

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. LA PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL

- I. El principio de proporcionalidad en el Derecho penal
 1. Luces y sombras del principio de proporcionalidad penal
 2. Orígenes
 - 2.1. En la historia antigua
 - 2.2. En la superación del absolutismo
 - 2.2.1. Doctrina penal ilustrada
 - 2.2.2. El reconocimiento ilustrado
 3. Fundamento del principio
 - 3.1. A nivel comparado
 - 3.1.1. En Alemania
 - 3.1.2. En Estados Unidos
 - 3.1.3. En Italia
 - 3.2. En España
 - 3.2.1. El Estado de Derecho, la libertad y el Derecho constitucional
 - 3.2.2. La interdicción de arbitrariedad
 - 3.2.3. La prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la dignidad y la humanidad de las penas
 - 3.2.4. La justicia
 - 3.2.5. El principio de igualdad
 - 3.2.6. La legalidad
 - 3.2.7. El fundamento en los fines de la pena
 - a) Consecuencia de la idea de retribución
 - b) Consecuencia de ideas preventivas
 - 3.3. Toma de postura
 4. Reconocimiento (contemporáneo) del principio
 5. Ámbitos de aplicación
 6. Contenido del principio en Derecho penal
 - 6.1. Áreas de aplicación del principio de proporcionalidad en Derecho penal
 - 6.2. Evolución en España
 7. Caracteres
 - 7.1. Carácter constitucional

- 7.2. Colisión del principio con la libertad del legislador
 - 7.3. Canon de constitucionalidad no autónomo
 - 7.4. Un principio constitucional pero no un derecho fundamental susceptible de amparo
 - 7.5. Valoración
 8. Críticas al principio
 - 8.1. Desprotección, oscuridad y confusión
 - 8.2. El principio de legalidad
 - 8.3. La separación de poderes y la idea del legislador negativo
 - 8.4. Insostenibilidad
 - 8.5. Conservadurismo y mantenimiento del statu quo
 - 8.6. Severidad
- II. Principios afines al de proporcionalidad penal
 1. Los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y harm principle
 - 1.1. Exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y lesividad
 - 1.2. El principio del daño
 2. Los principios de intervención mínima, ultima ratio o subsidiariedad y fragmentariedad
 - 2.1. Intervención mínima
 - 2.2. Principio de subsidiariedad
 - 2.3. Principio de fragmentariedad
 3. El principio de legalidad
 4. El principio de non bis in ídem
 5. Principio de culpabilidad
 6. Exigibilidad
 7. Resocialización
- III. Delimitación del objeto: Proporcionalidad de las penas
 1. La "fórmula oscura" de la proporcionalidad en el Derecho penal
 2. La racionalidad de la selección criminalizadora
 - 2.1. El subprincipio de idoneidad
 - 2.2. El subprincipio de necesidad
 - 2.3. Reformulaciones contemporáneas del principio de proporcionalidad amplia y racionalidad de la selección criminalizadora
 - 2.4. Problemas de la proporcionalidad en sentido amplio
 3. Objeto de estudio: la proporcionalidad de las penas

IV. Situación comparada de la proporcionalidad en derecho penal

1. Situación en España

1.1. La proporcionalidad en Derecho penal en España

1.1.1. Canon de constitucionalidad no autónomo

1.1.2. Triple exigencia: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta

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

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

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

1.1.6. La relevancia de la motivación

1.2. La proporcionalidad entre delitos y penas en España

1.2.1. También libertad del legislador

1.2.2. Confusión

1.2.3. Sujetos a la proporción

1.2.4. Elementos

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

1.2.6. Tipos de control

1.2.7. Nivel de desproporción exigido

1.2.8. Nivel de protección

2. La proporcionalidad a nivel comparado: Italia, TEDH, y EE. UU.

2.1. Italia

2.2. TEDH

2.3. Estados Unidos

3. Conclusiones del análisis comparado

CAPÍTULO 2. LOS PUZZLES DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

I. El “mumbo jumbo” de la proporcionalidad de las penas

II. Elementos cardinal y ordinal del control de proporcionalidad de las penas

1. La proporcionalidad cardinal

1.1. Los puntos de anclaje del sistema. Límites de las convenciones

1.2. Relevancia práctica

2. La proporcionalidad ordinal

2.1. Triple exigencia

- 2.2. Críticas a la severidad
 - 2.3. Criterios de ordenación de gravedad
 - 2.3.1. Determinación de la gravedad de los delitos
 - 2.3.2. Determinación de la gravedad de las penas
 - 2.3.3. El criterio del estándar de vida: aplicación y límites
 - 2.4. Relevancia práctica
 - 3. Dinámica del principio (cardinal-ordinal)
 - 4. Críticas de severidad del proporcionalismo
 - 5. Reinterpretación sistemática de la proporcionalidad de Basso
 - 5.1. Introducción de elementos sistemáticos
 - 5.2. Interpretación sistemática pro-reo
 - 5.3. Una tarea legislativa y judicial. Operaciones judiciales
 - 5.3.1. Ingreso en el marco penal
 - 5.3.2. Determinación del recorrido de la pena en el marco penal
 - 5.3.3. Dogmática y determinación de la pena
 - 6. Toma de postura
 - 6.1. Los elementos cardinal y ordinal de la proporcionalidad
 - 6.2. Los sujetos vinculados a sendos elementos de la proporcionalidad
 - 6.3. Los elementos sistemáticos
 - 6.4. Consecuencias
 - 6.4.1. Sobre la gravedad general del sistema penal
 - 6.4.2. Sobre la gravedad de los delitos y la gravedad de las penas
 - 6.4.3. Sobre la gravedad de las penas en particular
 - 6.4.4. Sobre la gravedad de las conductas en particular
 - 6.4.5. Una previsión expresa
- III. Los métodos de control: absoluto y relativo
- 1. Control absoluto y relativo
 - 2. Discusión doctrinal
 - 2.1. Posiciones contra el control comparado o inter-delictivo
 - 2.2. Posiciones a favor de integrar sendos controles (absoluto y comparado)
 - 3. Toma de postura y propuestas
 - 4. Ejemplos de desproporción con ambos métodos de control
 - 4.1. Ejemplos de desproporción absoluta
 - 4.2. Ejemplos de desproporción relativa o comparada

- IV. Sobre el objeto de proporción: Síntesis
- V. Sobre los sujetos a la proporción
 - 1. Doctrina al respecto
 - 1.1. Posiciones históricas
 - 1.2. Posiciones contemporáneas
 - 1.2.1. Principio dirigido principalmente al legislador
 - 1.2.2. Principio dirigido a ambos destinatarios
 - 2. Situación en España, Italia y EE. UU.
 - 2.1. España
 - 2.2. Italia
 - 2.3. EE.UU.
 - 3. Toma de postura
- VI. Sobre el sentido de la proporción
- VII. Sobre la extensión de la proporción
 - 1. Revisión de literatura histórica
 - 2. Ejemplos prácticos: Gárgen contra Alemania y la situación de la esclavitud en España
 - 3. Posturas doctrinales: Techo, suelo; Übermaßverbot y Untermaßverbot
 - 3.1. El principio como techo de castigo (Übermaßverbot)
 - 3.2. El principio como corchete —o la casa completa— (Untermaßverbot)
 - 3.3. Toma de postura
 - 3.3.1. Principio garantista, aunque sea fundamentador
 - 3.3.2. Integración de los elementos sistemáticos: la pena sigue siendo proporcionada
 - 3.3.3. Principio abierto hacia abajo por principios de justicia que estén al mismo nivel que la proporcionalidad de las penas
 - 3.3.4. Excurso: sobre la cuestión de las conductas y el legislador
- VIII. Sobre la exigencia de desproporción
 - 1. Niveles de funcionalidad del principio y exigencia de desproporción manifiesta
 - 2. Exigencia jurisprudencial de grave desproporción (España, Italia, EE.UU.)
 - 3. Exigencia de manifiesta proporción
- IX. Sobre el nivel de protección: ¿un derecho fundamental?
 - 1. La colisión con el arbitrio del legislador
 - 2. La importancia del escrutinio
 - 3. ¿Un principio?

4. ¿Un derecho fundamental?
- X. Penas fijas, máximos de pena o marcos de pena
1. Análisis introductorio del contexto
 2. Clarificación de la discusión
 3. Posturas doctrinales
 4. Toma de postura

CAPÍTULO 3. DEFINICIÓN DEL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

- I. El contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto
 1. Carácter relacional y artificial del principio de proporcionalidad de las penas
 - 1.1. El carácter conectivo
 - 1.1.1. El principio de proporcionalidad es relacional
 - 1.1.2. La relación es deontológica
 - 1.1.3. La proporcionalidad de las penas es como el gato de Schrödinger
 - 1.2. La relación no es de proporcionalidad aritmética
 - 1.3. Evolución histórica del objeto de proporción
 - 1.3.1. En España
 - a) Revisión histórica
 - b) Situación contemporánea
 - 1.3.2. Análisis comparado en Italia y EE. UU.
 - 1.4. Aproximación histórica a la discusión doctrinal
 - 1.5. Planteamiento de la cuestión
 2. Los fines de la pena como objeto de proporción
 - 2.1. Introducción
 - 2.1.1. Análisis doctrinal en los sistemas de Derecho civil
 - 2.1.2. Análisis doctrinal en los sistemas de Derecho común
 - 2.2. ¿Relevancia de los fines sólo en una de las fases del proceso?
 - 2.3. Conflictos entre fines y conflictos entre prevención y proporcionalidad
 - 2.3.1. Conflictos entre finalidades preventivas
 - 2.3.2. Conflictos entre proporcionalidad y fines preventivos
 - 2.4. Críticas y valoración
 3. La ponderación coste-beneficio en el objeto de la proporción penal

- 3.1. El balance Coste-Beneficio en los estudios sobre proporcionalidad estricta
- 3.2. Contenido del análisis C-B
 - 3.2.1. El principio de proporcionalidad entre gravedad de la pena, gravedad del delito y la idoneidad medio-fin
 - 3.2.2. Una noción más global
- 3.4. La visión del TC español
- 3.5. Colisiones entre elementos
 - 3.6. Valoración del análisis C-B y los fines de la pena como objeto de la comparación
 - 3.6.1. Abstracción de la comparativa y garantías
 - a) ¿Qué fines? El eterno desacuerdo
 - b) ¿Qué datos? La falta de contrastación y la imposibilidad actual de la misma
 - c) ¿Castigo por fines futuros?, ¿por efectos ajenos al injusto culpable?
 - 3.6.2. Posibles contradicciones con la pena ajustada al hecho
 - 3.6.3. Vínculos de la pena ajustada al hecho con la retribución
 - 3.6.4. Conclusiones sobre los fines de la pena y su determinación en el objeto de la comparación
- 4. La estricta valoración de la gravedad del delito y sus elementos
 - 4.1. Gravedad objetiva, subjetiva o ambas: discusión doctrinal
 - 4.1.1. Gravedad objetiva (del delito)
 - 4.1.2. Gravedad subjetiva
 - 4.1.3. Gravedad objetivo-subjetiva (del delincuente respecto al delito)
 - a) Contenido vacío de la mera referencia al merecimiento o seriedad del delito
 - b) La defensa de la gravedad subjetiva: Ferzan, Alexander y Morse
 - c) Doctrina mayoritaria
 - 4.1.3. Toma de postura
 - 4.2. Gravedad del delito y sus elementos
 - 4.2.1. El bien jurídico protegido como criterio objetivo de gravedad
 - a) El bien jurídico protegido como criterio de determinación de la gravedad
 - b) Noción del bien jurídico-penal
 - c) Criterios alternativos: afectación al estándar de vida, males prevenidos, daño o vigencia de la norma

d) ¿Qué sucede con los bienes jurídicos colectivos?

4.2.2. Determinación de la gravedad del resultado: importancia del bien jurídico-penal, cercanía/grado de lesión o daño y número de bienes implicados

a) Importancia del bien jurídico-penal

b) Grado de peligro o lesión al bien jurídico, daño y número de bienes afectados

c) Grado de ejecución

4.2.3. Gravedad de la acción: grado de participación, grado de responsabilidad subjetiva, ejercicio de derechos fundamentales

4.2.4. Elementos sistemáticos

4.2.5. Otros elementos en la comparación: Elementos extrínsecos al hecho, peligrosidad y personalidad del delincuente

a) Elementos extrínsecos al hecho, como la alarma social, el juicio de prognosis frente a la comunidad o la vigencia de la norma

b) La reincidencia y la vida anterior del reo

c) La personalidad del reo, el carácter y la conducción de vida

d) La situación social, económica, sanitaria, familiar y profesional previa y posterior al delito

e) La sensibilidad y susceptibilidad a la pena del autor

f) El comportamiento posterior al hecho

4.3. Gravedad del hecho en España

4.4. Toma de postura

4.4.1. Valoraciones en la determinación de la pena

4.4.2. En particular, la idea de reproche o merecimiento en la determinación de la pena

4.4.3. De los fines de la pena a la gravedad del hecho

4.4.4. Elementos del objeto de comparación de la pena

4.4.5. La medición de la pena

II. Dinámica de aplicación del principio de proporcionalidad de las penas. Propuesta de lege data

1. La aplicación del legislador al determinar las penas

2. La aplicación del juzgador penal al determinar las penas

3. Aplicación a delitos bagatelares: ejemplos del hurto y top manta

4. Aplicación a delitos de expresión: el ejemplo del enaltecimiento del terrorismo

III. Insignificancia et al.

1. Introducción

2. Insignificancia en derecho penal español
 - 2.1. Delimitación y naturaleza jurídica
 - 2.2. Problemática: falta de reconocimiento y de aplicación
 - 2.3. Cuestiones sobre el principio de legalidad y la insignificancia
3. Otras figuras: la tenuità italiana y el De minimis estadounidense
4. Conclusiones sobre el principio de insignificancia
- IV. Desviaciones admisibles de la proporcionalidad de las penas
- V. Propuestas de lege ferenda

Conclusiones

Referencias jurisprudenciales

Bibliografía