



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS:
UN ESTUDIO COMPARATIVO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JESÚS PANTOJA MEZA

ASESOR: VÍCTOR MANUEL SERNA THOME

SEPTIEMBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A quien ha estado conmigo en lo próspero y en lo adverso, quien en los pasos más difíciles que he dado me ha llevado a cuestras y que me ama tanto como yo le amo y le respeto.

Dios mi Padre.

A quienes desde el momento de mi nacimiento han velado por mí y en los momentos más difíciles de la vida siempre me han apoyado, no importando la gravedad del problema, caminando siempre a mi lado, cuidando con amor y ternura cada paso que he dado, agradeciendo de antemano todas las noches de desvelo y días de fuerte trabajo y sacrificio que han pasado todo por ver me realizado, gracias por confiar siempre en mi.

Mis Padres.

(Rosa Elvia Meza y Jesús Pantoja)

Al amor de mi vida con la que he compartido aciertos y desaciertos, la que ha tenido la calma y la esperanza la que al igual que mis padres ha creído en mí y quien en un momento dado dejó todo por estar a mi lado, apoyándome e impulsándome a concluir lo ya empezado, a ti gran mujer gracias.

Mi Esposa.

(Noemi Medina)

A esa dos grandes pequeñas, que Dios tuvo a bien darme que son mi luz, mi fuerza, mi amor, la razón de mi ser, las cuales con sus ternura, alegría y caricias me hacen sentir el ser más feliz del mundo.

Mis Hijas.

(Naomi y Alejandra)

Aquellos compañeros y amigos inseparables con los que compartí mi infancia, juventud, travesuras, risas, tristezas y en lagunas casos discusiones, quienes son y han sido parte importante de mi vida y de mi familia ya que en múltiples ocasiones me han demostrado respeto y cariño.

Mis Hermanos.

(Rosa Elvia y Ricardo)

A ti amiga y confidente indiscutible que siempre tuviste un consejo y una palabra aliciente.

Mi Tía.

(Estela Meza)

A ti ejemplo de profesionalismo, honradez y superación que aunque por asares de la vida no hemos distanciado, pero sé que sigues mis pasos y yo los tuyos, para ti mi respeto y cariño.

Mi Padrino.

(Ricardo Ruiz)

A mi mejor amigo con el que compartí los mejores momentos de mi vida universitaria y el cual hasta la fecha me ha demostrado su lealtad y aprecio.

Mi Amigo.

(Ramsés Álvarez)

Al amigo que siempre respeto y que con el paso de los años me ha apoyado de manera incondicional siempre buscando con sus consejos mi superación.

Mi amigo.

(Edgar Molina)

A ti Licenciado que gracias a tu apoyo, colaboración y conocimientos has hecho posible la realización de este trabajo.

Mi Asesor.

(Lic. Víctor Manuel Serna Thome)

A mi alma mater, de la cual me enorgullezco al haber formado parte de ella, ha la que estaré siempre agradecido por haberme brindado la oportunidad de estudiar en tan noble institución.

Mi Escuela.

(U.N.A.M.)

A mis familiares y amigos.

A mi patria;

A la vida.

A Ustedes;

Gracias.

P E N S A M I E N T O

Todos los triunfos nacen cuando nos atrevemos a comenzar, de ahí la importancia de iniciar todos los planes y proyectos que en mente tenemos, ya que, estos serán la luz que alumbre nuestro caminar por la vida.

Jesús Pantoja Meza

ÍNDICE

Introducción	8
1. El principio de proporcionalidad en México	20
1.1 Marco jurídico mexicano	20
1.2 El sistema jurídico penal	21
1.2.2 Antecedentes penales o primodelincuencia	49
1.2.2 Reincidencia	51
1.2.3 Gravedad	54
1.2.4 Daño causado a la sociedad	57
1.2.5 Reparación del daño	59
2. El principio de proporcionalidad en España	64
2.1 Organización gubernamental y política	64
2.2 El principio de proporcionalidad	65
3. El principio de proporcionalidad en Chile	69
3.1 El Estado chileno	69
3.2 Situación en Chile respecto al principio de Legalidad	71
3.3 Principio de proporcionalidad de las penas	75
Conclusiones	81
Bibliografía	87

INTRODUCCIÓN

Proporcionalidad de la pena es aquel nexo de razón o merecimiento entre la gravedad del daño producido a la víctima y el que es luego padecido por el culpable a través del castigo.¹

Las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgieron con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas y la Ley Mosáica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Esta idea, antes de permear en la ciencia jurídica, fue un concepto concerniente a diversas disciplinas del conocimiento y su consideración se remonta a la filosofía práctica de la Grecia Clásica, de la cual surgió para la cultura jurídica romana, en cuyo seno alcanzó una importancia capital en vastos ámbitos del Derecho Privado. No fue sino hasta la modernidad que este principio pasó al Derecho Público, no dejando de evolucionar hasta nuestros días. Posteriormente, con el Derecho Penal Liberal, se hicieron una serie de reformas penales que vinieron a representar la humanización general de las penas, la abolición de la tortura, la igualdad ante la Ley, el principio de legalidad y, consecuentemente, la proporcionalidad entre delito y pena.

El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico que correspondan con la imposición de una sanción, ya se trate de una patrimonial --cuyo ámbito compete al Derecho Civil--, o una de naturaleza

¹ Erick Gómez Tagle López. *Derecho y sociedad: glosario de criminología y ciencias sociales*. Universidad pontificia de México, Universidad Continente Americano. México, 2006.

disciplinaria --en el campo del Derecho Administrativo--; sin embargo, es más fácilmente apreciable su aplicación dentro del contexto jurídico-penal, donde actúa en un doble ámbito:

- En sentido positivo: Alude al hecho de que a cada sujeto le corresponderá una sanción en relación con el grado de culpabilidad que tenga respecto con el ilícito cometido, es decir, se habla de un equilibrio valorativo entre hecho ilegal y sanción.
- En sentido negativo: Se refiere a las sanciones que han de recaer sobre los sujetos, las cuales no pueden dejar de tener una relación valorativa con el hecho que se castiga.

Lo anterior trae como consecuencia el rechazo por todo tipo de injerencia desproporcionada sobre los derechos de los sujetos que vayan más allá del límite de su responsabilidad, es decir, se trata de un límite -tanto formal como material- al empleo del poder público y así garantizar el establecimiento de una adecuada proporción entre la culpabilidad por delito cometido y la pena a imponer.

A nivel teórico, el principio de proporcionalidad es susceptible de ponerse en correlación con la naturaleza del bien jurídico que pretende proteger, la valoración social del bien y los criterios de nocividad social, con el tipo de delito a sancionar, ya sea de peligro abstracto o delito de peligro concreto que tenga conexión con el grado de desarrollo alcanzado, pues es imposible que reciba la misma sanción un delito consumado que aquél que sólo ha quedado en grado de tentativa.

En el marco de un estado de Derecho corresponde al legislador la tarea de crear leyes penales obedeciendo ciertos límites para evitar

cualquier mal uso de dicha facultad conferida; al momento de formular leyes penales que sancionen delitos, al legislador se le exige una congruente y adecuada relación entre el bien jurídico que se intenta proteger y la sanción -tanto cualitativa como cuantitativamente- que, a causa de la vulneración de dicho bien, corresponda al autor de la infracción criminal.²

Por otro lado, constituye una de las principales exigencias al legislador penal considerar que no todo tipo de conductas deben de ser sancionadas jurídico-penalmente y que no toda forma de vulneración sobre un bien jurídico sea penada, sino sólo aquellas que son más graves; para ello, el legislador se puede valer de criterios como la importancia del bien jurídico y el de la nocividad social, por los que se puede llegar a una intervención del Derecho penal que no resulte proporcionada si se interpreta que no tiene lugar en favor de las condiciones fundamentales de la vida en común.³ Por consiguiente, un contexto erigido con base en un estado de Derecho debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de su trascendencia social efectiva.

En el aspecto de la individualización de la sanción, el principio de proporcionalidad implica tomar en consideración la intensidad del agravio al bien jurídico, el grado de afección y el grado de vinculación del

² Juan Bustos Ramírez. *Obras Completas*. Tomo I. Derecho penal. Parte general. Ara editores. Lima. 2005. Pg. 549.

³ Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch. Barcelona. 1992. Pg. 267.

infractor con el agraviado, considerando también el nivel de exigibilidad de su comportamiento conforme a la norma concreta que infringe con él.⁴

La proporcionalidad concreta es un criterio que tiene como destinatarios a los jueces que se encargan de imponer las respectivas sanciones penales a los sujetos cuya responsabilidad jurídico-penal ha sido declarada. Esta forma de proporcionalidad toma en consideración la tarea que, a partir de las normas penales elaboradas por el legislador, compete al sistema judicial. En el marco de sanción que se ha establecido frente a la realización de un delito, la decisión de imponer una pena obedece al ámbito del juez penal, para lo cual deberá tomar en consideración los criterios elaborados para la individualización de la pena. De la misma manera a lo que acontece con los legisladores, tampoco al juez penal se le reconoce un campo de decisión que se encuentre exento de límites que tenga el deber observar, por el contrario, aquel ha de respetar principios como el de legalidad, de manera que con su acertado juicio se logre alcanzar la seguridad jurídica.

Lo mismo sucede respecto de otros principios como la culpabilidad y la mínima intervención que recoge el Derecho penal. Por consiguiente, con el principio de proporcionalidad lo que se logra es adecuar la pena a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente, lo que aporta legitimación a la intervención; así, frente a un delito leve se impondrá una sanción leve y una pena grave será necesaria frente a un delito grave.⁵

⁴ Hernán Hormazábal Malarée. "El Código penal y el principio de culpabilidad" en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Idemsa. Lima. p. 27.

⁵ Antonio García-Pablos de Molina. *Introducción al Derecho penal*. 3ª edición. Editorial Ramón Areces. Madrid. 2005. p. 604.

Para el Derecho público europeo, la proporcionalidad se remonta a la época de la Ilustración, específicamente en el contexto del contractualismo iusnaturalista, doctrina que consideraba al hombre como un ser dotado de libertad incluso antes de la propagación de las asociaciones políticas. Esta libertad, no obstante, se encuentra rodeada de riesgos, sometida al ejercicio del poder o al imperio de la ley del más fuerte.⁶ Por ello, los individuos llevan a la práctica el pacto civil, al que supeditan el ejercicio de su libertad a las leyes del Estado, las cuales verifican que la vida, la libertad y los bienes sean protegidos. En el seno de esta consideración, la proporcionalidad encuentra sus argumentos filosóficos y políticos resumidos en lo siguiente:

- La libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo.
- En toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo con su criterio y orientarse hacia el logro de sus objetivos.
- La potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad únicamente cuando sea necesario.⁷

Bajo estas nociones conceptuales, la idea de proporcionalidad se orienta hacia la intervención estatal sobre la libertad individual, es decir,

⁶ I. Kant. "Idea de una historia universal con propósito cosmopolita" en *Defensa de la Ilustración*. Alba Editorial, Barcelona, 1999. p. 82.

⁷ J. Locke. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza editorial. Madrid, 1994. p. 133.

“La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias” según lo declarado por el artículo 8º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En Prusia, por aquella misma época, el Derecho de policía, bajo la tutela de Carl Glottlieb Svares, desarrolló los principios de necesidad y proporcionalidad: las intervenciones estatales en la libertad podrían considerarse legítimas si la intensidad y los objetivos que pretendía alcanzar así lo estableciesen, considerando que no todos los propósitos habilitan al Estado para intervenir en la libertad con la misma contundencia. Para ello, Glottlieb estableció una diferencia: cuando se pretendiera evitar daños comunitarios o disminuir riesgos frente a peligros apremiantes -en cuyo caso puede actuar con mayor severidad- en contra de la búsqueda de bienestar común. A partir de ello, el concepto de proporcionalidad permeó en Europa hasta que paulatinamente adquirió relevancia, al punto de que se consideró un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios.⁸

En Alemania, por su parte, a lo largo del siglo XIX, este principio encontró aplicación en diversas áreas del Derecho Administrativo debido al auge que por entonces la reivindicación de los derechos individuales tenían frente al Estado y la idea de que el individuo era el fin último del ejercicio del poder político, por lo que la intervención de éste último en la libertad debía ser proporcional.

⁸ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007. p. 49

Más adelante, hacia el término de la Segunda Guerra Mundial, el principio de proporcionalidad ya se había establecido completamente en Europa consiguiendo su definitiva permanencia en las jurisdicciones administrativas europeas:

- En Francia, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con mucha frecuencia y en aquéllos que son producto de los poderes discrecionales.⁹
- En Italia, este principio se aplica por parte de los tribunales como criterio autónomo.
- En Inglaterra la proporcionalidad ha tenido un destacado avance durante las más recientes décadas, al grado de que en los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo se recurre a este principio constantemente al determinar sus sentencias.
- Las Comunidades Europeas emplean la proporcionalidad para enjuiciar la legalidad de las medidas estatales que intervienen en el libre tránsito de mercancías y trabajadores a través de los países miembros.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se encuentra inscrita en los términos siguientes: “Sólo se podrá introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general

⁹ X. Philippe. *El control de la proporcionalidad en las jurisprudencias constitucionales y administrativas francesas*. Económica-PUAM, Aix-en-Provence, 1990. pp. 256

reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".¹⁰

Por otra parte, el alcance de la proporcionalidad la sitúa en la Constitución misma de la Comunidad Europea en dos de sus artículos:

Artículo II.109.3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

Artículo II.112.1. Cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás.

Por otra parte, la aplicación del principio de proporcionalidad ha permeado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde surge para otras disciplinas del orden jurídico, administrativo y constitucional europeo.¹¹

En España, el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho público se establece en los años cincuenta del siglo XX, cuando las intervenciones de la Administración en la autonomía de los particulares

¹⁰ Artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹ L. Martín Retortillo. "La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *La Europa de los Derechos Humanos*. Centro de estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 1998. p. 125.

estaban justificadas en los casos y las proporciones justificadas.¹² Tras ello, el principio de proporcionalidad se utilizó también en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la fundamentación de sus decisiones, por lo que toda reglamentación administrativa que restringiese las libertades y que no fuese proporcional o congruente con las finalidades perseguidas tendría que declararse ilegal. Tras la promulgación de la Constitución de 1978, la aplicación del principio de proporcionalidad se propagó a otros campos del control de la actividad administrativa como la regulación del mercado, el medio ambiente, la liquidación de árbitros municipales, la construcción y adjudicación de viviendas de protección oficial, la imposición de medidas cautelares, la ejecución administrativa forzosa, la imposición de sanciones administrativas, la conservación y el restablecimiento de la seguridad ciudadana y, en general, el ejercicio de los poderes discrecionales.

En México, las asambleas constituyentes de 1857 y 1917 tuvieron la labor de limitar el despotismo de las autoridades contra los ciudadanos y sus bienes; sin embargo, en aquél contexto, el principio de proporcionalidad no era planteado aún. Actualmente, la búsqueda de un Estado Constitucional Democrático se basa en la garantía de motivación expresada en el Artículo 16º Constitucional orientado a prohibir la arbitrariedad en el ejercicio del poder público e imponerle el deber de proceder racionalmente con fundamento en el Derecho y con razones objetivas que den suficiente justificación a sus actos. Esta garantía de motivación se dirige principalmente a las autoridades administrativas y

¹² L. Jordana de Pozas. "El problema de los fines de la actividad administrativa" en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Núm. 4. p. 11

judiciales imponiéndoles el deber de observar que a un hecho sean aplicables las consecuencias previstas en la ley.¹³

Por otra parte, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio genérico de igualdad es uno de los valores superiores del orden jurídico e implica que debe considerarse como criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.¹⁴ Por tanto, los valores constitucionales deben considerarse del mismo rango de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución, mismo que sólo permite la restricción de estos valores “en los casos y con las garantías que ella misma establece”.¹⁵ Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte establece que esta asimilación “evidencia la voluntad constitucional de asegurar, en los más amplios términos, el goce de los derechos fundamentales y que las limitaciones a los mismos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye”.¹⁶

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que México está vinculado, avalan el mandato de optimización de los derechos

¹³ “Apéndice” en *Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*. Segunda sala, tesis 338. p. 227.

¹⁴ “Igualdad. Límites a este principio” en *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*. 9ª época, octubre 2004. p. 99

¹⁵ Ignacio Burgoa. *Las garantías individuales*. 31ª edición. Porrúa, México, 1999. pp. 197-198.

¹⁶ Sentencia emitida el 29 de septiembre de 2004.

fundamentales, por lo que su aplicación en México es regulada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa.¹⁷

El principio de proporcionalidad puede proponerse como un criterio aplicable, por ser el criterio metodológico que ofrece mayores garantías de racionalidad, para dos aspectos muy importantes:

- Determinar el contenido de los derechos fundamentales.
- Fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.

Lo anterior brindará un fundamento objetivo a las sentencias si éstas expresan lo que está permitido y, a su vez, prohibido para el legislador y para el poder público en cada situación concreta. La justificación jurídica de una revisión de la proporcionalidad de las penas en el Código Penal Federal, cobra así relevancia jurídica en la realidad de la sociedad mexicana actual, pues si bien a lo largo de los últimos años se ha ido ampliando el espectro de la clasificación de delitos graves para acotar o dejar sin oportunidad a la delincuencia organizada de obtener beneficios como la libertad bajo caución o conmutación de penas, es de estimarse que no ha sido congruente esa labor con la actualización de las reglas para establecer la proporcionalidad de las penas a que son sujetas las personas que han sido señaladas por las autoridades judiciales como responsables de la comisión de ilícitos.

Es por ello que, con el análisis que se pretende realizar al derecho positivo vigente en el Código Penal Federal y un estudio de Derecho

¹⁷ Seminario judicial de la Federación y su Gaceta. 9ª época, octubre de 2004 y febrero de 2005. p. 2385 y 1744.

Comparado con otros subsistemas legales, resulta oportuno investigar si hay lugar a establecer una reforma que permita un ajuste integral del sistema Penal Mexicano y poder responder, de una mejor manera, a las necesidades de seguridad pública de cada entidad.

En este sentido, el estudio puede estructurarse desde tres puntos de vista fundamentales: desde la teoría del Derecho que pondrá de manifiesto la consolidación del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la teoría de los derechos fundamentales aportaría el tratamiento otorgado a dicho principio por doctrina penal; y el derecho penal desarrollará la aplicación del juicio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de prohibición de exceso.

Para saber si la aplicación del principio de proporcionalidad sirve como criterio para concretar el contenido normativo de las disposiciones de derecho fundamental, ofrece más condiciones de racionalidad que los criterios estructurales alternativos y puede ser legitimado por un tribunal en el control de inconstitucionalidad de las leyes, es necesario responder a sus interrogantes en lo esencial reconstruyendo con claridad la estructura del mencionado principio. Haciendo una breve comparativa acerca de su aplicación y de los subprincipios que lo componen, sabremos si cumple con las exigencias derivadas de los criterios de racionalidad para saber si, por su conducto, es posible deslindar de una manera plausible las competencias de la autoridad en cuanto intérprete supremo de los derechos fundamentales y del Legislador, en cuanto instancia legitimada para definir las principales directrices políticas de la sociedad.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO

1.1 Marco jurídico mexicano

México es una República Democrática, Representativa y Federal integrada por 31 estados libres y soberanos y un Distrito Federal o capital, sede de los poderes de la Federación; así lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917. Los gobiernos de las entidades federativas y de la federación se dividen en tres poderes:

- El Poder Ejecutivo Federal: Reside en la Presidencia de la República y es ejercido por el presidente, jefe de Estado y de gobierno al mismo tiempo; tiene la facultad de nombrar a los titulares de las secretarías de Estado, integrantes del gabinete presidencial. Dura seis años y no existe la posibilidad de reelección ni emplea la figura de un vicepresidente. En el caso que un presidente de la República no pueda concluir su mandato, la presidencia interina queda en manos de la persona electa por el Congreso, o en su caso, por la Comisión Permanente.
- El Poder Legislativo: Reside en el Congreso de la Unión, que se divide en dos cámaras: La Cámara de Senadores, o Senado y la Cámara de Diputados o Cámara Baja. El Senado se compone de 128 senadores y se renueva completamente cada seis años en concordancia con el período presidencial. La Cámara Baja se compone de trescientos diputados de mayoría y doscientos de representación proporcional elegidos cada tres años. Los senadores y diputados federales no pueden ser reelegidos para un segundo período consecutivo en la misma cámara. Los elegidos para ocupar

cargos de elección popular en México no pueden renunciar al mandato popular, pero en caso necesario pueden solicitar licencia para separarse de su puesto.

- El Poder Judicial: Recae en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en un conjunto de tribunales inferiores y especializados. La Suprema Corte está formada por 11 ministros elegidos por el Congreso de la Unión. La duración del cargo de ministro es de 15 años.

1.2 El sistema jurídico penal

Un sistema jurídico es la ordenación lógica de los conocimientos alcanzados por medio del estudio y el ejercicio del Derecho, en el que el contenido de sus principios determina la relación sistemática de unos con otros garantizando la precisión de sus argumentos y aportando posibilidades de solución para problemas específicos, además de mostrar sus consecuencias en la comunidad.

El razonamiento sistemático y su consecuente organización son esenciales para desarrollar una cultura jurídica estable y sólida; no obstante, sus postulados son puestos a prueba constantemente por influencias teóricas o trasplantes culturales que se acentúan ante la dificultad de aprehender y explicar en su totalidad la naturaleza humana a la cual se dirigen y que a su vez constituye su objeto de estudio. Por otra parte, la esencia de la disciplina jurídico-penal despliega su actividad a partir de la maldad del ser humano y, por ello, se transforma en un instrumento poderoso que permite hacer tanto el bien como el mal.

Es incontable el número de casos en que se abusa del Derecho en sus distintas ramas, dando inicio a un proceso judicial que en muchas ocasiones es imposible detener o dar marcha atrás cuando se han afectado gravemente los intereses de las partes en conflicto. Por ello, es posible afirmar que el Derecho Penal es un instrumento peligroso, pues la aparición de nuevos conflictos siempre representará una solución contraria al sistema jurídico imperante y contrastante con las explicaciones que no pueden integrarse perfectamente en éste, poniendo de manifiesto las deficiencias materiales del ordenamiento legal y provocando la revisión del paradigma existente cuando no se cuenta con una política criminal con lineamientos claros y congruentes. Por ende, jamás debe sobrevalorarse el alcance de la sistematización obtenida en el contexto de un esquema abierto que no se niegue a su modificación o subversión.

De este modo, un sistema penal aspira, como ordenación lógica de los principios de la ciencia jurídico-punitiva, operar como un control social institucionalizado conformado por el segmento policial, judicial y ejecutivo; así la subordinación, por parte de los integrantes de la sociedad, al Poder Estatal institucionalizado -que fija los presupuestos que justifican que un grupo de hombres asociados prive de la libertad a algunos de sus miembros-, legitiman la pena en un:

- Sistema penal dinámico: Conduce a la aplicación de las prohibiciones que emergen de las reglas penales a través de las instancias predispuestas para ello, es decir, la policía, una jurisdicción, un proceso, la cárcel, etc. y, que en su conjunto conforman un ejercicio de control sobre los individuos que cometen delito en observancia al principio de legalidad.

- Sistema penal estático: Es la descripción abstracta de comportamientos que se fundan en la capacidad punitiva del Estado, a través del cual se analizan sus elementos constitutivos así como los componentes que lo relacionan con otras partes del ordenamiento jurídico y el universo normativo desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal.

Por ello, el Sistema Penal, en cada una de sus vertientes, está constituido por principios ordenados lógicamente, que conforman instituciones y funciones en el marco de la política criminal. A su vez, ésta representa un concepto complejo y problemático ante la confusión y diversidad de los términos con que se matiza su objeto de conocimiento, es decir, los factores del fenómeno de la criminalidad y la orientación de la legislación penal a las finalidades materiales del Derecho Penal.

Como parte de la política general de un Estado se considera la función de la justicia criminal y de las respuestas al fenómeno criminal, considerando no sólo la prevención de la delincuencia sino, también, el control de todas sus consecuencias, sus costes económicos y sociales, la sanción derivada, los aparatos de intervención y la sociedad en general. También se considera la generación de una política legislativa que oriente el ideal fundamental que la sociedad pretende alcanzar, logrando el bienestar general.

Por ende, la política criminal de cada Estado permea todos los principios normativos que inspiran la organización estatal: la Constitución como marco de referencia normativo, los ordenamientos secundarios y los instrumentos que posibilitan hacerla efectiva, como los programas y planes de gobierno.

Dentro de la diversidad de posturas político-criminales que asume el Estado al tratar el fenómeno jurídico-penal, cabe estimar como básicas, las siguientes dos:

- Corriente abolicionista: Pretende sustituir al sistema penal por formas no punitivas de resolución de conflictos que se dejan en manos de la sociedad, de modo que los directamente afectados buscan una solución y, si no se halla, se produce una intervención arbitral que establece un resarcimiento civil del daño. El resultado más depurado de esta postura se encuentra en la mediación, que ha ganado terreno en Europa y en algunas entidades federativas de México, lo que se toma como alternativa al sistema penal en ciertos delitos de relativa bagatela. Sin embargo, no podría sustituir al Derecho Penal ante los aspectos más álgidos de la criminalidad: aquella que se presenta en delitos violentos, los patrimoniales, sexuales y socioeconómicos.
- Corriente resocializadora: Legitima al Derecho Penal en general y al sistema de penas privativas de la libertad, en particular. Por su incidencia en el sujeto que ha delinquido y la intención de lograr su reinserción en la sociedad, constituye una variante de la doctrina de la prevención especial que no se limita a la intimidación individual, sino que pretende proporcionarle los medios que lo capaciten para una vida en libertad dentro del núcleo social. Así mismo, parte de la convicción de que el delito responde a causas que se expresan en la personalidad de quien lo comete, cuya remoción con medios científicos determina la desaparición del mal. Esta corriente se impuso en la década de los sesenta en muchos países como

Europeos, y se trasladó a México después de años de prevalencia de la concepción retributiva.

Sin embargo, estas consideraciones en el marco legal mexicano han resultado ineficaces, pues el soporte empírico con que cuentan los sistemas penitenciarios es escaso, al igual que la fiabilidad de los criterios seguidos para la obtención de una readaptación, misma que acentúa la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la sanción delimitada por la sentencia para dejarla al arbitrio de la autoridad ejecutiva. Aunado a lo anterior, es necesario considerar que la sanción o la pena se funda en criterios de peligrosidad que el Derecho Penal ha superado, pues es incorrecto pretender una reeducación para la libertad en condiciones de privación de ésta, que evidentemente tiene un efecto desocializante. Esto no debe entenderse como principio legitimador del sistema penal, sino como una aspiración a favor del reo que no vulnere sus derechos individuales en la medida que sólo se aplique con la colaboración y voluntad del penado y adoptada en condiciones análogas a las de los sujetos que conviven en la sociedad libre, atendiendo todos los detalles como eliminar los uniformes de los presidiarios hasta la visión de que el sistema readaptatorio se le presente como oferta alterna al comportamiento criminal que el penado puede libremente rechazar.

Históricamente se ha cuestionado la postura terapéutica de la aplicación de penas, pues en ocasiones se proclama como una vía legitimadora del Derecho Penal, y no la concibe como un mal con propiedades intimidatorias que dirija hacia una readaptación; sin embargo, no puede negarse que ha establecido algunas condiciones para la humanización del sistema penal, por lo que la síntesis de los esfuerzos a favor de su mejoría se concreta en la evolución de las ideas

político-criminales hacia una postura garantista, la cual parte de la función de protección a la sociedad por medio de la prevención general de los delitos pretendiendo legitimar al Derecho Penal en cuanto que ejerce un efecto disuasorio para prevenir futuras conductas antisociales; se sustenta en los siguientes axiomas:

- Principio de intervención mínima: Se trata de una efectiva disminución de la intervención penal, es decir, su reducción a lo estrictamente necesario cuando otros controles gubernamentales no puedan resolver legislativamente el asunto ante la magnitud de la afectación del bien jurídico, lo que reclama, por un lado, una depuración de los objetos de protección penal y, por otra, una construcción restrictiva del bien jurídico.
- Principio de exclusión: La concepción del Derecho Penal mínimo reclama una acción limitada de *acción sancionadora del Estado*: sólo cuanto baste para cumplir con una función preventiva doble, es decir, la prevención general de los comportamientos más indeseables, negativos e insolidarios (delitos) –pues el ciudadano debe ver en la norma penal el límite de lo permitido referido a lo más elemental de la convivencia–, y, por otro lado, evitar las reacciones espontáneas de los ciudadanos agredidos por los delincuentes o grupos sociales que se solidarizan con ellos al pretender hacerse justicia por propia mano, es decir, la prevención de las penas privadas, arbitrarias y, por tanto, desproporcionadas ante la pérdida de confianza en las instituciones estatales.

- Principio de amplia extensión de los vínculos garantistas: El garantismo construye al Derecho Penal como una exigencia formal y material que respeta a las garantías individuales para promover un Estado democrático y social de Derecho, que trate de conciliar el principio preventivo general de protección social mediante la disuasión de los delitos con los principios de proporcionalidad y humanización; ello implica establecer como directriz la eliminación de penas cortas o excesivamente largas mediante la instauración de nuevas formas de reacción punitiva a través de formulaciones alternativas a la pena, ya que la eficacia intimidatoria no requiere penas graves; así mismo, que el tratamiento penitenciario se visualice como un ofrecimiento que el condenado es libre de aceptar o no: que se interprete como un derecho y no como un sometimiento obligatorio al recluso por ser la función determinante del sistema penal.

Por ello, se puede interpretar que el sistema penal parte de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de los delitos, procede a subrayar las exigencias formales y materiales con apego a las garantías individuales, el respeto absoluto a los derechos fundamentales y acogiendo las tendencias humanizadoras, expresa el estado más evolucionado de desarrollo de las actividades político-criminales básicas, estableciendo límites a los principios rectores.

Los principios constitucionales básicos del Estado moderno en la realización de la justicia han generado una directriz de la política criminal que impone límites al poder punitivo y orienta a los operadores jurídicos en sus tareas de decidir qué puede ser delito, a quiénes sanciona, y cómo se impone una pena, entre los cuales destacan los siguientes:

- Principio de legalidad: La ley penal debe expresar la conducta prohibida para que los ciudadanos se motiven frente a ella, constituyendo la piedra angular de todo sistema jurídico en la medida que nadie puede ser castigado penalmente sin que se defina la conducta como delito y se establezca la pena correspondiente. El proceso dentro del cual se impondrá la sanción y estén definidas las reglas de ejecución de la misma elimina toda posibilidad de arbitrariedad estatal protegiendo las garantías penales, procesales, de ejecución y penitenciarias, a las cuales se suma la irretroactividad.
- Principio de lesividad: Resalta la exclusiva protección de bienes jurídicos que en muchas ocasiones ha sido mermado por la hipertrofia legislativa penal.
- Principio de culpabilidad: Expresa que el Derecho Penal se debe basar en el hecho cometido y no en el carácter amenazante del delincuente.
- Principio de humanidad de las sanciones penales: Una pena que no aporta efectos preventivos generales o especiales es inhumana, proclamando la lucha contra las penas cortas, las demasiado largas y la humanización de la cárcel, debiendo existir proporcionalidad en las sanciones.

- Principio de reconocimiento de las víctimas: Valora el papel de la víctima que ha sufrido la pérdida o menoscabo de sus bienes jurídicos como consecuencia del delito.
- Principios rectores del proceso penal: La garantía de un juez competente, independiente e imparcial; el principio acusatorio, que supone la publicidad y oralidad del proceso, permitiendo la defensa del procesado ante un juez plenamente imparcial y la contradicción del proceso, así como la motivación y publicidad de la sentencia.
- Principio de presunción de inocencia: Implica la obligación que tiene el órgano de acusación de demostrar la responsabilidad del inculpado, quien debe ser considerado inocente hasta en tanto no se demuestre lo contrario.
- Principio *ne bis in idem*: No se puede castigar dos veces a un sujeto por el mismo hecho, rechazando que una infracción pueda dar lugar a más de una pena o sanción, es decir, independientemente de la esfera civil, administrativa, laboral o penal que lo atienda.

Para conocer la postura a la que se afilia el sistema jurídico penal mexicano es necesario recurrir a los contenidos que aporta su Constitución Política General como marco de referencia normativo, dado que ofrece los presupuestos axiológicos para establecer el objeto y los métodos para el conocimiento del sistema penal, los que se complementan con los contenidos de las leyes y códigos ordinarios, así como los programas concretos de las políticas públicas; como ejemplo, pueden citarse algunos conceptos que la Constitución señala en sus artículos 40 y 18 párrafo segundo:

Art. 40: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República Representativa, Democrática y Federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Art. 18: Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

De esta manera, la Constitución determina la organización democrática que asume el Estado y, con ese reconocimiento, se afirma que en un contexto democrático se legitiman todas las limitaciones a la libertad individual sólo por el beneficio social que representan; por ende, según el principio contenido en este artículo, México conserva una corriente garantista por su configuración como Estado democrático, donde sólo cabe ejercer la actividad sancionadora del estado en la medida que proteja el bienestar social a través de la tutela de auténticos bienes jurídicos.

En lo que respecta a la acción penal, se conserva una corriente resocializadora, en la medida de que el tratamiento se establece como obligatorio, lo que sucede normalmente en la práctica penitenciaria, pues la readaptación no se considera una oferta u opción que libremente puede ser rechazada por el reo.

Esto revela severas incongruencias en la política criminal fijada por las directrices constitucionales, la que se acentúa ante los contenidos de las legislaciones ordinarias y la desvinculación de los programas estatales

de prevención del delito, así como la falta de coordinación de las instituciones vinculadas con él.

El Artículo 102 Constitucional establece el reconocimiento de los Derechos Humanos como fin estatal; y por consiguiente, como límite general de la *acción sancionadora del Estado* al establecer órganos encargados de su protección, ubicándose, al menos formalmente, en un esquema francamente garantista:

- Cuando el catálogo de delitos graves va en aumento con nuevas y mayores tipificaciones, donde incluso algunas de ellas sobrevictimizan círculos de especial convivencia como la familia.
- Cuando existe una tendencia de criminalización injustificada.
- Cuando se plantea la elevación de las penas privativas como solución poco creativa para reducir el delito en contra del principio de proporcionalidad de las penas.
- Cuando existen agravamientos de las formas de ejecución de sentencias en cárceles de máxima seguridad que siguen catalogando al delincuente por su peligrosidad, conforme a la criminología positivista.
- Cuando se retoma como fundamento del proceso penal la anquilosada y poco garantista noción de Cuerpo del Delito.
- Cuando no existe certeza en la pena de prisión impuesta por el juzgador, en la medida que se deja su ejecución y posible reducción

al Ejecutivo (indeterminación), careciendo de fines preventivos generales o especiales.

- Cuando existe un Código Penal y Procesal Penal para cada una de las entidades federativas que componen el país, con contenidos diversos.
- Cuando se incluyen constitucionalmente los derechos de la víctima en un proceso penal y no se desarrollan obligaciones del Estado de afrontar los fallos de su intervención y en la defensa de los ciudadanos (reparación de daño moral).
- Cuando impera la prisión preventiva como regla general de los procesos penales ante el incremento de los delitos calificados como graves.
- Cuando el sistema procesal contiene múltiples reminiscencias inquisitivas que vulneran los principios acusatorios que imperan en el mundo, empezando por los procesos escritos y no orales.
- Cuando resurgen los debates en los congresos sobre la pena de muerte.
- Cuando se retoman modelos del estado policial que mediante estas formulaciones avanza y amenaza al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Adhiriéndonos a las propuestas funcionalistas, consideramos que la explicación clásica de la criminalidad como fenómeno individual, debido

a razones antropológicas, psicológicas o sociales propio de la criminología positivista (paradigma etiológico), debe trascender y dar paso al análisis del sistema penal en tanto generador de la criminalidad (paradigma de control), dado que lo que falla es la incongruencia del sistema en abstracto y del penal en concreto.

Así las cosas, se impone la transformación del modelo de sociedad a través de la existencia de instituciones, contenidos normativos y programas congruentes y coordinados como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad; no obstante, en México, ni la orientación básica del Derecho Penal, ni la configuración de los sistemas de sanciones, han perdido de vista las ideas rectoras garantistas. Por ello, no se propone una variación radical de la discusión de la Política Criminal, sino una progresión de las tendencias ya arraigadas.

Debemos partir de que el problema que es prioritario resolver tanto para el Gobierno Federal como para los Estatales es la inseguridad jurídica; y para resolverlo no se requiere únicamente infraestructura, personal capacitado y presupuesto, como comúnmente se dice, sino otra forma de atacar el problema: una Política Criminal congruente.

Para fundar el principio de proporcionalidad como criterio limitante de las facultades legislativas de intervención en los derechos fundamentales como lo requiere el contexto jurídico mexicano debe primero observarse una orientación evolutiva de los aspectos antes mencionados.¹⁸ Con respecto a la garantía de motivación, será necesario conceptualizar sus dos aspectos particulares:

¹⁸ Riccardo Guastini. "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?" en *Interpretación constitucional*. México, Porrúa-UNAM, 2005. pp. 655 y 659.

- Aspecto formal: En la constancia documental de la decisión de un acto de autoridad que ocasione inconformidad deberán expresarse claramente las normas, razones y otras justificaciones que se manifiesten al agraviado previa decisión de la autoridad.¹⁹
- Aspecto material: Es el planteamiento acerca de si la aplicación es correcta de acuerdo con los preceptos que invoca la jurisdicción, y si las razones que expresa verdaderamente llevan a las consecuencias jurídicas en relación con el acto de autoridad, a la justificación de la causa.²⁰

En razón de lo anterior, una medida que intervenga en los derechos fundamentales violaría la garantía de motivación material establecida en el Artículo 16 si reprobaba los criterios del principio de proporcionalidad en relación con el mandato de optimización previsto en el Artículo 1 de la misma. Esto implica que ambas normas tendrán la oportunidad de hacer valer el examen relativo a dicho principio; por tanto, es el fundamento textual del principio de proporcionalidad en México.

Así, intervenir los derechos fundamentales sin satisfacer los criterios del principio de proporcionalidad, se estaría considerando una medida legislativa constitucionalmente prohibida al violar la garantía de fundamentación, pues los derechos fundamentales son normas constitucionales que deben prevalecer a las decisiones de las autoridades ordinarias y carecerá de motivación. Caso contrario será una medida legislativa que intervenga en un derecho fundamental desde un principio

¹⁹ "Apéndice" en Seminario judicial de la Federación 1917-1995. Tesis 802 p. 554.

²⁰ Manuel Atienza. "El Derecho como argumentación" en *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. pp. 31-37.

constitucional, pues de esta manera se determinaría su motivación material en razón del grado en que intervenga en los derechos según las causas que pretendan justificarla, es decir, los criterios que integran el principio de proporcionalidad.²¹

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido límites a los órganos de poder en su quehacer facultativo de ejercer atribuciones administrativas²² al utilizar implícitamente el principio de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones al derecho de acceso a la justicia.²³

En relación con el principio de igualdad, el de proporcionalidad se basa en las resoluciones de la Sala del Alto Tribunal de la Suprema Corte y la jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal del Poder Judicial de la Federación con apoyo en el Artículo 16º constitucional, puesto que los derechos fundamentales del individuo expresados en él garantizan la libertad, la dignidad y la privacidad e imponen a la autoridad el deber de guardarlos y respetarlos. Estos conceptos pueden traducirse en el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales.

Ahora bien, al legislador corresponde examinar la proporcionalidad y cuidar de que los derechos fundamentales no sean violados por parte de una medida legislativa desproporcionada y atendiendo a su constitucionalidad. En México, esta tarea la llevan a cabo los procedimientos federales que pueden declarar nulas las prescripciones contrarias a la constitución y se trata de las acciones siguientes:

²¹ *Semanario judicial de la Federación*. 1999. pp. 355.

²² "Apéndice" en *Semanario Judicial de la Federación* 1917-2000.

²³ Op. Cit. pp. 56

- Amparo: Juicio en el que se entabla una contienda entre el quejoso –aquél que siente agravadas sus garantías individuales– y la autoridad responsable que contesta tal demanda.
- Controversia constitucional.
- Acción de inconstitucionalidad.

Los tres elementos anteriores pueden formar lo que se conoce como un sistema procesal constitucional. Una estructura de derecho procesal, con orientación hacia la proporcionalidad, se compondría, previamente, por argumentos y pruebas. La actividad argumentativa cuenta con datos –valoraciones, opiniones, situaciones– que actúan como puntos de partida y que se añaden al discurso argumentativo.²⁴ Una demanda, bajo estas circunstancias, pretenderá poner una situación a su favor mediante afirmaciones que deberán confirmarse.

Con base en lo anterior, el principio de proporcionalidad se instaura en el marco legal mexicano y apunta de manera directa hacia la tarea del legislador, quien, en primera instancia, debe de describir la conducta que se considera delito e imponer una sanción tomando en cuenta que sea lo rigurosamente proporcional al delito, pues , si la sanción impuesta es excesiva al daño realizado en la conducta típica, dicha sanción se tornará injusta y el exceso de pena implica una violación a los principios básicos del Derecho Penal, tornándose cruel, inhumana y degradante.²⁵

²⁴ Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Fundap- Colegio de Secretarios de la SCJN, Querétaro, 2002. pp. 45-46.

²⁵ Tocora, Fernando, *Principios Penales Sustantivos*, Temis, Bogotá, 2002, p. 53.

Este principio, a pesar de su importancia y su discurso evidentemente simple, contiene un axioma difícil de considerar, pues la proporcionalidad en sí refiere una ecuación en la que "A" debe ser igual a "B" o al menos muy semejante, pero tratándose de un delito y una pena, tal operación resulta sumamente compleja. Esto conduce a uno de los principales problemas a los que se enfrenta el legislador en cuanto a su trabajo en materia penal: la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena.

El principio de proporcionalidad se alude, sobre todo, en las sentencias de control constitucional que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales, apareciendo como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶

Cada uno de estos subprincipios expresa la exigencia que toda intervención de los derechos fundamentales debe cumplir:

- Idoneidad: Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- Necesidad: Toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido entre todas aquéllas que revisten, por lo menos, la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

²⁶ La definición de los tres subprincipios de la proporcionalidad en el Derecho Constitucional se debe sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y a la doctrina germana que se ha ocupado de este concepto.

- Proporcionalidad en sentido estricto: La importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del Derecho Intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el Derecho Fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y la sociedad en general.²⁷

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los

²⁷ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.

titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.²⁸

La idea de proporcionalidad es una noción general que alude a una relación armónica entre objetos diferentes, a veces contrapuestos, en una determinada situación. Aunque es habitual su referencia en ciencias y artes formales como las matemáticas y la arquitectura, también puede emplearse en ciencias normativas como la Ética y el Derecho.²⁹

La idea de un orden inmanente en el que los objetos se relacionan de forma ideal ha sido persistente en los campos del intelecto y de la actividad del ser humano. Traducido esto al ámbito del Derecho, es posible percibir y aprehender intelectivamente una situación en la que, de manera óptima, se relacionen normativamente dos bienes o intereses cuya satisfacción es opuesta en un caso concreto y apreciar si efectivamente dicha situación se realiza o el orden jurídico positivo la promueve.³⁰

La justicia, como uno de los valores principales del Derecho, se funda en una determinada proporción entre las cosas, cuya transgresión torna injusta su relación o la vuelve inequitativa.³¹ En el ámbito del Derecho Constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas

²⁸ Ídem, p. 43.

²⁹ Rubén Sánchez Gil. *El Principio de Proporcionalidad*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. p. 120.

³⁰ Ídem, p. 13.

³¹ Luis Recaséns Siches. *Tratado general de filosofía del derecho*. 14ª. Ed., México, Porrúa, 1999, p. 481.

relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa.³²

A grandes rasgos, estriba en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un Derecho fundamental u otro principio constitucional, sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado Constitucional.³³ La gran mayoría de las disposiciones constitucionales y en especial los Derechos Fundamentales, son una categoría de normas jurídicas denominadas Principios.

Los principios jurídicos se distinguen de las reglas en que los primeros tienen una formulación tan abstracta que los hace aplicables a innumerables supuestos concretos y ordena otro tanto de conductas para ellos. Mientras que una regla es aplicable cuando un conjunto de hechos fácticos ocurre y prescribe una determinada conducta; un principio establece valorativamente una determinada situación que el orden jurídico debe alcanzar, impone a éste un ethos que debe satisfacer, lo que lo vuelve relevante en prácticamente cualquier situación y no sólo puede prescribir una determinada acción al sujeto cuya conducta regule, sino podría indicarle una amplia gama dentro de la cual pueda actuar para satisfacerlo.³⁴

³² Juan Cianciardo. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 23.

³³ Sánchez Gil, Rubén, Ob. Cit., p. 20.

³⁴ Sánchez Gil, Rubén, Ob. Cit., p. 27.

Una diferencia notable entre reglas y principios es que éstos implican un mandato de optimización; las reglas sólo pueden categóricamente cumplirse o incumplirse, mientras que los principios pueden satisfacerse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades normativas y fácticas del caso concreto.³⁵

Los principios establecen un deber ser ideal que, por lo tanto, admite que no sean satisfechos plena sino parcialmente, pero bajo el deber de optimizarlos, llevarlos al máximo en tanto que lo permitan las circunstancias de hecho y de Derecho.³⁶

Esta optimización a la que están llamados los principios constitucionales por su naturaleza y el aspecto axiológico que implican, hace posible la solución de los conflictos que enfrentan por la vía de la ponderación y adecuación a las que lleva la idea de proporcionalidad,³⁷ a diferencia de las reglas, que sólo admiten respuesta categórica: se cumplen o no, invalidándose terminantemente una de ellas en caso de conflicto.

Colisión es la oposición de principios y un conflicto una oposición de reglas; la primera puede acordarse y la segunda implica una contradicción que sólo puede resolverse tajantemente con la declaración de invalidez de una de ellas.³⁸

³⁵ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 4ª. Ed. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 75-77.

³⁶ Ídem, p. 108.

³⁷ Ibídem, p. 100.

³⁸ Carla Huerta Ochoa. *Conflictos normativos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 52.

En los últimos años ha habido un incremento en los pronunciamientos judiciales en México, calificando a los Derechos Fundamentales como Valores Jurídicos. Así lo ha reconocido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar lo siguiente respecto del principio genérico de igualdad:

*Es uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.*³⁹

Respecto de las colisiones concretas entre Derechos Fundamentales, la opinión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es que

*La carta magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás.*⁴⁰

Se deben interpretar las normas fundamentales con sentido aparentemente contradictorio buscando una adecuada relación entre ellas. En los casos en que se opongan los sentidos normativos los derechos fundamentales u otros principios, la prevalencia de alguno de ellos resultará de una valoración que, lejos de referirse a su rígida y absoluta ordenación, tome en cuenta las particularidades fácticas en las cuales se enfrentan.⁴¹

³⁹ "Igualdad. Límites a este principio" en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª. Época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1ª./J. 81/ 2004, p. 99.

⁴⁰ "Constitución Federal" en *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª. Época, vol. 39, primera parte, p. 22.

⁴¹ Risieri Frondizi. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3ª. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 14-19.

En México, los principios constitucionales deben tener la máxima satisfacción que permitan las circunstancias jurídicas y fácticas, la cual no debe menoscabarse a menos que constitucionalmente sea estrictamente indispensable.

Este mandato de optimización de los derechos fundamentales en México deriva de la interpretación a *contrario sensu* del Primer Párrafo del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fechas recientes, estipula que:

El primer párrafo del artículo 1º [de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos]... evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a los mismos sean

*concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye.*⁴²

Asimismo, el mandato de optimización de los derechos fundamentales encuentra una fuente internacional en el principio *pro homine* establecido en los artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 inciso B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados internacionales a los que México está vinculado y que consecuentemente forman parte de su sistema jurídico, conforme lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

La aplicación del principio de proporcionalidad y el examen de los criterios que lo forman (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se afianza primeramente sobre la norma, implícitamente adscrita al primer párrafo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ordena dar a los Derechos Fundamentales y a todos los demás principios constitucionales la máxima eficacia y

⁴² Amparo directo en revisión 988/2004, sentencia, 29 de septiembre de 2004, con. IV, p. 21.

amplitud posibles, es decir, a la optimización, reconocida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al respecto, el Doctor Rubén Sánchez Gil opina que

Es del todo iluso querer encontrar en los debates históricos constitucionales, una expresión que claramente manifieste la voluntad del Constituyente histórico de radicar en el artículo 16 Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, al principio de proporcionalidad y la aplicación de sus subprincipios como criterios delimitadores de las atribuciones legislativas de intervención en los Derechos Fundamentales. Comprensiblemente, en su contexto las Asambleas Constituyentes de 1857 y 1917 se preocuparon de forma prácticamente exclusiva por prohibir el grosero despotismo de las autoridades contra la persona, el domicilio y los bienes de los gobernados, como indican las transcripciones de sus discusiones; nunca repararon en las sutilezas del principio de proporcionalidad, que probablemente ni siquiera imaginaron.⁴³

En relación con el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el constituyente imprimió algún deseo de prevenir abusos administrativos y judiciales, más que formular una intención por limitar las facultades del legislador, como se desprende de lo expresado por el diputado Epigmenio Martínez:⁴⁴

Estamos considerando un Estado netamente constitucional y que vamos a ser todos los hombres del nuevo régimen y, por lo tanto,

⁴³ Sánchez Gil, Rubén, Ob. Cit., p. 65.

⁴⁴ Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5ª. Ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 200, t. III, p 246.

las autoridades administrativas tendrán que preocuparse precisamente del bienestar de la sociedad y no abusarán de sus facultades ni coartarán ninguna libertad.

Aunque sí hubo alguna manifestación en el sentido de dar a los derechos fundamentales la máxima eficacia, expresada por el diputado Silva Herrera:

*Tratamos, no de restringir las garantías individuales, sino de ampliarlas, si es posible, y evitar todas las dudas que surgieren y que darían lugar a infinidad de amparos.*⁴⁵

Sin embargo, la ausencia de una intención original no obsta para excluir dicho principio del sistema constitucional mexicano. El ordenamiento actual busca establecer un Estado constitucional democrático,⁴⁶ muestra de ello es la garantía de motivación establecida en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya interpretación⁴⁷ indica que dicha disposición se orienta a prohibir la arbitrariedad en el ejercicio del poder público e impone el deber de proceder racionalmente, con fundamento en el Derecho y con razones objetivas que den justificación a sus actos;⁴⁸ puesto que:

⁴⁵ *Ibíd.*, t. III, p.240.

⁴⁶ Rubén Sánchez Gil. *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*. México, Porrúa, 2006, pp. 19-21.

⁴⁷ Tipo de interpretación preferible según la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cfr. "Interpretación de la Ley" en *Seminario Judicial de la Federación*, 5ª. Época, t. CXXIII, p. 666.

⁴⁸ Rubén Sánchez Gil. *Op. Cit.*, p.66.

*La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer, sobre bases objetivas, la racionalidad y la legalidad de éstos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad.*⁴⁹

Tradicionalmente, se ha interpretado la garantía de motivación contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como dirigida a las autoridades administrativas y judiciales, que les impone el deber formal de poner de manifiesto el silogismo jurídico por el cual se concluye que, a un hecho concreto, resultan aplicables las consecuencias previstas en la ley o los reglamentos.⁵⁰ Lo anterior se explica al haberse formulado el Artículo 16 Constitucional en el contexto iuspositivista imperante en 1917.

Para fundar el principio de proporcionalidad en la garantía de motivación del artículo 16 de la Carta Magna como criterio limitante de las facultades legislativas de intervención en los derechos fundamentales, y según lo requiere el contexto jurídico contemporáneo, es preciso, sobreinterpretar esa disposición y darle una orientación liberal y evolutiva.⁵¹

La sobreinterpretación es la atribución de significado a un texto, no para dilucidar el significado que su autor pretendió darle originalmente, sino para que el lector use uno de sus posibles sentidos que el contexto le permita; materialmente factible en todo caso y admisible cuando un texto

⁴⁹ José Ovalle Favela. "Comentario al artículo 16", t. III, p. 173.

⁵⁰ Ignacio Burgoa. Op. Cit., p. 604.

⁵¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Interpretación constitucional*. México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 655.

se produce no para un único destinatario sino para una comunidad de lectores, cuya interpretación se inscribe en una compleja estrategia de interacciones que también implica a los lectores.⁵²

El Doctor Sánchez Gil ha sostenido que la garantía de motivación tiene dos aspectos: uno formal y el otro material.

- Formal: En la constancia documental de la decisión de un acto de autoridad que ocasione molestia, se expresan claramente las normas jurídicas, razones, motivos y demás justificaciones que lo ocasionen, es decir, que se manifieste a la persona a quien perjudican la causa legal de la decisión de la autoridad.⁵³
- Material: Se refiere al fondo del acto de autoridad, a si son debidamente aplicados o no los preceptos que invoca, si las razones que expresa verdaderamente llevan a las consecuencias jurídicas, es decir, si el contenido del mismo es correcto, lo que constituye la racionalidad del acto.

El Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, en resoluciones recientes ha usado implícitamente el principio de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones al derecho de acceso a la justicia. En otras ocasiones, para concebir la pena inusitada a que se refiere el Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el mismo Pleno de la Corte ha sostenido que debe tenerse como tal a aquélla proporcionalmente excesiva en relación con el

⁵² Umberto Eco. *Interpretación y sobreinterpretación*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 67-74.

⁵³ "Apéndice" en *Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, común, tesis 802, p. 544.

bien jurídico dañado por el delito del cual derive su aplicación, lo que también implica la realización del examen relativo a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

1.2.1 Antecedentes penales o primodelincuencia

Primodelincuente es un sujeto que comete una conducta antisocial, por primera vez independientemente de que haya estado bajo la acción de un procedimiento penal.

La primodelincuencia es tomada en cuenta en el sistema judicial mexicano al momento de individualizar la pena y a la hora de solicitar algún beneficio; sin embargo, no hay que confundir que por tratarse de un sujeto que delinquiró por primera vez se le debe imponer la sanción mínima contemplada para el caso específico, tal como lo sustenta la siguiente jurisprudencia:

Si el sentenciado aduce que no se encuentra demostrado el grado de culpabilidad en que se le ubicó en razón de que, al ser primodelincuente, debió considerarse en un grado mínimo de peligrosidad y por ello aplicar la pena mínima, se le hará ver que dicho argumento es infundado; en primer lugar porque en principio afirma de manera dogmática que se reunieron los requisitos para que se le considerara de peligrosidad mínima; sin embargo, es preciso señalar que el único órgano facultado para determinar el grado de reproche y su sanción es el judicial y no el procesado o su defensa, además tampoco existe precepto alguno en el que se determinen apriorísticamente los requisitos para que se considere a

los sentenciados con peligrosidad mínima, más aún cuando en la actualidad la imposición de las penas no depende del grado de peligrosidad, sino de culpabilidad, para cuya fijación es pertinente ponderar tanto los aspectos personales del enjuiciado como la gravedad y particularidad del hecho, empero no existe un sistema compensatorio de manera que, nada impide que los factores de agravación por sí mismos puedan incrementar el grado de culpabilidad, con independencia de los antecedentes o factores personales; de ahí que nada de irregular tiene el hecho de que la responsable pondere de modo relevante la forma y circunstancias de ejecución del hecho para determinar el grado de culpabilidad y, por ende, la pena.⁵⁴

La particularidad de que un acusado sea primodelincuente, no obliga al juzgador a que lo considere de una temibilidad mínima y consecuentemente a que se le aplique el mínimo de la sanción correspondiente pues, además de esa circunstancia, se deben tomar en cuenta todos los datos que se deriven de las constancias procesales que mencionan los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal.⁵⁵

⁵⁴ Individualización de la pena: su determinación no se basa en un sistema de compensación de factores, por ello el juzgador puede ponderar tanto los aspectos personales del enjuiciado, como la gravedad, magnitud y particularidades del hecho que justifiquen por sí mismos el grado de culpabilidad. *Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Mayo de 2006. Página 1549.

⁵⁵ Pena mínima: no la obliga la primodelincuencia. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época. Tomo XII. Octubre de 1993. Página 342.

1.2.2 Reincidencia

La delincuencia es un tema de trascendencia debido al impacto que genera en la convivencia y el bienestar social. Uno de los aspectos de esta problemática es la reincidencia delictual o delictiva, es decir, cuando una persona que ha sido detenida por un delito y que ha tenido que cumplir una condena, vuelve a cometer el mismo u otro delito.

El término Reincidencia, desde el ámbito jurídico penal, expresa una repetición de un hecho ilícito que proyecta un significado en cierta similitud a la peligrosidad; un reincidente se considera más peligroso que aquel sujeto que por primera vez delinque; puede designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente.⁵⁶

El concepto de la reincidencia como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, se divide en:

- Reincidencia genérica: Es la que se produce cuando el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente a la del primero
- Reincidencia específica: Es la que se presenta cuando el primero y el segundo delito son de la misma naturaleza.

El Código Penal Federal, en su Título Primero, Capítulo VI, se pronuncia acerca de la reincidencia en los siguientes términos:

⁵⁶ Elián Zambrano Ramírez. *Anuario Jurídico*. Nueva Serie, 1994, p. 271.

Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

Artículo 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.

Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente.

Artículo 65. La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

En caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

Esencialmente, la reincidencia es entendida como la realización de un nuevo delito, ejecutado por el mismo agente, después de haber sido condenado por otro anterior. Tal comportamiento delictivo demuestra la peligrosidad del sujeto y aumenta su responsabilidad criminal, sea por la ineficacia o desprecio que de la sanción tiene o por su tendencia a la realización de nuevos delitos.

Así, la reincidencia delictiva se muestra como un problema complejo que requiere del abordaje de una multitud de factores explicativos como la disfuncionalidad familiar, la deserción escolar, la existencia de subculturas, el modelo económico o la asociación entre la delincuencia y la pobreza entre sus causas principales.

Lo indiscutible, es la consistente tendencia al aumento de las tasas de reincidencia que hoy en día prevalecen, ante el fracaso de lo que ha sido llamada la reinserción social o la plena rehabilitación, puesto que se demuestra que el delincuente reincidente es insensible a la sanción y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales, sin dejar de considerar que la experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia, no han servido para atemorizar o funcionar de modo que inhiban a los delincuentes a reincidir.

1.2.3 Gravedad

Si las leyes en materia penal, de cuya bondad depende inmediata y principalmente la seguridad de los ciudadanos y por consiguiente su libertad,⁵⁷ no deben ser objeto de intercambio de favores políticos ni mucho menos como un retroceso a modo de venganza privada.

Las leyes penales son parte fundamental de la convivencia social; en ellas se tutelan o protegen los bienes jurídicos considerados imprescindibles para la convivencia entre los individuos y su lesión o puesta en peligro hace de la amenaza penal una realidad.

Un problema que se presenta al momento de la creación de las leyes penales es la determinación de la sanción en relación con la descripción típica, y que también está íntimamente ligada con la gravedad de la conducta realizada por el sujeto, así como las circunstancias que lo indujeron a delinquir.

Se debe considerar, ante todo, la proporcionalidad y necesidad de la sanción penal, así como tomar en consideración que el tipo penal a sancionar represente un daño o una puesta en peligro de un bien jurídico tutelado y la importancia de éste.

Encontrar un equilibrio exacto entre el tipo penal y la sanción es sumamente complejo; esto se ha intentado durante mucho tiempo, teniendo en la "Ley del Talión" su ejemplo más extremo, puesto que, a pesar de establecer el uniforme "Ojo por ojo, diente por diente", no deja de ser una violencia ejercida sin límite.

⁵⁷ Manuel de Lardizabal y Uribe. *Discurso de las penas*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 3.

Es posible encontrar dos maneras de dar solución al conflicto: un medio objetivo y otro subjetivo; el primero relacionando la gravedad de la sanción al daño realizado y el segundo con la gravedad de la sanción al grado de culpabilidad;⁵⁸ sin embargo, no queda clara la ponderación que debe darse a cada uno, si bien es cierto que la sanción penal puede medirse en tiempo o en dinero, el daño o la culpabilidad que pueda representarse en el tipo no lo es, dejando su correspondencia al criterio valorativo de los legisladores.

En este punto es importante diferenciar daño de peligro, puesto que la advertencia de sanción preceptuada en el texto legal penal será diferente si se trata de uno u otro supuesto; el contraste entre ambos resulta de que mientras en el daño se concreta el resultado lesivo para un bien determinado, en la puesta en peligro tal lesión no existe, pero sí la probabilidad de que ésta hubiera acaecido.⁵⁹

Ahora bien, considerando a la culpabilidad como el grado de responsabilidad establecido en el precepto penal, al consignar una sanción penal más alta a aquellas conductas que se especifiquen como dolosas y menor a las culposas relacionando un elemento del delito para graduar la sanción correspondiente, que en la sistemática finalista está considerada como elemento subjetivo y en la sistemática causalista al nivel de la culpabilidad.

La compleja e incierta valoración en torno a los criterios de lesividad y culpabilidad hacen que el establecimiento de la cantidad de sanción,

⁵⁸ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Barcelona, 2000, p. 399.

⁵⁹ Francisco Pavón Vasconcelos. *Diccionario de Derecho Penal*. Porrúa, México, 1997, p. 763.

sea más bien un ejercicio de medición que dan como resultado una relación de máximos y mínimos de sanciones. Siendo sin duda esta escala la mejor solución, pues la pena legal es sólo en raras veces una pena absoluta, con magnitudes exactamente fijadas⁶⁰ ya que, al ser dicho cálculo tan subjetivo, no puede de modo alguno llegar a un valor idéntico y es preferible un margen de discrecionalidad.

Olga Islas, en su definición de punibilidad específica que ésta se determina cuantitativamente en razón del valor del bien jurídico tutelado y del ataque a éste, en un intervalo que va de un mínimo a un máximo.⁶¹

Es en relación con los bienes jurídicamente tutelados que se basa dicha escala de valores, puesto que La tarifa de las penalidades es la medida de valor de los bienes sociales.⁶² Y Beccararia en el mismo sentido señala que "si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretado contra los delitos del primer grado las penas del último".⁶³

Una vez determinada una jerarquía de bienes jurídicos, se establecen de acuerdo con su valor, del tipo de ataque (lesión o puesta

⁶⁰ Edmind Mezger. *Derecho Penal. Parte General*. Cárdenas Editor, México, 1990, p. 359.

⁶¹ Olga Islas de González Mariscal. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. Editorial Trillas, México, 1982, p.42.

⁶² Rudolph Jhering. *El fin del derecho*, p.123; cit. Por Ferrajoli, *Op. Cit.*, p. 402.

⁶³ César Beccararia. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 27 y 28.

en peligro) a éste, así como la consideración sobre la culpa o el dolo que se señala en el precepto; los intervalos de las penalidades.

De ahí que una vez establecida tal relación entre sanción y bien jurídico (preponderadamente) el ordenamiento se vincule a ella firmemente, por lo que es incomprensible encontrar contradicciones en el ordenamiento penal en correlación con dicha escala.

Por cuanto a la individualización de la pena, se debe considerar la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado tomándose en cuenta diversos aspectos que se vinculan al acto mismo y no a la peligrosidad.

1.2.4 Daño causado a la sociedad

Sin importar en qué contexto social o cultural nos encontremos, la delincuencia es un tema de trascendencia debido al impacto que genera en la convivencia y el bienestar social. El derecho penal como ciencia y ordenamiento sancionador de la conducta de los hombres debe revisarse permanentemente para asegurar la vigencia de sus principios y la eficacia social de su observancia y aplicación, en beneficio de la sociedad a quien debe brindar certeza y seguridad.

La legislación se reforma a fin de adecuar sus disposiciones para atender diversos fenómenos delincuenciales frente a los cuales se exige, legítimamente, mayor castigo y mejores formas de protección social.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que si bien se ha avanzado en materia de procuración y administración de justicia, la realidad social, otra vez, ha desbordado las previsiones legales porque

conductas antisociales permanentes y nuevas atentan, con mayor crueldad y aún sadismo contra la vida, la integridad física y moral, la libertad, el patrimonio y la tranquilidad de los habitantes.

La delincuencia se ha incrementado llegando a índices alarmantes, por diversos y complejos motivos que abarcan desde la falta de empleo hasta novedosas formas de organización delincencial, motivando actitudes que van desde mórbidas propensiones en algunos sectores sociales hasta la veneración de algunos delincuentes y a la tolerancia de giros criminales que supuestamente no afectan a la sociedad pero que propician la impunidad y la corrupción.

Lo anterior es preciso corregirlo, y la forma de hacerlo quizá podría ser ampliando el catálogo de los delitos graves, estableciendo mayor severidad en las penas y evitando que quienes han delinquido se reincorporen a la sociedad sin haber acreditado que se encuentran aptos para convivir en ella.

Durante los últimos años han aparecido novedosas formas de delincuencia, que revelan desde formas elementales de agrupamiento para delinquir hasta sofisticadas organizaciones que cuentan con recursos económicos, servicios profesionales, armas y equipos incluso mejores que los del Estado, poniendo a éste en condiciones de desventaja.

Paralelamente a la delincuencia organizada, otros grupos que también han hecho del delito su *modus vivendi*, han proliferado adoptando actitudes de extrema crueldad y aún sadismo en contra de sus víctimas, acrecentado la amenaza al orden y a la tranquilidad pública.

La sociedad reclama, y con justa razón, mayor eficiencia, oportunidad y calificación de las instituciones y de quienes las integran

para detener, procesar y castigar a los delincuentes; de ahí, que sea preciso revisar y actualizar las disposiciones penales, no sólo para atender aquella exigencia que en nuestros días es clamor de urgente e impostergable respuesta sino también síntoma evidente de que el Estado debe fortalecer sus mecanismos para hacer frente a la delincuencia e impunidad que hoy socavan las bases de la sociedad.

Se crea el tipo penal de acoso sexual con el propósito de conservar la tranquilidad laboral, particularmente, a favor de las mujeres que son objeto de atropello en su dignidad y seguridad en el trabajo al verse sometidas a exigencias y apetencias contrarias a la moral y a todo derecho.

Se necesitan instrumentos jurídicos que den certeza, seguridad, eficacia y que respondan a los requerimientos y expectativas de la población para hacer frente a la diversidad de delitos que hoy día la aquejan como es la delincuencia organizada, el secuestro, el robo y la violencia, etc., y que éstos atentan contra la vida, la integridad física y moral, la libertad, el patrimonio y la tranquilidad.

1.2.5 Reparación del daño

Conforme a la doctrina, el delito origina por lo general, además de la lesión al bien jurídico tutelado por el hecho tipificado que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial, es decir un daño, y por lo tanto viene a ser una fuente de obligación. Para la mayoría de las legislaciones, la ejecución de un delito origina dos pretensiones, la punitiva y la reparadora, de las cuales nacen dos acciones: la penal, cuyo ejercicio

compete al Estado, y la civil, susceptible de ser ejercitada por el ofendido o por sus causahabientes.

La reparación del daño se encuentra dentro de la categoría de pena pública, convirtiéndola en un objeto accesorio de la acción penal.

El Código Penal Federal contempla la figura mencionada en su Título Segundo, Capítulo V, donde establece que la reparación del daño comprende:

- La restitución de la cosa obtenida por el delito o, en su defecto, el pago de la misma.
- La indemnización del daño material y moral causado, así como el pago de los tratamientos curativos ocasionados por el delito, además cuando se trate de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar también comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos.
- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 29. La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

Artículo 30. La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la

víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

No hay que confundir el daño causado por el delito con el causado por el acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 del Código Civil Federal y que a continuación se transcribe:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La reparación del daño de hechos ilícitos, constitutivos de delito, debe ser exigida forzosamente dentro del proceso penal.

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

La reparación del daño tiene un doble carácter: de pena pública, cuando debe ser hecha por el delincuente; y de responsabilidad civil

cuando deba exigirse a alguno de los terceros enumerados en el Artículo 32 del Código Penal Federal:

Artículo 32- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad:

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

Con el carácter de pena pública la exige de oficio el Ministerio Público en el proceso, y como responsabilidad civil se demanda por el propio ofendido mediante un incidente, tienen derecho a la reparación del daño:

- El ofendido.
- En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. Asimismo, en todo proceso penal el Ministerio Público está obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN ESPAÑA

2.1 Organización gubernamental y política

España es una monarquía parlamentaria; al frente de ella, un monarca hereditario ejerce como Jefe de Estado apoyado por un parlamento bicameral: las Cortes Generales.

Al poder ejecutivo lo forma un Consejo de Ministros presidido por un Jefe de Gobierno; entonces, el monarca propone acuerdos al Presidente del Gobierno tras elecciones generales mientras conserve la confianza del Congreso de los Diputados.

El poder Legislativo se establece en las Cortes Generales, órgano supremo de representación del pueblo español; se componen de una Cámara Baja, el Congreso de los Diputados, y una Cámara Alta, el Senado. El Congreso de los Diputados cuenta con 350 miembros elegidos por votación popular, en listas cerradas y mediante representación proporcional elegidos por circunscripciones provinciales, para servir en legislaturas de cuatro años. El sistema no es absolutamente proporcional puesto que existe un número mínimo de tres escaños por circunscripción y se usa un sistema proporcional levemente corregido para favorecer las listas mayoritarias. El Senado cuenta con 259 escaños, de los cuales, 208 son elegidos directamente mediante voto popular, por circunscripciones provinciales y en cada una de ellas se eligen 4 senadores, siguiendo un sistema mayoritario (3 para la lista mayoritaria, 1 para la siguiente), excepto en las islas, Baleares y Canarias (en los que la circunscripción es la isla) y los otros 51 son designados por los órganos regionales para servir, también, por períodos de cuatro años.

El poder judicial está formado por el conjunto de Juzgados y Tribunales, integrado por Jueces y Magistrados, que tienen la potestad de administrar justicia en nombre del Rey (véase Poder Judicial de España).

2.2 El principio de proporcionalidad

Los primeros antecedentes del principio de proporcionalidad en el Derecho público español datan de mediados del siglo XX. En los albores de la década de los cincuenta, L. Jordana de Pozas señaló que las intervenciones de la Administración en la esfera de autonomía de los particulares sólo estaban justificadas en los casos y en las proporciones necesarias.⁶⁴ Pocos años después, el artículo 6º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sometió las intervenciones administrativas en la libertad a los subprincipios de idoneidad y de necesidad. Dicho artículo prescribía:

*El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen. Si fueren varios admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.*⁶⁵

El artículo 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 instituyó el subprincipio de idoneidad como límite para el ejercicio de las competencias de la Administración. Dicho artículo prescribía:

⁶⁴ L. Jordana De Pozas. "El problema de los fines de la actividad administrativa" en *Revista de Administración Pública*. Núm. 4, 1951, p. 11.

⁶⁵ Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos.

Tras estas primeras referencias doctrinales y legales, el principio de proporcionalidad comenzó a ser utilizado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la fundamentación de sus decisiones. La sentencia de 20 de febrero de 1959 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo fue pionera de esta corriente jurisprudencial. En dicha sentencia se declaró nula una orden del Ministerio de Educación, por haber transgredido el subprincipio de necesidad. El Tribunal Supremo señaló que en el caso concreto no se verificaban las circunstancias que hiciesen imprescindibles las muy intensas restricciones a los derechos de los particulares afectados, impuestas por las medidas adoptadas por la Administración. De acuerdo con el Alto Tribunal, la situación que había justificado la expedición del acto administrativo demandado, habría podido encararse con "otros medios más adecuados", que no entrañasen para los afectados, sanciones de tan extraordinaria gravedad.

La fundamentación de la sentencia es de una extraordinaria importancia en el orden de los principios, por cuanto supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios afines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria.⁶⁶ A partir de entonces, este autor enfatizó, toda reglamentación administrativa que restringe las libertades y que no fuese proporcional o congruente con las finalidades perseguidas tendría que ser declarada ilegal.

⁶⁶ E. García de Enterría. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria" en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, p.138.

La doctrina contenida en esta sentencia de 20 de febrero de 1959 fue reiterada por otras decisiones judiciales posteriores, proferidas aún en tiempos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La mayor parte de dichas sentencias guardaban relación con el examen de legalidad de las infracciones y las sanciones administrativas. Tras la promulgación de la Constitución de 1978, y posteriormente la Ley 30/1992, esta tendencia se acrecentó y la aplicación del principio de proporcionalidad se propagó a otros campos del control de la actividad administrativa tales como: la regulación del mercado, el urbanismo, el medio ambiente, la liquidación de arbitrios municipales, la construcción y la adjudicación de viviendas de protección oficial, la imposición de medidas cautelares, la ejecución administrativa forzosa, la imposición de sanciones administrativas, la conservación y el restablecimiento de la seguridad ciudadana y en general, el ejercicio de los poderes discrecionales.

Esta inusitada expansión del principio de proporcionalidad lo ha convertido en uno de los principios estelares para el control sustantivo de la discrecionalidad administrativa.⁶⁷

El Tribunal Supremo ha señalado que la sorprendente difusión de este principio a lo largo y ancho de su jurisprudencia administrativa se explica porque se trata de un principio general del Derecho, que resulta vinculante para la Administración pública en virtud del artículo 103.1 de la Constitución Española, y porque la proporcionalidad de las actuaciones administrativas es un imperativo constitucional que se deriva del artículo 106.1 de la Constitución Española.

⁶⁷ J. Barnés. *El principio de proporcionalidad*. Estudio preliminar, p. 22.

El principio de proporcionalidad también ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional como uno de los criterios estelares para la fundamentación de sus decisiones. En esta jurisdicción se ha aplicado en relación con asuntos de la más variada índole. Sin embargo, el control de los actos del Estado que intervienen en los derechos fundamentales es el campo de aplicación más emblemático de este principio en sede constitucional. Su función genérica en este tipo de control consiste en estructurar la parte de las sentencias del Tribunal Constitucional relativa a la fundamentación externa de las normas de derecho fundamental aplicables al caso. El principio de proporcionalidad forma parte del control de los actos de los poderes públicos desde la perspectiva del principio de igualdad⁶⁸ y opera como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las penas, las sanciones y los requisitos procesales, cuando por su intensidad menoscaban el ejercicio de la libertad individual y el derecho a la tutela judicial efectiva y como criterio para establecer hasta qué punto la Jurisdicción Constitucional está habilitada para controlar las decisiones de los jueces ordinarios mediante el recurso de amparo.⁶⁹

⁶⁸ L. Villacorta Mancebo. "Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y proporcionalidad como límites" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005, p.35.

⁶⁹ F. Cordón Moreno. "Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares" *Actualidad Jurídica Aranzandi*. núm. 647, 2005, p.1.

3 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CHILE

3.1 El Estado Chileno

La República de Chile es un Estado Unitario Democrático de carácter presidencialista conformado por diversas instituciones autónomas que se insertan en un esquema constitucional que determina ciertas funciones y distribuye las competencias entre los órganos del Estado, lo que lo hace diferente de la tradicional separación de poderes. El país está regido por la Constitución Política de la República de Chile, aprobada el 11 de septiembre de 1980 y que ha sido reformada en nueve oportunidades, siendo la más importante, la promulgada el 26 de agosto de 2005 que cambió algunos aspectos formales de la democracia, pero no las bases fundamentales sostenedoras del Estado y la nación chilena.

El gobierno y la administración pública, están encabezados por el Presidente de la República, que es el jefe de Estado y de gobierno, el cual ocupará su cargo por cuatro años sin poder ser reelecto para el período siguiente.

El Presidente de la República designa como ministros de Estado a sus colaboradores directos e inmediatos en el gobierno y la administración, así como funcionarios de su exclusiva confianza, al igual que los Intendentes, encargados del gobierno interior de cada región. El gobierno provincial está a cargo de los Gobernadores, también designados por el Presidente. A su vez, la administración regional corresponde a los Gobiernos Regionales, conformados por el Intendente respectivo y un Consejo Regional electo indirectamente y la administración local corresponde a las

Municipalidades, compuestas por un alcalde y un concejo comunal, elegidos por votación popular.

El Poder Judicial está constituido por tribunales autónomos e independientes y tiene a la Corte Suprema de Justicia como su institución más alta. Además, existe un Ministerio Público autónomo y jerarquizado.

Un Tribunal Constitucional, autónomo e independiente, tiene el control de constitucionalidad de los proyectos de ley y de las leyes, decretos y autoacordados. Asimismo, una Contraloría General de la República autónoma ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración Pública y fiscaliza el ingreso y la inversión de los fondos públicos.

Un Tribunal Calificador de Elecciones y trece tribunales electorales regionales velan por la regularidad de los procesos electorales realizados en el país y el cumplimiento de sus disposiciones.

El poder legislativo reside en el Presidente de la República y el Congreso Nacional, de carácter bicameral, que está compuesto por:

- El Senado, constituido por 38 senadores elegidos por votación popular que permanecen en el cargo por 8 años, con la posibilidad de ser reelectos en sus respectivas circunscripciones, la que elige dos senadores en cada elección. Cada 4 años se renueva la mitad de la plantilla de senadores en las elecciones parlamentarias regulares.
- La Cámara de Diputados, constituido por 120 miembros electos por votación popular, duran 4 años en sus cargos y también pueden ser reelectos en sus respectivos distritos, que elige dos diputados en cada elección, en que se renueva la totalidad de la Cámara.

Para las elecciones parlamentarias se utiliza el sistema binominal, lo que permite el establecimiento de dos bloques políticos mayoritarios: la Concertación y la Alianza por Chile a expensas de la exclusión de grupos políticos no mayoritarios.

3.2 Situación en Chile respecto al principio de legalidad

En Chile hay normas que son contrarias a este principio, como por ejemplo, los tres siguientes casos:

- Los tipos abiertos: Son aquellos que no describen la conducta delictiva, sino que se limitan a nombrarla, sin describir propiamente la actividad típica.
- Tipos vagos o ambiguos: Son aquellos en que los límites de la conducta son inciertos, ya sea por que el tipo penal es poco preciso o por que se abusa del elemento normativo. En este caso es una suerte de delegación inadmisibles en que la ley delega y permite al juez o a la policía determinar y definir en algunos las conductas que revisten caracteres de delitos.
- Leyes penales en blanco: La ley penal en su estructura normal tiene presente una norma y una sanción; sin embargo, en el caso de las leyes penales en blanco la situación es distinta y se definen como aquellas que establecen una sanción pero de forma incompleta y que establecen el precepto que debe ser complementado por una norma que establece parte de esa sanción en otra norma de menor

jerarquía. La situación de las leyes penales en blanco es una técnica jurídica un poco más aceptada por la doctrina por su función práctica, temática que sólo corresponde a una cuestión de técnica legislativa. Ahora bien, lo importante en este caso es saber bajo que supuestos este tipo de normas están permitidas o no.

Algunos autores determinan que este tipo de leyes penales en blanco son inadmisibles, por que violan el principio de legalidad. Como contrapartida otros autores sostienen que este tipo de leyes si son admisibles porque es la ley la que está delegando la sanción de un determinado delito en otra norma de carácter inferior. Por tanto resulta necesario establecer la esencia de la conducta delictiva y sus modalidades y que si es la ley la que establece la esencia de la conducta, en tal caso no habría problema alguno.

No obstante, existen ciertas leyes en que las modalidades de la conducta delictiva son parte de la esencia de lo injusto, es decir, del delito: en el caso de la violación, la modalidad de la conducta es lo que la convierte en violación y no se puede entregar la sanción de este delito a una norma de carácter o de jerarquía inferior. En este caso lo importante es que en todos estos preceptos estén considerados en la norma legal o supuestos normativos. En tales casos, la omisión por omisión o impropia, a través de un tipo activo, la jurisprudencia y la doctrina equiparan la omisión con la acción y como la omisión de la acción salvadora del bien jurídico vida opera siempre que exista la posición de garante, posición que puede nacer de la ley, de un contrato, etc. Es de esta forma en que es posible igualar la conducta activa con la omisión.

También es importante que sea la ley la que describa cuáles son las conductas que se pueden llevar a cabo y cuáles conductas no pueden

llevarse a cabo y que por ende constituyen delitos. En tal caso, la ley debe hacer un esfuerzo en orden a señalar cuáles son los sujetos activos y hacer un esfuerzo mayor para describir la conducta delictiva. Es por ello que hay situaciones en donde es preferible que la ley señale claramente y en forma detallada la conducta delictiva.

En este caso, es posible deducir la responsabilidad penal de algunas personas, es decir, que por mera sospecha se presume la responsabilidad penal de alguna persona y es en este tipo penal en donde se transgrede el principio de inocencia, puesto que es la persona de quien se sospecha que cometió el siniestro la que debe probar su inocencia, contraviniendo absolutamente el principio de inocencia, según el cual la persona sospechosa de cometer algún delito es inocente hasta que no se le pruebe lo contrario, quedando la carga de la prueba entregada al ministerio público, el cual debe realizar todas las actuaciones que estime convenientes para probar la culpabilidad de un sujeto sospechoso y así establece su responsabilidad penal en la comisión de algún crimen o simple delito.

La pena, entendida como la consecuencia jurídica o sanción que se le imputa a una persona que comete algún delito, debe cumplir con determinados requisitos que la ley penal debe establecer: su naturaleza, la extensión y el monto o la forma de su ejecución. En cuanto a la extensión y monto de la pena, debe considerarse que:

- En algunas ocasiones, el Código Penal establece marcos temporales de privación de la libertad demasiado amplios y desproporcionales.

- La ley debería establecer ciertos factores para poder determinar el monto de la pena.

Por otra parte, en cuanto a la forma de ejecución de las penas debe considerarse que:

- El artículo 80 del Código Penal sostiene: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

Se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio.

En los reglamentos sólo podrán imponerse como castigos disciplinarios, el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes u otros de menor gravedad.

La repetición de estas medidas deberá comunicarse antes de su aplicación al juez del lugar de reclusión, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del detenido o preso. Esta disposición, en su inciso segundo, somete al reglamento penitenciario la ejecución de la pena misma, cuestión que debiera establecer la propia ley penal, ya que el reglamento penitenciario es una manifestación de la Potestad Reglamentaria del

Presidente de la República pudiendo su contenido ser alterado o modificado al arbitrio del ejecutivo.

No existe control judicial respecto de la forma de ejecución de las penas y con ello los presos quedan algo indefensos si es que se suscita algún problema respecto a la ejecución de sus pena; es decir, si es o no atentatoria contra su dignidad. Este tema es importante, puesto que en otros países existen jueces que se encargan de la forma en que se ejecutan las penas. Respecto a esto en Chile esta labor fiscalizadora de la ejecución de las penas es realizada por el Seremi de justicia y por la autoridad de Gendarmería de Chile.

3.3 Principio de la Proporcionalidad de las Penas.

Este principio se refiere a la debida correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho constituido de delito y la magnitud de la sanción penal. El injusto que se deriva de la actividad delictual desplegada por el delincuente se puede observar desde dos puntos de vistas, los cuales son:

- **Objetivamente:** Corresponde a la entidad del injusto o delito; es decir, que la pena debe ser proporcional a la importancia relativa de un bien jurídico, así por ejemplo: el bien jurídico de la vida debe tener una mayor protección jurídica que el patrimonio.
- **Subjetivamente:** Corresponde a la culpabilidad del hechor, que se entiende como la capacidad real de rechazar la comisión de un

ilícito atendiendo a las condiciones del sujeto y demás condiciones que pudieran inferir en la comisión del delito.

Ahora bien, respecto a este principio no hay una normativa interna en el derecho penal interno que resguarde este principio. Este principio de la proporcionalidad de las penas puede colegirse o derivarse de otras disposiciones:

- Principio que señala que las limitaciones a los derechos humanos deben ser necesarias en una sociedad democrática, siendo esas limitaciones estrictamente necesarias y no más que eso.
- La prohibición que establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos, estableciendo normas que prohíben las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, de ahí que este principio de la proporcionalidad de las penas sería una consecuencia implícita de esta normativa.
- Norma de derecho interno que establece que se autoriza la aplicación de la pena de muerte sólo para los delitos más graves, ello con el fin de establecer una especie de jerarquización de las penas en cuanto a su gravedad.

Respecto al principio de la proporcionalidad de las penas en la legislación chilena se recoge en el caso de las infracciones, sobre las cuales hay distintos casos:

- Casos en que las penas no guardan relación con la gravedad del hecho constitutivo de delito. Otra regulación sería los casos en que se protege la propiedad mueble de posibles atentados violentos.

- Las infracciones que tienen que ver con la participación criminal que establece el artículo 15 N° 3 del Código Penal y que alude a la figura del concierto previo. En este caso se consideran a los facilitadores como autores por concierto previo., disposición que dice: “Se consideran autores: 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

Siempre hay concierto previo y además dice de los autores de un delito que la constitución prohíbe la presunción de derecho de la culpabilidad, que busca que una persona sin responsabilidad o que la tenga a título distinto sea tratada de la manera que corresponda.

- En el caso del *Iter Criminis* o Etapas del Delito: En este caso hay reglas especiales en la legislación chilena, como en el artículo 450 del Código Penal que se refiere a los delitos en contra de la propiedad, en este caso se sanciona como delito los mencionados en este artículo.

En la legislación penal chilena es muy rígido el sistema de determinación de las penas, es por ello que a veces atenta contra el principio de proporcionalidad de las penas:

- La ley señala taxativamente los factores que debe considerar el juez para determinar la pena en concreto para esa persona, siendo esos factores: el Marco Penal o la cuantía de la pena y su naturaleza, el grado de desarrollo del delito, el grado de participación del delito, la existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

y, por último, la mayor o menor extensión del daño causado por el delito.

- Circunstancias agravantes con reputación dudosa, lo cual atenta con el principio *no bis in idem*, que significa no dos veces lo mismo; estas circunstancias serían la reincidencia, la premeditación, la alevosía, que también tiene poca legitimidad, porque siempre está presente en todos los delitos, lo que sería el resultado.

La infracción en materia de Concursos distingue entre concurso real y concurso ideal, los cuales se conceptúan como:

- Concurso real: Se refiere a la pluralidad de acciones independientes realizadas por una persona que conforman más de un delito no conectados entre sí.
- Concurso Ideal: Constituye una sola unidad de acciones de la cual se derivan una pluralidad de delitos.

El legislador, en este caso, permite aplicar acumulativamente las penas una tras otra, es decir, en el caso del concurso real de delitos lo que desencadena para el hechor es la imputación de penas muy altas. En cambio, en el concurso ideal de delitos se debe aplicar la pena mayor que corresponda al delito más grave.

Entre tanto, la infracción en cuanto a la falta de correspondencia entre la naturaleza de una infracción y su gravedad, el sistema legal chileno para los delitos leves, medianos y graves, establece la privación de la libertad.

En este caso sería bueno diversificar la respuesta penal sin olvidar que la cárcel debería ser de *ultima ratio*, ya que:

- No todos los delitos merecen la pena de cárcel.
- No se logra la resocialización de los condenados en la cárcel, puesto que es “la escuela del delito”.

Respecto a este tema no puede ser que la única respuesta penal que posea un ordenamiento jurídico frente a los delitos comunes sea la pena carcelaria privativa de la libertad. Este problema no se ha solucionado con el sistema de medidas alternativas a la privación de la libertad, porque estas medidas tienen poco impacto, debido a que:

- Solo alcanzan a los delincuentes primarios; es decir, a los primerizos quienes se inician en la carrera delictual y no a los reincidentes.
- Son sólo aplicables a penas que no sobrepasan los 3 o 5 años dependiendo del caso, es decir, se aplican al segmento de la criminalidad medio y leve. Ello por regla general, ya que por muy leve o mediana que sea la criminalidad siempre se supera ese límite.
- Son sólo aplicables estas medidas siempre que exista un pronóstico favorable de que el sujeto no volverá a delinquir, lo cual atenta contra el principio del derecho penal de autor, así por ejemplo: la aplicación de la reclusión nocturna.

En lo que respecta a la infracción en el caso de las estructuras típicas inadecuadas, éstas conducen a que se sancionen con penas muy graves a delitos que no tienen tal trascendencia. En este caso, el hecho de que se

de esta desproporcionalidad y al tener marcos penales tan altos, se prohíbe en cierta forma al juez y se le ata de manos para que aplique otras medidas en vez de la prisión preventiva y así aplique medidas alternativas a la privación de la libertad.

CONCLUSIÓN

México vive con base en una sociedad que descansa en el libre intercambio entre individuos iguales ante la Ley. El libre intercambio supone la existencia de individuos libres para disponer de su persona y de sus bienes, que, además, se reconocen unos a otros esa calidad. Cualquier desigualdad o estado de privilegio, constituye corrupción del sistema.

En una sociedad así, los individuos, a través de sus diversas formas de organización social, garantizan el combate a los actos y costumbres de corrupción. El Artículo 1 Constitucional será letra muerta mientras exista la posibilidad de que, mediante leyes secundarias, se establezcan cotos de privilegio, fueros como los que otorgan las leyes que regulan a las corporaciones gremiales y políticas y las que establecen para los bancos y otros grupos económicos la posibilidad de disponer del patrimonio ajeno.

La probable salida a los conflictos entre derechos y bienes públicos consistiría en recurrir al principio de proporcionalidad como una técnica idónea para dar con el derecho fundamental o con el bien público con referencia a alguna idea de justicia, aunque manteniendo estrictamente una aproximación valorativa al Derecho.

Teniendo en cuenta que en los subprincipios que integran la proporcionalidad, la clave del problema reside en el tercero, la proporcionalidad propiamente dicha. De modo que, el intento de emplear la máxima de razonabilidad sin contradecir los supuestos teóricos del conflictivismo depende de que resulte posible una aplicación valorativa del subprincipio de razonabilidad *stricto sensu*, es decir, una aplicación que prescinda, por ejemplo, del examen de las finalidades de los derechos en

juego, de las normas iusfundamentales y de la legislación ordinaria; sin embargo, podría argumentarse que aún existe una alternativa para el conflictivismo: quienes reducen la proporcionalidad en sentido estricto a una comparación entre las ventajas y las desventajas de la medida controvertida quizá mantendrían que llevan a cabo un cálculo empírico-matemático- de costes y beneficios, no valorativo, y que consiguen en este asunto, por tanto, la deseada coherencia entre los presupuestos teóricos y la dinámica jurídica.

Existen tres líneas de razonamiento que cuestionan la viabilidad de esta interpretación:

- Incluso reduciendo la razonabilidad a un balance de ventajas y desventajas, la actividad valorativa deviene inevitable. En efecto, de las ventajas o desventajas, los costes o beneficios, lo son respecto de algo que se considera valioso. Implica, por tanto, la asignación del carácter de ventajoso o beneficioso a determinadas realidades, valores o estados de cosas, y esto no puede ser llevado a cabo sin valorar esas y otras realidades.

La reducción de la razonabilidad a un cálculo de ventajas y perjuicios es injustificable para el conflictivismo. En primer lugar, no resulta posible fundamentar desde el formalismo jurídico la necesidad de realizar un balance entre costos y beneficios; cualquier intento que se haga en esta dirección requerirá inevitablemente de valoraciones. En, segundo lugar, otro tanto ocurre a la hora de justificar desde aquí la reconducción de dicho balance o cálculo a un funcionalismo moral o económico. Esto torna el empleo de la razonabilidad en opción ideológica no justificada.

La peculiar índole de la proporcionalidad produce que todo lo que se predique respecto de ella conduzca, a la corta o a la larga, a valoraciones; estas últimas se encuentran en la base del principio, y lo tornan irreductible a un cálculo puramente racional.

- Desde otro punto de vista, el intento mencionado pone en riesgo la razón de ser del principio de proporcionalidad: asegurar que los derechos fundamentales son vallas infranqueables. En efecto, pretender que una medida es proporcionada sólo porque produce más beneficios que perjuicios para la generalidad de las personas no excluye de entre los perjuicios admisibles la violación de un derecho fundamental. Con ello pierden sentido los propios derechos fundamentales.
- Por último, basta un superficial análisis de la jurisprudencia constitucional para constatar que prácticamente en todas las sentencias en las que se tratan cuestiones iusfundamentales y, en particular, en aquellas en las que se aplica la máxima de razonabilidad, aparecen, de un modo u otro, valoraciones de los fines de los derechos y de las normas en juego: los tribunales constitucionales resuelven a diario cientos de casos iusfundamentales recurriendo a la interpretación teleológica de los derechos fundamentales. Una interpretación de la razonabilidad como técnica no valorativa resulta incapaz de dar cuenta de este dato sociológico.

En suma, el principio de proporcionalidad es incompatible con los presupuestos teóricos del conflictivismo. Esta conclusión permite llegar a otra: quienes aceptan la existencia de conflictos entre derechos

fundamentales los resuelven bien de manera inaceptable (mediante jerarquizaciones y ponderaciones), o bien recurriendo a herramientas técnico-jurídicas cuya aplicación contradice los presupuestos de los que parten (caso de la máxima de razonabilidad). Ambas alternativas conducen a idéntico desenlace: la necesidad de abandonar el conflictivismo y de replantearse los presupuestos teóricos que lo han producido.

El intento de dar respuesta a estos interrogantes presupone analizar qué estructura tienen y cómo funcionan los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ellos han sido concebidos en una gran variedad de formas y desde múltiples puntos de vista, tanto por la doctrina –sobre todo por la doctrina iuspublicista y iusfilosófica alemana-, como por la jurisprudencia Constitucional; por tanto, resulta aconsejable examinar estas diferentes visiones de los subprincipios de la proporcionalidad y formular una concepción particular de los mismos, que sea adecuada para dar cuenta de su aplicación. En ese sentido, es recomendable esbozar una peculiar reconstrucción de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Esta reconstrucción tendría una base descriptiva, pero a su vez una función normativa. La primera porque su punto de partida consiste en una explicación de la manera en que habitualmente se aplica dicho principio por parte de la Jurisprudencia Constitucional y de la manera en que la doctrina ha entendido los subprincipios que lo componen y los presupuestos de su aplicación. Sin embargo, a partir de esta base descriptiva, sería prudente fijar un conjunto de reglas argumentativas que exprese el modo cómo la aplicación de este principio, en la mayor medida posible las exigencias de racionalidad, entra en juego en la concreción de

las disposiciones iusfundamentales. En otros términos, la reconstrucción del principio de proporcionalidad intentará precisar la forma en que su aplicación puede llegar a obtener el máximo grado de racionalidad y de respeto hacia la competencia legislativa para configurar la Constitución y para encausar la vida política. En este sentido, el resultado de dicha reconstrucción pretende tener también una función de carácter normativo y evaluativo, es decir, intenta imponerse como guía de actuación para el Tribunal Constitucional y, a la vez, como medida para que sus interlocutores enjuicien cada concreta aplicación del mencionado principio.

Una reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las normas adscritas que estatuyen los derechos fundamentales de defensa persigue fundamentar las normas adscritas que estatuyen los derechos de prestación en sentido amplio.

Ahora bien, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la estructura del principio de proporcionalidad está compuesta por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como antes hemos aclarado, estos subprincipios se aplican en el control de constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, cuando estos últimos funcionan con el carácter normativo de los principios jurídicos, en los llamados casos difíciles en sentido amplio. En estos casos surge la necesidad de establecer si la norma llamada a ocupar la posición de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia, es una norma que se adscribe al derecho fundamental intervenido o una norma

adscrita al principio que sustenta la intervención legislativa y que es idéntica a la norma legal que se enuncia.

De este entendimiento del control de constitucionalidad de las leyes en los casos difíciles que sigue, que la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad implica haber reconocido de antemano que una norma legal haya intervenido en una norma adscrita *prima facie* a una disposición de derecho fundamental. Dicho de otro modo, en el control de constitucionalidad de las leyes, primero debe examinarse si la ley constituye efectivamente una intervención en un derecho fundamental, por contradecir una norma que se adscribe *prima facie* a una disposición de esta índole. Una vez haya sido detectada esta circunstancia, será entonces pertinente establecer, si la medida legislativa cumple además las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 4ª. Ed. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001.

Atienza, Manuel. "El Derecho como argumentación" en *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Beccararia, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Porrúa, México, 2000.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

Burgoa, Ignacio. *Las garantías individuales*. 31ª edición. Porrúa, México, 1999.

Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas*. Tomo I. Derecho penal. Parte general. Ara editores. Lima. 2005.

Cámara de Diputados. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5ª. Ed. México, Porrúa, 2000.

Cianciardo, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustántico al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004.

Cordón Moreno, F., *Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares*, Actualidad Jurídica Aranzandi, núm. 647, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Barcelona, 2000.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, trad. De Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2005

Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Fundap- Colegio de Secretarios de la SCJN, Querétaro, 2002.

Fronzizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

García de Enterría E. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria" en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959

García-Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. 3ª edición. Editorial Ramón Areces. Madrid. 2005.

Gómez Tagle López, Erick. *Derecho y sociedad: glosario de criminología y ciencias sociales*. Universidad pontificia de México, Universidad Continente Americano. México, 2006.

Guastini, Riccardo. "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?" en *Interpretación constitucional*. México, Porrúa-UNAM, 2005.

Hormazábal Malarée, Hernán. "El Código penal y el principio de culpabilidad" en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Idemsa. Lima.

Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, México, 1982.

Jordana de Pozas, L. "El problema de los fines de la actividad administrativa" en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Núm. 4.

Kant, Immanuel. "Idea de una historia universal con propósito cosmopolita" en *Defensa de la Ilustración*. Alba Editorial, Barcelona, 1999.

Lardizabal y Uribe, Manuel de. *Discurso de las penas*, Editorial Porrúa, México, 1982.

Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza editorial, Madrid, 1994.

Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, México, 1990.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1997.

Philippe, X. *El control de la proporcionalidad en las jurisprudencias constitucionales y administrativas francesas*. Económica-PUAM, Aix-en-Provence, 1990.

Recaséns Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*, 14ª. Ed., México, Porrúa, 1999.

Retortillo, Martín. "La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *La Europa de los Derechos Humanos*. Centro de estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. *Apéndice*. Segunda sala, tesis 338.

Semanario judicial de la Federación y su gaceta. *Igualdad. Límites a este principio*. 9ª época, octubre 2004.

Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch. Barcelona. 1992.

Tocora, Fernando. *Principios Penales Sustantivos*. Temis, Bogotá, 2002.

Unión Europea. *Carta de los Derechos Fundamentales*.
http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rig_rig_within_european_union/l33501_es.htm. 13 de noviembre de 2009.

Villacorta Mancebo, L. *Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y proporcionalidad como limites*, Revista de Estudios Políticos, núm. 130, 2005.

Zambrano Ramírez, Elián. *Anuario Jurídico*. Nueva Serie, 1994.