cual otros Estados pueden sancionar de manera más blanda o directamente no castigarlo.

A partir del caso *Harmelin*, pasaron más de 10 años hasta que la Corte se volviese a pronunciar sobre la proporcionalidad de las penas. Fue en el caso *Ewing v. California*, cuando se evalúa una ley de los tres *strikes* que determinó que una pena de prisión permanente no revisable por una condena por hurto en un supuesto de reincidencia (se habían hurtado tres palos de golf pero concurría la reincidencia del sujeto)<sup>129</sup>.

### 3. *Discrecionalidad del legislador*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. sobre la proporcionalidad penal está también marcada por la tensión entre el derecho a la proporcionalidad de las penas y la libertad del legislador. En el caso *Harmelin v. Michigan* (donde se rechazó que la prisión permanente por la posesión de más de 650 gramos de cocaína fuese desproporcionada), el juez Scalia rechaza el test de proporcionalidad de Powell, al estimar que es muy difícil evaluar objetivamente si una sanción es desproporcionada en relación con la gravedad de un delito, así como que no existe un parámetro objetivo para comparar con las jurisdicciones de otros estados, afirmando que cada Estado tiene el derecho de

<sup>125</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1980). *Rummel v. Estelle*, 445 US 263.

<sup>126</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1983). *Solem v. Helm*, 463 US 277.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>128</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1991). *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957.

<sup>129</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Ewing v. California*, 538 US 11.

castigar severamente un determinado comportamiento al cual otros Estados pueden sancionar de manera más blanda o directamente no castigarlo<sup>130</sup>.

#### 4. Elementos

El Model Penal Code (tras la reforma del ALI de 2018) establece que las penas deben encontrarse, en todo caso, en el rango de severidad proporcionado a la gravedad de los delitos, los daños hechos a las víctimas y la responsabilidad subjetiva de los delincuentes (§ 1.02). Se incluyen –pese a que el concepto de proporcionalidad de las penas estadounidense ha estado históricamente más centrado en la gravedad objetiva del delito que en elementos subjetivos del ofensor– los elementos subjetivos de responsabilidad del delincuente<sup>131</sup>. En todo caso, también se admite que dentro de los límites de la proporcionalidad se intenten alcanzar finalidades preventivas, generales y especiales<sup>132</sup>.

#### 5. Exigencia de desproporción

Como es propio del sistema de derecho común, la jurisprudencia es esencialmente casuística, pero la tónica general para todos los casos ha sido de exigir –para que intervenga el principio y aparezca como vulnerado– que la pena se presente como gravemente desproporcionada.

En el caso *Harmelin v. Michigan*, el juez Kennedy afirmó que sólo se debía entender que quedaban protegidos por la Octava Enmienda los supuestos en que se verificase una grave desproporción entre delito y sanción. Por ello, en aplicación del test de Powell, sólo se debía proceder a la verificación de los requisitos de control relativo cuando se hubiese verificado esa grave desproporción absoluta. En el caso *Ewing v. California* se afirmó que no era desproporcionada la condena a una pena de prisión permanente con un mínimo de 25 años de cumplimiento obligatorio por los tres *strikes*. Se considera que no es desproporcionado porque, como expone la magistrada O'Connor, el principio de proporcionalidad sólo protege ante casos de penas de prisión gravemente desproporcionadas –como sería una pena de reclusión perpetua por sobrepasar el tiempo de aparcamiento–<sup>133</sup>. Los jueces Scalia y Thomas, de hecho,

<sup>130</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1991). *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957.

<sup>131</sup> ROBINSON, Paul H. (2020). «Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle». *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 57, 2020, p. 221.

<sup>132</sup> «The general purposes of the provisions on sentencing, applicable to all official actors in the sentencing system, are: (a) in decisions affecting the sentencing of individual offenders: (i) to render sentences in all cases within a range of severity proportionate to the gravity of offenses, the harms done to crime victims, and the blameworthiness of offenders; (ii) when reasonably feasible, to achieve offender rehabilitation, general deterrence, incapacitation of dangerous offenders, and restitution to crime victims, preservation of families, and reintegration of offenders into the lawabiding community, provided these goals are pursued within the boundaries of proportionality in subsection (a)(i)».

<sup>133</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Ewing v. California*, 538 US 11.

afirman que la Octava Enmienda no determina ninguna exigencia de proporcionalidad<sup>134</sup>. Por último, en el caso *Lockyer v. Andrade* se entiende que no es inconstitucional la condena a un sujeto a dos penas de prisión permanente con cumplimiento mínimo de 25 años cada una por una tentativa de sustracción de cintas de video (cuyo valor era de \$153,54). En la sentencia se afirma que la Corte Suprema había derivado el principio de proporcionalidad de la Octava Enmienda, pero que los precedentes no son claros y no establecen un contorno preciso del contenido del principio de proporcionalidad, por lo que se deduce que sólo actúa en caso de penas de prisión gravemente desproporcionadas (sólo en casos extremos)<sup>135</sup>.

En todo caso, tras la reforma de 2017 del Model Penal Code, se ha deducido que el modelo ha optado por un modelo a favor de la proporcionalidad del delito en todo caso, no que excluya solamente las penas gravemente (*grossly*) desproporcionadas<sup>136</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Como se había adelantado, no es el objetivo de este trabajo el estudio pormenorizado de todas las cuestiones que se plantean en la práctica en relación con la proporcionalidad del castigo penal (lo que sería más propio de una monografía o una tesis doctoral), sino exponer las cuestiones más relevantes que pone sobre la mesa el análisis de la jurisprudencia española y comparada en los contextos seleccionados.

Por lo que se ha visto, todas las sedes analizadas insisten en la libertad del legislador penal como un área de tensión que reduce los contornos de garantía que el principio de proporcionalidad penal otorga. Por otra parte, y aunque sólo se reconoce expresamente en el texto de la ley la división entre la proporcionalidad penal general y la proporcionalidad de las penas en el nivel de la UE, es cierto que en España el TC ha articulado de modo más o menos nítido esta distinción –con la incorporación del análisis tripartito de origen alemán a sus juicios sobre proporcionalidad penal–, manteniendo matices para sendas instituciones.

En relación con los elementos de comparación que se contrastan para determinar la pena proporcionada, en España la jurisprudencia constitucional no es constante y clara, manteniéndose visiones que oscilan desde que sólo se deben contrastar los elementos de gravedad del delito hasta (principalmente) posiciones que hacen referencia a las finalidades de la pena o contrastes coste-beneficio. En Italia, la letra de la ley sólo hace referencia a contrastar elementos del delito (objetivos y subjetivos), pero la jurisprudencia ha ido incorporando una visión de coste-beneficio. En EE. UU. sólo se contrastan elementos de gravedad del delito para determinar la pena proporcionada, pero se aclara que dentro de la proporcionalidad se permite perseguir finalidades preventivas –pese a la tradición retribucionista del país–. También se realizan fuertes esfuerzos por incorporar nuevos elementos en relación con la proporcionalidad, como el efecto desaliento, la afectación de la libertad de expresión, etc., en España (siguiendo con la línea del TEDH).

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (2003). *Lockyer v. Andrade*, 538 US 63.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 225.

En todas las sedes analizadas, igual que en España, se exige la convergencia de un desequilibrio patente, manifiesto, excesivo, desproporcionado o irrazonable, dejando fuera del ámbito de protección del principio las pequeñas desproporciones y excluyendo que la proporcionalidad tenga un sentido positivo (determinando la posibilidad de exigir una pena proporcionada), y reduciéndolo al negativo (excluyendo la legitimidad de las penas gravemente desproporcionadas). Además, sólo el TEDH introduce la posibilidad de hacer alusión a una pena desproporcionada por defecto, y no sólo por exceso.

Por último, en cuanto al método de comparación empleado, en España se suelen utilizar los mecanismos absoluto y relativo (aunque en alguna ocasión se rechazan versiones de estos de forma incoherente), y en Italia también se emplean ambos (pese a que originalmente sólo se utilizaba el método de control relativo, basado en el *tertium comparationis*). En EE. UU., el test de Powell aparecía como un mecanismo útil para aplicar con lógica el principio, pero no se puede decir que haya triunfado en su aplicación.

De todo lo evaluado hasta ahora se extraen las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se ha observado que el mayor desarrollo (y más garantías) del principio ha tenido lugar en la jurisprudencia italiana, si bien todavía en Italia se mantiene la pena de *ergastolo* (prisión permanente) y en general no existe una sistematización fuerte que garantice el principio. En España, el principio es reconocido pero la falta de concreción, las restricciones que se imponen a su control, y la falta de voluntad que demuestra nuestro TC en analizar sus elementos, han reducido mucho su carácter garantista, manteniéndose también la proporcionalidad de la prisión permanente revisable. En EE. UU., pese a la contundente afirmación de que es un derecho fundamental y su larga aplicación, se puede concluir que la aplicación es mucho más tibia, aceptándose fórmulas tan claramente desproporcionales como la de los tres *strikes*, la pena de muerte o la prisión perpetua. En fin, pese al carácter reconocidamente constitucional del principio en los tres países (y a que en los EE. UU. se ha llegado a mantener que es un derecho fundamental), no funciona en ninguno como tal derecho.

En segundo lugar, y pese a la diversidad de los sistemas y también de los fundamentos que se otorgan tanto al principio de proporcionalidad en el Derecho penal como a la institución del Derecho penal en general, no se aprecian diferencias muy claras entre la aplicación en el entorno del sistema estadounidense, de tradición de derecho común, y el sistema de Italia y España, de tradición de derecho civil, y en todos ellos se observa una aplicación bastante escueta.

Por último, se puede observar la mayor virtualidad práctica del principio de proporcionalidad en sentido estricto sobre las nociones de proporcionalidad en sentido amplio, idoneidad, necesidad o racionalidad de la selección criminalizadora del legislador estatal. Estas últimas nociones, al depender de elementos más abstractos, difusos, y finalísticos, terminan siendo más deferentes con el legislador y tienen, en consecuencia, menor virtualidad para censurar sus decisiones.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguado Correa, Teresa. 1999. *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*. Madrid: Edersa.

- Basso, Gonzalo. 2019. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Pérez Cepeda, Ana Isabel y Zúñiga Rodríguez, Laura. 2015. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (tomo 1). Madrid: Iustel.
- Berman, Mitchell. 2021. «Proportionality, Constraint, and Culpability», *Criminal Law & Philosophy*, Vol. 15.
- Bernal Pulido, Carlos. 2014. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: UEC.
- De La Mata Barranco, Norberto J. 2007. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, José Luis. 2003. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta.
- Demetrio Crespo, Eduardo. 1999. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Ed. USAL.
- Donini, Massimo. 2019. «Garantismo penale oggi», *Criminalia*.
- Giménez García, Joaquín. 2007. «Arts. 571 a 580». En Conde-Pumpido Tourón, Cándido. *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch, pp. 3706-3707.
- González Beilfuss, Markus (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. (Coord.). 2019. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Ediciones B.O.E.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. 2012. «¿Restrictivo o diferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*.
- Lascuráin Sánchez, Juan A. 1998. «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público*, 5, septiembre-diciembre, pp. 160-189.
- Muñoz Conde, Francisco. 2015. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, Adán. 2019. «Saudade of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context». *NJECL*, 2019, Vol. 10 (I).
- Paredes Castañón, José M. 2013. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ponteprino, Gabriele. 2024. «La “storia infinita” del sindacato sulla proporzionalità della pena: I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull’appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità», *Sistema Penale*.
- Prieto del Pino, Ana M<sup>a</sup>. 2016. «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad». En Nieto Martín, Adán et al. (Dir.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Recchia, Nicola. 2020. *Il principio de proporzionalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- Recchia, Nicola. 2018. «Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: ¿identità, complementariedad o alternatividad?». En Dodaro, Enrico/Mancuso, Giandomenico (Coord.). *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Reggio di Calabria: Edizioni DipLap, pp. 101-108.
- Recchia, Nicola. 2015. «Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della corte costituzionale», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, pp. 55-70.

- Robinson, Paul H. y Robinson, Sarah M. 2022. *American Criminal Law*, New York: Routledge, pp. 21-23.
- Robinson, Paul H. 2020. «Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle». *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 57, 2020, pp. 219-271.
- Robinson, Paul H. 2013. *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. Oxford: OUP.
- Robinson, Paul H. 2008. *Distributive principles of criminal law*. Oxford: OUP.
- Tonry, Michael (Ed.). 2020. *Of one-eyed and toothless miscreants*, Oxford: OUP.
- Valverde Cano, Ana B. (2022). *Más allá de la trata*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Viganò, Francesco. 2021. *La proporzionalità della pena*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Von Hirsch, Andrew. 1998. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, p. 142.
- Zúñiga Rodríguez, Laura 2018. «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos». *Derecho PUCP*, nº 81.