

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL
DERECHO PENAL CHILENO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: Renata Alejandra Llorens Carrasco
PROFESOR PATROCINANTE: José Ángel Fernández Cruz

VALDIVIA, 21 de enero de 2005

Señor
Prof. Dr. Juan Ornar Cofre Lagos
Director del Instituto de Derecho privado
Presente

De mi consideración,

Por medio de la presente, vengo a informar a Ud. de la memoria de prueba realizada por la alumna Dña. Renata Alejandra Llorens Carrasco titulada: «*Proporcionalidad de las penas en el Derecho penal chileno*».

En los últimos tiempos los estudiosos del Derecho penal, tras la consecución de una elaborada teoría jurídica del delito, han vuelto a prestar atención a las dos preguntas básicas de la política criminal en el ámbito legislativo penal: ¿qué conflictos sociales queremos penalizar? ¿y cómo queremos tipificarlos? La presente tesis se encuadra dentro de esta última. Así, el cumplimiento efectivo del principio de proporcionalidad -principio básico de un Derecho penal racional- se ha convertido en una de las aspiraciones de una moderna política criminal que pretenda limitar el proceso de expansión y *huida* al Derecho penal que se viene produciendo en nuestra República.

El objeto de la presente investigación es de una enorme complejidad, y por esta razón ya debemos felicitar a su autora, puesto que afronta uno de los problemas político criminales necesitado de una mayor atención, pero paradójicamente, tratado en nuestra doctrina de una manera superficial. Sin duda, nuestro legislador necesita unos principios político criminales que informen al legislador qué tipo y cantidad de pena debe corresponder a cada infracción penal, que lo alejen, en la medida de lo posible, de decisiones precipitadas y populistas. También debemos resaltar que la presente tesis aborda el principio de proporcionalidad de las penas desde la Constitución política -norma de referencia en nuestra política criminal - y desde el concepto material del delito, donde el bien jurídico protegido constituye el principal parámetro para aplicar este principio no sólo en la fase legislativa sino también en la interpretativa. Relacionado con las anteriores afirmaciones, acertada es la propuesta de reforma constitucional que propone la autora en el sentido de incorporar a nuestra *Carta Magna* unos principios político criminales de carácter material, donde se encuadraría el principio de proporcionalidad de las penas.

En cuanto al contenido de la memoria, ésta se articula en cinco capítulos. Comienza con una introducción sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho constitucional. El segundo capítulo realiza una aproximación conceptual del principio de proporcionalidad. El tercer capítulo, analiza el referido principio de acuerdo con las últimas aportaciones doctrinales. El cuarto capítulo, aborda sus relaciones con el concepto material de delito. Y el quinto capítulo, verifica a través de algunos ejemplos la falta de proporcionalidad de nuestra legislación penal.

Respecto a la biografía utilizada resulta adecuada a la naturaleza y fines de la investigación realizada.

A tenor de las anteriores consideraciones el profesor que suscribe propone que la presente Memoria sea calificada con la **calificación de seis (6.0)**.

Le saluda atentamente,

José Ángel Fernández Cruz
Prof.Dr. de Derecho penal

INDICE

Introducción.....p.3

Elementos introductorios.....p.5

Capítulo Primero: Relaciones básicas.....p.5

1. Derecho penal y su relación con el derecho constitucional.....p.5

2. Constitución, *Ius Puniendi* y Límites.....p.7

3. Actuación del Estado: Hacia la *conquista* del Estado social y democrático de derecho.....p.10

Capítulo Segundo: Aproximación conceptual y antecedentes históricos del principio de proporcionalidad de las penas.....p.13

1. Concepto.....p.13

2. Origen del principio.....p.14

3. Principio de proporcionalidad en sentido amplio y en sentido restringido.....p.17

- Principio de Idoneidad.....p.17

- Principio de Necesidad.....p.17

- Principio de proporcionalidad de las penas en sentido restringido.....p.18

Capítulo Tercero: Principio de proporcionalidad de las penas en la actualidad.....p.20

1. Principio de proporcionalidad en la moderna teoría del derecho penal.....p.20

2. Proporcionalidad y fines de las penas en el derecho penal chileno.....p.21

Capítulo Cuarto: La política criminal y el concepto de bien jurídico como respuesta al problema.....p.23

1. Política Criminal.....p.23

2. Bien jurídico protegido como respuesta al problema.....p.23

3. Orientación actual.....p.24

4. Resumen.....p.27

Capítulo Quinto: Falta de proporcionalidad de las penas en nuestro código penal. Análisis normativo.....p.28

Conclusiones.....p.30

Bibliografía.....p.32

INTRODUCCIÓN

El derecho penal ha cambiado y evolucionado mucho en comparación a las demás ciencias del derecho. Al ser una de las ramas del Ordenamiento Jurídico más severa, capaz de privar a los ciudadanos de ciertos derechos y libertades y por sobre todo, al estar monopolizado por el Estado, hace que éste se vuelva un *arma* muy poderosa y temida.

En un contexto ideal, cada Estado trataría de ser lo mas justo en cuanto a la sanción penal y al daño inferido, todo esto en relación a una adecuada prelación jerárquica de Bienes Jurídicos que le sirva de sustento. La pena *jamás* sería mayor a la ofensa. La pena sería *proporcional*.

Sin embargo, muchas veces, y no porque el Estado quiera abusar de su poder sancionatorio, se cometen excesos en cuanto a la determinación y posterior aplicación de las penas.

Esta Tesis abordara el problema en cuento al *bullado* tema de la “Proporcionalidad de las penas”, las razones del legislador para romper este principio, su relación con el derecho constitucional y el porque de su actual preocupación por la moderna ciencia penal, para concluir con un pequeño análisis sobre una adecuada Política Criminal que ayude a superar estos obstáculos y un simple análisis normativo que muestre en la practica como se rompe este principio en nuestro país y sobre todo en nuestro actual Código Penal.

Me parece importante dejar en claro que este es un tema de altísima relevancia, no solo a nivel local sino que también a nivel mundial. Los estudiosos del derecho penal han vuelto sus ojos hacia la mirada de este principio y a los problemas que esta causando su vulneración, a los “fines de la pena” y a la categoría esencial de principio rector, fundamental y orientador de todo el sistema penal. Superados ya , en parte, los problemas de “Legalidad”, resulta imperioso y urgente poner en el tapete de la discusión este problema.

ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

El problema objeto de nuestra investigación, se encuentra muy vinculado no solo al derecho penal, sino que también al constitucional.

La Constitución es la norma fundamental de todo Ordenamiento jurídico, se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa. Es por esto que todas las normas jurídicas y poderes públicos, deben someter su actuación a ella¹.

¹ Art 6 Constitucion política del Estado.

Por otro lado el tema de la intervención penal, no solo encuentra su fundamento en la carta fundamental, sino que también encuentra sus límites, tanto en ella como en otras normas.

El problema de la proporcionalidad lo enmarcamos entonces, dentro de los límites a la facultad punitiva del Estado y a la Política Criminal que cada Nación adopte, como criterio a seguir en contra de la criminalidad, modelo que define tanto los fines de la pena de una sociedad determinada, como el respeto o no por los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Encuadrado así el problema, desarrollaremos a continuación, la relación básica existente entre el derecho penal y la CPE, relación que da sustento y fundamento a la existencia y necesidad del derecho penal.

CAPITULO PRIMERO: RELACIONES BASICAS.

1.-DERECHO PENAL Y SU RELACION CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

La CPE es el campo de acción y el límite del derecho penal.

El Estado debe ajustar su actuación a la Constitución democráticamente aprobada por sus ciudadanos.

El principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente relacionado con los aspectos constitucionales de un Estado de Derecho. La Constitución tutela valores y principios básicos de toda sociedad, es la gran expresión de los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico. Cuando estos principios cambian, evolucionan, debe ella también cambiar. Es por esto que toda reforma constitucional es la antesala mas adecuada para una posterior reforma penal.

El Código Penal debe, al igual que todas las normas jurídicas, sujetarse a la Constitución, pero en el hecho lo hace de una manera más estricta e inmediata ya que es la rama del derecho que mas limita las libertades del individuo. Es por esto que la Constitución y el Código Penal están estrechamente relacionados, ya que la carta fundamental no solo limita positivamente el campo de actuación de éste, sino que también fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos. El derecho constitucional influye en todas las ramas del ordenamiento jurídico, principalmente en el derecho penal, ya que éste es el área que mas afecta los derechos fundamentales de los ciudadanos, derechos que se encuentran contenidos, reconocidos y protegidos por la Constitución².

El *ius puniendi*, derecho penal subjetivo, conceptualizado como la facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos, bajo la amenaza de sancionar la trasgresión con una pena, facultad inherente al Estado, en virtud de la cual ejerce el monopolio de la sanción penal, se alza como la característica mas significativa del poder público, es aquel instrumento que le permite garantizar la paz social y hacer acreedor de una pena a aquel que perturbe este orden. Es precisamente por este carácter tan restrictivo de las libertades individuales, que requiere a la vez ser limitado³. Surgen así los límites a este poder sancionador.

² Cfr Politoff Lifschitz, Sergio. *Derecho penal Tomo I*. Editorial Conosur. Santiago de Chile, 2001.(pp 10, 11).

³ En palabras de Mir Puig, citado por José Ángel Fernández, profesor de derecho penal de la Universidad Austral de Chile, en los apuntes de clases del año 2004, el *ius puniendi* es el *arma* más cruel con que cuenta el Estado para el mantenimiento de la paz social.

La relevancia constitucional en el ámbito penal esta dado principalmente por los límites al *ius puniendi*, ya que estos se encuentran principalmente en el ordenamiento constitucional.

La Constitución al regular los derechos fundamentales, esta explícita o implícitamente estableciendo los límites a su facultad sancionadora. Es por esto que resulta de gran importancia la consagración explícita a nivel constitucional de los límites al *ius puniendi*, para que así los derechos de los ciudadanos que puedan verse afectados por la facultad punitiva del Estado, puedan ser objeto de protección en la medida que el ordenamiento les conceda acción para su defensa, como ocurre en nuestro país con el principio de Legalidad, expresamente consagrado en el art 19 n° 3 de nuestra Constitución y protegido por el Recurso de protección (art 20 Constitución).

Entre nosotros se reconocen como límites al *ius puniendi* los siguientes:

a) Límites legales:

- Principio de Legalidad, reconocimiento previo de los delitos y penas⁴.
- Principio de Culpabilidad, solo se puede castigar al culpable del delito.

b) Otros límites:

- Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se deben castigar los ataques mas graves a bienes jurídicos protegidos en un tiempo y sociedad determinada.
- Principio de Proporcionalidad de las penas⁵, la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la del hecho cometido.
- Principio de humanidad de las penas, condiciones mínimas de humanidad tanto penitenciarias como en las penas.
- Principio de utilidad de la sanción penal, si existe un medio más eficaz, menos lesivo que el derecho penal, debe optarse por éste antes que por el primero.
- Los fines de la pena, como límite del poder estatal a no exceder la sanción penal del daño cometido.
- Principio de intervención mínima, derecho penal como *ultima ratio*, como arma subsidiaria, cuando los otros medios de control social no sirven⁶.

⁴ La doctrina incluye dentro de este principio el principio de *Tipicidad*, que consiste básicamente en la precisión en la tipificación penal.

⁵ Como podemos apreciar, el principio objeto de esta tesis, la proporcionalidad de las penas, no encuentra fundamento constitucional inmediato, ya que nuestra CPE solo contempla los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad expresamente, lo que nos lleva a la necesaria conclusión que para un verdadero avance en este sentido, se requiere elevar este principio a la categoría de constitucional, tema que retomaremos al centrarnos en los aspectos político criminales que nuestro Estado debe seguir para dar un adecuado cumplimiento a este trascendental principio.

Se dan dos tipos de vinculaciones:

1.- Como limite al poder punitivo, recogido en el art 19 n° 3, principio de Legalidad, que se traduce en la máxima latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual tanto los hechos constitutivos de delito como la pena correspondiente deben hallarse determinadas en una ley, antes de ejecutarse el hecho por el sujeto (inc 7° Constitución y art 18 – 19 del Código penal). También esta dado por el principio de *lex certa* o Tipicidad, por el cual el legislador tiene la obligación no solo de describir las conductas objeto de sanción penal con absoluta claridad, sino que también las penas de las que pueden hacerse acreedores aquellos que las cometan. (inc 8°).

Igualmente esta consagrado el principio *nulla poena sine indicio*, el que asegura que nadie puede ser sometido a una pena sin haber sido previamente juzgado por un tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta (inc 3°)⁷.

En el derecho comparado se reconocen además otros principios, como el de culpabilidad y proporcionalidad, los cuales están explícitamente consagrados en sus cuerpos normativos. Es el caso de España y Alemania⁸.

2.- En la Interpretación del derecho penal, ya que la Constitución sirve como fundamento de selección de los bienes jurídicos que el derecho penal va a proteger. Es la CPE la que asegura los derechos y libertades fundamentales, *es el limite al ius puniendi*, la interpretación penal ha de hacerse siempre con respeto y aseguramiento de la dignidad de la persona y de sus derechos, entendidos éstos, como conceptos rectores del sistema penal⁹.

Debemos recordar que el legislador contempla también causales de *Atipicidad*, es decir, la falta de la acción u omisión típica, descrita en la norma, lo que convierte al hecho en no susceptible de ser sancionado penalmente. Dentro de ellas encontramos:

- falta de causalidad natural, ruptura del nexo causal
- falta de imputación objetiva
- adecuación social de la conducta

⁶ Apuntes de clases profesor José Ángel Fernández, año 2004.

⁷ Politoff sostiene que nuestra Constitución solo reconoce como principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* a la legalidad y tipicidad, sin embargo podemos sostener que el principio de culpabilidad también puede verse recogido en los arts 19 n° 3 de la CPE, 1° y 2° del Código penal, posición sostenida por el profesor de derecho penal de la Universidad Austral de Chile, José Ángel Fernández en sus clases de derecho penal , año 2004.

⁸ Art 66 n°1 del código penal español

⁹ Politoff. *Derecho penal...* (p 24).

- el consentimiento como causa de atipicidad¹⁰.

Sin embargo, la CPE presenta ciertas falencias en cuanto a la interpretación y la ausencia de regulación legal de los derechos y deberes de los reos y víctimas, falencias que en todo caso se han superado en parte con la dictación del nuevo Código procesal penal.

2.- CONSTITUCION, *IUS PUNIENDI* Y LÍMITES.

Como hemos señalado es la Constitución quien limita todo el Ordenamiento Jurídico en sus distintas facetas, una de ellas, y las que nos interesa, es en el derecho penal. Como hemos reiterado, es la carta fundamental la que reconoce poder al Estado para poder sancionar aquellas conductas que considera lesiva para ciertos bienes fundamentales en un momento histórico y sociedad determinada. Los modelos que se elijan para creación, modificación y supresión de normas, es el resultado de modelos que están recogidos en las cartas fundamentales, ya que la CPE es el espejo hacia el cual se orienta la actuación jurídica y política de los poderes públicos¹¹.

Todo Estado persigue un determinado fin, tanto económico, político como social, el cual variara dependiendo del modelo de Estado y la justificación que éste le dé a dicha orientación, y en nuestro caso, a la sanción penal.

Chile también tiene una orientación acerca del fin que persigue y busca como Estado, de igual forma pretende determinar y circunscribir adecuadamente el fin de de la pena que persigue su poder publico.

Al ser heredero del legado de los Códigos del siglo XIX, manifiesta similares fines de la pena que éstos¹², con la sola gran diferencia, que éstos Códigos han sido objeto de múltiples modificaciones, quedándose, sin embargo, el nuestro casi intacto¹³, y bastante incoherente en algunos títulos, por lo tanto con una justificación de la pena muy alejada de los tiempos modernos, y sobre todo de las nuevas tendencias humanizadoras y correctivas de las penas.

¹⁰ Apuntes de clases profesor Jose Angel Fernández, año 2004.

¹¹ Höberle en Zuñiga Rodríguez, Laura. *Política criminal*. Editorial Colex. Madrid, 2001. (p 23).

¹² Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Editorial PPU. Barcelona, 1990. (p 74). Códigos penales retribucionistas, la pena es un mal que se impone en cuanto a tal como respuesta a la comisión de delitos. En palabras de Graciano: *Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*.

¹³ Con la expresión “casi intacto”, me refiero a que si bien es cierto ha sido objeto de múltiples modificaciones, en su esencia continua siendo un código *pasado de moda* y carente aun de las reformas necesarias en torno al tema que aquí estamos tratando.

Para comprender como nuestro país llegó a adoptar la justificación de la pena que hoy lo caracteriza, resulta necesario echar un breve vistazo a las teorías más importantes acerca de los fines de la pena, teorías que vinieron a explicar, progresivamente en el tiempo distintos fundamentos para que el Estado se viera legitimado para restringir los derechos de sus ciudadanos.

El Fin de la Pena dice relación con cual es la función que al derecho penal le corresponde, cual es la función que la Constitución y todo el Ordenamiento en general le otorgan, distinguiéndose aquella función que efectivamente cumple de aquella que debería cumplir.

Aquí reside el núcleo fundamental del problema penal: por qué se castiga, cuanto se puede castigar, con que finalidad, y sobre todo, para que sirve la pena¹⁴.

Las doctrinas de la pena podemos dividir las en dos grandes categorías: las teorías *absolutas* y las *relativas*.

Son teorías absolutas las *retribucionistas* que conciben a la pena como un fin en si mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción o reparación del delito, por lo que no es un medio, sino un deber ser que tiene en si mismo su fundamento. Miran al pasado, *quia peccatum*. Se retribuye con un mal, el mal causado, se busca reestablecer aquel orden anterior perturbado por el delito, susceptible de ser restaurado con un castigo.

Son por el contrario teorías relativas todas las doctrinas *utilitaristas*, que consideran y justifican la pena solo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos. Miran al futuro, *ne peccetur*¹⁵. Ya no es mas un fin en si mismo, sino medio, un medio puesto al logro de un fin¹⁶.

Su función principal es evitar, desincentivar, la comisión de futuros delitos.

Distinguimos dentro de la prevención, la prevención general y la especial. La general tiene como finalidad hacer que la generalidad de las personas desistan de la idea de cometer ilícitos ante el temor de sufrir la pena contemplada en el ordenamiento jurídico, es decir, mediante la aplicación de la pena al reo, se intimida al resto de la población para que no delinca (ejemplaridad del castigo). La Prevención Especial también tiene por finalidad evitar la comisión de delitos, sin embargo ya no tiene como objetivo fundamental la colectividad toda, sino que ésta mira al delincuente, es decir, lo que busca es que el que ya delinquiró no lo vuelva a hacer, tiende a prevenir delitos procedentes de una misma persona, lográndose esto a través de

¹⁴ Cfr Quinteros Olivares, Gonzalo. *Derecho Penal parte general*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1989. (p 90)

¹⁵ Cfr Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Madrid, 1998. (pp 253-254)

¹⁶ Cfr Quinteros Olivares, Gonzalo. *Derecho Penal parte general*.... (p 93).

distintas vías, como por ejemplo la inocuización, corrección, reeducación y sobre todo la prevención general positiva, etc.

Nuestro Código Penal, como ya mencione anteriormente, al ser heredero de la tradición de los clásicos códigos penales, recoge y sigue una línea bastante retribucionista y con una marcada prevención general, lo que desvía por completo el fin de la pena tan añorado en la actualidad. La población no solo desea sentirse mas segura y que se cometan menos ilícitos, sino que lo que también desea es que la pena sea una efectiva medida de corrección, que reeduce al individuo, que no lo estigmatice, torne mas peligroso y sobre todo que lo reeduce. Penas tan altas por atentados no tan graves, crean en la conciencia colectiva una sensación de inseguridad e insatisfacción, ya que delitos mas graves suelen ser sancionados con mayor pena, debido a su menor grado de ocurrencia.

Este punto resulta de gran relevancia, ya que muchos de los problemas que nos interesan a propósito de esta tesis los encontramos en los excesos en que se puede caer a propósito de los fines de la pena, sobre todo en la prevención general¹⁷, ya que en el caso de hechos que se repiten con mayor frecuencia, existe una marcada intención tanto del legislador como de la opinión pública, por sancionarlos con mayor pena, lo que puede traer, y en el hecho trae, problemas de proporcionalidad.

Que la pena sea un castigo, no implica que su función última sea la retribución. Aun entendida como castigo, la pena sirve a la función de prevención de defensa de bienes jurídicos. Si existiera una adecuada política criminal, a la que los Estados se sometieran estrictamente, no llegaríamos a los excesos en los que se cae a propósito de los fines de la pena¹⁸.

Ante el aumento del sentimiento de inseguridad y temor por parte de la sociedad al ver el incremento en los índices de delincuencia y violencia en general, los ciudadanos demandan una mayor intervención del Estado a través de su facultad sancionadora, principalmente con una mayor dureza del Derecho Penal y Procesal Penal, ya que lo que se busca es paliar rápidamente el sentimiento de inseguridad y la forma que lo logra mas velozmente es el aumento en la sanción penal, aunque ésta, esta muy lejana de ser la mejor vía para evitar la delincuencia y desincentivar la comisión de delitos.

¹⁷ Los problemas de proporcionalidad se presentan principalmente a propósito de la prevención general, ya que es el fin mas usado y con mayor “éxito social”, sin embargo, cuando los ordenamientos abusan de los otros fines, igualmente se vulnera el principio de proporcionalidad, por lo que debe quedar claro, que el uso de la prevención general no podemos entenderla como sinónimo de desproporcionalidad.

¹⁸Cfr Mir Puig. *Derecho penal...* (p 74).

La sensación de inseguridad que sufre una determinada población, acompañada de una dura crítica por parte de la opinión pública y los medios de comunicación al Poder Público, *empuja* al legislador a quebrar los principios de un Estado de Derecho, al pasar éste por sobre sus propios límites y ceder ante la presión de la sociedad en torno a hacer disminuir la frecuencia de delitos y a castigar más severamente aquellos hechos que se repiten con mayor frecuencia, resultando en ocasiones ilícitos que atacan bienes jurídicos de menor relevancia social, lo que hace que toda esta presión concluya en un aumento de las penas y de la tipificación penal, rompiéndose la proporcionalidad que debe existir entre el ataque y el bien jurídico que se desea proteger.

3.- ACTUACION DEL ESTADO. HACIA LA *CONQUISTA* DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

Para fundamentar la actuación del Estado, debemos primero que nada hacer un análisis de la sociedad en la que nos encontramos, hacia donde nos dirigimos como grupo social, cual es el ideal de sociedad que pretendemos alcanzar¹⁹.

En el Estado moderno la aplicación de la pena se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan a ésta.

En una primera etapa, el Estado liberal clásico enfocó todos sus esfuerzos por someter el poder al derecho (Estado de derecho), es decir, buscaba la limitación jurídica de la potestad punitiva antes que la prevención de delitos²⁰. Esta limitación jurídica se basa en principios, en buena parte, abstractos e ideales, como la *igualdad ante la ley*. Por esto durante este periodo era posible fundar la pena en otro principio ideal: la *Justicia* como base de la Retribución. Esto importaba un límite al poder punitivo del Estado, que solo podía castigar según lo merecido, con el defecto de su gran rigidez, ya que obligaba también, a extender la pena adonde no era necesaria, rigidez que era consecuencia de la *igualdad ante la ley absoluta*, donde no se podían hacer diferencias entre los ciudadanos.

¹⁹ Cfr. Zuñiga Rodríguez, Laura. *Política criminal...* (p 24).

²⁰ Esto es el legado que dejó la Revolución francesa, se desea ante todo limitar el poder del monarca, representada por lo extremos llegados durante las monarquías absolutas.

La aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentúa la misión de lucha contra la delincuencia. Se vuelca la atención al ciudadano, visión que no había tenido acogida en el Estado liberal clásico, que suponía admitir un diferente tratamiento penal para autores de un mismo delito (chocaba con la igualdad ante la ley que se entendía en forma absoluta). En este escenario aparecen por primera vez, las medidas de seguridad, el Estado comprende que sin abandonar sus labores sociales, debe reforzar sus límites jurídicos en un sentido democrático²¹.

Los Estados modernos buscan consolidarse todos como Estados Sociales y Democráticos de Derecho, lo que se traduce en que todo Estado de derecho, impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea de Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian, el respeto de principios como la *dignidad humana, igualdad y la participación del ciudadano*²².

Ahora cabe preguntarnos: *¿Es Chile un estado Social y Democrático de Derecho?*

Según lo que podemos extraer de nuestra Constitución, Chile cumple con los requisitos mínimos para entenderlo como una República Democrática. Aún impera la idea de un derecho penal represor más que educador o rehabilitador. La política criminal sigue estando orientada básicamente a los fines de la prevención general, descuidando la prevención especial y por sobre todo un adecuado sistema de educación y justicia social que permita hacer descender los índices de criminalidad.

Podemos considerar que es un estado Social aunque con poca intensidad, ya que obviamente pretende lograr al máximo su objetivo de seguridad social, sin embargo sigue descuidando el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal

Su principal valor sigue siendo su sometimiento estricto al principio de legalidad, característica que en todo caso, viene a configurarse y manifestarse realmente en la Constitución de 1980 y sobre todo, luego de la vuelta a la democracia. Sometimiento que encontramos expresamente consagrado en el art 19 n° 3 inc. 3° de nuestra Constitución.

²¹ Cfr Mir Puig, Santiago. *Derecho penal...* (pp. 71 y sgtes).

²² Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*. Editorial Reppertor. Barcelona, 2002.(pp 109, 110).

La razón del por qué de la intervención penal, las atribuciones al poder público para reprimir los ataques a ciertos valores y el monopolio de la sanción penal, está dado por el carácter de medio de control social que tiene el derecho penal, entendiendo por tal a una parte del sistema jurídico formado por un conjunto de normas y principios que tiene dos facetas: por un lado, describe aquellas conductas más graves que atacan a los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad en un tiempo y lugar determinado, atribuyéndole a éstas una consecuencia jurídica, que puede ser una pena o una medida de seguridad; y por otro lado comprende aquellas facultades que otorga el derecho positivo al Estado, es decir, el derecho a castigar, *ius puniendi*, monopolizado por éste y manifestado en la facultad de crear y promulgar normas penales así como también del deber de aplicar y ejecutar las penas derivadas del delito.

El Derecho penal no es la única área que ejerce un control social orientada a regular la actividad humana, existen otras que cuentan a su vez con una serie de sanciones distintas a las señaladas; así por ejemplo tenemos a la Ética, la Moral, la Costumbre, incluso la Religión, que en ocasiones resultan más eficientes, sin embargo el derecho *es y seguirá siendo EL* medio de control social por antonomasia. En una primera instancia lo será, tal vez, a través del derecho civil, laboral o administrativo, pero en algún momento se llegará de una u otra forma al derecho penal y esto sucederá cuando las sanciones con que éstos cuentan han resultado inefectivas o insuficientes. El Derecho Penal es el último recurso – *ultima ratio* –, el Estado debe recurrir a él de manera excepcional, ya que si bien da seguridad, crea un ambiente de confianza, constituye una barrera contra los delitos y protege los valores fundamentales de una sociedad en un lugar y momento histórico determinado, no es de su esencia esta función psico-social, su naturaleza es básicamente *subsidiaria*.

El derecho penal es muy invasivo y limitativo de los derechos y libertades individuales de los sujetos, si el Ordenamiento encuentra otro medio menos lesivo o igualmente eficaz que el derecho penal, debe abstenerse de aplicar este último, precisamente porque lo que busca todo Estado Social y de Derecho es que sus ciudadanos se desarrollen de la mejor forma posible, despejando cualquier obstáculo que le impida el logro de sus objetivos específicos y el ejercicio de sus derechos²³.

²³ Esta característica obedece a la idea que en doctrina se conoce con el nombre de “carácter *fragmentario* del derecho penal.

La pena en un primer momento era equivalente al mal causado. Hoy en día la determinación de la pena es un problema de Política Criminal mas que de equivalencia.

CAPITULO SEGUNDO: APROXIMACION CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.

1.- CONCEPTO

No solo es preciso que pueda “culpase” al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte *proporcionada* a la del hecho cometido – criterio que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro derecho.

El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio solo exige que pueda culpase al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere solo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). nada dice esto de la *gravedad* de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir del principio de proporcionalidad de las penas:

- por una parte, la necesidad misma de que *la pena sea proporcionada al delito*.
- Por otra, la exigencia de que la *medida de la proporcionalidad* se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”).

La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no solo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las mas importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquellas se devalúen. Pero un Estado Democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tiene los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico²⁴.

El principio de proporcionalidad esta íntimamente ligado con el concepto de *Justicia* en un Estado de Derecho, en efecto, es parte del mandato constitucional (en algunos ordenamientos esta en forma explicita, como en la Constitución Norteamericana , en una de sus variadas

²⁴ Mir Puig. *Derecho penal parte general...* (pp 99, 100).

enmiendas; en otras legislaciones, como la nuestra la encontramos de forma implícita²⁵) que ordena a los poderes públicos una adecuada justicia penal, que esta no sea sobredimensionada; es un verdadero parámetro que garantiza su extensión

Debe existir una adecuada proporción entre la amenaza penal y la dañosidad social del hecho²⁶ y de la pena inflingida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor²⁷.

Se le reconoce como misión fundamental, la de servir como limite al *ius puniendi*, es decir a la facultad sancionadora del Estado.

No existe acuerdo sobre la procedencia o clasificación de este principio, para algunos sería un principio independiente y autónomo²⁸, para otros derivaría del principio de culpabilidad²⁹ y finalmente algunos, dentro de los cuales nos encontramos nosotros, señalan que éste sería un subprincipio del Principio de Proporcionalidad en Sentido Amplio³⁰.

La postura defendida en este trabajo y que da origen a la interrogante sobre la proporcionalidad de las penas, proviene de encuadrar este principio dentro de la Proporcionalidad en sentido amplio. Analizaremos este concepto a la luz de esta subclasificación y lo desarrollaremos más ampliamente una vez que llegemos al apartado correspondiente.

2.- ORIGEN DEL PRINCIPIO

Entender cuál es el origen del derecho penal nos ayudara a entender la razón de sus fundamentos y estructura básica, el porque de sus sanciones y motivaciones legislativas, es decir, explicar el proceso histórico por el cual paso el principio, hasta alzarse como lo que es hoy en día. Para eso debemos retroceder un poco en el tiempo y volvernos al nacimiento de esta ciencia.

El derecho penal que actualmente conocemos y que rige nuestra vida cotidiana, tiene mucho mas de aquellas antiguas tradiciones de las cuales nos sentimos tan lejanos, de lo que siquiera podemos imaginar. Si bien es cierto el hombre ha ido evolucionando cada vez mas, aun somos iguales a nuestros antecesores que vivían en clanes y en tribus; en esencia seguimos siendo los mismos, movidos por las mismas pasiones y guiados por el mismo espíritu. Por eso resulta

²⁵ En nuestra Constitución podemos desprender que éste mandato se encuentra implícitamente en los arts. 1, 5, 6, 19 n°3.

²⁶ Concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o dañado. Sobre este tema y la importancia en la determinación de los bienes o intereses jurídicos objetos de protección, volveremos al tratar el apartado de los bienes jurídicos.

²⁷ Cfr Politoff Lifschitz, Sergio... (p 20).

²⁸ Entre ellos Mir Puig, López Garrido, García Aran.

²⁹ Entre ellos García Rivas, Muñoz Conde, Zugaldia Espinar.

³⁰ Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*. Editorial Edersa. Madrid, 1999. (p. 138).

comprensible que muchas experiencias de esas anteriores vivencias sigan hoy entre nosotros: una de ellas es el derecho penal, sus orígenes, razones y fundamentos.

Desde antaño se ha buscado un medio de control social mas eficaz y menos limitativo de las libertades individuales que el derecho penal, sin embargo a lo largo de su desarrollo y evolución, éste no ha podido ser reemplazado por otro medio de control mas eficaz.

Podemos resumir el camino recorrido por el derecho penal en tres etapas: periodo de venganza privada, de justicia publica y finalmente el humanitario.

Cada uno de estos periodos define los rasgos que posteriormente vendrán a configurar el derecho penal que actualmente conocemos. En un primer momento la justicia es ejercida por la propia victima como una forma de responder por el mal del cual a sido objeto. Este periodo sanguinario se ve suavizado en parte por la ley del *Talion*, que significo un gran avance en materia penal, ya que se limito la sanción a imponer, al nivel del daño producido, limitándose los excesos de la venganza. Podemos sostener que fue precisamente esta nueva forma de ver la justicia, la que significo uno de los grandes avances en el derecho penal, ya que el principio de proporcionalidad de las penas encuentra su antecedente histórico en este “*Ojo por ojo, diente por diente*”, al no poder exceder la sanción al daño efectivamente inflingido. Por ultimo y con la llegada del derecho canónico, se le asigna a la pena, hasta entonces, meramente expiatoria, un fin de corrección y enmienda del penado.

Con la llegada del periodo humanitario la ciencia penal se fue desarrollando y transformando paulatinamente en lo que hoy conocemos. De gran ayuda fue la contribución de Beccaria, sobre todo en lo que respecta a la investigación y estudio del Principio de Proporcionalidad, su aporte en la sistematización y reconocimiento de este principio como limitador al *ius puniendi* sigue siendo reconocido y es precisamente en base a su pensamiento que autores posteriores han recogido la trascendencia de éste.

El origen del principio en estudio si bien se remonta a la antigüedad, solo se pudo consagrar como tal en el periodo de la Ilustración, una vez que los demás presupuestos del derecho penal alcanzaron cierto desarrollo y madurez mínimos, entiéndase, la legalidad, la certeza, la igualdad y la culpabilidad³¹.

³¹ Cfr *Ibid.*, (pp. 55 y sgtes.)

La exigencia de que la pena sea proporcional al delito cometido la encontramos incluso en la obra de Platón (*Las Leyes*³²) al mencionar éste las diferentes circunstancias que debe tener en cuenta el legislador al momento de aplicar la pena. En el mismo sentido siglos después escribe Beccaria “De cuando hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general, muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las Naciones; esto es: para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, *proporcionada a los delitos* y dictada por las leyes”³³.

De lo antes mencionado se concluye que este principio surge, fundamentalmente, como un medio para limitar la facultad punitiva del Estado, es decir, su derecho a castigar, dado por la tendencia natural de éste de extender su poder ante los ciudadanos con el consiguiente peligro de que sus derechos se vean vulnerados.

Históricamente podemos señalar, que se aplica en primera instancia como un principio limitador de las Medidas de Seguridad que se imponen a los inimputables (menores de edad, enajenados), para que la pena se establezca no solo de acuerdo a la peligrosidad del sujeto sino que también de acuerdo al hecho cometido³⁴

Posteriormente este principio se visualizo como un principio estructural que constituía un avance humanizador del derecho, por lo que se extendió a todas sus áreas y lógicamente cobró gran importancia en el derecho penal, al darse cuenta los legisladores que éste debía ser aplicado igual y primordialmente a los delitos y a las penas.

El principio actúa entonces, en primer lugar como un límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales, es además una de sus principales características y uno de sus principios estructurales, ya que sirve tanto para interpretar la norma penal, como para orientar la política criminal del Estado.

Evolución en Chile

Luego de la Independencia siguieron rigiendo en nuestro país muchas de las normas aplicadas durante la época de la Colonia, sin embargo y con el animo de desligarse de todo lo español,

³² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...* (p 358). El autor lo menciona en su obra cuando habla sobre el interés que ya en la antigüedad, despertaba el principio.

³³ Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, presentación de Tomas y Valiente. Madrid 1993 (p.255).

³⁴ Así lo sostiene Beccaria en sus obras y la doctrina posterior igualmente lo reconoce así.

pronto se concentraron los esfuerzos por crear una legislación propia, no solo en materia penal sino que también en las otras ramas del derecho.

Fue el Código Penal español de 1848 el que sirvió de antecedente inmediato en la redacción de nuestro Código Penal, también se vio influenciado por el Código Penal belga de 1867, promulgándose finalmente nuestro cuerpo normativo el 12 de noviembre de 1874, Código que aun rige la conducta penal en nuestro país.

Como características inherentes al Código podemos señalar la fuerte recepción de una teoría de raíz autoritaria, que ponía énfasis en el injusto personal más que en la dañosidad social de la lesión de bienes jurídicos. Predomina el *Retribucionismo* temperado por la practicabilidad y la prevención general. Se desconfía del arbitrio judicial, sus poderes se ven reducidos debido a una detallada regulación en la determinación de las penas.

Son precisamente estas características las que traen grandes problemas en la actualidad. Para todo cuerpo resulta trascendental una clara y definida línea normativa y estructural, nuestro Código no la posee tan explícitamente, por eso las interpretaciones que se hacen de sus disposiciones distan, en ocasiones, mucho del espíritu de la ley, y lo que es peor aun, no son acordes y no van de la mano con la nueva dogmática penal.

Luego de 130 años de vigencia se hace imperiosa una modificación a este cuerpo normativo, su estructura fundamental no dice relación con los progresos alcanzados por la ciencia penal, el mandato constitucional, los tratados internacionales ratificados por Chile y con la evolución propia que sufre un grupo humano luego de un siglo. Se requiere un Código que proteja los bienes jurídicos que en este momento son considerados como fundamentales, que se haga una revisión de los tipos penales, de las penas que tienen como consecuencia y de la incidencia de determinados delitos, todo esto para enfocar una adecuada política criminal que vaya acorde con el progreso y necesidades de la sociedad chilena actual.

El retribucionismo si bien es cierto, fue el primer límite histórico al poder sancionador del Estado, y por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionado con la proporcionalidad de las penas, es precisamente esta relación la que hace que sus límites se vuelvan muy tenues. Un retribucionismo exacerbado nos llevara necesariamente a una desproporción de las penas, sin embargo, si mantenemos una adecuada equivalencia entre el mal causado y la sanción impuesta, la relación vuelve a tornarse armoniosa y nos permite que nuestro derecho penal ejerza de mejor manera sus fines y se mantenga *a ralla*. Lo bueno de esta "relación" es que no tiene por que necesariamente ser excluyente, muy por el contrario, pueden convivir en perfecta armonía retribución y proporcionalidad de las penas.

3.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO RESTRINGIDO

Tomando como nuestra la postura moderna española en torno al tema de la Proporcionalidad y siguiendo principalmente a Teresa Aguado Correa, hablaremos del principio de proporcionalidad en *sentido amplio*, es decir, descomponiéndolo en tres subprincipios o condiciones, en palabras del Tribunal Constitucional español, que le dan aplicación: Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto.

De manera general y para una mejor comprensión de esta subclasificación podemos concretar estos principios de la siguiente manera: “En primer lugar, el principio de Idoneidad requiere que el derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. El principio de Necesidad en Derecho penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: *la ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal. El principio de Proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de Proporcionalidad de las Penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como se ha entendido tradicionalmente por la doctrina.”³⁵.

1)Principio de Idoneidad

Se resume en tres cualidades que debe tener el bien jurídico protegido: ser merecedor de protección, necesitado de protección y ser capaz de protección.³⁶. Es decir, el derecho penal solo esta autorizado para intervenir cuando sea al menos, minimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiendo abstenerse de actuar cuando político-criminalmente su intervención resulte inadecuada o ineficaz. El derecho persigue un fin de prevención, no retribucionista, por lo que toda pena que no logre este objetivo debe ser excluida del derecho penal. La pena debe ser además apta para proteger al bien jurídico, incluyéndose dentro de esta aptitud no solo la gravedad del castigo sino que también la seguridad de la imposición de la pena y la prontitud de la misma³⁷.

³⁵ Aguado Correa. Cit. pag

³⁶ Aguado Correa. Cit. pag

³⁷ Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas...* (pp103 y sgtes.).

2) *Principio de Necesidad:*

El derecho penal es necesario cuando así lo exige un determinado bien jurídico, exigencia dada por la protección que la sociedad considera necesaria en un momento y lugar histórico determinado. Resulta importante señalar que necesidad no es equivalente a ataque de un bien jurídico tutelado, sino que además de esta protección el derecho penal es necesario tan solo frente a los ataques *mas graves*.

Si bien es cierto el legislador posee amplias facultades para el diseño político criminal y la selección de bienes jurídicos, solo puede actuar dentro de el marco que la Constitución le establece, por lo tanto y dado el alto carácter altamente invasivo y perturbador del derecho penal, solo podrá proteger penalmente valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes. Esta característica es precisamente la que busca todo Ordenamiento penal moderno y coherente con las necesidades de sus ciudadanos, esto permite mayores garantías y da más estabilidad y confianza en el sistema.

Este tema lo desarrollaremos con mayor profundidad en el siguiente Capitulo cuando analicemos las condiciones que debe tener el derecho penal y las propuestas de política criminal que se desarrollen y presenten para cumplir con los fines que esta rama del derecho persigue y sobre todo para cumplir plena y eficazmente la obligación de respeto de los derechos de los ciudadanos establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales firmados por Chile y que se encuentren vigentes.

3) *Principio de Proporcionalidad en sentido estricto*

Llamado por la doctrina como *Principio de Proporcionalidad de las Penas*, es precisamente a propósito de esta subclasificación que desarrollamos la presente tesis.

Consiste básicamente en la idea de la equivalencia entre pena y delito. Por lo tanto la pena habrá de aparecer tanto en abstracto y en concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada³⁸.

Es esta condición la que se reconoce como limite al *ius puniendi* toda vez que la actividad sancionadora del Estado se ve limitada por este principio, que si bien, inicialmente se ve simple y de fácil reconocimiento y aplicación, resulta mucho más complejo de aplicar y respetar, tanto por el legislador como para el propio Estado. Es en virtud de este principio que todo Estado que se considere un Estado Social y de Derecho, debe observar que la gravedad de la pena sea

³⁸ Aguado Correa, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad...* (p. 276).

proporcional a la gravedad del hecho injusto, es decir, a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad.

Recordemos que el derecho penal solo debe orientarse a la prevención de aquellas conductas socialmente reprochables y dañosas para los bienes jurídicos, es por esto que se debe negar toda legitimación de tipos penales que no impliquen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido³⁹. Hay ocasiones en que existe una desmesurada intervención penal. La proporcionalidad enlaza el delito con sus consecuencias jurídicas, encontrando el *ius puniendi* tanto su campo de acción como simultáneamente su límite.

El principio de proporcionalidad de las penas se alza entonces como el gran límite moderno del derecho penal, ya que esta ciencia, ha dejado de preocuparse de asuntos que antaño le aquejaban, como era el respeto por el principio de legalidad, parcialmente superado, ya que todos los países occidentales cimientan sus bases sobre el respeto y protección de este principio⁴⁰. Sin embargo, debido al gran desarrollo que han experimentado los países, a las nuevas formas de delitos y a sus innumerables modos de comisión, el Estado se ha visto en la necesidad de intervenir para zanjar estos problemas y lo ha hecho precisamente a través del derecho penal, su *arma* más invasiva. Ante tal necesidad de acción, no le queda más remedio que hacer uso de su poder punitivo y sancionar a aquellos individuos que no respetan las normas básicas de convivencia social.

Sin embargo, este no es el problema, la verdadera preocupación se produce a propósito de esta intervención, mejor dicho, a la forma y orientación de esta intervención.

La forma de la intervención la relacionamos con el grado de invasión que produce en la esfera de los derechos de los ciudadanos, lamentablemente, a mayor índice de delincuencia y criminalidad, mayor es la intervención estatal, llegando al extremo de que la misma ciudadanía está dispuesta a renunciar a ciertos derechos y libertades con tal de sentirse un poco más segura. Por otro lado, la orientación de la intervención se refiere a que es lo que busca el Estado con su actuación. ¿Solo quiere frenar los delitos, atacando los efectos y no las causas, o busca descubrir las causas y erradicarlas mediante adecuados planes ciudadanos para disminuir la delincuencia?

³⁹ Tal y como sucede en el caso de los delitos de peligro, y sobre todo en los de peligro abstracto.

⁴⁰ Reflexión a la que llegamos luego de comparar las nuevas legislaciones y los distintos enfoques que la ciencia penal está dando a sus estudios.

La respuesta a esta interrogante nos permite definir la política criminal de un Estado y de esta forma determinar cuales son los principios estructurales de su derecho penal, mas claramente, si existe o no un adecuado esquema de proporción de las penas como limite a los fines del *ius puniendi*.

CAPITULO TERCERO: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA ACTUALIDAD

Como ya hemos señalado el Derecho Penal es un medio de control social. Su misión es lograr que los integrantes de la sociedad se comporten de un cierto modo y no de otro, para asegurar así la convivencia pacífica y solucionar los conflictos sociales. Debemos recordar, sin embargo que este es el medio de control más enérgico que existe, ya que el Estado tiene el monopolio de imponer penas privativas de libertad, coartando así los derechos de los ciudadanos.

En ocasiones el legislador “huye hacia el derecho penal”, precisamente porque quiere resolver las urgencias vitales de la sociedad. El poder coercitivo que le otorga el *ius puniendi* lo hace ser poco paciente, olvida ponderar y le resta objetividad. Es por esto que cuando la prevención primaria (programas para evitar la delincuencia) o el mismo derecho penal no funciona se “huye al derecho penal”. Esto puede vulnerar gravemente principios altamente importantes y estructurales de este derecho, como lo son por ejemplo el Principio del Bien Jurídico Protegido y el de Proporcionalidad de las Penas⁴¹.

Pongamos un simple ejemplo: en el consumo y tráfico de drogas el legislador ante la amenaza social que este delito representa y ante el temor que infunde en la ciudadanía, cede ante este escenario (y también ante las presiones) y dicta la ley n° 19.366 que impone igual pena al tráfico de drogas que al homicidio, pese a que evidentemente no es el mismo bien jurídico. Por un lado tenemos la protección de la vida y por otro la protección de la salud pública⁴².

El legislador al establecer penas tan altas no resuelve el problema de fondo, solo huye al derecho penal, haciendo uso del *arma* que este le entrega y de la aparente sensación de tranquilidad que elevar las penas crea, tanto en la conciencia colectiva como en la estatal. Sin embargo, podemos estar vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas.

Que el derecho penal sea un instrumento de control social no debe hacernos perder la perspectiva de que su función última es la tutela de valores e intereses, precisamente lo que se pretende controlar es que no se nieguen estos bienes, ya que su lesión supone una trasgresión de los límites del sistema.

⁴¹ Consecuencias que serán analizadas luego.

⁴² Se concluirá esta tesis con un apartado especial dedicado a un análisis crítico y comparativo de la desproporción de las penas que existe en el Ordenamiento Jurídico chileno.

1.- PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA MODERNA TEORIA DEL DERECHO PENAL

Durante mucho tiempo este principio no fue muy estudiado por la ciencia penal, mas bien podríamos decir que fue totalmente dejado de lado y la investigación del derecho penal se concentro en otras áreas y en otros principios, llevándose la mayor atención el principio de legalidad. Esto resulta comprensible ya que luego de la transición de las Monarquías absolutas a los Estados modernos resultaba de gran importancia cimentar las bases para que el poder público no volviera a tornarse despiadado y cruel. Sin embargo con el devenir del tiempo y el mayor avance en materia penal, los estudiosos se dieron cuenta que de nada les servia someterse estrictamente a la legalidad si sus penas carecían aún de un adecuado fundamento y por sobre todo de una adecuada proporcionalidad. Es por esto que resurge el interés por buscar el verdadero fin de la pena y de esta forma su adecuada proporción al hecho cometido⁴³. El principio de Proporcionalidad de las Penas sirve entonces como fundamento para determinar como tipificamos un conflicto social.

El criterio fundamental consiste en que debe haber proporción entre el hecho cometido y la pena impuesta.

Todo legislador para estructurar un adecuado sistema debe, en consecuencia, tener en cuenta a la hora de establecer una pena para un determinado ilícito los siguientes aspectos⁴⁴:

- Naturaleza del bien jurídico protegido, es decir, a mayor interés, a mayor importancia del bien, mayor debe ser la pena.
- Lesión del bien jurídico, solo se sancionan los ataques mas graves, de esta forma, se impone una pena mas severa si el bien efectivamente se ha visto lesionado a que si este solo ha sido puesto en peligro.
- Desvalor de la acción, no puede tener la misma pena aquel hecho cometido con dolo que aquel cometido con culpa. Es reproche social es distinto, por lo tanto el reproche estatal debe necesariamente ser mas leve si el hecho fue cometido culposamente, ya que el autor no ha tenido la intención de cometerlo, resultando injusto que lo castigemos de la misma forma que aquel que ha cometido el hecho con la intención y conocimiento del daño a inferir (tipicidad subjetiva).

⁴³ Estos comentarios se han llegado luego de una reflexión histórica, marcada principalmente por el pensamiento de Beccaria y otros grandes autores.

⁴⁴ Aspectos sugeridos por el profesor José Ángel Fernández. Apuntes año 2004.

- Debe además relacionarse y compararse la pena impuesta con los demás tipos penales y otros bienes jurídicos protegidos, ya que resulta fundamental que del análisis que se realice entre el hecho que se está tipificando y otro ya existente, exista una adecuada correlación que no signifique vulnerar la necesaria proporción que debe haber entre el ataque a un determinado bien jurídico, que se encuentre, por ejemplo, en un peldaño superior en la escala, y por lo tanto tenga más pena, que otro que se encuentra en un peldaño inferior y que tenga la misma pena. Si los bienes jurídicos son distintos, las penas también deben ser distintas.

2.- PROPORCIONALIDAD Y FINES DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Nuestra Constitución no hace referencia directa alguna sobre los fines de la pena en nuestro sistema. Este tema resulta de gran importancia, ya que es mediante este concepto, que trazamos la política criminal de nuestro país, y por lo tanto atribuimos competencias al Estado para sancionar aquellas conductas que él considera lesivas para los bienes jurídicos fundamentales, además y por otro lado definimos claramente los límites al *ius puniendi*. Pese a no explicitar el fin de la pena, nuestra carta fundamental sí hace referencia a conceptos que resultan claves para deducir una determinada inclinación: Libertad, Dignidad, Igualdad⁴⁵. No debemos olvidar que nuestra Constitución es muy posterior al Código, por lo que encontramos diferencias sustanciales en cuanto a sus objetivos, que deben ser modificadas para que así éstos se encuentren en perfecta armonía.

El Código Penal señala como fin principal de las penas la Retribución, esto se explica porque a la época de dictación del Código, esta era la postura mayoritaria para justificar la imposición de la pena. Lamentablemente esto trae como consecuencia penas muy altas y poco arbitrio judicial que permita cierta discrecionalidad al momento de aplicar las sanciones.

Aparte del mencionado avance que significó la dictación del Nuevo Código Procesal Penal, con anterioridad a éste, solo algunas aisladas disposiciones nos hacían recordar cierta tendencia preventivo especial. Por ejemplo, el Reglamento de establecimientos penitenciarios de 1998 y la ley 18.216 de 1983 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Sin embargo

⁴⁵Cfr Bustos Ramirez, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Editorial Conosur. Santiago de Chile, 1994. (p. 35). Los Códigos penales latinoamericanos son herederos de la Revolución Francesa, por lo tanto de este proceso social surgen determinados intereses protegidos: la vida, la libertad, el honor, la propiedad, etc.

la tendencia de nuestro legislador sigue siendo una marcada predisposición a la prevención general. El ejemplo paradigmático de esta situación lo representa la actual Ley de Drogas, que impone penas excesivas, equivalentes a las del homicidio simple.

Esto nos hace pensar que pese a el reconocido problema de falta de proporcionalidad de las penas de nuestro actual ordenamiento penal, en el futuro esta tendencia puede repetirse, ya que por muchas intenciones que existan de reformar el Código Penal, la propensión sigue siendo la prevención general, que acarrea múltiples problemas ya que se instrumentaliza al individuo en pos de la sociedad, imponiéndole, en ciertos casos, penas ejemplificadoras, que resultan ser excesivas al hecho cometido.

La tendencia actual en parte del mundo es la incluso la despenalización, al limitar lo máximo posible la intervención del derecho penal a la resocialización del delincuente y a buscar un sistema penal que sea cada vez mas acorde con los derechos humanos, resultando por consiguiente toda practica en contrario absurda y carente de sentido. No podemos dejarnos presionar por ideas provenientes de grupos políticos o de la opinión publica, manejada, en ocasiones, por los medios de comunicación social que se encuentran poco informados, si bien es cierto existe cierta legitimación de estos grupos para presionar, lamentablemente son utilizados en pos de fines políticos, económicos o empresariales, fines que distan mucho de los verdaderos valores que éstos grupos efectivamente desean alcanzar.

Si logramos tener una coherente postura sobre el fin de la pena en nuestro ordenamiento, no volveremos a caer en los excesos de un derecho penal expiatorio o instrumental del delincuente.

CAPITULO CUARTO: LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO COMO RESPUESTA AL PROBLEMA

1.- POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal es aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia a través del Derecho Penal. Se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear por el Derecho Penal (DP) en el tratamiento de la criminalidad⁴⁶.

Podemos definirla mas completamente como aquella disciplina que le incumbe la elaboración de los criterios a adoptar a la hora de tomar decisiones en el ámbito del DP⁴⁷, es decir hasta que limite puede extender el legislador el DP para no restringir la esfera de libertad del ciudadano, más allá de lo absolutamente indispensable⁴⁸.

Cada Ordenamiento Jurídico responde a una determinada orientación político criminal y expresa una concreta política criminal (orientación al DP), es por esto que el estudio del DP no puede limitarse únicamente a la dogmática sino que debe abarcar en su modelo, la visión crítica sobre el funcionamiento de la justicia penal, dado por la observación de la criminología, ya que lo que es delito en una sociedad puede no serlo en otra, y completar este análisis con la investigación de las metas legislativas que se proponen y ponderarse con las consecuencias esperadas de la intervención del sistema penal, ya que lo que se busca, tradicionalmente, es alcanzar un estado razonable de control de la criminalidad a través de la represión, prevención y tratamiento de la delincuencia, unido al fin lógico de la realización plena de la dimensión sustancial de la democracia, es decir, la vigencia material de los derechos fundamentales reconocidos por la sociedad⁴⁹. Los medios y fines se consideraran precisamente a partir de la determinada valoración de los fines generales, que necesariamente tiene que ser el modelo de sociedad que ese cuerpo social tiene⁵⁰, ya que como mencionamos anteriormente, la política criminal es reflejo de una sociedad determinada, no podemos homologar modelos a sociedades que presentan rasgos distintos, ya que sus necesidades y puntos de atención responden a consideraciones de distinta naturaleza.

⁴⁶ Mir Puig... (pp.18 y 19).

⁴⁷ Muñoz Conde en Politoff Lifschitz, Sergio... (p. 14).

⁴⁸ *Ibid.*, (p.14).

⁴⁹ Cfr Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del mas débil*. Editorial Trotta. Madrid, 2001. (p.41).

⁵⁰ Zuñiga Rodríguez, Laura. *Política criminal...* (pp. 3 y 4).

2.- BIEN JURÍDICO Y SU IMPORTANCIA EN LA ADOPCION DE LOS MODELOS POLÍTICO CRIMINALES EN LA SOCIEDAD

Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido⁵¹. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El Orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, surgen de la naturaleza de las cosas, como la vida, el honor, salud, propiedad, etc; el concepto nace con el *iusnaturalismo*, es la protección del derecho la que eleva este interés vital al nivel de bien jurídico. El DP. y el Código Penal. lo único que hacen es recoger bienes jurídicos que van determinando el desarrollo social, así se determinan los bienes jurídicos protegidos, como su jerarquía, es decir, orden de prelación⁵².

Bien Jurídico es un concepto variable en el tiempo y jerarquizable. Existen bienes jurídicos mas importantes que otros. El derecho penal dispone de la sanción mas fuerte (pena) y luego no puede abusar del derecho penal para proteger cualquier cosa. Es por esto que el derecho penal se reserva para los bienes mas importantes: vida, salud, propiedad⁵³.

El bien jurídico determina la unión entre injusto y política criminal, se alza como un verdadero concepto limite, ya que las raíces del bien jurídico, como mencionamos, no están en el campo del derecho, hay que buscar sus presupuestos, categorías en la realidad social⁵⁴.

Lo que interesa salvaguardar son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ella ocupan los individuos, su intermediación con objetos, entes y sus transformaciones por la interacción social. Los bienes jurídicos lo que hacen es plasmar de manera concreta este complejo real social que interesa proteger.

De ahí la importancia del bien jurídico como principio garantizador, ya que justamente permite a toda la sociedad y a todos los individuos determinar que es lo que se esta protegiendo, por eso también el rechazo a toda formula que lleve a la vaguedad y a la abstracción que vacíe su contenido. De ahí también la exigencia imprescindible de que todo precepto penal ha de contener un bien jurídico protegido⁵⁵.

En resumen lo que se protege en definitiva, es la relación social, con una determinada posición e interacción de los individuos en ella, frente a determinados objetos y entes. La concreción

⁵¹ Von Litstz en Bustos Ramirez, Juan. *Bases criticas de un nuevo derecho penal...* (p 35).

⁵² Cfr *Ibid.*, (p.16 a 35).

⁵³ Apuntes de clases del profesor Javier Zehnder, catedrático de derecho penal en la Universidad Catolica de la Santísima Concepción, año 2000.

⁵⁴ Cfr *Ibid.*, (p. 74).

⁵⁵ *Ibid.*, (pp. 80 y 81).

sinéctica de ello es el *bien jurídico*. De ahí que su función es fundamental en el derecho, pues informa, permite conocer el fundamento mismo de lo que cae bajo el Ordenamiento Jurídico (OJ). Prescindir de él, es poner al OJ. en nubes, fuera del alcance del pueblo, dejar entregado el OJ. a la arbitrariedad, pues no se podrían conocer sus razones, y también dejar entregado al legislador a la arbitrariedad, pues no sabría como fundar sus leyes⁵⁶.

3.- ORIENTACION ACTUAL

En la mayoría de los Estados modernos, los modelos y orientaciones político criminales están recogidos en las cartas fundamentales, ya que son precisamente éstas, las que reflejan su realidad social, distinta y completamente diferenciada de la de sus vecinos.

Detrás de cada modelo constitucional existe un régimen político con una determinada ideología que influye en la política criminal.

La CPE contiene los valores marco de la sociedad. La solución a los problemas de los valores de la ciencia jurídica esta en la CPE. Es la clave para la configuración de un sistema penal, por lo tanto será el sistema de valores y principios contenidos en la CPE, el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones políticas que debe guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad.

Los principios constitucionales operan por un lado como pilar sobre los cuales se apoya la construcción dogmática penal, y por otro lado como limite garantístico de selección en la estrategia de la lucha contra la criminalidad, siguiendo programas que respetan los derechos fundamentales⁵⁷.

Actualmente la doctrina consiente en esta conexión con la carta fundamental, la discusión se centra en la mayor o menor amplitud de esta dependencia, en la jerarquía de los principios y en cuales concretamente están en la CPE⁵⁸.

Es precisamente la inclusión de estos principios en la CPE, la mejor solución que se vislumbra para mantener a *ralla* la intervención penal del Estado. Solo reconociendo y contemplando expresamente estos principios vamos a obtener un DP. justo, proporcional, y cada vez más acorde con los derechos fundamentales.

⁵⁶ *Ibid.*, (p. 89).

⁵⁷ Bricola en Zuñiga Rodríguez, Laura. *Política criminal...* (p.51).

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías...* (pp.67 y 68).

En nuestro país, solo se encuentran constitucionalmente consagrados los principios de legalidad y tipicidad. Resultaría altamente conveniente y representaría un gran avance en nuestra ciencia penal, la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de las penas, sobre todo, porque nuestro DP. se aleja cada vez mas de la adecuada equivalencia que debe existir entre la sanción y el mal causado⁵⁹. Si bien es cierto el bien jurídico de absoluta prioridad es el derecho a la vida, en el transcurso de los siglos XIX y XX, se ve una marcada tendencia hacia un ascenso de la importancia de la propiedad privada, esto, porque ésta es la nueva piedra angular del sistema económico dominante⁶⁰.

En nuestro código podemos observar que el número de figuras referentes a la protección de la propiedad individual aumentan desmesuradamente, aumentando también las penas, el número de agravantes, se igualan las formas de participación y la etapa de desarrollo del delito. Todo esto pese a que de hecho y de *iure*, en todas las declaraciones democráticas, incluyendo la nuestra, lo más importante es el respeto a la vida y la libertad, la propiedad ha pasado a ser lo principal. Se producen entonces contradicciones de tipo teórico⁶¹.

La única forma de lograr no solo un adecuada política criminal sino que también un orden de prelación (jerarquía jurídica) de los bienes jurídicos que sea efectivamente respetada tanto por el legislador como por los ciudadanos, es estableciendo pautas concretas que se contengan en la CPE, para así darle mayor certeza y obligatoriedad a estos principios.

El fin de la política criminal debe estar orientada hacia una concepción mas amplia de los fines de las actuaciones políticas y jurídicas de los Estados en relación a la delincuencia, considerando no solo la prevención de ésta, sino también el objetivo de controlar todas sus consecuencias: costes económicos y sociales del delito, de la sanción, respecto del autor, respecto de las victimas, en relación a los aparatos de intervención y a la sociedad en general.

No puede utilizarse la sanción penal para promover valores, sino que estos deben alcanzarse con el consenso y el consentimiento, a través de políticas destinadas a promover las condiciones para el desarrollo de tales derechos, es decir, privilegiar la prevención a la represión, utilizar políticas criminales integrales y no solo penales, utilizar la función promocional de la Política Criminal, mas no pretender promocionar con la sanción penal.

La prevención sin el contrapeso de sus límites centrados en el respeto a los parámetros de los derechos fundamentales, puede desembocar en un terror penal. La mera prevención fundada en

⁵⁹ Resultaria conveniente sobre todo para los derechos de los imputados y la seguridad jurídica de la sociedad entera.

⁶⁰ Ramirez Bustos, Juan. *Bases criticas de un nuevo derecho penal...* (p.36).

⁶¹ *Ibid.*, (p. 36).

la intimidación y la disuasión mediante el terror o la amenaza del castigo, configuran un tipo de Política Criminal. autoritaria, regida por el miedo, donde la espiral de mayor represión es difícil de parar: el delito se responde con mayor castigo, el delito permanece, se aumenta el castigo y así sucesivamente⁶².

Una Política Criminal organizada sobre la base del miedo al castigo y a la represión tiene efectos contraproducentes, ya que en lugar de crear efectos inhibidores en los sujetos, puede constituir mas bien un factor criminológico al aumentar el riesgo y así aumentar las ganancias de los ilícitos. El ejemplo clásico se presenta en el tráfico de drogas, ya que se obtienen ganancias mayores proporcionalmente a la ilicitud de las actividades realizadas.

⁶² Cfr *Ibid.*, (p. 39).

4.- RESUMEN

Esta empíricamente comprobado que no existe un correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad⁶³. Lamentablemente, prácticamente todos los Estados diseñan su Política Criminal sobre modelos preventivos, esto es principalmente así por:

- Hay un incremento grave de la delincuencia
- Amplias repercusiones del delito en la sociedad
- Sentimiento de inseguridad de los ciudadanos con las consiguientes consecuencias en el sistema penal
- Bajo porcentaje de solución de los delitos
- Escasa participación del público en el funcionamiento de la justicia penal
- Ineficacia de las penas clásicas
- Ausencia de liniamientos para la articulación de una PC. moderna y progresista⁶⁴.

Desgraciadamente nuestro país no se encuentra al margen de esta tendencia mundial y basa la gran parte de su PC en la prevención general, la que nos ha llevado a una falta de coherencia en el sistema de penas, que se manifiesta en una abierta desproporcionalidad que hace urgente incorporar criterios rectores para solucionar el problema.

La actual Política Criminal se enfrentan a un gran cambio de escenario.

Los principios de subordinación e intervención mínima solo sirven para los “delitos clásicos”.

Se llevo a un objetivo ya no de prevención sino que de afianzamiento de la certeza del sistema. Se utiliza la pena como respuesta político criminal, como si no existieran otros instrumentos de control social más efectivos.

La aparición de nuevos bienes jurídicos, como los colectivos, las nuevas formas de criminalidad mas compleja (organizada, empresarial), hacen que el Estado aumente su intervencionismo penal, pasando a tener un carácter meramente sancionador. Se penan meras desobediencias o incumplimientos, además se anticipa la intervención penal a ámbitos alejados de lesión (caso de los delitos de peligro abstracto, formas imprudentes y omisivas). Derecho penal como *prima ratio*.

⁶³ Por ejemplo en Estados Unidos: la mayor adopción de la pena de muerte en los distintos estados, no ha significado un descenso en las tasas de criminalidad. Zuñiga Rodríguez, Laura. *Política criminal...* (p.41).

⁶⁴ Rico/ Salas en Zuñiga Rodríguez, Laura... (p.42)

Una adecuada aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y subordinación, deben reducir la sanción penal al mínimo indispensable, privilegiando otros instrumentos de control social.

La Política Criminal actúa generalmente ante el fracaso de las políticas sociales. El éxito de las políticas sociales redonda en el éxito de una buena política criminal.

CAPITULO CINCO: FALTA DE PROPORCION DE LAS PENAS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS NORMATIVO

Tal y como hemos desarrollado a lo largo de esta tesis, el principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente relacionado con la CPE y el modelo que elija como política criminal para fundamentar sus decisiones legislativas.

La ausencia de un marco constitucional completo que respalde la consagración de los límites al *ius puniendi*, entendidos como principios estructurales del DP, unido a una gran vulneración en el orden de prelación de los bienes jurídicos, desencadena inevitablemente en una falta de coherencia y sistematización en la sanción jurídica de nuestro Código Penal.

Este problema se presenta principalmente a propósito de los delitos contra la propiedad.

Tal como adelantamos en el capítulo anterior, todos los ordenamientos democráticos reconocen como bien fundamental y primero en la escala jerárquica, el derecho a la vida. Sin embargo, a lo largo del tiempo, el derecho de propiedad se ha ido alzando como el bien jurídico con mayor protección e importancia en la realidad social, esto se da básicamente, porque representa la piedra angular del nuevo sistema económico.

Con el objeto de concretizar este trabajo, nombraremos algunos delitos y compararemos las penas entre ambos para así demostrar que este problema no nos es ajeno, muy por el contrario se encuentra latente en nuestra sociedad y presente en nuestro propio código penal.

En el caso de los clásicos delitos contra la propiedad, entiéndase, robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas, las sanciones impuestas son:

- Presidio mayor en su grado medio a muerte⁶⁵ cuando se cometiere además homicidio, violación y ciertas lesiones que contempla la norma, art 433 n° 1.
- Los demás casos de robo con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimos a máximo, art 436 inc 1°.
- El robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, con presidio mayor en su grado mínimo si se comete el delito con algunas de las modalidades que contempla la norma, art 440.

⁶⁵ Toda referencia hecho a la pena de muerte debe entenderse efectuada a presidio perpetuo, ya que la pena de muerte fue derogada del código penal.

- El robo en lugar no habitado, con presidio menor en sus grados medio a máximo, si se comete con alguna de las modalidades señaladas en la norma, art 442.

En el caso de los delitos contra la vida, el legislador los sanciona:

- Con presidio mayor en su grado máximo a muerte, en el caso de parricidio, art 390.
- Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo al que cometa homicidio calificado (asesinato), art 391 n° 1.
- Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en los casos de homicidio simple, art 391 n° 2.

Como podemos apreciar se sanciona con similar pena el robo con violencia o intimidación en las personas si se comete además alguna de las acciones contenidas en la norma, que el parricidio, siendo que tutelan bienes jurídicos totalmente distintos, en el primer caso si bien se protege la vida y la integridad física, el bien principal objeto de tutela es la propiedad, en el segundo caso es lógicamente la vida, y pese a la diferencia obvia entre ambos intereses, el legislador les atribuye consecuencias jurídicas similares, todo esto por una mala política criminal que lo presión a sancionar con mayor pena aquellos delitos de mayor frecuencia social. Lo mismo sucede a propósito del robo en lugar no habitado y el homicidio simple.

Resulta evidente la desproporción y falta de una adecuada política criminal que presenta nuestro derecho penal. De más esta señalar la obsolescencia absoluta de nuestro cuerpo normativo, dado por su antigüedad y las múltiples reformas que se le han hecho, lo cual le ha quitado aquella sistematización, tan necesaria para una adecuada proporción de las penas.

Se hace imperiosa una reforma al CP, la cual debe respetar los parámetros impuestos por la CPE, los límites al *ius puniendi*, los derechos fundamentales y sobre todo la política criminal que se decida adoptar.

La importancia de elevar a nivel constitucional no solo el principio de proporcionalidad de las penas sino que también un orden de prelación jerárquico de los bienes jurídicos ayudaría en gran medida al legislador, a la población y a los grupos de presión legitimados, para sentirse mas seguros y no abusar de la sanción penal. Una pirámide donde se encuentre en la cúspide la

“vida”, y luego otros bienes jurídicos como la salud, el honor, la propiedad, permitirían tener un cuadro mas amplio y mas claro del problema, evitando así y estableciendo los limites para evitar los excesos en las penas.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal, al igual que las demás ramas del Ordenamiento Jurídico, no es una ciencia aislada, se encuentra muy relacionada a otras ramas: el derecho procesal penal, el administrativo, pero por sobre todo a constitucional, ya que es éste, quien le da sustento, fundamento, legitimidad de acción y le impone los límites a su poder sancionador e invasivo.
2. Todo Estado moderno, y sobre todo nuestro país, que está pasando a una etapa de *verdadera* democracia, aspira llegar a convertirse en un legítimo Estado social y democrático de derecho, para ello no solo requiere buenas políticas sociales, un adecuado sistema económico que permita una aceptable repartición de la riqueza, sino que sobre todo, un completo respeto a los derechos fundamentales de sus ciudadanos, tanto víctimas como imputados.
3. El principio de proporcionalidad presenta varias aristas, nosotros lo conocemos y lo tratamos en su sentido estricto (tal y como señala Aguado Correa), es decir, como proporcionalidad de las penas, esto significa una adecuada equivalencia entre el daño cometido y la sanción a imponer por el Estado, de manera que este no se sobrepase y busque otros fines distintos que el de hacer pagar al autor por su delito ante la sociedad, reeducarlo y reafirmar el derecho vigente, no debe buscar instrumentalizarlo y por sobre todo debe respetar el principio humanizador de las penas.
4. Nuestro derecho penal, no muestra una marcada tendencia o inclinación más o menos definida en cuanto a los fines de la pena que busca, sin embargo, podemos mencionar que es marcadamente retribucionista y preventivo general, lo que lleva a que se vulnere el principio de proporcionalidad de las penas, ya que aquellos delitos de mayor ocurrencia y con mayor repercusión social, que en ocasiones atacan bienes jurídicos de jerarquía inferior, son castigados con mayor pena, que aquellos de una escala superior pero cometidos con menor frecuencia. Soy consciente de que en la actualidad el retribucionismo más que algo negativo y más que un fin de la pena se ha vuelto un límite al *ius puniendi*, sin embargo sigo empeñada en mi pensamiento anterior ya que considero que en nuestro código penal ese aspecto positivo no se presenta de forma marcada y permanente.
5. Una adecuada política criminal, ojala lo más subsidiaria posible, que demostrara que las políticas sociales implementadas por el Estado son suficientes, junto con un adecuado

orden de prelación de bienes jurídicos, reconocidos éstos por nuestra Constitución, permitirían dar mas sustancia al sistema e impedirían los abusos.

6. De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la mejor y mas segura forma de evitar abusos en la conminación penal es a través de elevar a rango constitucional tanto el principio de proporcionalidad de las penas, transformándolo en un verdadero principio rector e informador de todo el derecho penal, y estableciendo una adecuada escala de bienes jurídicos, elevándolas también a nivel constitucional, de manera de permitir mayor respeto por los imputados y los derechos fundamentales de los ciudadanos en general.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de la Republica de Chile
2. Código penal chileno
3. Código penal español
4. Politoff Lifschitz, Sergio. *Derecho penal tomo I*. Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001
5. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Política Criminal*. Editorial Colex, Madrid, 2001
6. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Editorial PPU, Barcelona, 1990
7. Quinteros Olivares, Gonzalo. *Derecho penal parte general*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1989
8. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1998
9. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del mas débil*. Editorial Trotta. Madrid, 2001
10. Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*. Editorial Edersa. Madrid, 1999
11. Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, presentación de Tomas Valiente. Madrid, 1993
12. Bustos Ramírez, Juan. *Bases Criticas de un nuevo derecho penal*. Editorial Conosur. Santiago de Chile, 1994
13. Apuntes de clases profesor José Ángel Fernández Cruz, catedrático de derecho penal en la Universidad Austral de Chile, año 2004