

## Legitimación penal en el ámbito del Derecho penal económico

Gerard Gramática Bosch [1]

### 1. Introducción [\[arriba\]](#)

Como es sabido, los delitos no son legitimables en cualquier caso, sino sólo bajo determinadas condiciones. Entre ellas, que el precepto normativo bajo estudio supere el tamiz del principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, que se logre determinar que la intervención del Derecho penal en un determinado contexto económico sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Así, resulta necesario determinar si, en primer lugar, el delito en cuestión es legítimo -o no-, esto es, si está debidamente justificada la intervención punitiva del Derecho penal en la órbita del injusto que se pretende sancionar. Sólo a partir de aquí, se tendrá el punto de partida preciso para saber si el delito está plenamente legitimado o si, por el contrario, no lo está y corresponde pronunciarse por su inmediata derogación. Lo primero es importante a los fines de decidir si se realizará, luego, una propuesta de lege lata y si se usarán criterios teleológicos de interpretación restrictiva y, en su caso, en qué medida. Lo segundo lo es para llevar adelante una propuesta de lege ferenda que, seguramente, abogaría por la derogación del precepto y, en su caso, con la propuesta de su reemplazo por otro más adecuado.

A continuación, se analizará el desarrollo y evolución del principio de proporcionalidad en general y, en concreto, con especial incidencia en España y Alemania.

### 2. Principio de proporcionalidad [\[arriba\]](#)

El principio de proporcionalidad es, ante todo, una construcción metodológica de origen jurisprudencial y doctrinal. Se trata de un principio que se abrió paso en la jurisprudencia constitucional de los países europeos como una herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que suponían un sacrificio inidóneo, innecesario o desproporcionado de los mismos.[2]

Es un principio que se ha ido precisando en los últimos años y que, actualmente, rige en el Derecho como un criterio diferenciado y útil en la práctica para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de Derecho[3] y evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública. Está considerado el control jurídico más antiguo y general de la intervención estatal.[4]

El principal artífice del auge del principio de proporcionalidad en España ha sido el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que, al igual que ocurriera con el BVerfG en Alemania, se ha pronunciado sobre la formulación, contenido y consagración de dicho principio en distintas sentencias relacionadas con la Constitución española del año 1978.[5] Así, se afirma que la primera sentencia del TC que reconoció la vigencia del principio de proporcionalidad fue la 62/1982, de 15 de octubre. Con el tiempo se fueron desarrollando y concretando los tres componentes que integran el denominado test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siempre teniendo en cuenta su finalidad. Estos requisitos se fueron plasmando, entre otros, a partir de las sentencias del TC 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, 207/1996, de 16 de diciembre, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio.[6]

La sentencia del TC 136/1999 ha tenido una relevancia notable entre los distintos precedentes destacados previamente y ha sido fuente de análisis repetida por parte de la doctrina española. Indudablemente, esta relevancia se debe a que fue la primera sentencia que declaró la inconstitucionalidad de un precepto penal. La sentencia se ocupó del recurso de amparo suscitado contra la condena penal pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante TS), de 29 de noviembre de 1997, contra los dirigentes de la agrupación política Herri Batasuna. Finalmente, se otorgó el amparo porque la ley aplicada por el TS vulneraba el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución española, esto es, la lesión de este derecho procedió originariamente de la ley, de modo que la resolución judicial se hizo merecedora de la anulación sólo porque había aplicado dicha ley. Como es lógico ello determinó la innecesaridad de retrotraer las actuaciones y la inmediata puesta en libertad de los condenados. Lo particular de esta sentencia fue que examinó y enjuició no sólo la sentencia del TS sino, además, la norma penal aplicada por ésta. La sentencia del TC 136/1999 concedió el amparo a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por entender que la norma aplicada al caso, el antiguo art. 174 bis.a CP, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Llegó a esta conclusión después de examinar el precepto penal desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, interpretándolo en clave constitucional.[7]

En España, y al igual que en la Ley Fundamental alemana, el principio de proporcionalidad no se deriva de manera expresa de la Constitución. Sólo se puede derivar de algunos de sus preceptos. Sin embargo, tuvo entrada en la doctrina del TC y se consagró como un principio con raíces constitucionales.[8] Hasta aquí, se trata de un principio que se reconoce sin discusión en la doctrina.[9] El problema se produce a la hora de precisar cuáles son los artículos de la Constitución española que contienen implícitamente al principio de proporcionalidad.[10]

Hasta el momento, queda claro que uno de los modos para analizar la legitimación tanto de la norma de conducta como de la norma de sanción, de perspectiva constitucional, es el derivado de la aplicación del denominado principio de prohibición de exceso (Übermaßverbot) o principio de proporcionalidad en sentido amplio (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Ello, porque parece ser el cauce adecuado para fundamentar y controlar materialmente la constitucionalidad de la intervención penal del Estado[11] que trae aparejada una eventual afectación de derechos fundamentales. No obstante ello, también se analizará otra de las alternativas propuesta por Robles Planas, encaminadas a poner límites y a evaluar la legitimación de la intervención penal.

Como se adelantó, el principio de proporcionalidad configura un modelo argumentativo que permite al juez constitucional determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales y, a la vez, estructurar la fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad en los casos difíciles de Derecho fundamental.[12]

El principio de proporcionalidad en sentido amplio está dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales. Se divide en tres subprincipios y, siempre en relación con la medida legislada, se analiza (1) su idoneidad, esto es, que la medida limitadora sea un medio apto para alcanzar un fin legítimo, (2) su necesidad, esto es, si la medida bajo examen es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención, (3) su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si la medida genera más beneficios que perjuicios atendiendo al conjunto de derechos, bienes o intereses en juego, lo que supone realizar un juicio

de ponderación entre la intensidad del sacrificio de los derechos y la importancia que reviste en el caso concreto la finalidad que se busca satisfacer con su limitación.[13]

Es oportuno señalar, como bien lo puso de manifiesto Kluth y para evitar confusiones terminológicas, que el BVerfG y buena parte de la doctrina alemana llaman a este principio normalmente como principio de prohibición de exceso y muy raramente se le denomina principio de proporcionalidad. Ello se debe a que, de manera general, se entiende que el principio de la prohibición de exceso tiene un contenido más amplio del que formaría parte el principio de proporcionalidad.[14] Sin perjuicio de que el uso de la denominación principio de prohibición de exceso se encuentre más arraigado en la tradición jurídica germana, en España y Argentina se utiliza, en mayor medida, la denominación del principio de proporcionalidad en sentido amplio que se diferencia de uno de los subprincipios que lo componen. A saber, la proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, en este trabajo se utilizará la segunda designación. En adelante, se lo llamará sólo principio de proporcionalidad.

A continuación, se podrían desarrollar distintos aspectos de interés con relación al principio de proporcionalidad como p. ej., su naturaleza jurídica; cuál es el tipo de juicio (empírico y/o normativo) que se lleva adelante en los tres subprincipios, la vinculación habitual que se realiza de distintos principios políticos criminales, así como las ideas de merecimiento y necesidad de pena como parte integrante del principio de proporcionalidad, la perspectiva (ex ante o ex post) según la cual se tendría que realizar el juicio de los tres subprincipios que lo integran, las personas que se encuentran bajo su órbita, cuál es el alcance o intensidad del control de constitucionalidad por parte del TC. Pero un análisis de estos aspectos implicaría un apartamiento momentáneo del núcleo del presente trabajo y hasta quizás tedioso para el lector familiarizado con estos temas. Razón por la cual, y a continuación, sólo se harán unas breves consideraciones a la posición que se sigue en este trabajo.[15]

### **3. Consideraciones personales [\[arriba\]](#)**

Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, ante la colisión de dos principios y a los fines de llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión de Alexy. Se lleva a cabo un juicio de naturaleza normativa. En cambio, en los subprincipios de idoneidad y de necesidad se siguen con relación a las posibilidades fácticas.[16] Así, son esencialmente empíricos pero no absolutamente empíricos. En otros términos, si bien es indudable que las bases de estos juicios están conformados por premisas empíricas, no se considera posible despojarlas de un mínimo de normativismo como sucede, v.gr., en el juicio de necesidad en el que se debe tomar una decisión (juicio de valor) acerca de si los medios alternativos son igualmente idóneos a los medios legislados o si los primeros son menos lesivos -o no- que los segundos.

Considero adecuado vincular en forma directa distintos principios político criminales (exclusiva protección de bienes jurídico-penales, lesividad, intervención mínima: subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad, principios de necesidad de pena) con el principio de proporcionalidad ya que esta conexión les brinda a los primeros una cobertura legal más sólida de la que anteriormente carecían. En otras palabras, aquellos principios político criminales ganarían así una base jurídico-positiva de naturaleza constitucional.

A mi juicio, se tendría que abordar el análisis del principio de proporcionalidad y sus correspondientes subprincipios no sólo desde una perspectiva ex ante sino, también, ex post y de naturaleza objetiva. Y para sostener esta afirmación parto

de la siguiente idea: cuanto más intensa sea la intervención legislativa en un derecho fundamental (máxime cuando está en juego la libertad de un ciudadano), tanto más intenso tendría que ser su control por parte del Tribunal competente. Esta idea obedece a la sencilla razón de considerar la naturaleza especialmente aflictiva y el carácter de ultima ratio del Derecho penal que reclaman la utilización de un test de constitucionalidad más exigente[17] en lo que a la perspectiva de análisis se refiere.

De este modo, el Tribunal competente podría incorporar los estudios empíricos sobre la eficacia de la medida o sobre eventuales repercusiones negativas de la misma. Esta información sería necesaria para establecer eventuales discrepancias con el pronóstico efectuado por el legislador y los efectos reales de su intervención, así como la posible existencia de medios alternativos para ponderar el grado de certeza de las premisas empíricas que se alegan en respaldo de la intervención legislativa.[18]

Caso contrario, ¿sería justo conservar una medida (por ejemplo, privativa de libertad) que, con el transcurso del tiempo y los conocimientos disponibles del momento, se demuestre ineficaz, innecesaria (menos idónea que otros medios alternativos y más perjudicial) y/o cuyos costes sean mayores que sus beneficios? En mi opinión, si alguno de estos elementos se llegara a demostrar suficientemente, no tendría que haber ningún obstáculo para que el Tribunal declarara, haciendo uso de los conocimientos actuales, dicha medida inconstitucional por ser desproporcionada.

Con respecto a las personas que estarían bajo la órbita del principio de proporcionalidad, hay un amplio consenso en la doctrina en el sentido de que este principio se irradia tanto al poder ejecutivo como legislativo y judicial, esto es, a todos los poderes del Estado. De igual modo, se afirma que el principio de proporcionalidad no sólo tendría aplicación en relación al Derecho penal y procesal penal sino que sus efectos se trasladan a cualquier intervención jurídica del Estado, con independencia de la rama del ordenamiento que se trate.

Si bien comparto la opinión inicial de que la vía por la que se puede intentar poner un contrapunto de racionalidad es mediante un control de constitucionalidad de las leyes penales articulado por el principio de proporcionalidad, a diferencia de la jurisprudencia del TC y de la doctrina española quizás mayoritaria, propongo un control que vaya más allá del umbral mínimo de evidencia.[19]

De igual modo, comparto la idea de que, dadas las particularidades innatas del Derecho penal y las graves consecuencias que su aplicación acarrea a los ciudadanos, se tendría que aplicar un control de constitucionalidad de las leyes penales más exigente que el actual. En esta línea, se sigue a Lopera Mesa pero con algunas diferencias personales de fondo. Cabe aclarar que la teoría de la autora se apoya en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy,[20] la que le sirve de fundamento.[21]

Efectivamente, la diferencia sustancial es que, en vez de exigir un control material intensivo como el propuesto por la autora sobre la base de premisas demostradas con suficiente grado de probabilidad, aquí se propone un control intermedio, esto es, un control de justificabilidad o defendibilidad. Ello, porque considero que exigirle seguridad o aun probabilidad al legislador, si bien sería lo ideal para resguardar cualquier tipo de vulneración de derechos fundamentales, implicaría la casi anulación de la libre y efectiva tarea legislativa o, cuanto menos, la imposición de serios obstáculos a su labor ya que correría el riesgo de burocratizarse en exceso la toma de decisión sobre aspectos relevantes que, según

las circunstancias del caso, podrían exigir un procedimiento más expeditivo y menos rígido.

Así las cosas, y atendiendo a un control intermedio de constitucionalidad, se tendría que indagar si la decisión del legislador se fundó en una apreciación objetiva y basada en la información derivada de las distintas fuentes de conocimiento disponibles a los fines de prever, dentro de las mejores condiciones posibles, la idoneidad de la medida adoptada, su necesidad y los beneficios con relación al fin propuesto y evitar así cualquier vulneración ilegítima de un derecho fundamental.

En definitiva, estimo necesario que se exija la diligencia del legislador penal en el estudio de las fuentes de conocimiento sobre la materia de cuya regulación se trata y en la implementación de todas aquellas diligencias previas que fueran útiles y pertinentes para adquirir un mayor conocimiento sobre aquel campo, salvo que la implementación de dichas diligencias acarree un gasto exorbitado o excesivo para el Estado. Este criterio tiene, a mi juicio, un importante precedente en distintas sentencias del BverfG y podría ser perfectamente aplicable por el Tribunal competente.

Es conveniente precisar lo siguiente. No se pretende el mero cumplimiento de una diligencia formal por parte del legislador sino, por el contrario, de una diligencia de naturaleza material. Para ello, y entre otras condiciones, se deberá exigir la distribución de las cargas de argumentación y de la prueba tanto en cabeza del impugnante como del propio legislador, la perspectiva de análisis ex post del principio (además de la perspectiva ex ante), la exigencia de respaldo probatorio de las premisas empíricas en los juicios de idoneidad y necesidad a partir del conocimiento científico disponible y la posibilidad de aportar las pruebas que fueran de utilidad durante el procedimiento de inconstitucionalidad.

En definitiva, el uso de un modelo de estas características obedece a la necesidad de utilizar una herramienta dogmática más refinada que, en principio, sea lo más completa posible para analizar una situación tan delicada como lo es la decisión acerca de la legitimidad de un precepto penal. No obstante el grado de complejidad del mismo, su uso permite brindar una explicación racional de la razón por la cual se determina que un precepto debe ser considerado legítimo o ilegítimo y, por lo tanto, se reduce en mayor medida el margen de discrecionalidad del operador jurídico. Por otra parte, hay que destacar que la literatura jurídica hace referencia a los supuestos criterios que se tendrían que utilizar para valorar, p. ej., el principio de proporcionalidad en sentido estricto pero difícilmente establece cómo debe llevarse adelante su vinculación o conexión para resolver la ponderación que en este nivel se realiza. Por el contrario, creo que el modelo de Lopera Mesa, sobre las enseñanzas de Alexy y con las diferencias aquí establecidas, permitiría dar un paso más en esta labor ya que pretende establecer dicha conexión de manera más racional y adecuadamente fundada.

#### **4. Postura de Robles Planas sobre los límites del Derecho penal [\[arriba\]](#)**

Hace no mucho, se publicó un artículo que se denomina «Introducción a la edición española. Dogmática a los límites del Derecho Penal», escrito por Robles Planas y sobre el que Silva Sánchez opinó que se «ha incorporado al texto una aportación personal fundamental y llena de futuro».[22]

Esta teoría brinda una perspectiva distinta de análisis sobre el tema de la legitimación de la ley penal ya que parte de las siguientes ideas fundacionales. Por un lado, de la idea de que el ejercicio de la dogmática penal es irrenunciable y su función es la de tematizar, sistematizar y legitimar o deslegitimar lo que es objeto

de la actividad del legislador desde un esquema conceptual superior, más abstracto y orientado a conexiones político-filosóficas profundas. Por el otro, se considera que el concepto material de delito, entendido como un conjunto de criterios abstractos-generales y supralegales que permitirían adoptar un punto de vista crítico sobre lo que el legislador penal regula como delito, se hallaría en condiciones de limitar la actividad del poder punitivo del Estado.[23]

El instrumento dogmático del que se vale para responder tanto a las cuestiones materiales como a las sistemáticas del concepto de delito, es el derivado de la teoría de las normas[24] entendida en clave de Binding, esto es, sobre la base de la independencia conceptual entre norma y ley penal.[25] Así se establecen dos grandes ámbitos de análisis: el primero, el ámbito de las prohibiciones normativas, y el segundo, el ámbito de la ley penal (sanción).

Basta con decir aquí brevemente que en el ámbito de las prohibiciones normativas se destacan tres dimensiones de la autonomía, el de la libertad o autonomía como garantía de exclusión, el de la libertad o autonomía como utilidad y la dimensión institucional de la autonomía. Juegan un rol importante la teoría dogmática de la justificación, los principios que le sirven de base (responsabilidad y solidaridad) y sus respectivos baremos de ponderación que se irradian en las tres dimensiones reseñadas previamente.[26]

##### **5. Líneas finales sobre el principio de proporcionalidad [\[arriba\]](#)**

Sin perjuicio de que la teoría de Robles Planas pudiera -o no- requerir de ulterior desarrollo y concreción,[27] es indudable que existen o subyacen algunos puntos de contacto y algunas diferencias sustanciales con el test de proporcionalidad propuesto en la primera parte de este trabajo.

Con respecto a lo primero, el punto de contacto más importante sería que, por medio de los principios derivados de la teoría de la justificación, se pretende determinar una mayor concreción del principio general de proporcionalidad.

Con relación a lo segundo (diferencias), se podría afirmar por ejemplo, que las bases o pilares de cada teoría son considerablemente distintas. La separación clara con el esquema de análisis que propone el test de proporcionalidad y, por ende, con aquello que tendría que ser objeto de fundamentación racional. Se hace hincapié en el juicio de ponderación mediante el uso de los principios derivados de la teoría de la justificación y sus respectivos baremos, por encima del juicio de idoneidad y necesidad. Posiblemente, ello se deba a que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto haya sido, precisamente, el mayor campo de críticas por parte de la doctrina.

Asimismo, ambos métodos utilizan perspectivas de análisis distintas. En el caso de Robles Planas se utiliza el criterio del reconocimiento o compatibilidad con otras infracciones penales ya previstas en el ordenamiento jurídico y, desde este enfoque, se podría sostener que su posición resulta más contextualizada, próxima y amalgamada con el resto de preceptos normativos previstos por el legislador. Mientras que la postura de Lopera Mesa posiblemente sea más de naturaleza cuantitativa, formal y distanciada del resto infracciones penales. Finalmente, esta nueva teoría no tiene el respaldo constitucional del que goza el test de proporcionalidad y, por lo tanto, habría que ver cómo se articularía con el control de constitucionalidad consolidado e implementado por el TC.

Más allá de las similitudes y diferencias existentes entre ambos métodos de análisis, considero que se pueden señalar brevemente algunas cuestiones positivas

y negativas sobre el principio de proporcionalidad examinado en la primera parte de este trabajo.

Con respecto a lo primero, se debe destacar el gran mérito de esta teoría al tratar de desarrollar y perfeccionar en forma más esquemática, sistemática y, hasta en cierta forma, aritmética el test de proporcionalidad, el que adolecía claramente de una mayor concreción debido a su alta dosis de abstracción y dificultad de precisar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Se hizo hincapié en qué es lo que se tiene que fundamentar para justificar el resultado de la ponderación y esto favorece a un control racional de las decisiones más depurado y también de aquellos espacios en donde aún pueda haber un mayor subjetivismo en el análisis.

La literatura jurídica, si bien ha hecho referencia a los supuestos criterios que se tendrían que utilizar para valorar, p. ej., el principio de proporcionalidad en sentido estricto, difícilmente ha establecido cómo debe llevarse adelante su vinculación o conexión para resolver la ponderación que en este nivel se realiza. Por el contrario, este modelo permite dar un paso más en esta labor ya que pretende establecer dicha conexión de manera más racional y adecuadamente fundada. Busca precisar cómo se realiza la comparación entre dos magnitudes, cómo se llega a determinar cuáles son dichas magnitudes y su respectivo valor.[28]

Por último, se debe destacar que este principio goza ya de un notable respaldo constitucional, no sólo porque su fundamento se podría extraer, posible e implícitamente, de las disposiciones de la Constitución (por ejemplo, en el caso de España) sino, también, porque es el mecanismo de control expresamente utilizado por el Tribunal Constitucional español a la hora de resolver si un precepto penal es legítimo -o no-.

Con respecto a las posibles críticas que se le podrían realizar a este método de análisis, considero brevemente lo siguiente.

En primer lugar, el método analizado configura, para quien no está habituado a su uso, un instrumento de cierta complejidad, sobre todo al desarrollar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto mediante el uso de distintas variables y fórmulas, seguramente necesitado de ajustes y de una mayor evolución. Indudablemente, ello significa que el test de proporcionalidad debe seguir perfeccionándose en el futuro.

En segundo lugar, la evaluación de la mayor o menor seguridad de las premisas empíricas es una tarea igualmente compleja y con serias dificultades debido al problema de contar con los medios de información adecuados para una correcta toma de decisión. Concretamente, las dificultades empíricas que se plantean en el análisis de los subprincipios de idoneidad y necesidad, al no contarse con los medios ni los recursos precisos ni estudios científicos en distintas áreas tales como, por ejemplo, sociológicos, criminológicos y estadísticos. Y, si bien se contribuye a limitar y a resaltar el espacio en el que se mueve la subjetividad y discrecionalidad del autor que lo aplica, no se eliminan aquellas con el uso de distintos criterios de determinación en cada una de las variables estudiadas.

En tercer lugar, y en línea con lo anterior, la discrecionalidad del intérprete no se logra limitar en la selección de las variables y la puntuación que se le otorga a cada una de ellas a la hora de examinar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Todo lo cual, no descarta que el resultado al que pudiera arribar un nuevo intérprete fuera otro, si las variables que se adoptaran y los puntajes otorgados fueran distintos a las que se eligieron en un primer momento. En síntesis, la aplicación del método no impide que se puedan arribar a conclusiones

contradictorias. Y, en este sentido, podría brindar una aparente impresión de seguridad.

De igual modo, se advierte un posible desequilibrio al examinar algunas de las variables utilizadas para el análisis de cada delito. Así, al evaluar la intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto (criterios de determinación), se suelen introducir 5 variables con sus respectivos puntajes, mientras que en el apartado de la importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger -justificar- en concreto (criterios de determinación), sólo se evalúan 2 variables. La desproporción en la cantidad de variables utilizadas (5 por un lado y 2 por el otro) seguramente incide directamente en el resultado final.

En cuarto lugar, pareciera que este modelo carece, en cierta forma, de un complemento material y más contextualizado de análisis al carecer de un criterio de comparabilidad con otras infracciones penales de similares características.

En quinto lugar, y bajo este contexto, cabe preguntarse. ¿Está preparado el principio de proporcionalidad para afrontar con solvencia y seguridad la realidad de los nuevos procesos de criminalización que operan en el marco del Derecho penal económico? Y, a mi modo de ver, aun no lo está. Más allá de sus méritos, considero que todavía deja un margen muy importante de discrecionalidad al intérprete y la posibilidad cierta de que distintas personas lleguen a conclusiones contradictorias, por lo menos en lo que se refiere a casos difíciles de Derecho penal económico.

En sexto lugar, y en delitos económicos en los que, en general, ya se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico un mecanismo previo de protección al Derecho penal, el principio ius fundamental de la libertad ambulatoria (afectada casi siempre con la conminación en abstracto de una pena de prisión) siempre tendrá un puntaje importante y una incidencia casi dirimente en el resultado final de la fórmula que se utilice.

Todo lo dicho previamente, me convence de que el método todavía no es lo suficientemente seguro y solvente para dar una respuesta categórica a un tema, fundamentalmente a supuestos difíciles de Derecho penal económico, tan delicado e importante como lo es determinar si una norma penal es legítima o no.

#### **Bibliografía** [\[arriba\]](#) \*[29]

1. Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, EDERSA, Madrid, 1999,
2. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Trad. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993,
3. Alexy, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» en Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, nº 66, 2002,
4. Alexy, Robert, «Sobre los derechos constitucionales a la protección» en Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007,
5. Arroyo Zapatero, Luis, «Derecho Penal Económico y Constitución» en Revista Penal, V.1, Praxis, Barcelona, 1998,

6. Baldó Lavilla, Francisco, Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda, Bosch, Barcelona, 1994,
7. Barnes, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
8. Bastress, Robert M., «El principio de la “alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
9. Clérico, Laura, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, EUDEBA, Buenos Aires, 2009,
10. Coca Vila, Ivó, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo» en Indret (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2011,
11. Cuerda Riezu, Antonio, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna» en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Dirs. Díez Ripollés y otros, Tecnos, Madrid, 2002,
12. De La Mata Barranco, Norberto J., El principio de proporcionalidad penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2007,
13. Fassbender, Bardo, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
14. Galetta, Diana-Urania [Ia], «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
15. Galetta, Diana-Urania [Ib], «El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
16. García Manrique, Ricardo, «Presentación» en Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007,
17. González Beilfuss, Markus, El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2003,
18. Hassemer, Winfried, «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales» Trad. Castiñeira Palou y Robles Planas, en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
19. Himsworth, C.M.G., «La proporcionalidad en el Reino Unido» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
20. Jakobs, Günther, «La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial» en InDret, (en línea) Dirección URL: [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, 4/2008,
21. Kluth, Winfried, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
22. Lamarca Pérez, Carmen (Coord.) y VV.AA., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001,

23. Lascurain Sánchez, Juan A., «La proporcionalidad de la norma penal» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
24. Lopera Mesa, Gloria P., Principio de proporcionalidad y ley penal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006,
25. Medina Guerrero, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales» en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998,
26. Mir Puig, Santiago, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal» en Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), T. II, Dirs. Carbonell Mateu y otros, Tirant lo blanch, Valencia, 2009,
27. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 9ª ed. a cargo de Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011,
28. Navarro Frías, Irene, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?» en Indret, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2010,
29. Neumann, Ulfrid, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena» Trad. Sánchez-Ostiz, en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
30. Robles Planas, Ricardo, «Introducción a la edición española. Dogmática a los límites del Derecho Penal» en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
31. Schünemann, Bernd, «Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal», Trad. Robles y Riggi, en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
32. Seher, Gerhard, «¿Puede ser “subsidiario” el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”» Trad. Montiel, en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
33. Silva Sánchez Jesús M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010,
34. Silva Sánchez, Jesús M., «Prólogo a la edición española» en Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,
35. Tiedemann, Klaus, Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993,

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Estudio Jurídico «Gramática - Ferrari - Gramática», [www.estudio-gramatica.com.ar](http://www.estudio-gramatica.com.ar)

[2] Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 27 y 100.

[3] Hassemer, Winfried, 2012, ps. 193-194.

[4] Barnes, Javier, 1998, p. 23. Para mayores precisiones en relación a la evolución histórica del principio de proporcionalidad, su desarrollo en Alemania, en el

common law (p. ej., balancig test) y en el contexto comunitario cfr., Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 31-37, 42-43 y 47; Hassemer, Winfried, 2012, ps. 193-194; Lascuráin Sánchez, Juan A., 1998, p. 179; Neumann, Ulfrid, 2012, ps. 201-203; Silva Sánchez, Jesús M., 2012, ps. 15-16; Barnes, Javier, 1998, ps. 22-23; Aguado Correa, Teresa, 1999, ps. 55-59, 64-65 y nota 26; De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 24-26; González Beilfuss, Markus, 2003, p. 15; Navarro Frías, Irene, 2010, p. 9 y nota 19; Clérico, Laura, 2009, ps. 25-26; Kluth, Winfried, 1998, ps. 222 y 237; Bastress, Robert M., 1998, ps. 241 y 253; Himsworth, C.M.G., 1998, ps. 285-286; Galetta, Diana-Urania [la], 1998, ps. 76-78 y 80-85 ss.; Galetta, Diana-Urania [lb], 1998, ps. 299 y ss.; Fassbender, Bardo, 1998, ps. 52-55 y 71; Arroyo Zapatero, Luis, 1998, ps. 1-15; Tiedemann, Klaus, 1993, ps. 151-153.

[5] Aguado Correa, Teresa, 1999, p. 25; De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 29 y 283; González Beilfuss, Markus, 2003, p. 29.

[6] De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 32, 39-52 y 284.

[7] Cuerda Riezu, Antonio, 2002, ps. 237-238 y 243; De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, p. 32; Mir Puig, Santiago, 2009, p. 1377; González Beilfuss, Markus, 2003, p. 60;

[8] Cuerda Riezu, Antonio, 2002, ps. 244-245

[9] De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 18 y 289. Según Neumann, este principio contaría con reconocimiento unánime en la doctrina. Neumann, Ulfrid, 2012, p. 202.

[10] Por ejemplo cfr., Aguado Correa, Teresa, 1999, ps. 40, 49, 134 y 276-277. Sobre la discusión referida a la ubicación del principio de proporcionalidad en la Constitución española, ver *ibidem.*, ps. 120-137; Cuerda Riezu, Antonio, 2002, ps. 245-246; Medina Guerrero, Manuel, 1998, ps. 120-121. También se refieren a esta problemática, entre otros: De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 72-83; Lamarca Pérez, Carmen, 2011, ps. 31 y ss.; Barnes, Javier, 1998, ps. 19-20; Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 72-75.

[11] Mir Puig, Santiago, 2009, ps. 1361-1362 y 1370.

[12] Así, Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 44 y 69.

[13] Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 27-28.

[14] Kluth, Winfried, 1998, ps. 219-220 nota 1.

[15] Para profundizar en los temas reseñados, y para mayores referencias bibliográficas, cfr., Barnes, Javier, 1998, ps. 16, 20-22, 29 y 44-45; Galetta, Diana-Urania [la], 1998, ps. 85 y 109; De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, ps. 24-26, 56-58, 157-163 y 283-295; Aguado Correa, Teresa, 1999, ps. 57, 114, 140, 147-148, 165, 193, 217-220, 232, 239-241 y 307; Mir Puig, Santiago, 2009, ps. 1361-1363, 1370-1373 y 1378; El mismo, 2011, p. 127; González Beilfuss, Markus, 2003, ps. 15, 71-77, 80, 100, 106-107, 118-127 y 142; Lascuráin Sánchez, Juan A., 1998, ps. 160-162 y nota 3, 175-178, 180-188; Neumann, Ulfrid, ps. 204-205 y 211; Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 44, 50, 69, 238-241, 436, 553-558, 584-589 y nota 87, 561-578, 593-605; Kluth, Winfried, 1998, ps. 223-231; Clérico, Laura, 2009, ps. 40, 43, 65, 107, 148-149 y notas 147, ps. 150-151 y nota 156 y 164; Hassemer, Winfried, 2012, ps. 193-196; Lamarca Pérez, Carmen, 2011, ps. 35-36, 61-62, 69, 78, 93-95; Alexy, Robert, 1993, ps. 112-113 y 527-529; Schünemann, Bernd, 2012, ps. 67-68; Seher, Gerhard, 2012, p. 130; Medina Guerrero, Manuel, 1998, ps. 133-141; Fassbender, Bardo, 1998, p. 71; Cuerda Riezu, Antonio, 2002, p. 248; Bastress, Robert M., 1998, ps. 253.

[16] Alexy, Robert, 1993, ps. 112-113.

[17] Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 553-554.

[18] Lopera Mesa, Gloria P., 2006, ps. 587-589 y nota 87.

[19] *Ibidem.*, p. 571.

[20] Alexy, Robert, 1993, ps. 25, 35, 39 y 81- 89 y nota 32, 91-103; 11-113; 130 y ss., 159-161, 166-167, 550; El mismo, 2002, ps. 13, 26-47 y nota 79, 40-43, 54-56 y

nota 100, 64-65; El mismo, 2007, ps. 46-47 y 56-64. Como se conoce, la teoría jurídica general de Alexy se refiere a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana. Precisamente, Alexy brinda una descripción breve de la gran importancia que han adquirido los derechos fundamentales en Alemania, al decir que la historia de los derechos constitucionales, en ese país y en la segunda mitad del siglo XX, es la historia de su expansión. Uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales es la distinción que se realiza entre principios y reglas. Y los fundamentos de la teoría de los principios sostenida por el autor, y de gran importancia para este trabajo, son la denominada ley de colisión, ley de ponderación y fórmula del peso que le sirve de complemento a las primeras dos. Con respecto a la ley de la ponderación, Alexy propone atender a distintas variables: el peso de la intensidad de la afectación de un principio en concreto, el peso de la importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto, el peso en abstracto de cada una de estas variables y, finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.

[21] Varios autores han destacado la importancia de la teoría de Alexy en el análisis de la legitimidad en el Derecho penal y, específicamente, en el TC. Así, p. ej., Lopera Mesa, Gloria P., 2006, p. 101. La autora describe en su trabajo la teoría de Alexy, principalmente, en las ps. 91 y ss.; Mir Puig, Santiago, 2009, p. 1376; González Beilfuss, Markus, 2003, ps. 82 y 106-107; García Manrique, Ricardo, 2007, ps. 18-19; De La Mata Barranco, Norberto J., 2007, p. 288; Lamarca Pérez, Carmen, 2011, p. 35. En Argentina, por ejemplo, se hace expresa mención y aplicación a la teoría de Alexy por parte de la Cámara de Acusación de Córdoba en la sentencia n° 49, de fecha 29 de octubre del 2010, actuaciones caratuladas «Bondone, Benjamín Pablo y otros p.ss.aa. Administración fraudulenta calificada», expediente B-20/08, voto del magistrado Pérez Barberá. En igual sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en especial el caso «Aguirre Domínguez», sentencia n° 76, del 11 de diciembre de 1997.

[22] Silva Sánchez, Jesús M., 2012, p. 17.

[23] Robles Planas, Ricardo, 2012, ps. 19-20.

[24] La teoría de las normas también cumple una función esencial en la construcción dogmática de, p. ej., Silva Sánchez Jesús M., ps. 311 y ss. Si bien, más tarde, Silva Sánchez modifica algunos aspectos en relación a su propia concepción de la teoría de las normas, ésta sigue teniendo un papel esencial en su desarrollo. Cfr. El mismo, 2010, ps. 496-497, 584 y ss.

[25] Robles Planas, Ricardo, 2012, ps. 21-23.

[26] Para mayores precisiones sobre el contenido y alcance de esta teoría, cfr., Robles Planas, Ricardo, 2012, ps. 23 y ss. Sobre la teoría de la justificación y sus distintos baremos, cfr., Baldó Lavilla, Francisco, 1994, ps. 13-14 y ps. 173 y ss.; Coca Vila, Ivó, 2011, ps. 2 y ss. Si bien en un contexto mucho más acotado (delitos patrimoniales), se advierte una cierta afinidad entre esta propuesta general de legitimación del Derecho penal (sobre todo de la dimensión de autonomía como utilidad) con la fundamentación general de los delitos patrimoniales propuesta por Jakobs, Günther, 2008, ps. 5, 8 y 14-15.

[27] Considera que sí Robles Planas, Ricardo, 2012, p. 47.

[28] Estas cuestiones serán abordadas con mayor profundidad en un próximo trabajo.

\*[29] En el texto principal, y a diferencia del presente apartado, se utilizó una cita abreviada, esto es, indicando únicamente el nombre del autor, el año de la obra y la página citada. Sólo en aquellos casos en que el autor hubiera escrito varias obras o artículos correspondientes a un mismo año, se las diferencié en el texto principal con el nombre del autor, un corchete que contiene un número romano y una letra, el año de la obra y página citada. La razón principal de esta decisión fue en honor

a la brevedad, máxime en aquellos apartados en los que se recopila la opinión de varios autores. Se evita así la inserción de notas al pie excesivamente largas y espaciosas, dificultando así la lectura del texto principal.

© Copyright: Universidad Austral