

PROF. JORGE NÚÑEZ SÁNCHEZ. INCIDENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. 163-187. REVISTA CENIPEC. 29. 2010. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. JORGE NÚÑEZ SÁNCHEZ

**INCIDENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.**

Recepción: 19/10/2009.

Aceptación: 08/02/2010.

Prof. Jorge Núñez Sánchez
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
CARACAS - VENEZUELA
jorge.nunez@tsj.gov.ve

Resumen

En el presente trabajo se plantea la cuestión de cómo se realiza el contenido del principio de proporcionalidad en uno de los ámbitos esenciales de la actividad judicial, a saber, en el proceso de determinación de la pena, así como también la necesidad de motivar dicho proceso en el texto de la sentencia condenatoria.

Palabras clave: Estado social y democrático de derecho, derecho penal, jueces, ponderación, motivación.

The incidence of the principle of proportionality in the individualization of the sentence.

Abstract

This study addresses the question of how the principle of proportionality is used in one of the key components of judicial decision-making, namely, sentencing. It also argues for the need to indicate, in the text of the sentence, how the principle of proportionality has been used.

Key words: social and democratic rule of law, criminal law, judges, evaluation, explication.

Incidences du principe de proportionnalité dans l'individualisation de la peine.

Résumé

Le travail ci-dessous se pose la question de comment se réalise le contenu du principe de proportionnalité dans l'un des domaines essentiels de l'activité judiciaire, à savoir, dans le processus de détermination de la peine. De même, il s'interroge sur la nécessité de motiver cette procédure dans l'arrêt de condamnation.

Mots clés: Etat social et démocratique de droit, droit pénal, juges, pondération, motivation.

Incidências do princípio da proporcionalidade na individualização da pena.

Resumo

No presente trabalho é apresentada a questão de como é realizado o conteúdo do princípio de proporcionalidade em um dos âmbitos essenciais da atividade judiciária, a saber, no processo da determinação da pena, assim como a necessidade de motivar tal processo no texto da sentença condenatória.

Palavras chave: Estado social e democrático de direito, direito penal, juizes, ponderação, motivação.

Introducción.

El modelo de Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, exige que el poder punitivo del Estado (o *ius puniendi*) sea sometido a una serie de límites que se derivan de los valores axiológicos que dicho modelo de Estado propugna. Uno de tales límites está representado por el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva, el cual será abordado en el presente artículo desde la óptica de la teoría de los derechos fundamentales.

Este principio fundamental se encuentra asociado, tal como se señala, con el principio de legalidad, ya que a través de este último se diseña el abanico de conductas prohibidas y las penas que les corresponden, con base en el grado de afectación del bien jurídico; con el principio de culpabilidad, ya que la graduación de la pena se efectúa según haya sido el aporte subjetivo en el injusto; y con el Derecho penal del acto, ya que la medida de la pena depende de la intensidad de la contribución fáctica en la realización del injusto típico (Rosales *et al.*, 1996: 108). Por tanto, la medida de la respuesta punitiva dependerá del grado del aporte objetivo y subjetivo del sujeto en el injusto, debiendo existir entre ambos un nexo de correspondencia proporcional.

Ahora bien, debe aclararse que el principio de proporcionalidad no se agota con la idea tradicional de proporcionalidad de la pena, ya que el concepto en sí de proporcionalidad, como bien señala la citada autora venezolana, ha sufrido en el ámbito penal una extensa ampliación en su contenido, abarcando de esta forma a la proporcionalidad que debe existir en el acometimiento del delito por parte de los órganos policiales y judiciales, a la proporcionalidad en la obtención de pruebas, en la preservación de los investigados, etc., así como también en la propia fase de ejecución de la pena (1996: 110).

No obstante tal aclaratoria, en el presente artículo centraremos nuestra atención en cómo se debe materializar el contenido del principio de proporcionalidad en su manifestación tradicional, que aquí denominaremos *principio de prohibición de exceso*, en el proceso de individualización de la pena realizado por el juez en la sentencia condenatoria. Igualmente, será abordado el estudio de los orígenes de dicho principio y su contenido

fundamental, así como también de las razones que justifican su aplicación por la agencia judicial del sistema penal.

1.- Orígenes del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad constituye un objeto cuyo desarrollo ha marchado a la par de las distintas ideas que han transitado por la cultura jurídica occidental, de allí que indagar en su génesis sea labor prácticamente inabarcable (Lopera, 2006: 30). No obstante tal dificultad, podemos señalar que los orígenes de este principio se remontan a la antigüedad, en efecto, ya Platón en su obra *Las Leyes*¹, advirtió la necesidad de que exista una proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. Dicho pensador, tomando como ejemplo el robo, señaló que debe el legislador distinguir entre el ladrón que roba mucho o poco, el que roba en lugares sagrados o profanos, y establecer castigos diferentes atendiendo a las circunstancias de cada caso (1950: 960). Por su parte, en la Edad Media también se encuentran vestigios de la vigencia de este principio, así, podemos verlo reflejado en la *Carta Magna* del año 1215, la cual ya mencionaba la proporción entre pena y transgresión.

Pero los cimientos de la formulación actual del principio de proporcionalidad fueron suministrados por la filosofía política de la Ilustración, período en el cual maduraron los pilares axiológicos del Derecho penal moderno, a saber, la legalidad, la igualdad, la certeza, y especialmente la mensurabilidad y calculabilidad de las penas (Ferrajoli, 1998: 398). A mayor abundamiento, en este período se afianzaron las bases para concebir al derecho como un mecanismo al servicio de finalidades humanas (por ejemplo, la paz, la defensa de los derechos naturales, la búsqueda de la felicidad), las cuales justificarán la existencia del Estado y el ejercicio del poder. Otra de las ideas madres que informó la estructuración del Derecho penal moderno, y concretamente al principio de proporcionalidad, fue la libertad, entendida como un derecho natural del individuo, la cual sólo puede ser restringida por el poder público, cuando sea necesario e imprescindible para salvaguardar los derechos de los demás o las exigencias del bien común (Lopera, 2006: 32).

¹ Libro IX, 857b.

Así, los postulados básicos del principio de proporcionalidad que fueron desarrollados a la luz del pensamiento ilustrado, pueden resumirse de la siguiente forma: 1.- La concepción de las prohibiciones y de los castigos como males artificiales e ilegítimos, que limitan los derechos de los individuos con la amenaza o con el uso de la fuerza; 2.- La justificación de tales prohibiciones y castigos, descansa en su *utilidad* para prevenir las conductas humanas que lesionan o crean un peligro para la libertad de los demás y de la convivencia social, y en su *necesidad*, es decir, aquellos serán legítimos en la medida en que tal prevención no pueda alcanzarse con medios menos drásticos; y 3.- La comprobación de que los males que se pretendan evitar sean mayores que los causados con las prohibiciones y los castigos (2006: 32).

Como un reflejo de las anteriores ideas, tenemos fundamentalmente a Beccaria, quien sostuvo que:

“... los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsen a ellos...”, siendo que por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas (2006: 86)².

Como otro exponente de este período, tenemos a Montesquieu, quien sostenía la necesidad de que existiera una justa proporción entre la pena y el crimen, afirmando al respecto que resulta esencial que:

“... las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar mas bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo

² En este sentido, Beccaria también afirmó que “Si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles, si entre los motivos que impulsan a los hombres incluso a las más sublimes operaciones fueron dispuestos por el invisible Legislador el premio y la pena, de la inexacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción, tanto menos observada cuanto más común, que consiste en que las penas castiguen los delitos que ellas han hecho nacer. Si una pena igual está establecida para dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el mayor delito, si encuentran unido a él un beneficio mayor. Quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mata a un faisán y para quien asesine a un hombre o falsifica un escrito importante, no habrá ninguna diferencia entre estos tres delitos, destruyéndose de esta manera los sentimientos morales, obra de muchos siglos y de mucha sangre que lenta y difícilmente se producen en el espíritu humano”.

menos dañoso...”, y continúa este autor señalando que “... es un grave mal entre nosotros imponer la misma pena al salteador que roba en despoblado y al que roba y asesina. Evidentemente habría de establecerse alguna diferencia en la pena, por la seguridad pública” (Montesquieu, 1998: 61).

Otro referente importante del principio de proporcionalidad, lo podemos ubicar, a finales del siglo XVIII, en el *derecho de policía prusiano*, en el cual dicho principio fungía como un contrapeso frente a la amplia discrecionalidad de este último ámbito de la actividad administrativa, la cual implica la limitación coactiva de la libertad y la propiedad de los ciudadanos, con miras al mantenimiento de la seguridad y el orden público. En este contexto, también salen a relucir los principios de *necesidad* y *proporcionalidad* en sentido estricto, y la idea de que toda medida restrictiva de la libertad es legítima según su intensidad y el fin que con ella se persigue (Lopera, 2006: 33). Posteriormente, con el advenimiento del Estado social, los alcances del principio de proporcionalidad trascendieron de la actividad de policía administrativa, extendiéndose ahora a otras manifestaciones de la actividad administrativa estatal, como son, por ejemplo, la intervención del Estado en la economía y la prestación de servicios.

Por otra parte, cabe destacar que la idea de proporcionalidad ha estado íntimamente asociada con la concepción retribucionista de la pena, siendo Kant un ejemplo de tal corriente de pensamiento, quien señalaba que el Estado tenía del deber de retribuir talionalmente (ojo por ojo y diente por diente), ello para no quebrar el contrato social y volver al estado de naturaleza, que para ese autor estaba representado por un estado de guerra (Zaffaroni, 2005: 211). A mayor abundamiento, cabe señalar que el fundamento de esta postura absoluta de la pena descansa en que todo mal causado no debe quedar sin castigo alguno, debiendo el culpable del hecho encontrar su merecido en dicho castigo, y por tanto, la pena tiende a materializar una retribución exigida por la justicia. En pocas palabras, según esta teoría la pena constituye una retribución por un mal hecho previamente, se trata de restaurar el orden lesionado, debiendo estar dicha retribución enmarcada dentro de los límites de la proporcionalidad.

Entonces, del análisis conjunto de las posturas antes expuestas, se advierte que desde sus orígenes, el principio de proporcionalidad ha girado en torno a dos ideas fundamentales: la justicia retributiva, vinculada a la proporcionalidad de la pena respecto al daño ocasionado, y la concepción instrumental del derecho, según la cual éste es un medio al servicio de la utilidad de la sociedad y de los particulares, en virtud de lo cual la aplicación de los mecanismos jurídicos se legitima sólo si apunta y es necesaria para lograr tal utilidad y si existe una relación proporcional entre medios y fines (Lopera, 2006: 30). De ello se infiere que el principio de proporcionalidad se ha correspondido desde sus inicios con dos finalidades esenciales de la pena, a saber, la *retribución* y la *prevención* (Rosales *et al.*, 1996: 109).

2.- Contenido del principio de proporcionalidad.

Debe afirmarse que para la imposición del castigo no basta que la persona a quien se le impute la realización de un delito haya sido declarada culpable, sino que también resulta imprescindible la estimación y graduación de la pena a imponer, partiendo del parámetro de la gravedad de la lesión, la cual debe ajustarse a la cuantía de aquélla. Así, a grandes rasgos el principio de proporcionalidad implica que la pena sea proporcional al delito, y que la medida de la proporcionalidad sea establecida con base en la dañosidad social del hecho (Mir, 1998: 100).

Enmarcando el principio de proporcionalidad en una perspectiva más afín a la protección de los derechos humanos, podemos señalar que sólo las violaciones graves de éstos pueden ser objeto de sanciones penales, debiendo ser la pena proporcional al daño social ocasionado por dichas violaciones (Baratta, 2004: 309).

No obstante la validez de las anteriores aproximaciones conceptuales al principio de proporcionalidad, la pregunta de ¿cuánta pena?, la cual obedece a la máxima *poena debet commensurari delicto*, sigue aún sin una respuesta acabada, siendo que esta situación ha sido una constante en el transcurso de la historia de las ideas penales, ello por las dificultades que se presentan al momento de articular unos parámetros concretos y sólidos que permitan establecer y graduar de manera uniforme la pena que debe corresponder a cada delito.

La razón de esto último obedece a que el principio de proporcionalidad posee una naturaleza relativa, ya que del mismo no se derivan prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, implicando el mismo un juicio de ponderación entre el medio empleado (la sanción) y el fin que con ésta se pretende alcanzar (tutela de bienes jurídicos), de allí que se diga que es un principio relacional, ya que implica la comparación de dos magnitudes, concretamente, con él se examina la legitimidad de los medios a la luz del fin perseguido (Velásquez, 2002: 36). De este modo, de ese nexo legal existente entre la sanción y el ilícito penal, se deriva la exigencia de que la elección de la calidad y cantidad de la primera por el legislador y por el juez, se haga en relación con la gravedad y la naturaleza del segundo (Ferrajoli, 1998: 398).

Para ilustrar de una manera más diáfana cuáles son las implicaciones y el contenido del principio de proporcionalidad, debe partirse de la siguiente idea: la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, el cual se enmarca en un modelo de Estado social, democrático, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formalizados, entre los cuales se encuentra el Derecho penal, el cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de los sujetos. La cuestión radica entonces en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho penal, ello en virtud de esta aflicción que ocasiona a las libertades. En otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva.

Todo esto puede resumirse en la noción del principio *pro libertate*, según el cual no es posible la intervención del Estado a través del Derecho penal, si no es necesaria para conseguir el mayor grado de libertad posible. Es por ello, como lo sostiene Carbonell, que toda la actividad punitiva del Estado deba ser interpretada a la luz del principio *restringenda sunt odiosa*, según el cual cualquier restricción de la libertad es odiosa, de allí que haya que imponer las menores restricciones posibles (1999: 200).

En este contexto, se cristaliza la idea de un *Derecho penal mínimo*, siendo Ferrajoli uno de sus máximos exponentes. Según esta concepción, debe lograrse el máximo bienestar posible de los no desviados, causando el mínimo malestar necesario a los desviados (Ferrajoli, 1998: 332). A mayor abundamiento, el referido autor italiano expone que el Derecho penal tiene dos funciones esenciales, la prevención general a través de las prohibiciones penales, las cuales están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de otros miembros de la sociedad, y la prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas, estando ambos fines en relación de conflicto (1998: 334). Por tanto, el Derecho penal mínimo sería el estrictamente necesario para lograr la máxima tutela de bienes jurídicos -y por ende para asegurar las libertades de los ciudadanos- (no desviados), a través de los mínimos ataques a las libertades de los ciudadanos (desviados).

Con base en estas ideas, es susceptible de ser articulado el principio de prohibición de exceso, también entendido como principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual debe fungir como un límite al poder punitivo del Estado (que consiste en la creación de los delitos y las penas por el legislador, y en la aplicación de estas últimas por el juez), y que se asocia a la segunda de las finalidades del Derecho penal expuestas en el párrafo anterior.

El principio de proporcionalidad, en palabras de Velásquez, se encuentra integrado por una serie de criterios o herramientas a través de las cuales se puede sopesar y medir la licitud de todo género de límites de naturaleza normativa de las libertades, así como todo tipo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan el ejercicio de aquéllas (2002. 36).

Esos parámetros referenciales que se desprenden del principio de proporcionalidad en sentido amplio (o prohibición de exceso), y que son aplicables al caso concreto, operan fundamentalmente al momento de la creación de la ley penal, así como también al momento de la imposición de la pena por el juez, siendo fundamentalmente tres: 1.- El sub-principio de adecuación; 2.- El sub-principio de necesidad; y 3.- El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto al sub-principio de adecuación (también denominado principio de razonabilidad o de idoneidad), debe afirmarse que éste implica, en líneas generales, que toda limitación a un derecho debe ser adecuada con relación a un fin que sea constitucionalmente legítimo (De Asís, 2005: 112)³. En el ámbito del Derecho penal, ello se traduce en que éste debe ser apto para tutelar los bienes jurídico-penales de los ciudadanos, y la medida que para este fin deba adoptarse (pena), tiene que ser eficaz para la consecución de tal finalidad. Así, la restricción de la libertad, a través de la pena, debe estar adecuada a unos fines, es decir, debe perseguir alguna finalidad, que en nuestro caso es el aseguramiento del bienestar y de las libertades de los no desviados, a través de la tutela de bienes jurídicos (Carbonell, 1999: 207). Siendo así, una pena que no sea adecuada o idónea, tanto cuantitativa como cualitativamente, para prevenir la lesión o puesta en peligros de bienes jurídicos, será una pena injusta. Ahora bien, en el ámbito judicial, la aplicación de este sub-principio evitaría, en el caso concreto, una sanción cuantitativamente inadecuada, por exceso o por defecto, a las necesidades de prevención (Lopera, 2006: p. 229).

Por su parte, en lo que se refiere al sub-principio de necesidad de la pena, cabe señalar que éste exige que toda limitación idónea de un derecho, debe ser la más benigna para ese derecho (De Asís, 2005: 112). A mayor abundamiento, y en palabras de Bernal, dicho sub-principio impone que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para coadyuvar a alcanzar el fin propuesto (2005: 736)⁴. En el Derecho penal, ello se traduce en que la legitimidad de la intervención penal dependerá de su necesidad, por tanto, toda pena innecesaria será injusta. De esta forma, la intervención penal no será necesaria cuando el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos lesivo, o cuando ese bien jurídico no necesite tutela penal (Carbonell,

³ Según esta definición, del sub-principio de adecuación se derivan dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales, a saber: a) que dicha medida persiga un fin constitucionalmente legítimo; y b) que la misma sea idónea para favorecer su obtención (Bernal, 2005: 689).

⁴ En el mismo sentido, Espinoza afirma que entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse a aquél que ocasione menor perjuicio (2006: 42).

1999: 207). En efecto, este principio se funde con el principio de mínima intervención del Derecho penal, según el cual éste debe ser la *última ratio* de la política criminal. Con base en ello, resulta válido afirmar que la pena será necesaria cuando no pueda conseguirse el fin de la prohibición (tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos) a través de medios menos dañinos y graves (Velásquez, 2002: 37). En su aplicación judicial, este sub-principio impediría que una medida innecesaria para la tutela de un bien jurídico, sea implementada en el caso concreto⁵. Por ejemplo, que ante un conflicto que pueda ser solucionado a través de una medida menos lesiva que la pena corporal, el juez prefiera aplicar esta última. En este caso, la pena corporal es idónea, pero no necesaria, ya que existe una medida menos lesiva que ella para solucionar el caso.

En tercer lugar, tenemos al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, también denominado principio de ponderación, el cual establece la necesidad de que toda limitación idónea y necesaria de un derecho, supere el *test* de las ventajas y sacrificios, restringiéndose el derecho fundamental cuando las ventajas obtenidas con ella sean superiores a los sacrificios⁶, en el marco de los valores constitucionales (De Asís, 2005: 112). En otras palabras, la medida restrictiva adoptada debe estar justificada por la protección de un bien jurídico que es tanto o más importante que el afectado (Espinoza, 2006: 42). En el Derecho penal, esto significa la realización de una ponderación conjunta de la gravedad del hecho, del objeto de tutela y la consecuencia jurídica (pena) (Carbonell, 1999: 210). Así, la proporcionalidad debe ser determinada mediante la realización de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y las finalidades que se buscan a través de la conminación penal, de forma que de tal ponderación pueda apreciarse si la medida adoptada (reacción punitiva) resulta proporcional respecto al fin de defensa o tutela del bien jurídico. De este modo, la individualización de la pena deberá tener en cuenta la gravedad del injusto, la medida de la

⁵ Aquí también entra en juego el principio de mínima intervención del Derecho penal, y concretamente el carácter de *ultima ratio* de éste.

⁶ En esta misma línea de criterio, Bernal sostiene que el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención implica para los titulares de ese derecho y para la sociedad en general (2005: 760).

culpabilidad del agente, y las finalidades de prevención (Velásquez, 2002: 37). Con la aplicación judicial de este sub-principio se evita que el juez imponga una pena que no sea razonable según el balance coste-beneficio (Igartua, 2003: 201), como sería, por ejemplo, que una persona que ha dado muerte de forma culposa a un descendiente suyo en un accidente de tránsito, y haya sufrido un grave daño psíquico a raíz del mismo⁷. En este ejemplo sería claramente desproporcionada la aplicación de una pena corporal, ya que el coste (el daño adicional que la sanción penal ocasiona a esa persona, ya de por sí afectada gravemente por el hecho) sería mayor que el beneficio (necesidad de prevención).

Los anteriores principios configuran los parámetros básicos para la articulación del juicio de proporcionalidad, los cuales son referentes imprescindibles al momento de la determinación legal y judicial de la dosis de respuesta punitiva que debe ser aplicada. En las dos secciones siguientes se analizará cómo estos principios iluminan la actividad del juzgador en el proceso de individualización de la pena en la sentencia condenatoria.

3.- Razones que justifican la aplicación judicial del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio (o principio de prohibición de exceso), como pilar fundamental en la configuración del Derecho penal moderno, posee amplios alcances en lo que se refiere a su implementación por parte de las agencias que componen el sistema penal, y concretamente dos: por el legislador nacional (agencia política), encargado de la creación de la ley penal, y por los jueces de la República (agencia estrictamente penal). Ambas, encargadas de la motorización del *ius puniendi* del Estado, deben encauzar su actividad no sólo dentro de los límites del principio de legalidad y culpabilidad, sino también dentro de los marcos del principio de proporcionalidad en sentido amplio (o prohibición de exceso).

⁷ Un caso que guarda afinidad con este tercer sub principio, es el contemplado en el numeral 3 del artículo 37 del Código Orgánico Procesal Penal, aun y cuando éste último se refiera a una oportunidad procesal anterior a la sentencia.

Desde su formulación inicial, el principio de proporcionalidad ha sido concebido en el ámbito de las ideas penales como un parámetro dirigido exclusivamente al legislador, es decir, ha sido entendido como un postulado cuyo ámbito de aplicación se encuentra circunscrito el establecimiento de las penas por el órgano legislativo nacional. Ahora bien, esta última concepción no corresponde con la postura mantenida en el presente artículo, ya que en nuestro criterio, el referido principio -como se indicó anteriormente- también está dirigido al órgano jurisdiccional competente para la aplicación de la ley penal en el caso concreto, tal como se justificará a continuación.

El Derecho penal no puede ser concebido de forma aislada, por el contrario, su creación, aplicación y estudio científico deben ser abordados a la luz del texto constitucional, y concretamente, en el contexto del modelo de Estado Social, Democrático de Derecho y de Justicia delineado en el artículo 2 de dicha norma fundamental, de allí que el Derecho penal pueda ser entendido como *Derecho constitucional aplicado*. De este modelo de Estado antes señalado -como se dijo en la introducción-, se desprenden varios principios que estructuran las bases axiológicas y político-criminales del Derecho penal, los cuales están referidos esencialmente a la previsibilidad -por el ciudadano- de la respuesta punitiva del Estado, así como también a los límites a los que debe estar sometida dicha reacción estatal. Tales principios son, fundamentalmente, el de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el *non bis in idem* (Bacigalupo, 2002: 82).

En este contexto, el Poder Judicial es el único que puede realmente controlar el contenido de las leyes a la luz de esos principios. En efecto, al Poder Judicial, además de llevar a cabo el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, también funge como puente a los fines del establecimiento de una relación directa entre el Poder Público y los ciudadanos. Así, vale señalar que la magistratura es la intérprete de los derechos de todos los ciudadanos, y lo hace “desde abajo”, es decir, partiendo de los conflictos sociales concretos que le corresponde resolver, es decir, a partir de los casos sometidos a su conocimiento (Donini, 2005: 406).

Lo anterior se cristaliza en el Derecho penal, a través de la labor hermenéutica que debe efectuar el juez, claro está, extendiendo la tutela de los derechos

del imputado frente al Estado, más no los de las víctimas o de la sociedad, ya que esto último conduciría a la ilegalidad. Así, extender la tutela de los derechos de las víctimas implicaría la creación judicial de nuevos bienes jurídicos o de nuevos tipos penales, a los fines de proteger a las víctimas de estas “nuevas agresiones”. De esta forma, el juez únicamente podría extender la no punibilidad, efectuar interpretaciones restrictivas de los tipos penales, o interpretaciones extensivas de las causas de justificación, o “rediseñar” normas de la parte general a los fines de configurar una limitación de la responsabilidad (2005: 408), todo ello a la luz de una concepción de Derecho penal mínimo, disminuyendo así la carga aflictiva que implica la pena.

En todo caso, esta labor interpretativa del órgano jurisdiccional no debe entenderse como limitada a la interpretación a secas de la ley ordinaria, sino que también debe comprender la interpretación de esa ley ordinaria a la luz de la Constitución, es decir, la relectura de la ley penal a la luz de los principios constitucionales, cuando dicho operador detecte visos de inconstitucionalidad en aquélla.

Dentro de esta labor hermenéutica del juez, que tiende a extender la tutela de los derechos del encartado frente al Estado, debe incardinarse la implementación del principio de prohibición de exceso (o proporcionalidad en sentido amplio), con todas sus implicaciones. En efecto, dicho principio, siguiendo la clasificación efectuada por Donini (2005), es susceptible de ser calificado como un *principio de dirección política* o “argumentativo”, ya que el mismo no puede ser utilizado de forma aislada, es decir, sin el auxilio de otros principios o normas que también se denuncien como vulnerados. En este sentido, tal principio sirve para argumentar, pero sólo cuando dicha argumentación se hace en conjunto con otros principios (legalidad, reserva de ley, irretroactividad, culpabilidad, etc.) (410). Por ejemplo, para que el órgano de la jurisdicción constitucional encargado del control concentrado de las leyes, pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley por vulneración de este principio, debe administrarlo con otros principios, tales como el principio de legalidad, de igualdad, etc., los cuales son de aplicación directa para todas las leyes.

Sin embargo, este principio de proporcionalidad no sólo puede ser aplicado por el juez constitucional que juzgue la legitimidad de una ley, sino también por

el juez ordinario al momento de interpretar la ley penal, a los fines de materializar su contenido dentro de los cauces del texto constitucional (2005: 411). Ahora bien, la adecuación del sentido y alcance de las leyes a la Constitución no sólo es una potestad de los jueces de la República, sino también un imperativo (2005: 412), el cual tiene la obligación de aplicar sólo las leyes que se adecúen a los principios y a las reglas contenidas en la Constitución.

Queda ahora por abordar lo relativo a cómo se articula aquél principio en el entramado de la actividad jurisdiccional, es decir, *¿cuáles son* los mecanismos o vehículos a través del cual la máxima *poena debet commensurari delicto* despliega su contenido en el enjuiciamiento penal?, y *¿cómo debe* el Juez aplicar tal principio en dichos mecanismos?

El presente artículo se circunscribe únicamente en el estudio de la implementación del principio de prohibición de exceso en el proceso penal, es decir, en la interpretación y aplicación de la ley penal por el órgano jurisdiccional, haciendo a un lado el análisis de cómo se aplica aquél en el ámbito de la jurisdicción constitucional, cuando se examina la legitimidad de la ley penal a través del control concentrado, ya que esto último excede los alcances del presente trabajo.

4.- Incidencia del principio de proporcionalidad en el proceso de individualización de la pena.

Como punto previo al desarrollo de esta sección, debe afirmarse que la sentencia constituye el punto culminante del proceso penal -y de todo proceso-, siendo el acto judicial por excelencia, ya que mediante aquélla el órgano jurisdiccional construye la solución jurídica al conflicto social que originó la realización de tal proceso (Binder, 2002: 285). Esta idea se encuentra íntimamente vinculada a la imagen del debido proceso, y concretamente, al derecho a un juicio previo consagrado en el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal.

Entonces, de este principio es que se deriva la necesidad de que exista una sentencia judicial de condena firme, para poder imponer la sanción penal a quien haya sido declarado responsable de la comisión de un hecho punible

(Maier, 2004: 478), de allí que la sentencia condenatoria posea un *carácter constitutivo*, en lo que se refiere a la determinación e imposición de la pena, ya que ésta implica la creación de una nueva situación jurídica para la persona a la cual le ha sido impuesta; y un *carácter declarativo*, ello en virtud de que para la imposición de la sanción, debe previamente construirse y declararse la culpabilidad del acusado, a través de la comprobación de los requisitos que la ley penal exige para la imposición de la pena (2004: 478).

El aspecto que nos interesa a los efectos del presente trabajo es el primero, a saber, el carácter constitutivo de la sentencia, que implica el proceso de individualización de la consecuencia jurídica punitiva. Sobre dicho proceso, se advierte que él constituye un problema asociado en gran medida a la cuestión de los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial (Ferrajoli, 1998: 402). Al momento de fijar la consecuencia jurídica en la cual debe desembocar la solución del caso, el juez cuenta con amplios márgenes de actuación más o menos sustanciosos que le ha confiado el propio legislador (Igartua, 2003: 188). En efecto, tales márgenes de libertad son en cierta medida plausibles, tanto por motivos de confianza profesional (los jueces se encuentran capacitados para elegir la mejor solución jurídica al caso), así como también por razones técnicas (si se proscribiera cualquier margen en la escogencia de la solución, no es posible asegurar una buena solución al caso) (2003: 188).

A mayor abundamiento, debe señalarse que esa elección de la dosis punitiva es susceptible de ser encuadrada en el denominado *poder judicial de connotación*, el cual comprende la facultad de los jueces de determinar la cantidad de la pena, así como también su calidad (Ferrajoli, 1998: 408). Sobre este último particular debe hilarse muy fino, toda vez que en virtud del principio de reserva legal, el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito es tarea del legislador, mientras que la determinación del *quantum* de la misma en el caso concreto le corresponde al juez. Por ejemplo, el delito de hurto simple contemplado en el artículo 451 del Código Penal tiene asignada una pena de prisión de uno a cinco años, no pudiendo el juez aplicar una pena cualitativamente distinta (por ejemplo, el confinamiento), pero sí graduar la cuantía de la misma dentro de los límites que dicha norma contempla. En este caso no hay problema alguno, ya que el poder de connotación sólo se circunscribirá a la determinación de la cantidad de la pena.

Pero en los casos en que la ley penal fije alternativamente dos clases de pena para el hecho punible, el *poder judicial de connotación* podrá ejercerse plenamente. Así, por ejemplo, en el delito de lesiones culposas previsto en el artículo 420.1 del Código Penal, en el cual el legislador ha dispuesto para dicho delito una pena de arresto, así como una pena de multa, ambas alternativas. En este caso, el órgano jurisdiccional no sólo podrá determinar el *quantum* de la sanción (cantidad de la pena), sino que también el tipo de sanción que aplicará (arresto o multa).

Ahora bien, tal discrecionalidad en este específico campo de la actividad judicial, de ninguna forma puede confundirse con arbitrariedad. Así, si bien el Juez cuenta con cierto margen de libertad al momento de seleccionar la sanción, tal elección debe sustentarse en una necesaria motivación, ello por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (que también arroja a la individualización de la pena en la sentencia), y además porque la sentencia condenatoria, y concretamente, la imposición de la pena, acarrea la restricción de un derecho fundamental, a saber, la libertad personal (ello en el caso de las penas privativas de libertad); de allí entonces que si la elección de la pena careciera de motivación, el arbitrio judicial degeneraría en arbitrariedad (Igartua, 2003: 189). Por esto es que un gran sector de la doctrina habla en este caso de una “*discrecionalidad jurídicamente vinculada*”.

En tal sentido, la imposición de la pena no puede ser llevada a cabo así, sin más; por el contrario, la sentencia que contenga la orden de aplicar la sanción a la persona declarada culpable debe expresar en su texto las razones que justifican la declaratoria de culpabilidad, así como también *el por qué debe aplicarse la dosis punitiva que el órgano jurisdiccional ha estimado como correcta*.

El fundamento de lo anterior descansa en que el juez se encuentra obligado a justificar todas sus decisiones, es decir, el deber de expresar las razones convincentes a favor de la decisión que ha adoptado (2003: 62), lo cual no es otra cosa que la *motivación de la sentencia*. En el caso del proceso penal venezolano, tal exigencia se desprende de los artículos 173 y 364.4 del Código Orgánico Procesal Penal.

Esta tesis ha sido acogida por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia n. 381 del 22 de julio de 2008, en la cual se estableció lo siguiente:

“En principio, conforme a los artículos 173 y 364, (numeral 4) del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde al juez determinar el razonamiento lógico y jurídico que motiva la decisión judicial, de la cual forma parte la determinación de la pena. En el caso de la imposición del ordinal 4 del artículo (sic) 74 del Código Penal, si bien la ley permite la libre apreciación o discrecionalidad del juez para determinar aquellas circunstancias que sugieren la atenuación de la sanción, esta (sic) no puede estar bajo completa subjetividad; por cuanto esa discrecionalidad conferida, debe responder a una perspectiva ético social, teniendo presente el principio de legalidad y la proporcionalidad de la sanción.”

Esta exigencia de motivar la sentencia y, especialmente, la determinación o individualización de la pena, constituye una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y concretamente, del derecho a la defensa del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal. En tal sentido, los justiciables poseen la facultad de obtener una decisión fundada en derecho, así como el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, es decir, a una decisión motivada, siendo que en virtud de tales derechos, y sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, el justiciable tiene la posibilidad de apreciar que la solución que se ha dado al caso concreto obedece a una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no a la arbitrariedad. Por tanto, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia esencial de la función jurisdiccional y de la vinculación de los jueces a la ley; y es el caso, que este requisito también es un mecanismo a disposición de los justiciables, a los fines de que estos puedan contrastar la razonabilidad de la decisión, y para oponerse a las resoluciones judiciales arbitrarias a través de los recursos⁸.

⁸ Sentencia n. 4.370, del 12 de diciembre de 2005. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Expediente n. 05-1545. Magistrado Ponente Francisco Antonio Carrasquero López.

Convenido entonces que el juez goza de un margen discrecional para elegir la sanción a imponer, y que dicha elección debe estar motivada, se presenta ahora la siguiente interrogante: ¿cómo entra en juego aquí el principio de proporcionalidad?

Para responder a esta interrogante, resulta válido el criterio aportado por Igartua (2003), quien señala que para la estructuración del razonamiento técnico a través del cual el juez debe determinar la pena aplicable al caso concreto, deben cumplirse tres etapas o fases las cuales tienen un orden lógico que debe guiar su implementación. Según este autor, tales fases son las siguientes: 1.- La determinación de los fines de la pena; 2.- La determinación de los factores de individualización; y 3.- La traducción de los anteriores criterios en una cantidad puntual de pena (2003: 199-200).

Respecto a la primera fase, debe señalarse que en ella el órgano jurisdiccional debe revisar cuáles son los fines que tiene asignada la pena, los cuales pueden ser resumidos, básicamente, en tres teorías: la *teoría de la retribución* (la pena tiende a materializar una retribución exigida por la justicia, es una retribución por un mal hecho previamente); la *teoría de la prevención general* (el fin de la pena es la prevención frente a la colectividad, es decir, enviar un mensaje al colectivo para evitar que en su seno surjan delincuentes); y la teoría de la prevención especial (el fin de la pena es la resocialización de la persona). Para nosotros, según el modelo de Estado consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el fin que persigue la pena es, fundamentalmente, la prevención de delitos con miras a proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos (no desviados)⁹, y asegurando así su bienestar y sus libertades, claro está, sin olvidar que los desviados también deben ser protegidos frente a la arbitrariedad que puede acarrear la respuesta punitiva estatal.

Respecto a la segunda fase, a saber, la determinación de los factores de individualización, cabe señalar que ésta comprende la valoración por el juez

⁹ Sentencia n° 915, del 20 de mayo de 2005. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Expediente n° 04-2186. Magistrado Ponente Carrasquero López. No obstante, nuestra Constitución también reconoce que una de las finalidades de la pena es la resocialización, tal como lo dispone aquella en su artículo 272.

de dos elementos básicos, el primero de ellos, la *gravedad del hecho cometido*, y en segundo lugar, las *circunstancias personales del sujeto* (2003: 199), debiendo tener todos ellos un debido respaldo empírico, claro está.

En cuanto a la gravedad del hecho, este parámetro implica la ponderación del *desvalor objetivo de la conducta*, referido a la forma concreta en que se cometió el hecho punible (por ejemplo, los medios empleados); del *desvalor subjetivo de la conducta*, es decir, si la conducta fue dolosa o imprudente; y del *desvalor de resultado*, relativo al grado de impacto o lesión del bien jurídico tutelado, o al peligro que para el mismo ha implicado la conducta (esto en el caso de los delitos de peligro)¹⁰.

En orden a las *circunstancias personales del sujeto*, cabe destacar que algunos elementos que pueden ser tomados en cuenta son, por ejemplo, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al delito, sus posibilidades de integración a la sociedad, entre otras. Dicho de otra forma, en esta segunda fase deben valorarse el grado de lesión o puesta en peligro que concretamente la conducta ha generado para el bien jurídico, los factores de tipo individual y social que permiten justificar la menor exigibilidad de otra conducta, así como también el aporte objetivo y subjetivo del acusado en el hecho (Lopera, 2006: 179).

Una vez que las dos anteriores fases hayan sido agotadas, el juez debe pasar a construir la consecuencia punitiva individualizada, ello a la luz de las valoraciones que haya realizado en esas fases. Es aquí en donde se inicia la tercera fase del proceso de decantación, la cual comporta un juicio de ponderación en el que intervienen los antes explicados sub-principios de *adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.

¹⁰ Un ejemplo expreso de este criterio lo encontramos en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual regula el procedimiento especial para la admisión de los hechos: “Artículo 376. Solicitud. En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el juez en la audiencia instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. Este podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, el juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta (...).”

Pero la tercera fase de la justificación de la consecuencia jurídica, también exige la intervención del *principio de igualdad*. Así, según este principio, estaría proscrito que se pueda elevar una pena por razones coyunturales, o aplicarla de forma desigual a sujetos que se encuentren en situaciones idénticas (Igartua, 2003: 201). Las implicaciones de este principio en la motivación de la sentencia son considerables, ya que en virtud del mismo el juez está obligado, por ejemplo, cuando hayan varios acusados por un mismo delito, a exponer las razones por las cuales administra una sanción diferente para cada uno de ellos (por ejemplo, la pena del autor no puede ser igual a la del cómplice simple).

5.- Conclusión.

De todo lo antes expuesto se desprende que el principio de proporcionalidad constituye uno de los pilares fundamentales de un Derecho penal democrático, al fungir como un límite a la actividad punitiva estatal, que neutraliza reacciones punitivas excesivas, desmesuradas y arbitrarias. Igualmente, se observa que este principio penal ha tenido un dilatado desarrollo conceptual a lo largo de la historia de las ideas penales. Por otra parte, el contenido del principio de proporcionalidad alcanza no sólo a la actividad legislativa, sino también a la propia actividad judicial. En esta última, el principio aquí analizado cobra especial vigencia, ya que le otorga al Juez una serie de parámetros orientadores para la escogencia de la pena, siendo que aquél tiene el deber de expresar en su sentencia las razones por las cuales realiza tal escogencia, en otras palabras, la expresión de las razones que justifican la individualización de la pena también está abarcado por el imperativo legal y constitucional de motivar la sentencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. Editorial B de F. Buenos Aires-Montevideo.
- Beccaria, C. (2006). *De los delitos y las penas*. Serie Biblioteca de Filosofía. Editorial Folio, S.A.. Madrid.

- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Binder, A. (2002). *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición. Editorial *Ad-hoc*. Buenos Aires.
- Carbonell, J. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tercera edición. Editorial *tirant lo Blanch*. Valencia.
- Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial n. 5.930 “Extraordinario”, del 4 de septiembre de 2009.
- Código Penal. Gaceta Oficial n. 5.768 “Extraordinario”, del 13 de abril de 2005.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial n. 5.908 “Extraordinario”, del 19 de febrero de 2009.
- De Asís, R. (2005). *El Juez y la motivación en el Derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial *Dykinson*. Madrid.
- Donini, M. (2005). *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVIII. Fascículo II. Mayo - agosto 2005. Ministerio de Justicia - Ministerio de la Presidencia. Madrid.
- Espinoza, A. (2006). *Principios de Derecho Constitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.
- Ferrajoli, L (1998). *Derecho y Razón*. Editorial *Trotta*. Madrid.
- Igartua, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Platón (1950). *Les Lois*. Publicado en *Ce uvres complètes. Bibliotheque de la pleiade*. Bruges.
- Lopera, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Maier, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Mir, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial *Reppertor*. Quinta edición. Barcelona.
- Montesquieu, J. (1998). *Del espíritu de las leyes*. Editorial Porrúa. México.
- Rosales/Borrego/Bello, C. (1996). *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales. Caracas.

Sentencia n. 915, del 20 de mayo de 2005. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Expediente n. 04-2186. Magistrado Ponente Francisco Antonio Carrasquero López.

Sentencia n. 4.370, del 12 de diciembre de 2005. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Expediente n. 05-1545. Magistrado Ponente Francisco Antonio Carrasquero López

Sentencia n. 381, del 22 de julio de 2008. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Expediente C08-132. Magistrado Ponente Eladio Ramón Aponte Aponte.

Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá.

Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial EDIAR. Buenos Aires.