

LA PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS

Ivonne Yenissey Rojas

Resulta innegable que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o lo que es lo mismo, el daño social que desea evitar con la norma penal. Una vez realizado lo anterior, es hasta entonces cuando cabe preguntarse acerca del cómo y cuánto de la pena. De esta manera, como lo explica la autora, Coordinadora Académica auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, *campus* Mazatlán, la actuación del Estado —en el caso concreto— debe estar basada en tres derivaciones fundamentales del concepto de proporcionalidad: la de idoneidad, de necesidad y la de proporcionalidad en *strictu sensu*.

INTRODUCCIÓN

Para iniciar el tema en cuestión es necesario mencionar que hay ambigüedad y dificultad para conceptuar el término “proporcionalidad”, así como tampoco existe unanimidad doctrinaria sobre la denominación y el contenido del principio de proporcionalidad. La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe, en gran medida, al Tribunal Constitucional alemán. El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al *ius puniendi*.

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir

a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho.

Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la “intervención mínima” del Estado. En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. Es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin. El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos “se encuentren previstas en la ley” y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática.

Este principio tiene dos clases de exigencias: unas extrínsecas y otras intrínsecas. Son externas al contenido de las medidas, el que sólo los órganos judiciales (requisito subjetivo de judicialidad)¹ son los constitucionalmente llamados a garantizar, de forma inmediata, la eficacia de los derechos, y a su juicio queda la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas de los mismos; y el de la motivación, requisito formal en virtud del cual las resoluciones deben estar debidamente razonadas y fundamentadas, lo que es una consecuencia obvia de la asunción constitucional del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Las exigencias intrínsecas, por su parte, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto, y están constituidas por tres criterios distintos que actúan de forma escalonada en el ámbito del Derecho Penal: el criterio de idoneidad, el criterio de necesidad y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

¹ González Cuéllar-Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

Es importante mencionar que en el ámbito del Derecho Penal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio tiene un significado mucho más restringido, pero no menos importante, que en el ámbito procesal penal o en el Derecho Administrativo, por los siguientes motivos: porque de la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que a través de las mismas se persigue es único, la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro, a través de la amenaza penal. Y porque este fin será alcanzado a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo.

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento del principio de proporcionalidad por el legislador, los jueces y la Administración no esta exento de problemas. La seguridad jurídica y la sumisión al sistema constitucional de fuentes por parte de los poderes públicos se encuentran en juego.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, *Las Leyes*, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio. Muestra de ello es la obra de César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor.

El término necesaria se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El termino infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

La primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del *Deutscher Journalistentag*, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos persegui-

dos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

En opinión de Torío López, el segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Definitivamente como lo ha escrito Roxin, “a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) sobre el principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello”.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL

El fundamento político y constitucional del *ius puniendi* es el propio de una república, representativa, democrática, federal, creada de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 a 41 y 49 de la Constitución. Por ello, se deben establecer en la Constitución como límites al *ius puniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad.

Los principios de legalidad, taxatividad y prohibición de extractividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de doble incriminación, ya aparecen plasmados en la norma fundamental.

La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho.² En este sentido no deben de

² Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Euros, 1998, p. 99.

admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:³

- La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.
- La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El principio de proporcionalidad de las penas se encuentra plasmado en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, EN SENTIDO AMPLIO

El principio de proporcionalidad opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria.

La relevancia del principio de proporcionalidad es mayor en el ámbito de las medidas de seguridad, que en el de las penas. El principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo. Además este principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo y necesario para conseguir el fin deseado.

³ *Ibidem*, p. 100.

El principio de idoneidad, también llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad, se refiere a que un medio es apto/idóneo para conseguir el fin pretendido, “cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado” o “cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido”. En el Derecho Penal, este principio es entendido conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido. Dicho principio tiene las siguientes características:

- La medida restrictiva de los derechos fundamentales debe ser idónea para conseguir los fines perseguidos.
- El examen de idoneidad tiene carácter empírico, como consecuencia de que se apoye en el esquema medio-fin. De él se puedan analizar las medidas adoptadas a partir de su finalidad o teleología, lo que requiere llevar a cabo el estudio práctico de los elementos empíricos de la relación examinada.

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 persigue.⁴ Los criterios de intervención penal exigen que el bien jurídico reúna las siguientes cualidades:

- Ser merecedor de protección;
- Estar necesitado de protección;
- Ser capaz de protección; y
- Poseer suficiente importancia social.

Es a partir de esa capacidad de protección cuando se puede hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho Penal, capacidad que habrá de valorarse teniendo en cuenta todas las condiciones reales del sistema penal. No todos los bienes jurídicos que reúnen las dos primeras cualidades son aptos o idóneos para ser protegidos penalmente.

El principio de necesidad, también denominado “de intervención mínima”, “de la alternativa menos gravosa” o “de subsidiariedad”, es

⁴ Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1999, p. 147.

un subprincipio del principio de constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos.

Dicho principio obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.

Si bien el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el momento legislativo, en el momento de selección de las conductas a incriminar, también opera en el momento de aplicación de la ley penal. Tanto en el hecho de recurrir a la amenaza a través de la conminación penal como en su caso la gravedad de la pena, ha de justificarse en la necesidad de protección de bienes jurídicos.

La función de garantía del bien jurídico se refiere a que ésta sólo adquiere significado cuando se parte de la base de que al consistir el delito en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el legislador no puede castigar cualquier conducta, sino tan sólo aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido.

Es un principio constitucional, porque es un subprincipio del principio de prohibición de exceso. Puede ser considerado un principio comparativo debido a que, a diferencia de los principios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto, no limita el examen de la admisibilidad de la medida únicamente al estudio de su contenido, efectos y fines, sino que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas.

Es un principio que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados, porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas. Es un mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión, en la esfera de derechos y libertades del individuo.

La intrusión penal debe ser la mínima posible, de manera que el legislador está obligado a la máxima economía a la hora de configurar los delitos en la ley, y el juez está compelido a utilizar las consecuencias jurídicas imponibles sólo cuando ello sea estrictamente indispensable, debiendo contar con mecanismos sustitutivos que atemperen el rigor de la sanción penal.

Se ha dicho que el axioma de necesidad expresado en el aforismo latino *nulla lex poenalis sine necessitate* se descompone en dos postulados diferentes: por una parte, el principio de la pena mínima necesaria, *nulla poena sine necessitate*; y por la otra, el de la máxima economía en la configuración de los delitos, *nullum crimen sine necessitate*, contemplando así el principio tanto desde la perspectiva de los delitos como desde el punto de vista de las penas.

Sólo es adecuado recurrir al Derecho Penal cuando no son eficaces todos los demás medios de control, ya que éste es el último recurso que ha de utilizar el Estado, tomando en cuenta la especial gravedad que revisten las sanciones penales, esto es, el llamado carácter de *ultima ratio*, que es producto de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, a partir de la cual no es posible llevar el carácter estigmatizante de la pena hasta la exageración.

El Derecho Penal no puede hacerse extensivo a todos los ámbitos de la vida social donde existan ilícitos. Por el contrario, dado que se trata de la más severa herramienta de que dispone el Estado su aplicación debe estar limitada, restringida, a aquellos espacios en los que es inevitable su empleo, a efecto de asegurar una adecuada protección de los bienes jurídicos.

Por ello, la penas privativas de libertad deben constituir la *ultima ratio* de la política criminal, y a ellas sólo debe acudir cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, acudiendo a medios menos graves y dañinos.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que el resto de los subprincipios o elementos del principio de proporcionali-

dad en sentido amplio, posee rango constitucional y se puede inferir del valor justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de la persona. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo (proporcionalidad abstracta); y en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho cometido (proporcionalidad concreta).

Las características del criterio de referencia son tres:

1. Es un criterio valorativo, pues como elemento del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se sitúa dentro del esquema medio-fin que éste supone y, por ende, del examen de la relación empírica medida, finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, aunque su campo de aplicación es el de los valores.
2. Es ponderativo porque implica considerar, sopesar, los valores e intereses involucrados en el caso concreto, con lo cual se busca determinar si el medio elegido se encuentra en una razonable proporción con el fin perseguido, acorde con la ponderación entre fines y medio que debe realizarse.
3. No sólo es un axioma formal, sino sobre todo de contenido material, porque obliga a examinar tanto los contenidos de ese juicio de ponderación y a indicar el modo de efectuar la medición de los intereses enfrentados, como a estudiar los criterios para resolver los conflictos y su inclusión dentro de las normas constitucionales, a partir de las cuales se puede precisar su fundamento material, dotándolo de un contenido que se corresponda con el conjunto de valores e intereses en juego desde la perspectiva de la norma superior, y establecer los criterios de medición previa determinación de los valores preferentes.

Existe una tendencia exagerada del legislador penal al aumento de las penas, que lleva a una merma de las garantías propias de un Estado de Derecho, entre las que se encuentra la proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como un principio constitucional que limita la prevención, se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo, es decir, constituye

un límite máximo pero no uno mínimo. El principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización. Debería prevenirse la posibilidad de que el juez o el tribunal prescindieran de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria.

SOBRE DEL BIEN JURÍDICO

Los orígenes del concepto de bien jurídico se remontan a la época de la Ilustración, periodo que se caracterizó por resaltar la situación jurídica intolerable en que se encontraba el Derecho en general, y especialmente la del Derecho Penal. Los mayores esfuerzos de los ideólogos de esa época se concentraron en combatir la tortura, las penas crueles y especialmente la pena de muerte.

A principios del siglo XIX, Feuerbach, desde una perspectiva ius-naturalista, sostuvo que el delito consistía en una lesión al Derecho. Esta idea fue puesta en tela de juicio por Birnbaum, al señalar que el delito no lesiona los derechos subjetivos de cada uno. En realidad, la lesión recae sobre bienes materiales (bienes naturales) o aquellos que resultan del desarrollo social y de la sociedad civil (bienes sociales). Es a partir de estos planteamientos cuando surge la idea del bien jurídico tutelado.

Jakobs, a partir de una concepción normativista, sostiene que “bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica”. Esto quiere decir que el objeto de protección del Derecho Penal recae sobre la norma en sí misma, dado que ésta ya presupone lo que el legislador quiere proteger, lo cual no siempre es un bien, sino que puede ser algo diferente.

Roxin sostiene que no tiene sentido elaborar una definición de bien jurídico tutelado, por la imposibilidad de llegar a un acuerdo en ello, y porque lo importante es dar una concepción del bien jurídico tutelado que ayude a determinar cómo surge, cuál es su sustento y cuándo debe intervenir el Derecho Penal para protegerlo.⁵

⁵ Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, México, Porrúa, 2004, p. 76.

El legislador podrá darle protección jurídico-penal o no a los bienes jurídicos que considere convenientes, independientemente de si están o no previstos en la Constitución. Se ha presentado la duda de saber si existe una obligación constitucional para el legislador de proteger penalmente determinados bienes jurídicos en contra de ciertos comportamientos, cuando así lo exige la misma Constitución. Un sector importante de la doctrina penal ha negado esta posición. Y, por el contrario, algunos tribunales constitucionales han señalado la obligación de utilizar la amenaza penal respecto de la realización de determinados comportamientos.

En México, la Constitución Política plantea un particular problema cuando establece, en algunos artículos la obligación al legislador ordinario para imponer sanciones penales en la protección de determinados bienes jurídicos. La misma Constitución obliga al legislador a sancionar los comportamientos que lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídicos. Solamente una vez precisada su función se podrá decidir si la Constitución, vista como el ordenamiento jurídico supremo que tiene el más alto nivel jurídico en todo Estado de Derecho, puede ser la plataforma de proyección de los bienes jurídicos que merezcan tutela penal; o de lo contrario, no serlo.

En el caso de la Constitución mexicana, al tener la función de ser norma jurídica y no solamente política, consistente en ser ésta protectora de instituciones políticas del Estado, resulta que el legislador sí se ve obligado a proteger penalmente bienes jurídicos superiores a los que expresamente la Constitución lo obliga, pues de lo contrario no sería congruente con la norma jurídica. El catálogo de bienes jurídicos a proteger se obtiene atendiendo fundamentalmente a la realidad social y a la Constitución como punto de referencia.

Uno de los criterios más usados para analizar cómo el bien jurídico influye en la medición de la pena, aunque no el único, es el evaluar los bienes jurídicos atendiendo a las escalas penales que la parte especial de los códigos penales establecen para la sanción de las conductas que los lesionan, estableciéndose una escala valorativa matemática de acuerdo con la magnitud de la pena que los tipos previenen. De la escala dada por los códigos penales se desprenden diversos criterios que sirven para jerarquizar el valor de los bienes jurídicos:

- 1) A mayor sanción punitiva, mayor valor del bien jurídico.
- 2) A menor sanción punitiva, menor valor del bien jurídico.

- 3) A mayor sanción penal, las conductas son más reprochables.
- 4) A menor sanción penal, las conductas son menos reprochables.

En la determinación de la magnitud de la pena que ha de imponerse a un hecho injusto, ésta deberá ser perfectamente valorada de acuerdo con los siguientes conceptos:

- Por su utilidad social.
- Por sus efectos y consecuencias para: el autor, la sociedad, la víctima y para el propio Estado que la impone.

La comisión de un injusto no lesiona solamente el bien jurídico que se propuso dañar, sino también que la reacción penal implique otras consecuencias, como son los gastos económicos que se destinan al funcionamiento de la administración de justicia y de la ejecución de la pena. Entre más grande sea la pena, más difícil le resultara al Estado el hacerla efectiva.

La lesión al objeto dañado no sólo se debe valorar respecto de la magnitud de la pena que ha de imponerse, sino también en cuanto a la utilidad social del objeto lesionado. El bien jurídico tiene un fundamento sociológico, lo cual implica que su determinación se haga conforme a cada sociedad y en un momento y lugar determinado, cuyo fin es posibilitar a sus integrantes su desarrollo y realización personal dentro del sistema social.⁶

El problema de la concreción de los criterios que ha de utilizar el legislador para la selección de los bienes jurídicos penales, puesto que la capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico para servir de límite al *ius puniendi* depende del criterio por el que se opte para la selección de los bienes protegibles penalmente, convierte la discusión sobre el bien jurídico en “primordial cuestión político-criminal”.

Hay dos corrientes principales que tienden a dotar de un contenido material al concepto de bien jurídico para que pueda ejercer la función de límite del *ius puniendi*, sin que ninguna de ellas esté libre de objeción. Por una parte, nos encontramos con las teorías sociológico-funcionalistas y, por otra, con las teorías constitucionalistas. La primera teoría está representada por Jakobs y la segunda por Roxin.

⁶ Díaz-Aranda, *op. cit.*, p. 78.

Ninguna teoría ha obtenido un resultado exitoso en la concepción material de bien jurídico.

Para ser bien jurídico será preciso que los intereses que lo encarnen tengan la común valoración positiva y esencial, es decir, que sean intereses generalmente apreciados por la mayoría de la población, que siente la necesidad de que se les proteja. De lo contrario, no serán propiamente un bien jurídico.

Corresponde al legislador penal la tarea de definir cuáles son los bienes que debe proteger, es decir, el daño social que desea evitar con la norma penal. Sólo entonces podrá ocuparse del cómo y del cuánto de la pena que lo debe proteger, pues sólo en función del resultado puede graduarse la nocividad social, y como consecuencia la pena.⁷

Para que el juzgador imponga una pena justa debe hacerlo acorde con el principio de igualdad, gracias al cual debe tratarse igual a lo que es igual y desigualmente a lo desigual. Ello debe hacerse así porque para imponer la pena es necesario distinguir, dentro del juicio de exigibilidad normativa, las diversas modalidades de la conducta punible (dolo y culpa), de tal manera que la pena se corresponda de forma proporcionada con tales diferencias.

Por ese camino, el principio de culpabilidad posibilita el funcionamiento del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, con lo cual se entrelazan claramente los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, que constituyen columnas vertebrales de la tarea de medición de la pena.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena el ejercicio del poder estatal en beneficio del pueblo (artículo 39), por lo cual el ejercicio de la facultad para legislar en materia penal que tiene el Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXI), sólo se justifica en la medida que tiende al citado mandato constitucional.

Cuando una persona comunica a otro que algo le beneficia, ello significa que ese “algo” le causa o genera un bien en su vida. Si en una sociedad pluralmente conformada como la mexicana, la mayoría de

⁷ Aguado Correa, *op. cit.*, p. 100.

sus integrantes coincidieran en que algo en particular es un bien muy importante para desarrollar su vida y posibilitar su participación en el sistema social, entonces podría considerarse como un bien fundamental que debe protegerse.

Hay bienes cuya valía es reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, como son: la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad y otros. En un Estado social y democrático de Derecho, la libertad se concibe como uno de los bienes más valiosos para la sociedad, por lo que el Estado debe ejercer sus facultades para garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de disfrutar y gozar de ella. Esto no sólo supone la actuación del Estado para proteger la libertad del ciudadano frente a otros ciudadanos, sino también su protección frente a los mismos actos estatales, razón por la cual la pena privativa de libertad debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado.

Con base en el principio del bien jurídico se encuentra el fundamento de la necesidad de la pena. Y de dicha necesidad cobra relevancia el contenido de desvalor del resultado, pues al establecer la necesidad de la ley de proteger bienes jurídicos, obliga a encontrar siempre un objeto jurídico de protección.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Alemania	Austria	España	Colombia
a) El principio de proporcionalidad no se encuentra regulado de forma expresa en la Constitución, pero el Tribunal lo califica como máxima constitucional.	a) El principio de proporcionalidad es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, por otra.	a) La mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado.	a) En la jurisprudencia, éste principio ha estado vinculado con el principio de legalidad.

Alemania	Austria	España	Colombia
<p>b) No existe unanimidad en la doctrina alemana sobre la denominación y el contenido de este principio.</p>	<p>b) En consonancia con una parte importante de la doctrina, el Tribunal Constitucional austriaco, a diferencia de Alemania y España, deriva la necesidad de proporcionalidad del principio de igualdad.</p>	<p>b) El principio de proporcionalidad es reconocido implícitamente en los artículos constitucionales 1.1 (justicia y libertad), 10.1 (dignidad de las personas y derechos inviolables) y 9.3 (arbitrariedad de los poderes públicos).</p>	<p>b) El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso (prohibición de medidas excesivas), es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa.</p>
<p>c) El Tribunal Constitucional considera que la principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la de límite a las injerencias de los derechos fundamentales.</p>	<p>c) El principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido. En sentido amplio, como un <i>supra</i> concepto de un examen que incluye a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto; pero otros autores quieren verlo en éste último sentido.</p>	<p>c) La mayoría de la doctrina cuando analiza los límites al <i>ius puniendi</i> el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, sólo se refiere a este principio en sentido estricto, pero otro sector sigue la postura mayoritaria en Alemania.</p>	<p>c) El principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la Corte Constitucional.</p>
<p>d) La jurisprudencia y gran parte de la doctrina alemana sostiene que el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.</p>			<p>d) Otra variante del principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente, que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.</p>

