



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Fuentes Cubillos, Hernán

El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena

Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 1-24

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714201>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL. ALGUNAS
CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE
LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA***
**THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN CRIMINAL LAW.
SOME CONSIDERATIONS ABOUT ITS REALIZATION IN THE
INDIVIDUALIZATION OF THE SENTENCE**

Hernán Fuentes Cubillos**

RESUMEN

Frente a la constante tensión entre arbitrio judicial y tasación legal en el proceso de individualización de la pena, y a la ausencia de una sólida teoría que la oriente, nace la necesidad de depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo. Aquí el principio de proporcionalidad tiene un fértil terreno para desplegarse, y su incipiente autonomía le otorga la virtualidad de dar concreción a las finalidades retributivas de la norma penal, y de esa forma constituirse en unas de las más relevantes directrices de racionalización en el ejercicio del *ius puniendi*.

ABSTRACT

Faced with the constant tension between judicial judgement and Legal valuation in the process of individualization of punishment and the absence of a strong theory guiding it, the need to purge criteria that are suitable for collecting both objective and subjective circumstances surrounding the facts is born, from a predominantly retrospective approach. Here the principle of proportionality is on fertile ground to spread, and its emergent autonomy grants it virtuality to specify the criminal standard, and thus become one of the most important guidelines for rationalization in the exercise of *ius puniendi*.

PALABRAS CLAVES:

Proporcionalidad, fines de la pena, retribucionismo.

KEYWORDS:

Proportionality, theory of punishment, retribution.

* Este trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”, que dirige como investigador responsable Raúl Carnevali. Una versión preliminar se presentó en las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Derecho “*Los principios generales del Derecho*”, organizadas por la Universidad de Talca, el día 22 de agosto de 2007. Trabajo recibido el 10 de marzo de 2008; aprobada su publicación el 15 de julio de 2008.

** Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona - Universidad Pompeu Fabra. Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Correo electrónico: [hfuentes@utalca.cl](mailto:h fuentes@utalca.cl)

Introducción

Nuestra reflexión sobre la idea de castigo difícilmente puede dejar de advertir que en su seno las ideas de venganza y aflicción vienen dadas como inmanentes.¹ Esta es una de las razones por la cual, aun hoy, la institución de la pena pública se sigue explicando convincentemente con aquellas teorías que mantienen, en mayor o menor grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena.² Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia.³ De este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como “el alma de la pena”.⁴

Estas consideraciones vienen adquiriendo ropajes jurídicos desde la introducción de la práctica del Talión, idea con antecedentes religiosos que proyectando una noción de equitativa retribución por el delito cometido vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada.⁵

Háyase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público⁶ y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius puniendi.

Pero, más allá de estas someras consideraciones de carácter preliminar, vale señalar que actualmente, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales. De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo un cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e in-

¹ Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Versión disponible en internet: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche, Friedrich - Genealogía de la moral \(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogia%20de%20la%20moral%20(complet).pdf), [visitado el 05/03/08]; Matus, Jean Pierre, 2007, “Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), fascículos 1 y 2.” *Polit. Crim.* n°4, R3, p. 1-5. En: http://www.politicacriminal.cl/n_04/r_3_4.pdf, [visitado el 06/03/08]; Foucault, Michel, 1989, **Vigilar y castigar**. 16ª Edición. España: Siglo Veintiuno Editores S.A. pp. 314; Ferrajoli, Luigi, 1995, **Derecho y razón**, Madrid: Editorial Trotta, pp. 368. El castigo como causación de un dolo deliberado en Christie, Nils, 1984, **Los límites del dolor**. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 1-173, p. 7.

² Novoa Monreal, Eduardo, **Curso de Derecho Penal, Parte General**, Tomo II, Tercera Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 272.

³ Von Hirsch, Andrew, 1993, **Censurar y castigar**. Traducción de Larrauri, Elena. Madrid: Editorial Trotta, pp. 179, p. 31.

⁴ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, 1995, **La retribución penal**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda. pp. 64, p.1.

⁵ Jimenez de Asúa. Luis, 1950, **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, p. 244.

⁶ Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2005, **Derecho Penal Parte General**, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina: Ediar, p. 73.

cluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.⁷

Por otro lado, al invocar la prevención especial y el examen de la futura peligrosidad del individuo, el fundamento de la pena o de las medidas de seguridad⁸ sufre una inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria de la norma erosionando el principio de culpabilidad por el hecho, para alcanzar incluso la concretización de la mera inocuización de la persona que va a ser castigada.⁹

⁷ En sentido crítico entre nosotros observan este fenómeno Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2006, **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. Segunda Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 52 y 53; Politoff, Sergio, 1998, "Fines de la pena y racionalidad en su imposición." *Ius et Praxis*. Año 4, N°2, pp. 1-16; Fernández C., José Ángel, 2006, "El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad". *Polít. crim.* n° 1, A5, pp. 1-30. En: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf [visitado el 06/03/08]; Guzmán Dálbora, José Luis, 2002, "Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana". *Gaceta Jurídica*, N°265, pp. 7-17; Villegas D., Myrna, 2006, "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 2, A3, p. 4. En: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf, [visitado el 06/03/08]; y advirtiendo sobre un neo-retribucionismo: Künsemüller, Carlos, 2001, **Culpabilidad y pena**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 145. En derecho comparado, críticamente: García-Pablos De Molina, Antonio, 1996, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi." En **Estudios penales y jurídicos. Homenaje al prof. Dr. Enrique Casas Barquero**. Córdoba: Edición de la Universidad de Córdoba, p. 249 a 260; Bustos Ramírez, Juan. Hormazabal Malarée, Hernán, 2004, **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. España: Editorial Trotta. 2004. p. 55; Díez Ripollés, José Luis, 2004, "Un nuevo modelo de seguridad ciudadana". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 06-03, pp. 1-34. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, [visitado el 06/03/08]; Tamarit, Josep M^a, 2007, "Política criminal con bases empíricas en España". *Polít. Crim.* n° 3, A8, p. 1-16. En: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf, [visitado el 06/03/08]; Silva Sánchez, Jesús María, 2006, **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Buenos Aires, Montevideo: B de F, p. 11 y ss.; acentuando las pulsiones simbólicas de esta nueva incriminalización: Silva Sánchez, Jesús María, 1992, **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J.M. Bosch S.A, p.16 y ss.; Prittwitz. Cornelius, 2000, "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?" En: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, pp. 427- 446, p. 428; Roxin, Claus, 1998, "¿Tiene futuro el Derecho penal?". Traducción de Borja, E. *Cuadernos de Derecho Judicial*. n° 49, pp. 373- 392; Gracia Martín, Luis, 2003, **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 127 y ss.; En, Castiñeira, M.^a Teresa, Ragués y Vallés, Ramón, 2004, "Three strikes. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, 14 , pp. 59-85, se señala como escenarios aparentemente ineludible, el clima punitivista que en el ámbito europeo sigue los pasos del sistema norteamericano.

⁸ En realidad donde más se ha discutido la idea de proporcionalidad es en el ámbito de las medidas de seguridad. Silva Sánchez, **Aproximación**, cit. nota n°7, p. 260.

⁹ El fenómeno de la actual inclinación del sistema penal hacia criterios de peligrosidad puede examinarse en: Silva Sánchez, Jesús-María, 2001, "El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídicos-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**, coordinado por Nieto Martín, Adán, Volumen I, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 699-710; Nos confirmó la actualidad de este diagnóstico, en el Segundo Seminario Internacional de Derecho penal organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago, celebrado el 15 y 16 de noviembre de 2007, Sanz Morán, Ángel, 2007, "El tratamiento del delincuente habitual". *Polít. Crim.* n°4. A3, pp. 1-15. En: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf, [visitado el 06/03/08]; Un análisis sobre las actuales estrategias y limitaciones del Derecho penal de la peligrosidad en: Robles Planas, Ricardo, 2007, "Sexual Preda

Ante esto, no es casual que autores como Novoa,¹⁰ entre nosotros, y Mir Puig en España, hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido.¹¹ Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho.¹² Se pretende con estos planteamientos que la dignidad del ser humano se vea así reforzadamente protegida a través de la observancia del imperativo kantiano de no instrumentalización humana.

Frente a este panorama y sin soslayar la consideración al desarrollo y evolución de los variados constructos doctrinales acerca de la naturaleza, sentido y fin de la pena, y que ya han sido ampliamente expuestos por la doctrina,¹³ en adelante, se examinará el principio de proporcionalidad en uno de aquellos ámbitos donde puede tener un mayor rendimiento, como lo es en el proceso de individualización judicial de la pena, excluyendo de este trabajo, algunas otras cuestiones interesantes que sólo a modo de ejemplo podría invocarse el de su operatividad en el ámbito de las medidas de seguridad.

En general, se tratará en lo sucesivo el problema de la virtualidad del principio en examen para acoger en su seno criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático,¹⁴ al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal. Específicamente, y luego de hacer un esbozo de su significado y alcance, se abordará el problema de su consagración constitucional, así como la relación con el principio de culpabilidad, y las posibilidades de su concreción en el ámbito de la individualización y aplicación de las penas en el ordenamiento jurídico chileno.

1. Significado y alcance del principio de proporcionalidad en Derecho penal.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).¹⁵

tors". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. En *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N°4, pp. 1-25. En: <http://www.indret.com/> [visitado el 06/03/08].

¹⁰ Novoa Monreal, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota n° 2, p. 272; quien además se encarga de contrarrestar las críticas dirigidas al carácter talional de la retribución, en el sentido de invocar una "equivalencia puramente jurídica".

¹¹ Mir Puig, Santiago, 2005, **Derecho Penal Parte General**, Barcelona: 7ma Ed. Editorial Reppertor, p. 87 y ss.

¹² Choclán Montalvo, José Antonio, 1997, **Individualización judicial de la pena**. Madrid: Editorial Colex, p. 59.

¹³ Sólo a modo de ejemplo: Silva Sánchez, **Aproximación**, cit. nota n° 7, p.179 y ss.

¹⁴ Sobre la idea de sistematicidad en el sistema jurídico penal entendida como una cualidad en cuyo presupuesto descansan ciertas "condiciones de racionalidad" véase Hruschka, Joachim, 2003, "Imputación y Derecho penal. ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal?" En: **Estudios sobre la teoría de la imputación**. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi. pp. 251 y ss, p. 259.

¹⁵ Así en Quintero Olivares, Gonzalo, 1982, "Acto, resultado y proporcionalidad". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXV, Fasc. II, Mayo- Agosto. pp. 381-408.

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.¹⁶ Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

Pero a pesar de ello, sin dejar de advertir que en el contenido del principio en estudio se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos,¹⁷ concuerda con que la idea de proporcionalidad se inspira en consideraciones político criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico,¹⁸ ya que, como en adelante se dirá, al surgir desde las bases constitucionales, el principio en examen se erige en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas.

En esta misma línea, el profesor Silva Sánchez, junto con advertir sobre la ausencia de un sistema de reglas que permitan construir juicios o pronósticos de naturaleza empírica, en las que se basan en gran medida las consideraciones político-criminales generales sobre el hecho o la persona del autor, y que determinan el impedimento de traducir la respuesta penal en una conclusión cualitativa, nos señala que:

“La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)”¹⁹

Para ilustrar esto, y sólo a modo de ejemplo, vale decir que dicho principio exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, etc. Pero también se invo-

¹⁶ Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena: Etcheberry, Alfredo, 1997, **Derecho penal, Parte general**. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial jurídica de Chile, p. 35, quien invoca el balance de valores que debe tener en cuenta el legislador en el momento de la conminación penal, para que se pueda cumplir eficazmente dicha finalidad. Lo que se pone en dicha balanza es por un lado, “el aprecio que siente el legislador por los valores que quiere proteger”, y por el otro, el “aprecio que el eventual delincuente siente por los bienes de los cuales se le amenaza con privarlo.” Dicho balance, debe operar a favor del individuo en obediencia a que como señala: Novoa Monreal. **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº2, p. 274, “el ideal jurídico es que la pena llene en el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo de mal para el delincuente. Solamente así se logra un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana.”

¹⁷ De La Mata Barranco, Norberto J, 2007, **El principio de proporcionalidad penal**, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1-331, p. 89.

¹⁸ Prittwitz, **El Derecho penal alemán**, cit. nota nº 7, p.439.

¹⁹ Silva Sanchez, Jesús María, 2007, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo.” En *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* Nº2, En: <http://www.indret.com>, [visitado el 06/03/08] p.1-15.

ca para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los infractores adolescentes en relación con el que corresponde a los sujetos adultos. En fin, sin tener el mismo contenido del principio de igualdad se trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal.²⁰

En fin, no se trata aquí, de destacar la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito,²¹ operatividad que puede observarse nítidamente en el ámbito del análisis del injusto típico o en el de la valoración de la antijuricidad material del comportamiento,²² cuestión que excede la pretensión de este breve trabajo, sino de plantear el problema de su aplicación en un ámbito donde aún los criterios de actuación son difusos y escasamente precisados por la doctrina y la jurisprudencia.

2.- Sobre la consagración del Principio de proporcionalidad en la Constitución Política de la República.

Ante la ausencia de una expresa manifestación del principio de proporcionalidad en nuestra Carta fundamental es menester examinar la problemática de la identificación del punto desde dónde el cual surge aquella llamada de las directrices axiológicas supremas de nuestro ordenamiento jurídico, para exigir que entre el delito y la correspondiente pena, rijan una determinada relación de proporcionalidad, y de ser así, determinar cómo es posible que se pueda fundamentar su presencia y operatividad dentro del sistema penal.

Antes de abordar estas interrogantes merece la pena observar lo que sucede en España, donde la mayoría de la doctrina reconoce que el principio de proporcionalidad efectivamente tiene reconocimiento y rango constitucional. Naturalmente, la verdadera discusión comienza a la hora de determinar cuál es el precepto desde el cual el principio en comento se puede invocar a la hora de recurrir de amparo constitucional. En este sentido, se invocan diversas disposiciones constitucionales, como la regla que prohíbe las penas o tratos inhumanos y degradantes (art. 15), la que establece la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 in fine), la que reconoce la dignidad de las personas (art. 10.1)²³ y los derechos inviolables que le son inherentes, e incluso el principio de igualdad (art. 9.2).²⁴

²⁰ Quintero Olivares, "Acto, resultado y proporcionalidad", cit. nota n°15, p. 384.

²¹ De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota n°17, p. 131 y ss.

²² De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota n°17, p. 133.

²³ Carbonell Mateu, Juan C, 1996, **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 2ª ed., Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 1-245.

²⁴ Luzón Peña, Diego, 1996, **Curso de Derecho Penal, Parte General**, Madrid: Editorial Universitas, S.A., p. 86; El profesor Juan Bustos adhiere a esta tesis, desde el momento en que para él la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Esto significa la exclusión de penas iguales para hechos diferentes, puesto que esto implicaría una discriminación. Así, un ataque a la vida nunca podría tener la misma pena que un ataque al patrimonio. Por ello, dice Bustos, hay que ir desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones que se encuentran en la ley penal, y ello dado que el derecho penal es "última ratio" y por tanto su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien, es el derecho el que la define políticamente, en Bustos Ramírez, Juan. Hormazabal Malarée, Hernán, 1997, **Lecciones de Derecho Penal**, Vol. I. Valladolid, Trotta, pp. 257

También se sostiene, por autores como García Arán, que la Carta fundamental al establecer en una pluralidad de normas las bases constitucionales del sistema penal sancionatorio integra en ellas al principio de proporcionalidad, por lo que todas las características inherentes al concepto de pena le son aplicables directamente, especialmente aquellas que dicen relación con la vinculación proporcional entre la gravedad objetiva y subjetiva del hecho.²⁵

En esta misma línea, ex cátedra, el profesor Silva Sánchez baraja aquellos preceptos que constituyen a España como un Estado de Derecho y que proclaman a la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10).²⁶

Al intentar dilucidar esta cuestión, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en diversas oportunidades dando a entender que es perfectamente posible afirmar que estamos frente a un principio reconocido implícitamente en tres preceptos constitucionales de gran relevancia como son aquel en el que se afirma que España se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho y propugna como valores superiores de su ordenamiento la justicia y la libertad (art. 1.1); el artículo 9.3, en el cual se contempla el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, señalando finalmente que el principio de proporcionalidad se puede inferir de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10.1 CE.²⁷

²⁵ García Arán, Mercedes, 1982, **Los criterios de determinación de la pena en derecho español**. España: Ed. Universitat de Barcelona, p. 1-242.

²⁶ Silva Sánchez, **Aproximación**, cit. nota nº 7, p. 260.

²⁷ El fundamento 5 de la Sentencia 48/1999 del Tribunal Constitucional, en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0049, [visitado el 06/03/08] señala que “Desde nuestras primeras resoluciones (STC 62/1982) hasta las más recientes (especialmente, SSTC 55/1996 y 161/1997), hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 C.E. y de la referencia del art. 10.2 C.E. a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas) y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas. Como dijimos en la STC 55/1996, «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 (SSTC 62/1982; 66/1985, 19/1988, 85/1992 y 50/1995). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor “justicia” (SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 y 50/1995) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987), 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». Del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas (SSTC 85/1994, 181/1995, 49/1996, 54/1996 y 123/1997), se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.”

Pero sin duda, y a pesar de la ausencia de consenso, no es posible negar que la llamada a vincular la gravedad del injusto con la entidad e intensidad de la pena que se le asocia, emana desde los pilares más fundamentales del ordenamiento jurídico.²⁸

Para el caso chileno, resulta particularmente interesante analizar una sentencia del Tribunal Constitucional,²⁹ donde conociendo de un recurso de inaplicabilidad promovido por la Tercera sala del Tribunal de Juicio Oral de Concepción, se pronunció a favor de la constitucionalidad en la aplicabilidad del art. 450 inciso primero del Código Penal, en sentencia de 24 de enero de 2008. El requerimiento de la especie se formuló en cumplimiento de lo ordenado en resolución de 7 de junio de 2007, dictada en una causa criminal en la que el tribunal expresa sus dudas respecto de si en el caso sometido a su decisión la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, que ordena castigar como consumadas las etapas imperfectas de desarrollo del delito, puede generar efectos contrarios a algunos principios y garantías reconocidas por el artículo 19 numeral 3° de la Constitución.

Se plantea en el requerimiento, entre otras alegaciones, que estaría comprometida la proporcionalidad de la pena a imponer al autor del delito de que se trata, ya que tal proporcionalidad constituiría una manifestación inequívoca de la igualdad que reconoce a toda persona la Ley Fundamental.

Por su parte el Ministerio Público adujo lo siguiente:

“...el caso concreto de que se trata, no vulnera la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que garantiza el artículo 19 N° 3 de la Constitución, toda vez que los jueces consultantes, equivocadamente, a su juicio, intentan relacionar la igualdad ante la ley con la proporcionalidad de la pena, agregando que la regla que se establece en la norma legal cuestionada puede aplicarse a los procesados en este caso, como a cualquier otra persona que esté siendo imputada como autora de un delito de robo con violencia”.

Si bien la resolución indica que “la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal en la gestión pendiente en que incide el requerimiento no resulta contraria a la Constitución Política”, vale la pena, ante la ausencia en el cuerpo principal de esa decisión de una declaración clara sobre la cuestión planteada sobre la proporcionalidad, parafrasear el voto en contra de los Ministros Sres. Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza, quienes manifestaron la opción de acoger la consulta formulada declarando que la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, en la especie, puede resultar contraria a la Constitución, en tanto en cuanto la no observancia del principio de proporcionalidad constituye:

²⁸ La limitación de proporcionalidad deriva del Principio de Estado de Derecho, Roxin, Claus, 1997, **Derecho Penal Parte General**. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana, por Luzón Peña, Diego, Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier, Madrid: Civitas Ediciones, p.65.

²⁹ Sentencia Rol 797, Santiago, veinticuatro de enero de dos mil ocho. En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/718>, [visitado el 06/03/08]

“...una consecuencia directa de la aplicación del artículo 450 del Código Penal en la especie, la que produce un efecto contrario a la Constitución, configurándose así la inaplicabilidad prevista en el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución. La proporcionalidad es un elemento conformador del justo y debido proceso, especialmente en su manifestación penal”

Pues bien, los disidentes entienden que lo que solicita el requirente al Tribunal Constitucional es que se resuelva acerca de si el principio de proporcionalidad, puede ser objeto de invocación como fundamento de un recurso de inaplicabilidad, dada la circunstancia de que tal principio no se encuentra expresamente consagrado dentro del catálogo que se asegura en el artículo 19 de la Carta fundamental. En tal sentido argumentan que el Tribunal Constitucional está facultado para fallar sobre el principio de proporcionalidad como principio del derecho constitucional positivo, sosteniéndose en el tenor estricto del numeral 6° del artículo 93, que establece la situación de inaplicabilidad cuando la aplicación del precepto impugnado "resulte contraria a la Constitución."

El voto reflexiona sobre la base de que la vulneración no debe darse necesariamente respecto de un determinado precepto o artículo de la Constitución, sino que basta un enfrentamiento material a ésta entendida como un todo sistemático y unitario. En este sentido, el considerando 7° de los disidentes invoca un argumento de connotaciones metajurídicas:

“La definición de pena en el Diccionario Jurídico Espasa (Madrid, 1995), es elocuente de la gravitación descrita: *"La justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél."* Así, la proporcionalidad no sería una resultante de los designios de la política criminal vigente en una época y en un país determinado, ni tampoco una manifestación de algún valor fundamental del derecho, como la igualdad, sino que constituye un principio jurídico en sí mismo, tanto del derecho penal como del fenómeno jurídico en su amplitud. Así lo sostienen influyentes juristas contemporáneos.”

En efecto, considerando las opiniones de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, y las opiniones de algunos autores nacionales, como Alfredo Etcheberry y Carlos Künsemüller, los disidentes concluyen en el último considerando de su voto que la proporcionalidad es un principio independiente, ubicado en una misma jerarquía que otros principios del derecho penal de reconocimiento expreso en el texto de la carta fundamental. En este sentido, su relación con la igualdad, no sería más que de carácter instrumental, ya que la proporcionalidad no se encuentra expresamente consagrada en el texto constitucional y, por ende, no es susceptible de ser invocada como directamente vulnerada. Sin embargo, al ser la proporcionalidad un “cálculo de ponderación” en el proceso de aplicación de la pena, el artículo 450 del Código Penal al establecer tal ámbito de restricción a la actividad judicial, colisiona con lo dispuesto en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos."

En una explicación amparada en una interpretación más sistemática y de orientación finalista en lo que respecta a las normas de hermenéutica constitucional, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, sostiene que el principio en estudio se encuentra integrado constitucio-9

nalmente en la prohibición general de la arbitrariedad, así como en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al Derecho. De este modo, señala que:

“...el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos”.³⁰

El autor profundiza en el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso, exponiendo otros principios que vendrían a integrarlo. Así, el principio de finalidad, vendría en primer lugar a establecer como presupuesto que el fin perseguido por la norma deba ser legítimo, es decir, el bien o interés protegido a través de la limitación debe estar amparado constitucionalmente; el principio de adecuación, vendría a operar como un examen de idoneidad y coherencia con el fin perseguido; el principio de necesidad por su parte exigiría que la intervención de la norma produzca el menor daño posible, y que no exista otra medida alternativa que sea igualmente eficaz; mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto vendría a establecer una ponderación racional entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado.

Agrega el autor que el principio de proporcionalidad opera en base a una técnica de aplicación escalonada, en tanto en cuanto cada principio es un nivel que si no se logra satisfacer se hace innecesario seguir analíticamente con los siguientes, por cuanto la inconstitucionalidad estará ya establecida dada la infracción de sólo uno de ellos.

Estos sub-principios fueron desarrollados en el sistema alemán,³¹ a partir de varias sentencias del Tribunal Constitucional donde se ha determinado que el principio de proporcionalidad exige en su aplicación que el medio sea idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin propuesto, conceptos que en los siguientes párrafos expondremos complementando lo anteriormente señalado siguiendo fundamentalmente lo expuesto en España en las monografías de Aguado Correa y de De la Mata.³²

Pues bien, la relación con la determinación de los medios que serán admisibles para la consecución del fin pretendido se da en primer lugar mediante un criterio de idoneidad, que consiste en el establecimiento fáctico acerca de si el sacrificio de un determinado interés permite la satisfacción de otro interés concurrente. Así, un medio será apto para conseguir

³⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, 1997, Dogmática constitucional, Editorial Universidad de Talca, p.184.

³¹ Donde también se reconoce que se trata de un principio de naturaleza material y de rango constitucional. Jescheck, Hans Heinrich. Weigend, Thomas, 2002, **Tratado de Derecho Penal, Parte general**. Traducción de Olmedo C., Miguel. Quinta Edición, Granada: Editorial Comares, p.29.

³² Aguado Correa, Teresa, 1999, **El principio de proporcionalidad en materia penal**, Madrid: Edersa, p.1-493 y p. 149 y ss.; De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 138 y ss. 10

el fin pretendido cuando su operatividad conduzca a promover o facilitar el logro del fin pretendido.

En la misma línea de lo anterior, no es necesario que el medio sea capaz de alcanzar el fin por sí mismo, sino que basta con que de algún modo significativo colabore a la realización, a lo menos parcialmente, de los fines que persigue el legislador. Asimismo, no se exige que el fin se haya alcanzado efectivamente. Un juicio de idoneidad requiere un ejercicio de análisis ex ante, de modo que sólo aquellas medidas legislativas que desde un principio se manifiesten como inidóneas para alcanzar el fin perseguido serán calificadas como desproporcionadas.

En segundo lugar, el principio de necesidad relativa es un juicio acerca de la existencia de alternativas portadoras de una menor repercusión lesiva para conseguir la misma finalidad. Este principio, denominado también como el de la alternativa menos gravosa, permite al legislador optar por aquellos medios que permitan conseguir el mismo fin sin restringir los derechos fundamentales, o bien, afectándolos en menor medida.

Al igual que el criterio anterior, estos medios menos gravosos no deben determinarse basándose en juicios abstractos, sino en concreto, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Siendo así, el legislador tiene un amplio margen de acción ya que debe decidir sobre aquellos medios de los que estén disponibles y que sean aptos para la consecución del fin perseguido.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto también denominado mandato de ponderación, consiste en someter a juicio la pluralidad de intereses contrapuestos y en el cual se trata de hacer prevalecer a aquel al cual se le atribuya un mayor valor. De este modo, una vez que el medio ha sido afirmado como idóneo y necesario para alcanzar el fin pretendido se examina si su aplicación no resulta excesiva para el individuo.

Esta triada de criterios determina, por una parte, el respeto de la necesaria relación que ha de existir entre medios y fines,³³ aspecto decisivo en el ámbito de aplicación y determinación de la penas, y, por la otra, que entre diversas opciones disponibles, el intérprete debe elegir la menos lesiva para el individuo.³⁴ Todo esto se basa en la idea de que con este principio nos encontramos ante un verdadero límite para las medidas legales, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales, pero en realidad es, al igual que los otros dos principios, un límite relativo.

³³ El verdadero problema radica no en la razón instrumental que afirma la idoneidad o necesidad de un determinado medio, sino en el sometimiento a examen de los fines y la determinación de cómo estos se determinan.

³⁴ Esto es lo debiera regir en virtud del tan malogrado principio de última ratio. Si hay forma de resolver un conflicto por la vía civil o administrativa, sin recurrir a la más severa forma de intervención estatal, deben preferirse aquéllas. El principio de necesidad y de intervención mínima, obligan a que dado que la sanción es un mal (como lo es el proceso), debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable. Consecuencia de ello es el principio de proporcionalidad: la medida de sanción necesaria depende de la importancia relativa del bien jurídico afectado (por ejemplo, más importante es para el derecho penal, la vida que la propiedad) y de la gravedad del tipo de atentado cometido en contra de ese bien jurídico (más grave es un delito consumado que una tentativa de delito; más grave es cometer el delito con intención, que hacerlo sólo mediante imprudencia).

Parece posible afirmar que el problema radica, a mi juicio, en que la proporcionalidad sería un principio meramente formal si no se ofrece además un criterio acerca de cómo se ha de llevar a cabo la ponderación entre medios y fines. En esa línea, hay que señalar que estamos ante un principio de contenido material, donde el sacrificio de los intereses individuales, en tanto en cuanto es una verdadera injerencia en los derechos del individuo, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia de dichos intereses, en relación con el interés de la colectividad que se trata de cautelar. Ergo, necesariamente debe estimarse que habrá infracción al principio de proporcionalidad si la finalidad no indica un favorecimiento a los intereses generales, o bien, no se halle una adecuada proporción entre los intereses de la colectividad y el menoscabo de los bienes individuales que aquello implica. Regla básica en este sentido es que mientras mayor sea la entidad de lo grave de la injerencia en la esfera individual, mayor habrá de ser la importancia de los intereses generales que la justifican.

Ahora bien, las ideas generales expuestas trasladadas directamente al ámbito del ejercicio del ius puniendi, se traducen en que se trata de comprobar si el medio utilizado por el poder legiferante para cautelar jurídico penalmente cada objeto jurídico, considerando la limitación de derechos fundamentales que conlleva, se encuentra en una relación razonable y adecuada con dicha injerencia.

Sin perjuicio de concordar en muchos aspectos con el planteamiento del profesor Nogueira, acerca del contenido de cada uno de los principios señalados, debemos agregar que si el principio de proporcionalidad, integra en su seno otros subprincipios como el principio de finalidad, el de adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, cabe decir que la idea de proporcionalidad trasciende a las exigencias de justicia, por cuanto los primeros principios mencionados obedecen más bien a una especie de racionalidad de contenido práctico y orientado a ciertos fines, mientras que el segundo se mantiene en la esfera de lo estrictamente valorativo. A lo que hay que agregar que un sistema así explicitado está condicionado por la circunstancia de que se da cabida a dos razones contrapuestas; la de otorgar protección a intereses socialmente valiosos y por otro lado, la minimización en el ejercicio del ius puniendi estatal.

Además, se advierte la debilidad de que no puedan trazarse líneas divisorias entre otros principios limitativos del ius puniendi como el de intervención mínima o protección exclusiva de bienes jurídicos. Las interferencias entre el criterio de la necesidad y el principio de intervención mínima, son evidentes, salvo que se estime que éste es nada más que la manifestación en un ámbito más específico del mismo principio.

Entonces, considerando estas premisas, el contenido de dichas consideraciones pragmáticas pueden guardar toda lógica con el fin perseguido, pero no por eso se podrá cumplir a cabalidad con lo que persigue la aplicación de un principio de proporcionalidad en un Estado de Derecho; garantizar espacios de libertad en la mayor medida posible. Por ello, un sistema escalonado de aplicación, debe teñirse de una observación global que estime la connotación pragmática o fáctica de dichos criterios en mayor medida que lo estrictamente valorativo. Por tanto, aún cuando formalmente se observen todos los principios, no bastaría con ello, aún quedaría un último examen holístico que incluiría los fines perseguidos. De todos modos, hay aquí aún, un amplio campo por explorar.

En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (art. 6 y 7 y 19 n°2 de la Carta fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art.19 n°26), además del valor justicia inherente al Derecho. Por ello, lo que no puede dar lugar a dudas es que el límite al despliegue de cualquier actividad legislativa que pretenda regular o limitar dicho contenido esencial, viene dado por el art. 19 número 26 y el art. 5 inciso segundo de la Carta fundamental, quedándole proscrito cruzar esa frontera sin afectar al derecho en sí mismo, lo que siempre es inconstitucional. Dicho contenido sólo puede ser determinado por el constituyente originario o estatuido y por los tratados internacionales que contengan derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.³⁵

3.- El principio de proporcionalidad en materia penal

Los profesores Politoff, Matus, y Ramírez, ubican al principio de proporcionalidad junto con el de legalidad, última ratio, el principio de lesividad y tutela de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad, dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal. Sin mencionar directamente que se trata de un principio constitucional justifican su existencia invocando razones de lógica y de justicia material señalando que “este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hechor”.³⁶

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt sostiene al abordar el concepto de culpabilidad como pilar básico de un Derecho penal moderno que este elemento limita el ejercicio del ius puniendi en tanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.³⁷

Resulta entonces necesario, trazar una línea divisoria entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

³⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, 2008, **Derechos fundamentales y garantías constitucionales**, Tomo I. Santiago de Chile: Librotecnia. p. 97- 108 y p. 211- 214; Nogueira Alcalá, **Dogmática constitucional**, cit. nota n° 28, p.190.

³⁶ Politoff, Matus y Ramírez, **Lecciones**, cit. nota n°7, p. 65 y ss. En el mismo sentido, Garrido Montt, Mario, 2003, **Derecho Penal, Parte general**. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 198, quien al analizar el concepto de culpabilidad como pilar básico del Derecho penal moderno, señala que este elemento limita el ejercicio de la facultad de castigar en cuanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.

³⁷ Garrido Montt, **Derecho Penal**, Tomo II, cit. nota n° 36, p. 198.

Si bien, tanto uno como el otro pueden diferenciarse claramente en el momento de conminación legal, cuando adviene el momento de aplicación e individualización de la pena en el caso concreto ambos conceptos sufren una cierta difuminación y se diluyen entre sí, porque naturalmente el juez en este momento atiende no sólo a la gravedad del hecho sino que también observa la culpabilidad concreta del autor.

Como advierte Aguado Correa el principio de culpabilidad se refiere a la atribuibilidad del hecho mientras que la proporcionalidad afecta más bien al injusto.³⁸ Así, los problemas de inadecuación entre la gravedad del hecho y el quantum de la pena no se circunscriben a la esfera de la culpabilidad sino más bien a la de antijuricidad de la conducta.³⁹ Esto porque la culpabilidad no proporcionaría los elementos de análisis necesarios para dar luz acerca de la gravedad del hecho cometido ya que dicho principio no es más que un conjunto de condiciones que posibilitan la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor.⁴⁰

Además, el principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad entre crimen y castigo,⁴¹ aunque algunos incluyen la proporcionalidad como uno de los aspectos de la culpabilidad.⁴² Tampoco puede pretenderse la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad.⁴³ La crítica de Roxin a esta última propuesta fue lapidaria, señalando que “si bien el principio de proporcionalidad puede limitar la magnitud de la pena, a partir del mismo no se puede fundamentar la punibilidad, y es por este motivo por el que ya se encuentra muy por debajo del principio de culpabilidad.”⁴⁴

El problema radica en que las dosis de injusto y de culpabilidad no coinciden siempre, su operatividad en el sistema tiene lugar en planos distintos. Una conducta de extrema gravedad puede estar acompañada de una escasa o nula culpabilidad, como el caso de la madre

³⁸ Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en materia penal*, cit. nota nº32, pp. 493. Asimismo, Mir Puig, Santiago, 2002, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* / coord. por Juan Ignacio Echano Basaldúa, Ed. Universidad de Deusto, pp. 349-366.

³⁹ De otra opinión, Silva Sánchez, Jesús María, **Aproximación**, cit. nota nº 7, p. 260, quien señala que este principio no se limita a ejercer influencia en el injusto sino que también contribuye a la configuración de la “idea compleja” de culpabilidad.

⁴⁰ Luzón Peña, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº24, p. 85. Señalaba en cambio, Quintero Olivares, “Acto, resultado y proporcionalidad”, cit. nota nº15, p. 383, que “no es imprescindible el recurso al concepto de culpabilidad para impedir que determinados injustos sean atribuidos al autor, que por ejemplo, obró en error absoluto o impulsado por un miedo insuperable. Aplicar la pena en estos casos sería olvidar que la misma carece de sentido, en su conminación, respecto de estos autores: sería innecesario someterlos a ella.” Sobre la necesidad de pena y el principio de Culpabilidad, Mir Puig, Santiago, 2005, **Derecho Penal Parte General**, Barcelona: 7ma Ed. Editorial Reppertor, 2005. pp. 533 y ss., De Toledo y Ubieta, Octavio de; Huerta Tolcido, Susana, 1986, **Derecho Penal Parte General, Teoría Jurídica del Delito**. Segunda Edición corregida y aumentada. Madrid: Editor Rafael Castellanos, p. 290.

⁴¹ Cerezo Mir, José, 1982, **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid: Editorial Tecnos, p. 188.

⁴² Roxin, **Derecho Penal Parte General**, cit. nota nº 28, p. 100 y ss; Luzón Peña, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº24, p. 86

⁴³ Aguado Correa, **El principio de proporcionalidad**, cit. nota nº32, p. 310. Planteamiento que habría sido expuesto por Ellscheid y Hassemer en los años setenta. En contra de esta sustitución se sostiene que si bien el principio de proporcionalidad tiene un rol importante en las medidas de seguridad, y en el hecho de ser una prohibición de exceso en el ámbito cuantitativo de penas determinadas, no ofrece tantos elementos limitadores como el principio culpabilidad. Roxin, **Derecho Penal Parte General**. cit. nota nº28, p. 102 y 103.

⁴⁴ Cit. en Aguado Correa, **El principio de proporcionalidad**, cit. nota nº32, p. 311

que mata a su hijo en un estado de plena inimputabilidad; y viceversa, como en el caso de un sujeto de situación favorable socio económicamente, y plenamente motivable por la norma, que comete un inicu harto falta para dar de alimento a sus hijos.

De todos modos, el juez siempre debe examinar previamente la gravedad del injusto antes de entrar a valorar en qué medida aquello es atribuible al autor, en tanto en cuanto la Cul-pabilidad es una categoría cuya función es amparar en su seno aquellos elementos del delito que refieren a su autor y que no pertenecen ni al tipo ni a la antijuricidad, pero que también son necesarios para el merecimiento de la pena.⁴⁵

A mayor abundamiento, en la relación con el principio de culpabilidad, hay que señalar que con el principio de proporcionalidad “se entrecruzan las exigencias vinculadas a las ideas de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales.”⁴⁶ De este modo, y desde el punto de vista retri-butivo,⁴⁷ nace la necesidad de que la pena sea no inferior a la exigida por la idea de justicia y que su imposición no se traduzca en una pena más grave a la requerida por la gravedad del delito. Aquí debe destacarse la opinión de Santiago Mir Puig en el sentido de que la proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva. De este modo, aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvane-ce. La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan. Mir Puig señala que la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general.⁴⁸

Resulta entonces que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consi-deraciones sobre el fin y función de la pena. Generalmente se acepta que no es posible de-terminar la medida de la pena si esta no está orientada a un fin. La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma.

La racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo. Dependiendo del fin que se estime como preponderante, el resultado final de la

⁴⁵ Bacigalupo, Enrique, 2002, **Técnica de resolución de casos penales**. 2da Edición ampliada. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2002. p.167; Muñoz Conde, Francisco, 2004, **Teoría General del delito**. 3ra Edición. Va-lencia: Ed. Tirant lo Blanch, p. 141 y 149.

⁴⁶ Mir Puig, Santiago, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, cit. nota nº 38, p.

⁴⁷ Destacaba en este sentido, Antolisei, Francesco, 1988, **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 8va Edición. Bogotá: Editorial Temis, p. 503, que el principio de proporcionalidad deriva consecuentemente del carácter retributivo de la pena. Pero a causa de la transformación que ha experimentado la pena recientemente, señala que el principio en comento tiene, por lo menos, dos importantes excepciones en el sistema italiano. En primer lugar, se refiere al aumento punitivo en caso de reincidencia, ya que aquello no se deriva de la gravedad del delito sino de la particular capacidad delictiva demostrada por el sujeto, y en segundo lugar, en la obligación del juez de considerar, en la aplicación de la pena, no sólo a la gravedad del delito sino también la criminalidad virtual del sujeto.

⁴⁸ Mir Puig, **Derecho Penal Parte General**, cit. nota nº11, p. 92 y 93; Luzón Peña, Diego, **Curso de Dere-cho Penal**, cit. nota nº24, p. 85;

cuantificación puede variar sustancialmente. El problema es que en la ciencia penal no se ha llegado a soluciones totalmente firmes, por lo que se hace particularmente complejo exigir al juez que supla dicha ausencia.

Por un lado, el principio de proporcionalidad establece la imperatividad del castigo, y por el otro, lo viene a limitar. Si bien el primer aspecto ha sido bombardeado de críticas,⁴⁹ siendo actualmente de difícil fundamentación, el segundo aspecto, ha sobrevivido por la conveniencia político criminal que significa la mantención de una prohibición de penas desproporcionadas.

En fin, la idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes. Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves. Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos. En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad.⁵⁰ En todo caso, sea retribución, prevención general o especial, en cualquiera de sus modalidades o formulaciones, o bien, una mixtura o unificación entre ellas,⁵¹ lo que no puede negarse es que dichos criterios deben estar sometidos siempre a los actuales principios que exigen una intervención penal dirigida a salvaguardar intereses socialmente relevantes y necesitados de prevención, es decir bajo el principio de intervención mínima.⁵²

4.- El principio de proporcionalidad en el ámbito de aplicación de las penas. Proporcionalidad concreta.

Frente a la amplia tendencia a extender el arbitrio judicial en el proceso de determinación judicial de la pena,⁵³ y a una todavía informe e incipiente teoría de la individualización de la pena en sentido dogmático,⁵⁴ nace la necesidad de responder a la pregunta de si el principio de proporcionalidad tiene la potencialidad de protagonizar un rol relevante para el despliegue de un Derecho penal racional que pueda legitimarse al menos provisoriamente en espera de otras soluciones idóneas. Para ello debemos previamente dar una visión general de nuestro sistema legal de individualización de las penas.

⁴⁹ Von Hirsch, Andrew, 2003, “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena.” En Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid, Nieto Martín Adán. (Coord.): **Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91), p. 12-145.

⁵⁰ Etcheberry, **Derecho penal, Parte general**, cit. nota nº16, p. 35.

⁵¹ Roxin, **Derecho Penal Parte General**. cit. nota nº 28, p. 103; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, cit. nota nº 29, pp. 1-9; Mir Puig, **Derecho Penal Parte General**. cit. nota nº 11, pp. 87-109, Silva Sánchez, **Aproximación**, cit. nota nº 7, p. 311 y ss.

⁵² Sobre su doble concreción en subsidiariedad y fragmentariedad véase: García-Pablos, **Sobre el principio de intervención mínima**, cit. nota nº 7, p. 252.

⁵³ Sistema que tiene su origen en el Antiguo Régimen, según: De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 217; Gracia Martín, Luis; Baldova Pasamar, Miguel Ángel; Alastuey Dobón, M. Carmen, 2004, **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**, 3ra Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 221.

⁵⁴ Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena”, cit. nota nº 18, p.1-15.

4.1. Sistema de determinación de la pena en Chile.

La individualización judicial de la pena es el proceso mediante el cual el juzgador establece la clase y medida de la pena frente a quien ha intervenido en un hecho punible, ya sea como autor, cómplice o encubridor, en el caso concreto.⁵⁵ Con mayor precisión de contenido, este acto se define como “aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena”.⁵⁶

Pues bien, se trata de una compleja actividad que combina reglas contenidas tanto en la parte general como especial del Código penal, así como en otras disposiciones que pueden concurrir en virtud de leyes especiales, y que aun deja ver, por la acuciosidad de dichas reglas, la tradicional desconfianza del legislador hacia el arbitrio judicial.⁵⁷

Nuestro sistema de determinación de la pena vigente, tiene un carácter legal y relativo. En efecto, el poder legislativo ha establecido un marco general abstracto observando ciertas directrices en clave político-criminal para determinar las consecuencias jurídicas aplicables a cada uno de los delitos, y la forma en que éstas deben ser sometidas a una graduación, actividad en la que el juez tiene el rol exclusivo y excluyente. Estos factores se plasman normativamente en los arts. 50 a 61 del Código penal, donde en general, se establece la pena asignada al delito, cuya cuantía puede alterarse por la presencia de circunstancias calificantes o privilegiantes especiales,⁵⁸ o bien, por la aplicación de las reglas relativas a los concursos de delitos; las diversas etapas de desarrollo o grado de su ejecución; el grado de participación del agente; para finalmente establecer en los arts. 62 a 69 los efectos de la concurrencia de ciertas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.⁵⁹

A su vez, es necesario señalar además que pueden ser susceptibles de aplicación en el caso concreto otras disposiciones contenidas en leyes especiales que pueden alterar la cuantía de la pena, ya sea por la concurrencia de especiales circunstancias de atenuación o agravación, o bien, mediante la alteración de la reacción punitiva respecto de las diferentes etapas de desarrollo del delito.⁶⁰

Luego de este proceso le corresponde al juez determinar la exacta y definitiva medida de la pena que ha de imponerse al condenado, valorando todas y cada una de las circunstancias que rodearon al hecho.⁶¹ Se dice que esta actividad pertenece a una esfera de competencia

⁵⁵ Politoff, Matus y Ramírez, **Lecciones**, cit. nota n°7, p. 494.

⁵⁶ Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena”, cit. nota n° 19, p.5.

⁵⁷ Etcheberry, **Derecho penal, Parte general**, cit. nota n°16, p. 170; Garrido Montt, Mario, 2003, **Derecho Penal, Parte general**, Tercera Edición Actualizada. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 305.

⁵⁸ Como la establecida en el art. 456 bis del Código penal.

⁵⁹ Politoff, Matus y Ramírez, **Lecciones**, cit. nota n° 7, p. 493 y ss.

⁶⁰ Véase, sólo a modo ejemplar, el art. 18 de la Ley 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

⁶¹ De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, 1997, “La dosimetría en la determinación legal de las penas.” En: **De las penas**. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti. Baguin, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl; García Pablos, Antonio (Coords), Buenos Aires: Editorial DePalma, pp. 159-169, p. 161.

exclusiva de la jurisdicción en tanto en cuanto se determina una cuantificación exacta de la reacción penal al caso concreto.⁶²

Le queda así al juez un cierto margen de discrecionalidad,⁶³ que puede variar en su extensión tanto en su faz cuantitativa como cualitativa, ya sea por la existencia de una pluralidad de penas posibles de imponer,⁶⁴ o por la posibilidad de sustituirla.⁶⁵ Dicho espacio de juego viene consagrado normativamente por el art. 69 del Código penal, que señala:

“Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.”

De esta forma al interior de cada grado previamente establecido, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito. Este proceso valorativo queda entregado al juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas.

Ante este vacío, Garrido Montt sostiene que los límites operativos en el proceso de individualización en dicho espacio de discrecionalidad relativa, estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue (prevención general, especial, merecimiento y necesidad de la pena). Este autor señala que en este juicio de valoración debe incluirse como objeto la culpabilidad del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las eventuales consecuencias que le acarrearán la pena en su vida posterior; asimismo, debe apreciar bajo su propio criterio la entidad de la lesión o peligro que ha sufrido el bien jurídico respectivo, y luego los otros efectos perjudiciales que directamente emanen del delito, sin perjuicio de los que hayan sido ya considerados por el legislador al describir el tipo penal.⁶⁶

Para complementar lo anterior, Etcheberry refiriéndose a este punto aduce que si en un delito revestido de cuatro circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el juez puede rebajar la pena en tres grados, haciendo aplicación del art. 68 del Código penal, y una vez escogido ese grado, vuelva a considerar el número y entidad de dichas circunstancias concurrentes y decidir finalmente imponer el mínimo posible en dicho grado. Respecto al mal causado por el delito lo define como “la ofensa misma al bien jurídico protegido (si se trata de un delito imperfecto o una infracción de peligro, el mal será el peligro corrido)”, y aun-

⁶² De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 223, califica a esta actividad como de “Discrecionalidad jurídicamente vinculada”, ya que el juzgador con un margen más o menos amplio de libertad recorre el marco previamente establecido por el legislador, orientado por los principios que emanan de las declaraciones expresas legales, o bien de los fines del Derecho penal y la pena en general. Asimismo, Mapelli Caffarena, Borja, 2005, **Las consecuencias jurídicas del delito**, Cuarta edición, Navarra: Editorial Aranzadi, p. 242.

⁶³ Arts. 65 in fine, 66, 67, 68, 68 bis, 69, 70, 73, todos del Código penal.

⁶⁴ Art. 61 nº3 del Código penal.

⁶⁵ De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 222; Gracia, Baldova, Alastuey, **Lecciones**, cit. nota nº 2, p. 222.

⁶⁶ Garrido Montt, **Derecho penal Parte general**, cit. nota nº 57, p. 307 y pp. 314 y 315.

que no estén tomadas en consideración en la tipificación del delito para efectos punitivos, también se comprenden las consecuencias perniciosas derivadas directamente del delito.

A pesar de que aquí se configura un verdadero espacio de discrecionalidad⁶⁷ resulta imperativo para el juez hacerse cargo en el fallo de cómo se ha dado cumplimiento a este precepto, lo que lo obliga a fundamentar cómo el número de circunstancias, su entidad y la extensión del mal causado por el delito han influido en la precisión de la pena a la que finalmente se ha arribado.⁶⁸ A pesar de esto, resulta que los tribunales difícilmente se hacen cargo de este mandato legal aplicando en la mayoría de los casos el mínimo del grado de la pena sin mayor fundamentación acerca del valor atribuido a las circunstancias concurrentes.⁶⁹

Hilvanado a lo anterior, cabe agregar que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no tienen atribuidas por parte del legislador un valor único y preciso, ni tampoco se establecen reglas de equivalencia. Su propia naturaleza y el modo en que pueden concurrir en el hecho obligan al intérprete a situarlas como el objeto de una ponderación racional.

Cabe cuestionarse además, que el legislador conceda relevancia al desvalor de resultado, al hacer referencia al mal causado por el delito en desmedro de consideraciones relativas a la personalidad del delincuente.⁷⁰ En relación a esto, el Código penal español,⁷¹ en este punto alude en los arts. 66.1 6ª y 68, junto al criterio de la gravedad del hecho y la valoración de la entidad y cuantía de las circunstancias modificatorias, a “las circunstancias personales del delincuente”⁷² lo que viene íntimamente relacionado con la orientación preventivo especial que debe tener la pena en función del mandato constitucional consagrado en el art. 25 de la Constitución española.⁷³ De ahí que es común encontrar en la doctrina española referencias a que la medida de la pena, en principio, debe ponderarse según la gravedad del hecho cometido y el grado de culpabilidad que corresponda al autor.⁷⁴

Novoa, defiende en este punto la idea de que en la elección y magnitud de la pena impuesta, las características personales sean tenidas en cuenta junto a las circunstancias objetivas concurrentes de la violación jurídica, con el objeto de otorgar una mayor eficacia en el ámbito de los fines utilitarios que la sociedad busca con la pena.⁷⁵

⁶⁷ Una teoría distinta al espacio de juego en: Hornle, Tatjana, 2003, **Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la Pena en Alemania**. Buenos Aires: Ed. FD, pp. 118.

⁶⁸ Etcheberry, **Derecho penal, Parte general**, cit. nota nº16, p. 191.

⁶⁹ Politoff, Matus y Ramírez, **Lecciones**, cit. nota nº7, p. 537.

⁷⁰ Novoa Monreal, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº 2, p. 348.

⁷¹ Que como señala Feijoo Sánchez, Bernardo, 2007, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho.” En *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* N°1, en: <http://www.indret.com> [visitado el 06/03/08] pp. 20, p.1, no contiene pautas o criterios generales que orienten al juez en la determinación exacta de la pena sino criterios específicos como el contenido en el art. 68 de dicho cuerpo legal.

⁷² Criterio que también se vincula con las condiciones que permiten atribuir el hecho antijurídico al autor, esto es, a la Culpabilidad. Gracia, Baldova, Alastuey, **Lecciones**, cit. nota nº2, p. 281.

⁷³ Mir Puig, **Derecho Penal Parte General**, cit. nota nº 11, p. 725.

⁷⁴ Así, Aguado Correa, **El principio de proporcionalidad en materia penal**, cit. nota nº30, p. 315; De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 269 y ss; Choclán Montalvo, **Individualización judicial de la pena**, cit. nota nº 12, p 174 y ss; 243 y ss.; Mapelli, **Las consecuencias jurídicas del delito**, cit. nota nº 62, p. 243 y ss; Feijoo Sánchez, “Individualización de la pena”, cit. nota nº 71, p.13; para el caso italiano, véase la cita 30;

⁷⁵ Novoa Monreal, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº 2, p. 348 y 349.

Esta omisión normativa tiene orígenes históricos,⁷⁶ pero no necesariamente implica la exclusión de los criterios que emanan de la personalidad del autor, aunque con ello no se soslaya el problema que implica la apreciación de este criterio si no hay una norma en Chile como la del art. 25 de Código penal español, que vincule directamente la orientación que ha de tener la pena desde lo más alto de la cúspide normativa, y si no se establece además, cual es el sentido y medida de la valoración de la que han de ser objeto dichas consideraciones subjetivas, en sí individuales y por ende, inherentemente dispares. Todo esto sin expresar los temores de caer en un verdadero derecho penal de autor.

Surge así la duda de cómo se recogen, en un juicio de proporcionalidad, ciertos factores que tienen relación con dichas circunstancias subjetivas como la edad, madurez psicológica, nivel de educación alcanzado, entorno social, económico y familiar, la salud, así como el comportamiento del autor previo y posterior al delito o al proceso, y las consecuencias previsibles que podría tener la pena en su futura vida.⁷⁷

Pues bien, en primer lugar de acuerdo a los principios que informan al Derecho penal, y de nuestro ordenamiento positivo creo que deben excluirse en este tipo de consideraciones todos aquellos datos que no tengan vinculación directa con el hecho cometido, incluyendo aquellos que no puedan ser reconducidos al injusto, no pudiendo ser objeto de ponderación en un juicio de proporcionalidad, por lo menos para agravar la pena y sobrepasar el límite ya trazado por la gravedad del hecho, ello, en razón de que la entidad del injusto no puede ser alterada por consideraciones a la personalidad individual.

Por otro lado, el criterio de la mayor o menor extensión del mal causado, entendido como lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, es lo suficientemente amplio y puede recoger en su seno tanto el desvalor de acción como de resultado para la cuantificación penológica del injusto, que viene, y en todo caso, ya dada por el marco legal.⁷⁸ Además, todos aquellos datos que el legislador tuvo en cuenta para fijar ese marco pueden ser nuevamente valorados sin infringir necesariamente, y a priori, la prohibición de doble valoración, ya que si por las reglas de dosimetría penal la pena asignada puede variar entre un grado y otro, y siendo al juez a quien dentro de ese rango le corresponde fijar la exacta medida de la pena, observando y considerando las circunstancias concomitantes, dicha valoración sólo tendrá la virtualidad de reafirmar mediante una concretización la decisión previamente establecida por el legislador como reacción penal ante el ilícito cometido.

En fin, para concretar lo anteriormente señalado, es necesario establecer cuales son los factores específicos que deben tener un rol esencial a la hora de establecer la entidad del injusto, o la gravedad del hecho, como punto de partida para realizar un juicio de proporcionalidad con la pena a aplicar.

⁷⁶ Así lo denuncia: Novoa Monreal, **Curso de Derecho Penal**, cit. nota nº 2, p. 365.

⁷⁷ Criterios enumerados como factores indiciarios de las condiciones personales por: De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 271.

⁷⁸ Sobre la relación entre bien jurídico y pena, sintéticamente, Hormazábal Malarée, Hernán. 2006, **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho**, Segunda edición. Santiago: Ed. LexisNexis, pp. 154 y ss20

La existencia de criterios inter subjetivos de valoración pueden permitir al juez ponderar con mejor racionalidad la justa medida de la pena, tomando en cuenta, dada la ausencia de absoluta certeza en este ámbito, que siempre habrá un espacio de juego donde la pena im puesta puede considerarse adecuada al caso concreto.

El profesor De la Mata Barranco, aludiendo a estas consideraciones para el ámbito español, señala que en la doctrina se alude a circunstancias objetivas, subjetivas, o a una amalgama entre ambas, que pertenecen al delito y que suponen una afectación al bien jurídico, a los grados de dolo o culpa y también a los grados de atribución de responsabilidad por el injusto cometido. Unas pueden pertenecer al ámbito del desvalor de acción, como por ejemplo, la utilización de armamento, el grado de la infracción al deber, o bien, pueden pertenecer a la esfera del desvalor del resultado, como la pluralidad de sujetos pasivos, el grado de peligro expuesto, e incluso aquellos datos que excluidos del tipo se pueden categorizar como circunstancias subjetivas como los estímulos internos del agente, o el especial desprecio referido al sujeto pasivo de la acción.⁷⁹

En suma, los criterios que definen la gravedad del hecho, o en términos del Código penal chileno, la “extensión del mal causado por el delito”, que el juez puede tomar en consideración para individualizar la exacta medida de la pena, a la luz del principio de proporcionalidad pueden agruparse del siguiente modo:

4.1.- Criterios objetivos.

Los aspectos objetivos del hecho punible, pueden variar desde la específica entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión (empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre la víctima, la recalcitrante tenacidad del agente, grado de energía desplegada en la actividad, o en los casos de omisión, el grado de infracción al deber, el grado de energía desplegada por el victimario, la unidad o pluralidad de víctimas, la ulterior situación de esta o de su familia, etc). En fin todos aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena

4.2.- Criterios subjetivos.

Se pueden categorizar aquí: la calidad de los motivos determinantes, el valor o disvalor ético de los motivos de actuación, aquí vale lo que en general se ha dicho en Alemania en cuanto a que “la valoración de la persona del autor se puede tomar en cuenta sobre todo en

⁷⁹ De La Mata, **El principio de proporcionalidad penal**, cit. nota nº17, p. 266 y ss. Algunos de estos criterios también se encontraban en el art. 73 del Código Penal Tipo para América Latina, que establecía algunos criterios que el juzgador debe tener en cuenta al aplicar la pena en cuanto sean circunstancias no constitutivas del delito o modificatorias de responsabilidad. Estos son los siguientes: los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o peligro del bien jurídico, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y la conducta del agente posterior al delito. 21

la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí”.⁸⁰

También, se pueden agregar las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima si y sólo si han influido directamente en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, o bien durante el proceso penal mismo.

Finalmente, reiteramos la idea de que debe prescindirse de toda consideración a ejercicios o pronósticos de peligrosidad futura. La medida de la pena no puede ser incrementada en función de consideraciones prospectivas.

Este enfoque tiene la característica de ser eminentemente retrospectivo, como en el modelo planteado por Hornle⁸¹ dentro del denominado movimiento neo-proporcionalista. Una orientación a la teoría jurídica del delito que se dirija a someter la magnitud de la pena a lo que arroje la valoración sobre el hecho cometido, y con prescindencia en la determinación judicial de la pena de toda consideración preventivo especial, y de aquellos elementos que se relacionen con la personalidad del autor. En este modelo deben prevalecer el desvalor de resultado y la afectación al bien jurídico. Esto no quiere decir que sólo se valore a la víctima y sus circunstancias sino que también se debe ponderar el hecho en su relación con el orden social. Es decir, considerar la dimensión intersubjetiva del delito.

Para finalizar este apartado, cabe preguntarse qué ocurre con la vulneración de este principio y si puede el juez dejar de aplicar una pena señalada por la ley en virtud del principio de proporcionalidad. Para responder a lo primero, es claro que si el juez aplica una pena mayor que la señalada por la ley procede el recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, por tratarse de una vulneración al principio de legalidad.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad concreta, esta no tiene la autonomía necesaria para ser causal de un recurso por inconstitucionalidad, sino que debe necesariamente vincularse como hemos dicho a otros principios que sí están directamente protegidos, aunque sus criterios bien pueden servir de base para la discusión en la audiencia de determinación de pena.

A la segunda interrogante, y ante la evidente insuficiencia legal para asegurar la plena operatividad del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena, parece necesaria una reforma legal que introduzca expresamente la posibilidad de que el juez pueda prescindir de la pena cuando esta sea evidentemente desproporcionada o no resulte necesaria.⁸²

Esto es lo que ocurre en Alemania, donde varias disposiciones permiten al juez, a pesar de que ya se encuentre establecido el hecho materialmente punible, atenuar o bien prescindir

⁸⁰ Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*, cit. nota n° 29, p. 786.

⁸¹ Cit. en nota n°65.

⁸² En el caso español, esta es la postura defendida por Aguado Correa, **El principio de proporcionalidad en materia penal**, cit. nota n°30, p. 322.

de la pena por consideraciones de interés público, intereses de política criminal, e incluso, por la presencia de un efectivo arrepentimiento.⁸³

5.- Consideraciones finales.

Nuestro sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial, aunque es verdad que el espacio de juego para el juez puede significarle a la persona castigada varios años de diferencia.

Para balancear mejor el equilibrio, no necesariamente debiera existir una ampliación de ese espacio de juego o una mayor discrecionalidad judicial, tanto en la selección como en la determinación de la pena en vista a conducir a una mayor moderación en el rigor de la misma, sino que dicha discrecionalidad debería ser guiada por pautas o criterios generales como los señalados, que permitan al juez, en una instancia donde realiza un actividad político criminal de primera magnitud,⁸⁴ hacerse cargo del raciocinio utilizado para llegar a la individualización de la pena, lo que estaría en armonía con lo que dispone el art. 297 del Código Procesal Penal que al facultar a los tribunales para apreciar la prueba con libertad, les impone las limitaciones que emanan de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

De todos modos, el juez debe hacerse cargo de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer. Una ausencia de motivación en este punto constituye una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, y motivo absoluto de nulidad en virtud del art. 374 letra c. del Código Procesal Penal.

Siendo imposible dar una relación exhaustiva de todas estas circunstancias, en tanto en cuanto cada delito y la forma en que se despliega en la realidad puede tomar una infinidad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explique cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en lo que dice relación con su libertad personal.

Todo lo anterior, además de proporcionar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad a la actividad judicial posee varias ventajas. Entre ellas, podemos señalar la posibilidad de disminuir el riesgo de que el juez determine la pena única y exclusivamente en función del grado de impresión que le produjo el hecho, o que en razón de adecuar la pena a la grave-

⁸³ Wolter, Jürgen, 2004, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena." Wolter, Jürgen; Freund, Georg. (eds). En **El sistema integral del derecho penal**, Barcelona: Editorial Marcial Pons, pp. 30-89 y pp. 37 y 38.

⁸⁴ Feijoo Sánchez. "Individualización de la pena", cit. nota n°71, p. 3.

dad del hecho recurran a prácticas altamente cuestionables como la recurrir a su sólo arbitrio en el momento de la calificación jurídica del hecho adoptando decisiones de difícil sustento teórico, o bien, haciendo uso de atenuantes o eximentes incompletas de modo artificioso e incluso recurrir a la libertad de prueba dada por el art. 297 del Código procesal penal, con el riesgo de ser impugnada su decisión por la vía del recurso de nulidad.

Surge entonces la respuesta planteada al comienzo de este breve trabajo. Dada estas consideraciones, se observa claramente que la operatividad del principio de proporcionalidad tiene un rico terreno para ser desplegada, y por ende, tener plena vigencia, tal como se manifiesta en el ámbito de la proporcionalidad abstracta. Esto se refuerza con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del ius puniendi.⁸⁵

⁸⁵ Mapelli, **Las consecuencias jurídicas del delito**, cit. nota nº61, p. 245.