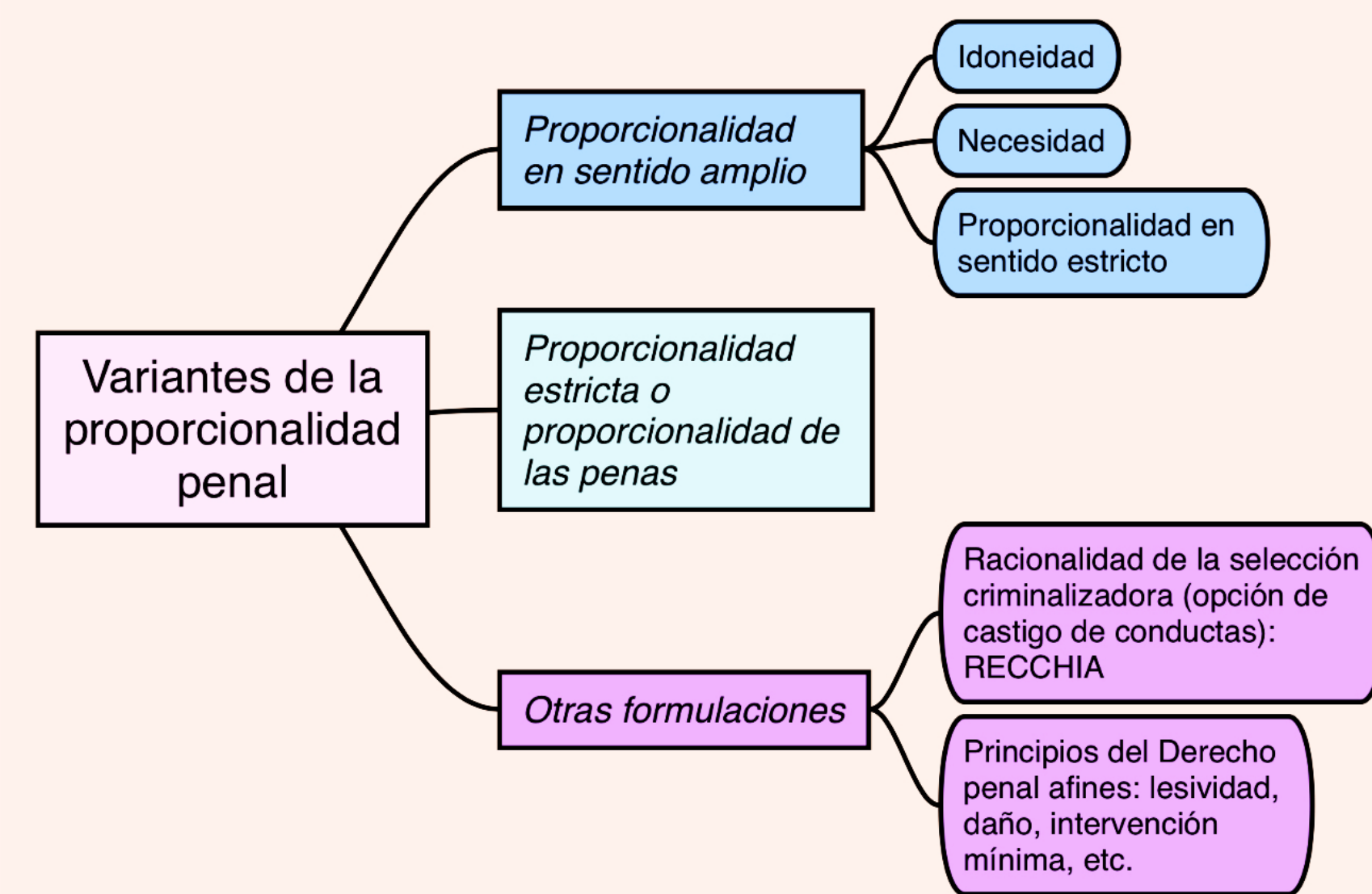


¡Prohibido matar moscas a cañonazos!

VARIANTES DE LA PROPORCIONALIDAD PENAL



La proporcionalidad en sentido amplio, la idoneidad y necesidad son menos garantistas que la proporcionalidad en sentido estricto, ya que dependen de elementos subjetivos, difusos y variables, como la consecución o persecución de determinadas finalidades de la pena o su idoneidad

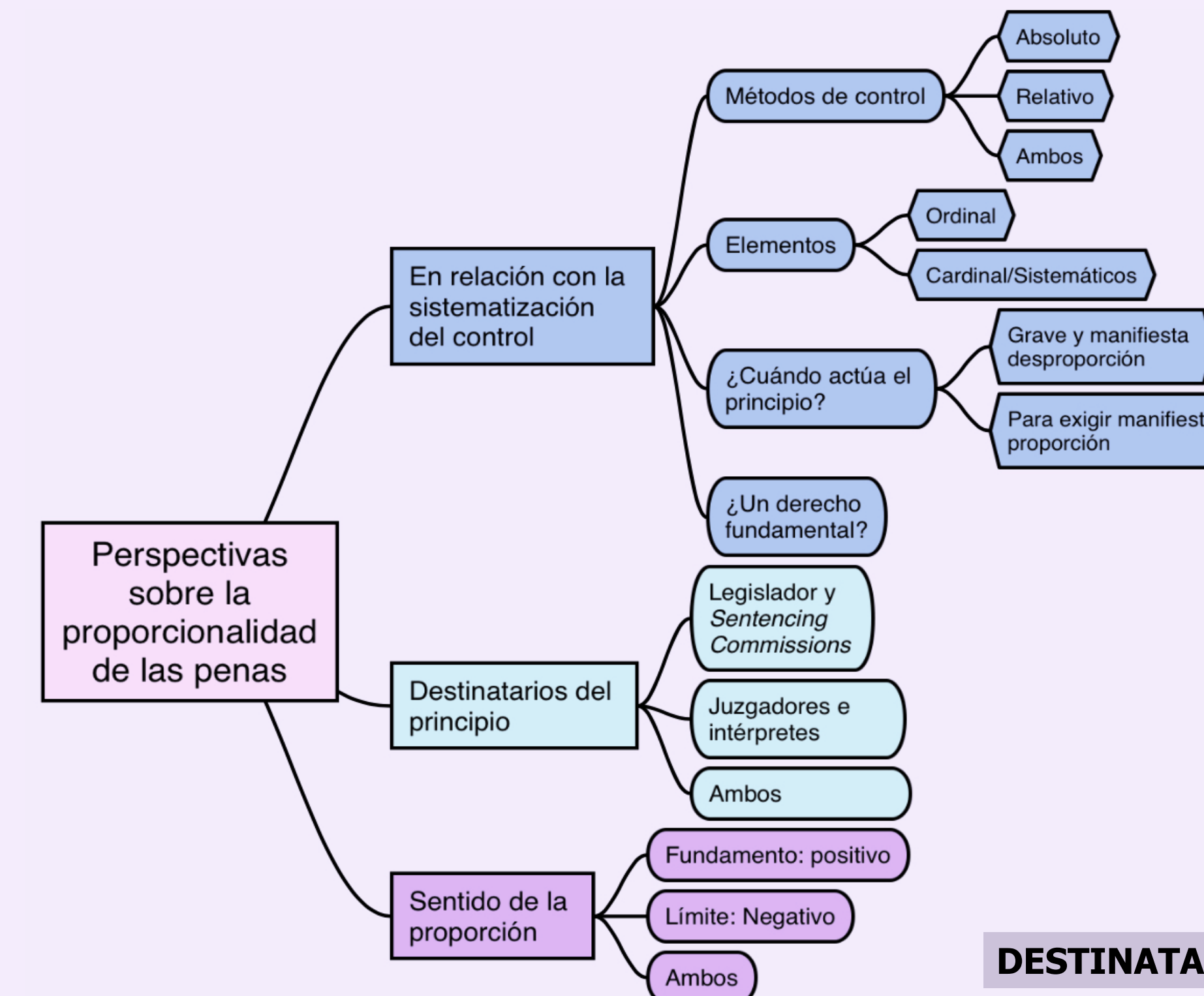
ANÁLISIS COMPARADO

- Desarrollo original en EE. UU., y mayor desarrollo en Italia
- Ninguno de los tres países lo reconoce y aplica como derecho fundamental (sí como principio constitucional)
- No existe una aplicación verdaderamente garantista (penas de prisión perpetua, *ergastolo*, *death penalty*)
- La aplicación es difusa y cambiante: falta consensuar criterios

ABSTRACT

La criminalización de conductas y determinación de las penas de acuerdo con criterios independientes de la lesividad del delito se correlaciona con una excesiva moralización del Derecho penal. Frente a ello, es una garantía de los derechos de los ciudadanos el principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal. El consenso acerca del principio de proporcionalidad esconde una maraña confusa y difusa sobre sus diferentes elementos y variantes, por lo que se trata de aclarar todas las nociones, componentes e ingredientes. La investigación pretende desarrollar un modelo conceptual de la noción de proporcionalidad de las penas que sea verdaderamente garantista. La contribución sustancial se refiere al rechazo de la integración de los fines de la pena dentro del objeto de comparación de la proporcionalidad de las penas, y la determinación —con claridad— de sus elementos. Con esta configuración se estima que el principio se puede erigir en una verdadera garantía y funcionar como un derecho fundamental frente al legislador y los juzgadores penales, presentándose paralelamente una guía de actuación para sendos destinatarios del principio.

VERTIENTES DE LA PROPORCIONALIDAD ESTRICTA



DESTINATARIOS: JUECES Y LEGISLADOR

- La determinación de la pena es un *continuum* de dos fases: legislativa y judicial
- Ignorar la proporcionalidad en una fase = pena final desproporcionada
- La pena proporcionada es la pena justa

GUÍA PARA LEGISLADOR

- Atención a los mínimos y máximos de pena del sistema
 - Dinámica...
- Para que intervenga el Derecho penal...
- ¿Importancia del BI en el sistema?
 - ¿Gravedad del ataque?, ¿grado de consumación?, ¿grado de participación?, ¿responsabilidad subjetiva?
 - ¿Derecho fundamental?

- ¿Las conductas merecen una pena por encima del mínimo?
- Atención a máximos de pena del sistema + reglas concursales
 - Comparación de esas penas con las de otras conductas, con arreglo a criterios de gravedad
 - Marco penal correspondiente con rango de gravedad de las conductas

- Tendencia a reducción de la dureza del castigo

→ Marco de pena

GUÍA PARA JUZGADORES

- Atención a los mínimos y máximos de pena del delito
- Dinámica...

Para determinar la aplicación de la pena:

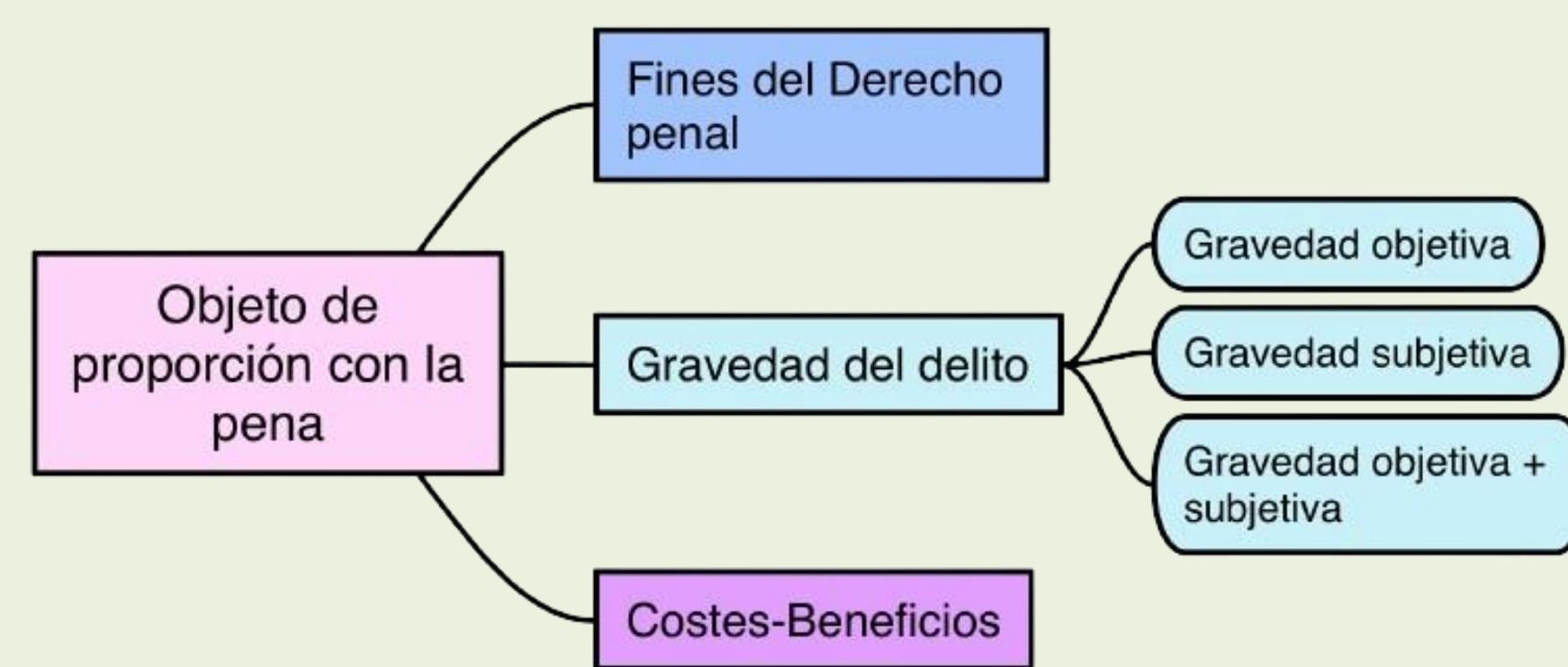
- ¿El BI merece el mínimo de pena?
- Si sí, ¿con qué gravedad del ataque, de daño al bien jurídico, grado de consumación, participación y responsabilidad subjetiva?, ¿qué requisitos necesitaría si concurrese un DF?

Determinado ese punto objetivo de gravedad, ¿la conducta se corresponde con el mínimo de gravedad de pena?

- Si no, la conducta es atípica (desproporción estricta o insignificancia)
 - Si sí, ¿merece una pena por encima del mismo?
- Si sí, debe determinar el punto en el marco según el BI, y
 - El punto en el marco se matiza a continuación según:
 - el resultado
 - los elementos subjetivos
 - la participación, consumación

→ Pena final

ELEMENTOS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS



ELEMENTOS PROBLEMÁTICOS

LOS FINES DEL DERECHO PENAL O LA PONDERACIÓN C-B

- Falta consenso
- Faltan estudios empíricos
- Mira al futuro para medir la pena por el delito (pasado)
- Abstracción y falta de garantías
- Supondría basar algo deontológico en algo empírico
- Conflictos entre fines y con la pena proporcionada

OTROS ELEMENTOS PROBLEMÁTICOS

- La alarma social
- La vigencia de la norma
- La vida anterior del reo

SÍ SE DEBEN CONSIDERAR

- Gravedad del delito: acción y resultado
- Elementos objetivos, subjetivos y sistemáticos
- Grado de participación, consumación, reparación
- Concomitancia de un derecho fundamental

NIVEL DE PROTECCIÓN



TECHO



SUELO



LA CASA COMPLETA

PROBLEMAS EN LA NORMATIVA

¿QUÉ DELITOS PRESENTAN PROBLEMAS?

- MENUDEO DE DROGAS
- DELITOS SEXUALES
- DELITOS DE BAGATELA
- DELITOS DE EXPRESIÓN
- DELITOS DE TERRORISMO
- Y UN LARGO ETC.

OTRAS CUESTIONES

- Sobrecriminalización de conductas poco lesivas
- Determinación de la pena con independencia de la lesividad
- El art. 4.3 CP
- La falta de previsión expresa del principio
- La falta de previsión expresa de los elementos de la ponderación
- Las penas demasiado altas
- Los rangos amplios de pena
- Falta un ranking de los BBJJ

CONCLUSIONES

- La **proporcionalidad estricta** o de las penas es la más garantista
- Los **fines de la pena deben excluirse** de la determinación de su cuantía, basada sólo en la gravedad del delito
- La proporcionalidad funciona como determinante de un **techo de castigo**: abierta a instituciones como la insignificancia
- Debe **garantizarse la efectividad** de la proporcionalidad de las penas, como un derecho fundamental a sufrir una pena proporcionada al delito cometido
- Legislador y juzgadores** deben estar vinculados del mismo modo: la proporcionalidad es un límite a la libertad del legislador

REFERENCIAS

AGUADO CORREA, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. EDERSA.
 BASSO, G. (2019). *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Marcial Pons.
 BERMAN, M. (2011). "Two Kinds of Retributivism". *F. S. at Penn Carey Law*. 2353.

BERMAN, M. (2021). "Proportionality, Constraint, and Culpability" (2021). *F. S. at Penn Carey Law*. 2804.
 DEMETRIO CRESPO, E. (1999). *Prevención general e individualización de la pena*. Ed. USAL.
 DEMETRIO CRESPO, E. (2021). "Crítica a la retribución como fin de la pena". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. E., pp. 107-129.

DONINI, M. (2013). "Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male". *RIDPP*, 3, 1162-1218.
 FERRAJOLI, L. (1989). *Diritto e ragione*. Laterza.
 FERZAN, K. & ALEXANDER, L. (2012). *Crime and culpability*. CUP.
 JAKOBS, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.

MAYSON, S. "Collateral Consequences and the Preventive State" (2015). *F. S. Penn Carey Law*. 2408.
 MAYSON, S. "The Concept of Criminal Law" (2020). *F. S. Penn Carey Law*. 2428.
 ROBINSON, P. (2008). *Distributive principles of criminal law*. OUP.
 ROXIN, Claus. (1976). *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus.

ACKNOWLEDGEMENTS

W. P-G. acknowledges support from a fellowship from the Spanish Ministry of Universities under contract FPU19/02358 and financial support by the Fulbright Spain Student Program, sponsored by the U. S. A. and Spanish governments. The research has been developed within the Projects Análisis crítico del Derecho penal de la plutofilia (PID2022-142211NB-C21) and Aporofobia y Derecho penal (RTI2018-095155-B-C21, funded by the Spanish Ministry of Science.

