

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL COMO HERRAMIENTA DE JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA PUNIBILIDAD”

Melisa Yosina Angulo Mantilla
Abogada penalista egresada de la UNT
Estudios de maestría en Derecho Penal por la UNMSM

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. DESARROLLO. III. CONCLUSIONES. IV. RECOMENDACIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. PRESENTACIÓN

En el presente artículo se abordará el contenido y presupuestos del principio de proporcionalidad penal en sentido amplio, acentuando el interés en la implicancia de este principio en la criminalización primaria a cargo del legislador. Especialmente pretenderemos vislumbrar si, su presencia demanda una justificación racional en la creación de nuevos tipos penales y, por supuesto, en la conminación de sus sanciones penales correspondientes. Para tales efectos, nos centraremos en las exigencias que le hace el principio de proporcionalidad penal al legislador para diseñar e incorporar un nuevo tipo penal en el que se sancione una conducta que comporte <<dañosidad social>> tipificada como delito.

II. DESARROLLO

Dentro del sistema penal yacen una serie de principios o garantías que limitan el ejercicio del *Ius Puniendi*, que no es otra cosa más que la potestad punitiva del Estado, al desenvainar la espada afilada del Derecho Penal como mecanismo violento e institucionalizado de control social frente a conductas igual o más violentas catalogadas como delitos. O, bajo el entendimiento de García Caveró, estos principios limitadores, también son plausibles de identificarlos como <<principios político-criminales>>, pues condicionan el uso del Derecho penal para hacer frente a conductas socialmente dañosas¹. Formando parte de este abanico de garantías de corte constitucional que nacen como rechazo al exceso de poder de un Estado Absoluto y que conforman el denominado

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Perú, 2012, p. 116.

Derecho penal liberal, se halla el principio de proporcionalidad penal, entendido en su más corta expresión como una <<prohibición de exceso>> o principio de proporcionalidad en sentido amplio. Terminología que revela claramente que se hace referencia no sólo al principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino a un principio más general de rango constitucional que debe limitar toda actuación estatal que afecte algún derecho fundamental², como el derecho a la libertad e incluso el derecho a la integridad física o psíquica, en tanto hoy por hoy las penas altas comportan una suerte de pena aflictiva, sumado a las condiciones inhumanas en las cárceles del Perú, lo que hacer que el condenado sufra una sanción aún más intensa que la propia pena (en términos de clase y *quantum*).

El principio de proporcionalidad, como límite al *Ius Puniendi*, no se agota en la herramienta argumentativa que emplean los jueces para advertir la proporcionalidad de la pena en un caso concreto en el que se tenga que ponderar intereses constitucionales; sino que, además, esta garantía de la libertad de las personas tiene –o debería tener– una participación sustancial en las decisiones político-criminales del legislado, las cuales son traducidas en la punibilidad de los delitos y en la ejecución de la pena.

Por papel limitante de las decisiones político-criminales que entraña el principio de proporcionalidad penal, nos referimos enteramente como límite material de la intervención penal dentro de un Estado de Derecho como lo es el Estado peruano. Para ello, es crucial determinar cuáles son los fines del Estado de Derecho o, tal vez ir más al fondo y conocer qué se entiende por Estado de Derecho.

Sumariamente, la expresión se gestó y utilizó en la ciencia jurídica y política de Alemania del pasado siglo, es así que, recordando a Tomas Hobbes en su magnífica construcción que hace sobre la noción de Estado de Derecho (Estado Leviatán) en contraposición con el Estado Absoluto del <<tirano>>, aquí el poder del Estado no es ejercido arbitrariamente, sino que se desarrolla dentro de unos cauces legales, además de dejar un amplio margen de libertad para los súbditos.³ Concibiendo al soberano como el legislador, [cuyo] gobierno no es arbitrario sino es gobierno de la ley.⁴ En otras palabras, en el Estado de Derecho se desligan las personas de la denominación de <<súbditos>> por la de <<ciudadanos>>, procediendo el Estado a ser un servidor de la sociedad, subordinándose sus gobernantes y sus instituciones a los mandamientos de la ley, reconociendo como sus principales barreras de contención, los derechos de los ciudadanos (Vgr. la libertad, igualdad, acceso a la tutela jurisdiccional efectiva) y la autonomía personal. De ahí que los principios que subyacen en un Estado de Derecho, como lo es el Estado peruano de acuerdo a las características mencionadas, sean el principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley, el principio de división de poderes, la dignidad humana y la justicia. Estos dos últimos

² MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. Iustel. Madrid-España, 2011, p. 96.

³ RAMÍREZ ECHEVERRI, Juan David. Thomas Hobbes y el Estado Absoluto: Del Estado de razón al Estado del terror, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Antioquia – Colombia, 2010, p. 46.

⁴ OAKESHOTT, Michael. «Introducción a «Leviatán». En: El racionalismo en la política y otros ensayos. Traducción Eduardo Suárez Galindo. México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 265.

constituyen la razón de ser del principio de proporcionalidad penal, en tanto, sobre la dignidad reconocida en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, reposa el respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, previstos en su mayoría en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo constitucional, que serán los intereses legítimos que sopesarán en el test de proporcionalidad o ponderación, y, que son precisamente la vigencia de estos derechos en nuestra Carta Magna los que le permiten tener a este principio jurídico el rango constitucional que merece, pese a que no está reconocido expresamente en la norma suprema. Por el lado de la justicia, entendiéndolo en términos de Kant como nos lo menciona Lopera Meza, al afirmar que la pena era vista como un imperativo categórico de justicia, que se impone al autor sin que quepa excepción alguna⁵, el motivo *per se* era la comisión del delito, de ahí que se debe imponer una sanción que se equipare al mal ocasionado por el agente, es decir, proporcional.

En ese sentido, en virtud de la referida división de poderes (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), entendemos que las decisiones legislativas dedicadas a criminalizar conductas que se estiman nocivas porque vulneran un bien jurídico trascendente para la armonía, desarrollo y convivencia de los ciudadanos en la sociedad, responde a una criminalización primaria, la cual atiende al poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas⁶ y, por supuesto, les asigna una pena conminada a la que catalogaremos como “punibilidad”, la misma que se extiende a la clase y quantum de sanción. Aunque esto significa una aproximación a la función legislativa de crear tipos penales y asignarle la pena correspondiente, nos deja con más dudas que respuestas sobre qué herramientas jurídicas lo orientan a identificar las conductas que merecen ser castigadas y el cuánto debería ser su sanción penal; para tales efectos, necesariamente se deberá recurrir al principio de proporcionalidad como una regla de justificación racional de dichas medidas.

Para el caso peruano, siguiendo a Lascurain Sánchez, el cuándo y cómo penar debe ser el reflejo de una composición racional entre democracia y pena procurada por el principio de proporcionalidad, que conduce finalmente a una prevención mínima, eficaz y ventajosa⁷, evitando medidas de sobrecriminalización, de criminalización simbólica o de sobrepenalización, que lejos de respetar y garantizar la libertad y autonomía de la persona, la opriman y transgredan. Ciertamente no es el principio de proporcionalidad el único capaz de evitar estas decisiones políticas excesivas del legislador. Decir ello, sería tan erróneo como negar la importancia y funcionalidad del principio de legalidad o del de culpabilidad al momento de crear nuevos tipos penales y de sancionarlos en los Tribunales; empero, sí que cobra el principio de proporcionalidad penal un lugar bien merecido en el direccionamiento de la intervención penal estatal, pero sobre todo en su legitimidad, he allí

⁵ LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo constitucional de control de leyes penales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid-España, 2006, p. 181.

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal parte general, Grijley: Lima- Perú, 2007, p. 11.

⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan A. Pena, Principios y Empresa. Estudios sobre los principios penales y los delitos de empresa, A&C Ediciones: Lima- Perú, 2017, p. 163.

la explicación del porqué se le atribuye la capacidad de justificar racionalmente el monopolio punitivo estatal en la criminalización.

Ahora bien, es necesario también entender los presupuestos o exigencias del principio de proporcionalidad –en sentido amplio– además de determinar si la relación entre la gravedad del hecho y la pena atiende a una mera retribución –en el ideal kantiano de justicia–, o de alcances utilitaristas donde se obtenga de la pena un beneficio para la sociedad: la prevención del delito.

Consideramos acertado la opinión del jurista español Mir Puig al señalar que los límites materiales que pueden integrarse dentro del principio de proporcionalidad penal constituyen la proporción entre delito y pena, la necesidad, subsidiariedad, última ratio, fragmentariedad e intervención mínima, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.⁸ Esto quiere decir que, el legislador para crear una nueva figura penal, habiendo previamente establecido el valor individual o supraindividual de trascendencia social (bien jurídico) que se está vulnerando por determinadas conductas (potenciales delitos), primero, el legislador deberá constatar –en atención a la fragmentariedad– si ese menoscabo al bien jurídico es grave que merezca protección penal, pues no sería válido que se tipifique como delito de lesiones la reprimenda física moderada que los padres hacen a sus hijos en el marco de la educación.

Seguidamente, si el punir esa conducta es un mecanismo idóneo para poder lograr el fin de protección de ese bien jurídico y desechar toda posibilidad de existencia de otra medida menos lesiva (Vgr. del derecho administrativo sancionador) que pueda tutelar de la misma manera –e incluso mejor– dicho bien jurídico o interés de relevancia social y que, no comporte una desventaja mayor para la libertad y derechos de las personas como destinatarios de la norma penal, posándose así las exigencias de un Derecho penal de mínima intervención, de idoneidad y necesidad. De igual manera, se recurrirá a una proporcionalidad en sentido estricto para evitar excesos entre la gravedad del hecho y la pena.

Si bien es cierto sobre este último no existe una correspondencia natural, como nos lo diría Herbert Hart, pero su correspondencia o relación deberá ser evaluada en función de una escala de valores a cargo del legislador; para ello, se acudirá forzosamente a una revisión de las penas para cada delito contenido en el Código Penal. Quiere decir que, para poder establecerle una pena al delito de robo, se deberá acudir a la punibilidad del delito de homicidio, a fin de que la pena abstracta del primer ilícito no sobrepase la pena del segundo, en tanto en una escala de valores es de suponerse que por encima del bien jurídico patrimonio se encuentra el bien jurídico vida.

Enfatizaremos un poco más sobre este punto en el análisis de dos tipos penales que llaman nuestra atención, los que prevén los delitos de feminicidio (Art. 108º-B del CP) y de peculado (Art. 387º del CP). Sobre el feminicidio su fórmula básica nos indica, “será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer

⁸MIR PUIG, Santiago. Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2010.

por su condición de tal (...)", desde ya entendemos que lo que se protege es el bien jurídico vida, con la particularidad de que no es la vida en un plano de igualdad sino únicamente "la vida de la mujer", siendo este el –aunque cuestionado– bien jurídico protegido. Sin lugar a dudas, la muerte de una mujer merece que el Estado haga efectivo el reproche penal a su autor; no obstante, ya existían tipos penales que también sancionaban la privación arbitraria de la vida de una mujer así como del hombre, como el homicidio simple (Art. 106º del CP) y el homicidio calificado (Art. 108º del CP), sumado a que nuestro ordenamiento jurídico penal también penaba la privación de la vida de la mujer dentro de una relación conyugal o convivencial --que son finalmente los escenarios más comunes en los que se ejecuta y consume este delito-- como ocurre con el tipo penal de parricidio (Art. 107º del CP). Desde allí se observa que, aunque es una conducta que afecta gravemente la vida de una mujer y en los que otros controles sociales formales o informales se volvían insuficientes para reaccionar frente a esta problemática, cumpliéndose las exigencias de un Derecho Penal de mínima intervención o última ratio, de lesividad, de protección exclusiva de bienes jurídicos y de fragmentariedad. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

No fue idónea la medida del legislador al crear un nuevo tipo penal de feminicidio puesto que existían, como lo hemos anotado, otros tipos penales que sancionaban con penas altas la destrucción y detrimento del bien jurídico vida de una mujer (homicidio simple, homicidio calificado y parricidio); quiere decir que, el fin constitucionalmente legítimo de salvaguardar la vida de las mujeres a causa de patrones culturales de machismo y violencia de género ya contaba con alternativas penales para poder alcanzarlo, previstas en el Código Penal peruano. Probablemente como argumento en contra de esta idea surgirán las razones que emergen del Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116 sobre los alcances típicos del delito de feminicidio⁹, en el que los magistrados en el fundamento N° 8 subtítulo "necesidad político-criminal de la tipificación", resaltan una serie de fundamentos para la legitimidad de la incorporación de este tipo penal en nuestro Código Penal peruano, resumiéndose básicamente en la relación de subordinación e inferioridad que históricamente ha asumido la mujer en relación con el hombre, las cifras alarmantes de feminicidios y, el deber del Estado de adoptar medidas para la protección de la población.

A nuestro juicio, estos argumentos no llegan a superar el límite de proporcionalidad de la medida en tanto no reviste idoneidad, nuevamente por lo mismo que hemos señalado, no resulta idóneo diseñar un nuevo tipo penal para proteger algo que ya estaba siendo protegido en otros ya presentes con anterioridad en el Código Penal.

Por el lado de la exigencia de necesidad, la situación se vuelve más grave, pues tampoco sería necesaria la medida legislativa ya que la salvaguarda del bien jurídico vida de una mujer a partir de un nuevo tipo penal que no es más que una manifestación de un Derecho Penal de autor (sujeto activo únicamente puede ser el hombre), y de una pena conminada mucho más alta que para el delito de homicidio calificado o de parricidio, no resulta ser la

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, X Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116., publicado en el Diario El Peruano el 17 de octubre de 2017.

única alternativa tanto penal como extrapenal menos lesivas de las que ha podido valerse el legislador para lograr la protección de la mujer en las esferas de violencia por razón de su género; en tal sentido, la búsqueda del fin constitucionalmente protegido (protección de la vida de la mujer) no justifica racionalmente la mayor punibilidad por la comisión de este delito. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto, o la proporción o adecuación de la gravedad del hecho cometido y la gravedad de la pena, no concurre como argumento para la legitimidad de la intervención estatal en la creación del tipo penal de feminicidio, basta con comparar las penas privativas de libertad de los delitos de homicidio simple (no mayor de seis ni mayor de veinte), homicidio calificado (no menor de quince años) y parricidio (no menor de quince años), con la sanción contemplada para el delito de feminicidio (no menor de veinte años), desprendiéndose pues que aunque los cuatro tipos penales protejan el bien jurídico vida, el feminicidio prevé la pena más alta y por lo tanto más grave para la libertad de las personas, para la sola razón de que el sujeto pasivo es una mujer. Siendo desproporcionalidad que, en un Estado de Derecho como lo es el Estado peruano, en el que se cuente como principio fundamental la igualdad ante la ley, sea a través de la propia ley que se realice un trato diferenciado e injustificado para la vida del hombre y de la mujer, cuando se ven privados ilícitamente de ella.

El afán de una política de prevención penal a través de la criminalización de este tipo penal no es un motivo racional de justificación, menos aun cuando las evidencias muestran que no ha servido de mucho para disminuir la tasa de criminalidad del feminicidio o la supervivencia de las mujeres en estos contextos de subordinación. Si bien, no se niega la importancia de una medida urgente para frenar la violencia de género, no es ni nunca será el Derecho Penal la mejor alternativa, y menos aun cuando para la construcción e incorporación del nuevo delito al ordenamiento jurídico-penal vulnerará las bases constitucionales del *Ius Puniendi*, entre estas y desde luego muy importante, el principio de proporcionalidad.

Por consiguiente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio no ha sido considerado por el legislador como herramienta de justificación racional para crear tipos penales como el feminicidio, todo lo contrario, ha sido olvidado por completo, probablemente ignorando su utilidad en las decisiones político-criminales y asimilándola solo en el test de proporcionalidad a cargo del juez en un caso concreto. Es de presumirse que, siendo evidentemente desigual, desproporcional y más desventajosa para la libertad de las personas en comparación con la protección “reforzada” de la vida de la mujer, dicha medida respondería a razones de coyuntura, a un Derecho penal simbólico.

III. CONCLUSIONES

La potestad punitiva del Estado está limitada por una serie de principios o garantías que responden a los fines del Estado de Derecho (sujetar el poder estatal a la ley y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la libertad), entre estos principios se encuentra el principio de proporcionalidad penal en sentido amplio o <<prohibición de exceso>>.

El principio de proporcionalidad penal tiene un lugar bien merecido en el direccionamiento de la intervención penal estatal, pero sobre todo en su legitimidad, motivo por el cual se le atribuye la capacidad de justificar racionalmente las decisiones legislativas de crear nuevos tipos penales, en los que se incluyen la descripción típica de la conducta punible y la pena conminada (punibilidad). No condicionar las decisiones político criminales a este principio que limita materialmente el Derecho Penal, comportaría un riesgo de incorporar figuras penales que representen a un Derecho Penal simbólico, de sobrecriminalización o de sobrepenalización.

Las exigencias del principio de legalidad penal en sentido amplio, destinadas al legislador, son la subsidiariedad, fragmentariedad, intervención mínima, lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, idoneidad, necesidad y adecuación (proporcionalidad en sentido estricto); las que, serán aplicadas con posterioridad del establecimiento del valor individual o supraindividual de trascendencia social (bien jurídico) que se está vulnerando por determinadas conductas (potenciales delitos).

Para el caso del tipo penal de feminicidio, previsto en el Art. 108º-B del Código Penal, si bien la privación de la vida de una mujer por razones de violencia de género y discriminación obedece a un hecho reprochable que merece ser castigado penalmente, en tanto afecta gravemente un bien jurídico trascendental como la vida así como no existen otros controles sociales formales o informales que puedan “solucionar” el conflicto de la misma manera –o incluso mejor--, es que podemos afirmar hasta este momento que se cumplen todos los presupuestos a excepción de los más importantes: la idoneidad, necesidad y adecuación. Puesto que, antes de su incorporación al Código Penal ya existían otros tipos penales que salvaguardaban la vida, esta vez tanto de los hombres como de las mujeres, y que sancionaban su comisión con penas altas, como ocurren con el homicidio simple (Art. 106º), homicidio calificado (Art. 108º) y parricidio (Art. 107º).

Se concluye que existen otras alternativas menos lesivas por el quantum de la pena, que podrían proteger de manera eficaz el fin constitucionalmente legítimo: la vida de la mujer. Además, es desproporcional e inadecuado pues la gravedad de la pena por la muerte arbitraria de la mujer (feminicidio) es mayor si el sujeto pasivo fuese un hombre, no siendo racional la medida legislativa, sino, desigual, excesiva y simbólica. Muestra de ello es la ineficacia de este tipo penal para prevenir la violencia de género, subordinación de mujer al hombre, violencia familiar y muertes de muchas mujeres.

IV. RECOMENDACIONES

Otorgarle la importancia que merece el principio de proporcionalidad penal en sentido amplio para las decisiones político-criminales a cargo de legislador, especialmente en el diseño de nuevos tipos penales y en el establecimiento de su punibilidad, puesto que no solo cumple un papel importante a la hora de valorar a través del test de proporcionalidad la proporcionalidad de la pena concreta para el hecho culpable, sino que, constituye una herramienta que permitirá justificar en base a sus exigencias (subsidiariedad, fragmentariedad, mínima intervención, lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos,

idoneidad, necesidad, adecuación o proporción entre el delito y la pena) racionalmente la intervención del Estado en aquella esfera de libertad que es al fin y al cabo, uno de los pilares de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, X Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116., publicado en el Diario El Peruano el 17 de octubre de 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Perú, 2012.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan A. Pena, Principios y Empresa. Estudios sobre los principios penales y los delitos de empresa, A&C Ediciones: Lima- Perú, 2017.

LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo constitucional de control de leyes penales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid- España, 2006.

MIR PUIG, Santiago. Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2010.

MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. Iustel. Madrid-España, 2011.

OAKESHOTT, Michael. «Introducción a «Leviatán». En: El racionalismo en la política y otros ensayos. Traducción Eduardo Suárez Galindo. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

RAMÍREZ ECHEVERRI, Juan David. Thomas Hobbes y el Estado Absoluto: Del Estado de razón al Estado del terror, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Antioquia – Colombia, 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal parte general, Grijley: Lima- Perú, 2007.