

Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales

Gloria Patricia Lopera Mesa,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
Madrid, 2006,
661 páginas.

En esta obra Gloria Lopera Mesa fundamenta con auxilio del principio de proporcionalidad, las exigencias que los tribunales deben verificar en el control de constitucionalidad de las leyes penales para salvaguardar el carácter de *ultima ratio* que tiene el derecho penal. Para tal efecto, el libro se divide en dos partes y cada una está integrada por tres capítulos. En la primera se expone la evolución y consolidación del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes. A partir de ello, en la segunda sección se propone un modelo específico de aplicación para estudiar la constitucionalidad de las normas penales desde su vertiente de prohibición de exceso.

En el primer capítulo se realiza un breve recuento de las principales etapas que comprenden el desarrollo del principio de proporcionalidad para así entender su aplicación actual. En un inicio se detalla que en la Ilustración surgieron los fundamentos de dicho principio, a través de la idea consistente en que los castigos deben ser necesarios y deben perseguir únicamente a los hechos que afecten o pongan en peligro la libertad y la vida en sociedad, siempre que los beneficios sean mayores que la restricción. Asimismo, se resalta que en Prusia se utilizó tal principio en el derecho administrativo para regular la discrecionalidad que se aplicaba para intervenir las libertades de las personas, con la justificación de salvaguardar la seguridad y el orden público. Después de la Segunda Guerra Mundial se utilizó para analizar la constitucionalidad de las leyes. Concretamente, a partir de 1958 el Tribunal Constitucional Alemán emitió una línea jurisprudencial en la cual consideró que una intervención por parte del legislador que afectara derechos fundamentales debía ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. De este

modo, el principio de proporcionalidad como fue desarrollado en el derecho alemán ha sido aplicado por diversos países alrededor del mundo.

Señalado lo anterior, en el texto se exponen las dos tesis más sobresalientes que justifican el uso del principio de proporcionalidad en el análisis de la constitucionalidad de las leyes. Una tesis indica que tal principio es un “límite de los límites” a los derechos fundamentales y la otra señala que en realidad es una herramienta de argumentación que ayuda al juzgador a determinar el contenido definitivo de dichos derechos. Para armonizar ambos criterios, la autora retoma la postura de Carlos Bernal Pulido¹ quien considera que el principio de proporcionalidad no es un límite independiente a los derechos fundamentales, por el contrario, es una herramienta de interpretación útil para analizar hasta qué punto un derecho puede ser limitado. Al respecto, Lopera Mesa destaca que las disposiciones constitucionales tienen un elevado grado de indeterminación, por ende, es necesario trascender de su sentido literal para señalar su contenido prescriptivo conforme al caso concreto (lo cual realizan los tribunales cuando concretan las *normas adscritas* de derecho fundamental). Así, cuando en los casos difíciles no es posible encontrar un significado único, el principio de proporcionalidad tiene un rol relevante porque brinda un modelo de argumentación que dirige el razonamiento del juzgador y sustenta la validez de las referidas *normas adscritas*.

En el segundo capítulo se desarrollan dos argumentos que justifican el empleo del principio de proporcionalidad por los tribunales, los cuales consisten en que: i) es una herramienta para abordar la tensión entre de-

¹ Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 528.

mocracia y derechos a través del control constitucional y ii) encuadra en una teoría de los derechos fundamentales y muestra el rol de éstos en un estado constitucional. Sobre ello, se destaca que existe un conflicto entre las facultades del legislador para diseñar la política que incide en los derechos fundamentales, con el fin de lograr diversos objetivos sociales; y el órgano que ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, ya sea para interpretarlas o definir el contenido de los derechos fundamentales. Para afrontar tal problemática, Lopera Mesa considera que es viable adoptar la visión del modelo de la *constitución marco*, a través de la cual se puede entender que la carta suprema si bien comprende los contenidos fundamentales para la sociedad, también deja abierta la posibilidad de que los mismos se interpreten conforme a las ideas políticas que prevalecen en un determinado tiempo.

Conforme a lo anterior, se explica que pueden coexistir derechos que entren en conflicto. Ante tal cuestión, el principio de proporcionalidad sustentado en una teoría de los derechos fundamentales representa un modelo satisfactorio de razonamiento para aplicar la constitución. En adición a ello, la autora considera necesario puntualizar la diferencia entre principios y reglas. Específicamente, precisa que desde una visión conflictivista² los principios son mandatos de optimización que permiten que algo se realice en la mayor medida de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas no son graduales ya que deben cumplirse conforme a su determinación. Así, no se pasa desapercibido que concebir a los derechos fundamentales como principios tiene diversas complicaciones respecto a la determinación de su contenido definitivo y sus límites. No obstante, considera que si se adopta una teoría externa de los derechos sustentada en normas constitucionales y en precedentes judiciales, es posible expandir la protección *iusfundamental*.

En el capítulo tercero, Lopera Mesa expone de manera precisa el tratamiento que ha tenido el principio de proporcionalidad en materia penal. Inicialmente, la idea de proporcionalidad en sentido estricto únicamente se concebía como la relación entre la pena como sanción y la gravedad del hecho realizado; pero no se analizaba en un sentido amplio, es decir, si la pena era idónea y necesaria para obtener un fin. Al respecto, en

el texto se indica que la gravedad de una conducta típica puede determinarse de conformidad con la relevancia del bien jurídico, su grado de afectación o puesta en peligro y si las conductas son dolosas o imprudentes.

Sin embargo, se destaca que la comparación de los distintos delitos conforme a su gravedad es complicada, ya que es difícil afirmar que es más grave un homicidio que una violación. Por lo tanto, no hay parámetros objetivos que establezcan que la pena es proporcional al delito, por el contrario, esa relación se establece por el legislador conforme a consideraciones ético-políticas. Frente a tal cuestión han surgido tesis³ que se manifiestan en contra de que la gravedad del delito sea la única medida para cuantificar una pena y pugnan porque el fin que se persigue con la intervención punitiva sea el parámetro de la proporcionalidad. Bajo esta línea, durante los últimos años se ha justificado el aumento de las penas con el fin de prevenir la comisión de delitos, a tal grado que las sanciones de las conductas con mayor índice de comisión llegan a ser superiores a otros delitos que se consideran más graves conforme al bien jurídico tutelado o el daño ocasionado. Por ejemplo, el tráfico de drogas se sanciona con mayor penalidad que el homicidio. Al respecto, Lopera Mesa se decanta por un modelo de *ius puniendi* que tenga la finalidad de prevenir delitos y a su vez reducir la violencia estatal mediante el respeto de las garantías de las personas. En este sentido, los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas al prohibir que una pena no exceda del delito cometido funcionan como límites externos que deben cumplirse para que una intervención penal sea legítima.

En la segunda parte del libro que inicia con el capítulo cuarto, Lopera Mesa explica el paso inicial del modelo de aplicación del principio de proporcionalidad que propone para el control de constitucionalidad de las leyes penales, el cual consiste en identificar que exista una colisión entre principios derivados de una determinación penal. Para tal efecto, es indispensable analizar los argumentos que permean en contra y a favor de una conducta típica que contemple una sanción. Específicamente, se deben identificar los derechos afectados con la intervención y los fines legítimos que se persiguen, los cuales fungirán como principios o razones *prima facie*.

Desde esta perspectiva, se apunta que el establecimiento de las conductas típicas que prohíben u ordenan realizar una determinada acción generalmente res-

² La autora explica la distinción entre una concepción coherentista y conflictivista de los derechos fundamentales. La primera plantea la determinación del contenido de los derechos fundamentales sin admitir la posibilidad de que prevalezcan conflictos entre sus contenidos. La segunda considera que los derechos fundamentales tienen una estructura normativa compleja en las que existen reglas y principios, por lo tanto, la determinación de su contenido deriva de una ponderación.

³ En este sentido, véase Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 260.

tringen el derecho fundamental de libertad de actuar de la persona conforme a su voluntad, y en algunos supuestos pueden adscribirse a otros derechos (por ejemplo, la negativa de practicarse una prueba de alcoholemia puede adscribirse *prima facie* al derecho a la no autoincriminación). Respecto a las normas de sanción, la autora señala que tienen una naturaleza pluriofensiva ya que se pueden afectar diversos derechos fundamentales, por ejemplo: la libertad deambulatoria, la libertad de ejercer una profesión, la propiedad, el honor, el derecho al sufragio. Inclusive la excesiva duración de la pena de prisión puede tener otros efectos (por ejemplo, la pérdida del trabajo, disolución de vínculos afectivos, daños a la integridad física y mental). No obstante, la autora refiere que los efectos indirectos de la sanción podrán analizarse en sede constitucional únicamente cuando pueda comprobarse con información científica disponible que los mismos podrían generarse desde una perspectiva general.

Después de precisar lo anterior, se indica que se deben analizar los fines mediatos e inmediatos que persigue el legislador con la intervención penal. Sobre este punto, la autora considera que dichos fines deben orientarse a la protección de bienes jurídicos. En este sentido, el legislador puede señalar como objetivos legítimos la protección de todos aquellos bienes que considere socialmente relevantes, incluso aunque no estén previstos constitucionalmente; sin embargo, no debe justificar su intervención con argumentos que estén expresamente prohibidos por la constitución. Incluso, no debe emplearse el *ius puniendi* para criminalizar conductas morales o aquellas con fines paternalistas, como es sancionar el consumo de drogas.

En el capítulo quinto, la autora desarrolla los contenidos y los problemas que se presentan al verificar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el subprincipio de idoneidad se corrobora que exista una causalidad positiva entre medidas y fines, es decir, que la intervención legislativa penal ayude a lograr los fines que se pretenden obtener con la misma (proteger bienes jurídicos). Al respecto, existen dos versiones que sirven para analizar la idoneidad de una medida: fuerte y débil. La primera considera que únicamente es apto el medio que en comparación con los demás favorece de manera más rápida, plena, probable e intensa a la consecución de los fines. Por su parte, para la versión débil resulta suficiente que el medio tenga una relación positiva con el fin, la cual favorezca de alguna manera su satisfacción.

Frente a dichas posturas se advierte que adoptar la versión fuerte generaría que solamente sean idóneas aquellas medidas que contribuyan a cumplir plenamente el fin sin importar sus costes o intervenciones a otros derechos fundamentales. Por lo tanto, Lopera Mesa se inclina por una versión débil que se combine con un análisis más exigente de las premisas empíricas o científicas que sustenten las razones que motivaron la intervención punitiva. Respecto a la descripción típica, es indispensable verificar si la conducta penada podría lesionar o poner en peligro un bien jurídico (principio de lesividad). Desde esta tesitura serían inidóneas aquellas conductas que criminalicen los pensamientos o cuestiones de personalidad. En relación con las normas de sanción, se debe revisar si el derecho penal es eficaz para alcanzar el objetivo de prevenir delitos y así evitar que se vulneren bienes jurídicos.

En consecuencia, se precisa que una norma de sanción será eficaz si logra tener efectos instrumentales, es decir, que pueda corroborarse su capacidad para evitar que las personas se abstengan de cometer conductas típicas y no solamente se genere un efecto simbólico. Aunado a ello, la autora resalta que no debe olvidarse la exigencia constitucional de reinserción social, la cual debe interpretarse en un sentido negativo. Efectivamente, deben excluirse aquellas sanciones penales inminentemente neutralizadoras (la prisión perpetua o las penas de prisión excesivamente prolongadas).

Una vez superado el referido análisis, Lopera Mesa explica que el subprincipio de necesidad pretende determinar si la medida legislativa adoptada en comparación con otros medios alternativos es menos lesiva para los derechos fundamentales. En este caso, el primer paso para sustentar la argumentación consiste en buscar otros medios alternativos tendentes a alcanzar el mismo fin que la medida enjuiciada. Sobre ello, la autora menciona que los tribunales al realizar dicha búsqueda deben considerar exclusivamente aquellas vías cuya idoneidad pudiera advertirse cuando se emitió la norma impugnada.

Además, se resalta que el subprincipio de necesidad por una parte se vincula con el principio de mínima intervención del derecho penal, el cual busca que el derecho penal únicamente se utilice para sancionar las conductas que sean más graves y transgredan bienes jurídicos tutelados. Por ejemplo, se debe analizar si es suficiente con tipificar un delito de resultado sin incluir a uno de peligro. Por otra parte, dicho subprincipio se vincula con el principio de subsidiariedad, el cual pre-

tende que el *ius puniendi* se utilice como *ultima ratio*, es decir, se debe verificar que no existen otros medios no penales que sean menos lesivos y suficientemente adecuados para proteger el bien jurídico que se quiere proteger (subsidiariedad externa). Inclusive, se debe revisar si el bien jurídico se encuentra tutelado por otra rama jurídica, por ejemplo, el derecho al honor puede estar protegido en la vía civil. Si se corrobora que los mecanismos no penales son insuficientes, se debe verificar que la sanción establecida por el legislador sea la menos lesiva y oportuna para alcanzar un efecto disuasorio en la comisión de delitos (subsidiariedad interna).

Cabe destacar que la autora indica que los principales problemas que representa la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales se materializan en la falta de certezas empíricas que muestren los efectos de las intervenciones penales. Conjuntamente, se menciona que si en vía la constitucional se advierten que existen otros medios igualmente idóneos y menos lesivos, el tribunal no puede imponerlos en su sentencia ya que establecerlos es una cuestión exclusivamente legislativa. Por lo tanto, en este supuesto a los tribunales solo les corresponde robustecer el debate sobre las alternativas al *ius puniendi*.

Posteriormente, se explica el contenido que comprende el principio de proporcionalidad en estricto sentido, el cual requiere realizar una ponderación entre los principios que juegan a favor o en contra de la ley penal. Para tal efecto, la autora retoma la estructura argumentativa de Robert Alexy y divide su estudio en los siguientes pasos: i) la atribución del peso a los principios que intervienen en la ponderación; ii) el establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre los principios; y iii) la formulación de la regla de decisión que deriva de la ponderación.

En el primero de ellos, la autora nos señala que para la atribución del peso se debe tomar en cuenta la afectación o el grado de satisfacción del derecho fundamental restringido por la intervención penal. Los criterios que en este primer paso pueden analizarse son: los efectos secundarios de penalizar una conducta, la lesividad del bien jurídico o las medidas de imputación subjetiva de la conducta típica. Asimismo, es factible revisar la seguridad de las premisas empíricas que respaldan los argumentos a favor o en contra de la ley penal.

En el segundo nivel de análisis al que hace referencia Lopera Mesa y que está relacionado con la condición de precedencia condicionada, ella señala que si de la comparación de los principios en colisión se advierte que

tienen distintos pesos, se podrá determinar si la medida penal está o no justificada. En caso de que existiera un empate entre los pesos, se precisa que la ley de la ponderación únicamente exige que el principio que sustenta la intervención penal tenga un peso igual o mayor al afectado, para ser declarado constitucional. En relación con la regla de decisión, se menciona que la misma se genera como consecuencia de la ponderación que resuelve el conflicto entre principios. Así, se determina una relación de precedencia condicionada, mediante la cual triunfa el principio que tenga un peso relativo mayor en el caso, sin que eso implique expulsar del ordenamiento jurídico el principio que obtuvo un peso menor.

Finalmente, en el capítulo sexto se propone un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales que sea objetivamente razonable y que pueda ejercerse por los tribunales. Tal sistema debe considerar que coexiste la carga de la prueba tanto para el impugnante como para el legislador. Asimismo, se considera que el juicio de constitucionalidad puede abordarse desde una perspectiva *ex post*, es decir, con base en la información que prevalece al momento de analizar la intervención. Además, estima que el requisito de respaldar las premisas empíricas que sustentan los pronósticos del legislador para la creación de la ley fortalece la exigencia de racionalidad legislativa.

En suma, Lopera Mesa ofrece un extenso estudio sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales y enfatiza que el *ius puniendi* es el mecanismo de control social más contundente con el que cuenta un estado ya que interviene en diversos derechos fundamentales. Por lo tanto, el análisis de la racionalidad del empleo del derecho penal debe estar sujeto a una carga de argumentación más exigente que atienda a su carácter de *ultima ratio*, sin dejar de lado los márgenes de acción que prevalecen a favor del legislador.

Elaborado por: **Clara Lucía Reyes Núñez.**