

El principio de proporcionalidad en  
el control de constitucionalidad de  
las leyes penales sustantivas  
(una aproximación a su empleo en  
la jurisprudencia  
constitucional colombiana)

Gloria Patricia Lopera Mesa\*

RESUMEN

*Se estudia la aplicabilidad del principio de proporcionalidad de cara al control constitucional de las normas penales de naturaleza sustantiva. Se parte de un previo examen relativo al concepto de Constitución política y de los derechos fundamentales a fin de sostener la aplicación del principio antes mencionado. Asimismo, se realiza una explicación de los límites que enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, así como de ciertas cuestiones a considerar al momento de su aplicación. Por último, se enfrentan algunas de las críticas que frecuentemente se formulan contra la utilización del principio de proporcionalidad, esgrimiendo razones que avalan su utilización de cara a la construcción de un Derecho penal mínimo.*

PALABRAS CLAVE

*Principio de proporcionalidad - Principio de necesidad - Principio de lesividad - Constitución y derecho penal - Derechos fundamentales Control de constitucionalidad.*

---

\* Profesora de la Universidad EAFIT. Medellín, Colombia.

**SUMARIO:** 1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES QUE ACOMPAÑAN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 2. DEMOCRACIA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEY PENAL. 2.1. LA EXCLUSIVA COMPETENCIA DEL LEGISLADOR PARA DECIDIR EL CURSO DE LA POLÍTICA CRIMINAL. 2.2 LA LEY PENAL COMO INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.3. LA LEY PENAL COMO GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 3. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APLICADO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DEFINICIÓN LEGISLATIVA DE DELITOS Y PENAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROHIBICIÓN DE EXCESO. 3.1. JUICIO DE IDONEIDAD DE LA LEY PENAL. 3.1.1. LEGITIMIDAD DEL FIN. 3.1.2. EXAMEN DE IDONEIDAD DEL MEDIO. 3.2. JUICIO DE NECESIDAD. 3.2.1. ELECCIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS. 3.2.2. EXAMEN DE IGUAL IDONEIDAD DEL MEDIO ALTERNATIVO. 3.2.3. BÚSQUEDA DEL MEDIO MÁS BENIGNO. 3.3. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. 4. LA POTENCIAL RELATIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONCEBIDOS COMO PRINCIPIOS SUSCEPTIBLES DE PONDERACIÓN.

En la doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países europeos se ha abierto camino la utilización del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos<sup>1</sup>.

Ante todo cabe señalar que el origen del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo es anterior a la implantación del control de constitucionalidad de las leyes. Aquél principio hunde sus raíces en la filosofía política de la Ilustración, donde la concepción de la libertad como atributo inherente al individuo y, por otra parte, del Estado y el derecho

<sup>1</sup> Una excelente reconstrucción conceptual del *status* jurídico y la función que desempeña este principio en la argumentación iusfundamental puede verse en el reciente trabajo de CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 75 y ss. Asimismo, en la literatura reciente se destacan los trabajos de ZOONIL YI, *Das Gebot der Verhältnismässigkeitsprinzip in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1998; LAURA CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden - Baden, Nomos, 2001; ROBERT ALEXY, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. Carlos Bernal Pulido, *REDC*, 66, 2002; MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2003; LUIS PRIETO SANCHÍS, "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

como artificios puestos al servicio de la garantía de las condiciones que posibilitan la coexistencia de la libertad, servirán para apuntalar la idea de que el poder público solo puede restringir la libertad en los casos estrictamente necesarios y en la medida en que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás o las exigencias del bien común. El ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción limitada que es menester justificar por la necesidad de proteger otros derechos o bienes relevantes, constituyen los cimientos ideológicos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad<sup>2</sup>.

Estas ideas rendirán algunos de sus mejores frutos en la doctrina penal de la Ilustración, donde se afirmarán los principios de necesidad y proporcionalidad como dos importantes criterios limitadores del *ius puniendi*: la pena no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad y, en cualquier caso, debe ser *proporcionada* al daño social causado por el delito<sup>3</sup>. Casi al mismo tiempo, el principio de proporcionalidad comenzará a ser utilizado en el control de las medidas de policía, desde donde se extiende al control de toda la actividad administrativa con incidencia en derechos del individuo<sup>4</sup>. Pero, sin duda, ha

<sup>2</sup> Sobre los cimientos ideológicos del principio de proporcionalidad en la filosofía liberal-contractualista, vid. GEORG JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002, pp. 205 y ss, 235 y ss; KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, volumen III-2, Munich, Beck, 1994, p. 765; CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 38 y ss.

<sup>3</sup> Como conclusión de su célebre tratado señala CESARE BECCARIA "para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes", *De los delitos y las penas* (1774), trad. J. A. de las Casas, Madrid, Alianza, 1986, p. 112. Igualmente en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se afirma que "la ley sólo puede imponer penas estricta y evidentemente necesarias". Sobre las raíces del principio de proporcionalidad en la doctrina penal de la Ilustración, puede verse, con abundante bibliografía, entre otros, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, pp. 464 y ss; LUIS PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 35 y ss; TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 55 y ss.

<sup>4</sup> Vid., entre otros, OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán* (1895), tomo II, trad. de la edición francesa de 1904 a cargo de H. Heredia y E. Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 31; KLAUS STERN, *Das Staatsrecht...*, citado, p.

sido en el control de constitucionalidad de las leyes y demás actuaciones de los poderes públicos que intervienen en derechos fundamentales, efectuado por los Tribunales Constitucionales, donde el principio de proporcionalidad ha encontrado su formulación dogmática más elaborada hasta el presente, y donde su utilización ha despertado las mayores objeciones.

Nuestra Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilización de este instrumento. En un comienzo fue empleado casi exclusivamente en la aplicación del principio de igualdad, bajo la denominación de "test de razonabilidad", pero progresivamente se ha ido extendiendo al control de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales<sup>5</sup>, como también a la resolución de colisiones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares<sup>6</sup>. En una primera aproximación, puede afirmarse que es particularmente en las sentencias con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes, en las que se aprecia una utilización más constante y sistemática del principio de proporcionalidad, que se inicia con la T-422/92 (igualdad en el acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos), C-475/1997 (restricción del derecho a la defensa durante la investigación preliminar para quien no ha rendido versión libre); SU-642/1998 (vulneración del libre desarrollo de la personalidad por la obligación de llevar el cabello corto a los niños de la guardería de La Picota), entre otras. Sin embargo, con algunas variaciones de índole sistemática, se aprecia un uso generalizado de dicho instrumento argumentativo por parte de nuestra Corte Constitucional.

766; JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, 1988, p. 16 y ss; JAVIER BARNES, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 15 y ss.

<sup>5</sup> En el ámbito del control de las decisiones judiciales no se ha extendido la utilización del principio de proporcionalidad, pues a partir de la sentencia C-543/1992 (tutela contra sentencias), el control de este tipo de decisiones se ha canalizado a través del concepto de "vía de hecho", que ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial ajeno a los derroteros dogmáticos del principio de proporcionalidad.

<sup>6</sup> La jurisprudencia constitucional colombiana ofrece numerosos ejemplos de utilización del principio de proporcionalidad en estos casos. Ver, entre otras, las sentencias T-015/1994 (sanción disciplinaria en establecimiento educativo), T-630/1997 (suspensión del servicio de citófono por un administrador de propiedad horizontal), T-417/2000 (suspensión del pago de seguro de enfermedad a persona que padece una dolencia terminal).

Pero más que una exposición de tipo descriptivo sobre la utilización de este principio en la jurisprudencia constitucional colombiana, en este trabajo me propongo lo siguiente:

En primer lugar, examinar si el principio de proporcionalidad puede ser aplicado en el control de constitucionalidad de las leyes en las que se tipifican ciertas conductas como delitos y se establecen las correspondientes penas. Para ello será preciso aludir a la concepción de la constitución y de los derechos fundamentales que fundamenta la aplicación del principio de proporcionalidad, así como al modo en que la compleja relación entre democracia y derechos fundamentales se proyecta en la definición legislativa de delitos y penas.

En segundo lugar, apuntar algunas cuestiones que tendrían que ser consideradas en la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de la prohibición de exceso, así como algunos de los límites a los que se enfrenta su utilización en dicho ámbito.

En tercer lugar, abordar una crítica que frecuentemente se aduce en contra de la utilización del principio de proporcionalidad y de los presupuestos teóricos que la acompañan, referida a la potencial devaluación del contenido normativo de los derechos fundamentales una vez concebidos como principios susceptibles de ponderación. Crítica que se ve confirmada por el empleo que nuestra Corte ha hecho del principio de proporcionalidad, predominantemente orientado a legitimar una utilización maximalista del poder punitivo.

## 1. Presupuestos conceptuales que acompañan la aplicación del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se asienta sobre una particular concepción de la constitución y de los derechos fundamentales. Así, por un lado, descansa en un entendimiento de la constitución como un orden marco o abierto. Desde esta perspectiva es concebida, no como una norma puramente *procedimental*, que sólo establece los órganos y procedimientos legítimos de decisión, sin señalar límites sustantivos que condicionen el contenido de tales decisiones; tampoco como una norma puramente *material*, un orden objetivo de valores que predetermina *in nuce* el contenido de la legislación y relega al Parlamento a la condición de mero ejecutor del programa en ella definido. Entendida como un *orden marco*

o *abierto*, la constitución aparece como una norma en la que se expresan las decisiones fundamentales de una comunidad política, pero a la vez se dejan muchas otras cuestiones abiertas para ser decididas en el ámbito de la política, a través de los procedimientos de decisión que ella misma establece. De acuerdo a esta concepción, la constitución ordena y prohíbe claramente algunas cosas que definen el espacio de lo constitucionalmente *necesario* y de lo constitucionalmente *imposible*; un marco en cuyo interior coexisten diversos “mundos constitucionalmente posibles”<sup>7</sup> entre los cuales el legislador tiene libertad de elegir<sup>8</sup>.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad asume como punto de partida una interpretación amplia de los derechos fundamentales, entendidos como principios o mandatos de optimización. Dicha concepción pretende dar cuenta de cómo las relaciones que existen entre los derechos fundamentales y los demás principios constitucionales condicionan la determinación de su contenido normativo. Para ello se distinguen dos contenidos del derecho fundamental: uno *prima facie* y uno *definitivo*. El primero está integrado por todo el conjunto de facultades que pueden ser adscritas a una disposición iusfundamental interpretada de manera amplia. Se trata de un contenido protegido sólo *prima facie* porque el mismo puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y otros bienes protegidos por la constitución. De ahí que pueda llegar a ser objeto de limitación por parte del legislador, si bien toda intervención en la órbita inicial de protección de los derechos fundamentales ha de estar justificada,

<sup>7</sup> Vid. JOSÉ JUAN MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 167 - 171.

<sup>8</sup> Sobre el concepto de constitución como “marco” y su relación con el principio de proporcionalidad, vid. ROBERT ALEXY, “Epílogo...”, citado, pp. 21 y ss.; en un sentido similar, GUSTAVO ZAGREBELSKY propugna un entendimiento *dúctil* de la constitución, vinculado a la comprensión de los contenidos constitucionales como principios susceptibles de ponderación, al considerar que “*las sociedades pluralistas actuales [...] asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de la legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”, trad. M. Gascón, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 13.

pues cuando actúa sobre estas parcelas de libertad el legislador no se mueve en el terreno de la libertad natural o en un espacio vacío de derecho, sino en ámbitos de libertad dotados de protección iusfundamental. Por su parte, todas aquellas facultades pertenecientes a un derecho fundamental *prima facie* frente a las que no puedan hacerse valer razones más fuertes que justifiquen su limitación pertenecerán, por tanto, a su contenido *definitivo*<sup>9</sup>.

De acuerdo a esta concepción “amplia” y “conflictivista” de los derechos fundamentales, se admite entonces la existencia de un derecho general de libertad dotado *prima facie* de protección iusfundamental, que comprende el derecho a hacer y omitir lo que se quiera: conducir ebrio, negarse a prestar el servicio militar, interrumpir voluntariamente el embarazo o, incluso, matar a otros. Por ello, es preciso establecer límites que garanticen los derechos o bienes constitucionales que pueden verse afectados por el ejercicio de tan amplia libertad. Sin embargo, el alcance de tales limitaciones y el tipo de consecuencias jurídicas que genere su incumplimiento sólo se entenderán justificadas si satisfacen las exigencias de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, contenidas en el principio de proporcionalidad<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> La teoría de los derechos fundamentales sobre la que se apoya el principio de proporcionalidad ha sido desarrollada principalmente por ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.); MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden - Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; del mismo autor, “La restricción de los derechos fundamentales”, trad. R. Arango, *REDC*, 59, 2000, pp. 29 - 56; *La estructura de los Derechos Fundamentales*, trad. C. Bernal, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. En la doctrina española tal concepción ha sido asumida por LUIS PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 2001; del mismo, “La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, citado, pp. 217 y ss.

<sup>10</sup> Tal entendimiento de los derechos fundamentales ha encontrado un amplio reflejo en nuestra jurisprudencia constitucional. Un buen ejemplo lo constituye la sentencia C-475 de 1997, donde la Corte sostiene que, en razón de las inaceptables consecuencias lógicas a las que conduce una visión “absolutista” de los derechos, “*la Carta opta por preferir que (éstos) sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones, adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica*”. Esta idea aparece vinculada a la interpretación de los derechos fundamentales como principios, cuando en la misma sentencia se afirma que, “*al optar por*

Tal entendimiento de la constitución y de los derechos fundamentales permite dar cuenta de la irreductible tensión entre democracia y derechos que caracteriza al estado constitucional, la cual, allí donde existe control de constitucionalidad de las leyes, comporta a su vez una tensión competencial entre legislador y Tribunal Constitucional. Así, por un lado, la constitución atribuye al legislador la competencia para impulsar la acción política mediante decisiones que pueden tener incidencia sobre los derechos fundamentales: limitándolos en aras de garantizar su coexistencia o de alcanzar objetivos sociales que se juzguen valiosos, o bien estableciendo regulaciones que hagan posible su efectividad. Pero al mismo tiempo atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para interpretar y concretar el significado normativo de los derechos fundamentales, la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, a fin de verificar si las decisiones del legislador permanecen en el ámbito de lo constitucionalmente posible o si, por el contrario, infringen el marco de lo constitucionalmente necesario o imposible.

Visto desde la perspectiva de las exigencias del estado constitucional, el principio de proporcionalidad se postula entonces como un criterio estructural adecuado para determinar el contenido definitivo de los derechos que vincula al legislador (lo constitucionalmente necesario o imposible), pues con él se trata de conciliar el respeto a la libertad de configuración del legislador con un control material de sus decisiones que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales<sup>11</sup>. Con tal fin, el principio de proporcionalidad establece un procedimiento argumentativo en el que: 1) deben ser consideradas tanto las *razones sustantivas* que justifican la intervención legislativa en el derecho, como las razones que abogan por la máxima efectividad de su contenido; 2) tienen cabida consideraciones *funcionales*, referidas al alcance de la competencia legislativa para

*un sistema de "pluralismo valorativo", la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso.*" M.P. E. Cifuentes Muñoz.

<sup>11</sup> Sobre la caracterización del principio de proporcionalidad como un criterio estructural de determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales, vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 533 y ss.

configurar la constitución y, correlativamente, al alcance de la competencia revisora del Tribunal Constitucional; 3) es posible *graduar la intensidad del control de constitucionalidad*, en función de la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales y de la certeza de las premisas sobre las que se apoyan los argumentos a favor y en contra de la medida legislativa<sup>12</sup>.

Una vez examinados los presupuestos teóricos que acompañan la aplicación del principio de proporcionalidad, así como su relación con la dialéctica entre democracia – derechos característica del estado constitucional, veamos como ésta última se proyecta en la definición legislativa de tipos penales y penas.

## 2. Democracia, derechos fundamentales y ley penal

El modo de articular la relación entre democracia, derechos fundamentales y ley penal y, con ello, definir el sentido y el alcance de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de leyes penales, gira en torno a tres tesis: en primer lugar, el reconocimiento de que en un sistema democrático la definición de la política criminal es competencia del legislador; en segundo lugar, la constatación de que la ley penal constituye una intervención en derechos fundamentales; en tercer lugar, la aspiración de utilizar el derecho penal como instrumento de garantía de derechos fundamentales<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Así, el Tribunal Constitucional alemán, y con él buena parte de la doctrina, ha distinguido entre un control *leve* o de evidencia, aplicable a las intervenciones leves en derechos fundamentales, en el que tan sólo se exige que las razones que sustentan la medida se apoyen en premisas que no sean evidentemente falsas; un control *intermedio* o de justificabilidad, aplicable a las intervenciones situadas en un nivel medio, en el que se exige que la medida legislativa se apoye sobre premisas plausibles; finalmente, un control *estricto*, aplicable a las intervenciones graves en derechos fundamentales, en el que la carga de la argumentación y de la prueba se traslada al legislador, quien debe respaldar las razones que justifican la intervención sobre la base de premisas seguras. Sobre estos tres niveles de control, vid. ROBERT ALEXY, "Epílogo...", citado, pp. 56 y ss.

<sup>13</sup> En esta parte sigo, con alguna libertad, el esquema de análisis propuesto por CARLOS BERNAL, "El principio de proporcionalidad de la legislación penal", ponencia presentada a las *XXIV Jornadas Internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 2 y ss. (cito por el texto de la ponencia que amablemente me facilitó el autor).

## 2.1 La exclusiva competencia del legislador para decidir el curso de la política criminal

Según esta primera tesis, la decisión acerca de cuáles conductas han de ser calificadas como delitos, así como la clase y cuantía de las penas a imponer a quien infrinja la ley penal es un asunto reservado en exclusiva al legislador, quien dispone de un amplio margen de discrecionalidad para orientar el curso de la política criminal.

La atribución de tal competencia al legislador hace parte de lo "constitucionalmente necesario" en un sistema democrático, en el que la decisión de las cuestiones sociales especialmente controvertidas y, en general, la imposición de restricciones a la libertad y otros derechos individuales debe recaer en un órgano en el que participen o estén representados todos los potencialmente afectados por tales decisiones. Tal es, en definitiva, la justificación política sobre la que descansa el principio de legalidad, entendido en sentido lato o formal<sup>14</sup>.

El reconocimiento de esta competencia exclusiva del poder legislativo para trazar el curso de la política criminal, se ve acompañada de dos consecuencias: por una parte, de la aceptación de que, si bien la constitución supone un límite al ejercicio del poder punitivo, aquella no predetermina el contenido de la legislación penal, con lo cual, en este ámbito, el legislador dispone de un margen de acción para optar entre diversos desarrollos de la política criminal<sup>15</sup>. La segunda consecuencia es la adopción de una postura autorre restrictiva por parte de la Corte Constitucional a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes penales. De ella encontramos abundantes ejemplos en nuestra jurisprudencia:

<sup>14</sup> Vid. por todos, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, p. 373.

<sup>15</sup> Vid. en tal sentido, la aclaración de voto suscrita por E. Cifuentes y A. Martínez a la sentencia C-565/1993 (constitucionalidad de las penas de hasta 60 años previstas en la ley 40 de 1993 para el secuestro y homicidio). Según la fundamentación acogida en la sentencia, basada en una visión sustancialista de la constitución como un programa penal, la elevación de penas para estos delitos constituía una suerte de imperativo constitucional. En contra de esta tesis, los magistrados que aclaran el voto sostienen que "a través del procedimiento democrático de adopción de leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones [...] y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites, son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal".

Así, con ocasión de la demanda contra el límite máximo de edad establecido en las normas que penalizan el acto sexual con menor, dijo la Corte:

*"Al establecer los tipos penales, goza el legislador de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la política criminal, para su prevención y castigo. Así, pues, la consagración de las modalidades que reviste el tipo penal y de las condiciones que se harán exigibles para que él se configure, compete al legislador. La Constitución, por su misma naturaleza, no entra a detallarlas"*<sup>16</sup>.

En el mismo sentido se pronunció en la C-103/1997<sup>17</sup>, afirmando que:

*"Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado"*.

Sin embargo, es preciso destacar que la Corte sólo ha consolidado esta línea jurisprudencial de reconocimiento de la exclusiva competencia del legislador para definir los delitos y las penas, cuando se trata de controlar los eventuales excesos del poder punitivo. Cabe, por el contrario, advertir dos importantes excepciones a la misma: por un lado, cuando se trata de afirmar la existencia de mandatos constitucionales de criminalización, la Corte ha acogido la visión sustancialista de la constitución como un programa penal, e incluso se ha saltado la veda impuesta a sus competencias por el principio de legalidad, para corregir por mano propia, en aplicación del principio de igualdad, tipos penales que consideraba incompletos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Sentencia C-146/1994 M.P.: J. G. Hernández Galindo.

<sup>17</sup> M. P. J. G. Hernández Galindo.

<sup>18</sup> Así, en la C-125/1996, M.P.: J. Arango Mejía, se consideró que la limitación del tipo penal de inasistencia alimentaria al incumplimiento de tal obligación

o penas que consideraba desproporcionadas por defecto<sup>19</sup>. La segunda excepción se refiere a la exclusiva competencia del legislador en materia penal, pues la Corte ha admitido la constitucionalidad de la norma que autoriza al gobierno, bajo el estado de conmoción interior, a “*tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos*”<sup>20</sup>.

No obstante, con relación a esta primera tesis conviene resaltar que una cosa es sostener que en un sistema democrático y respetuoso con el principio de legalidad la competencia para definir los delitos y las penas corresponde al órgano legislativo, afirmación que no merece objeción alguna, y otra bien distinta es sostener que, a consecuencia de lo anterior, el ejercicio de dicha competencia sea plenamente discrecional o que el control de constitucionalidad sobre la misma deba limitarse a extirpar exabruptos. A esta segunda aseveración se opone el hecho de que la discrecionalidad del legislador en materia penal está limitada por el marco de prohibiciones (y, según algunos, de mandatos) con el que la constitución acota el ejercicio del poder punitivo. El modo en que se configura dicho marco es el objeto de las tesis segunda y tercera.

---

entre “padres e hijos”, excluyendo así a otros ascendientes y descendientes beneficiarios de este derecho según la legislación civil, vulneraba el principio de igualdad. Con este argumento, se procede a extender, por vía jurisprudencial, el ámbito de aplicación del tipo penal en cuestión para asegurar penalmente el cumplimiento de esta obligación frente a todos sus beneficiarios.

<sup>19</sup> Así, en las sentencias C-287/1997, M.P.: C. Gaviria Díaz (atenuante punitiva para la violencia sexual cometida contra cónyuge) y C-358/1997, M. P.: E. Cifuentes Muñoz (tratamiento punitivo más benigno para el homicidio cometido por militares frente al cometido por civiles), en las cuales, ante una desigualdad punitiva que se considera injustificada, la Corte declara inconstitucional la pena menor y, por vía de una sentencia manipulativa, la reemplaza por la pena mayor.

<sup>20</sup> Sentencia C-179/1994, M.P.: C. Gaviria Díaz. La Corte avaló la constitucionalidad de esta norma, contenida en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, argumentando que: “No puede dejarse de lado que si es de reserva exclusiva del legislador en tiempo ordinario o de normalidad, determinar los comportamientos que deben ser castigados o penados, señalando la correspondiente sanción, bien puede el Presidente de la República, que durante los estados de excepción asume la potestad legislativa, tipificar delitos, fijar las penas, aumentar las existentes o disminuirlas [...] con la única finalidad de restablecer el orden público turbado, pues el Gobierno cuenta con todas las facultades para hacerlo”.

## 2.2 La ley penal como intervención en derechos fundamentales

La segunda tesis sostiene que la ley penal representa una intervención en derechos fundamentales. Conviene comenzar por definir el concepto de *intervención* en un derecho fundamental, como *toda actuación del poder público que afecte negativamente a uno de tales derechos*<sup>21</sup>.

A su vez el concepto de *afectación negativa* comprende toda acción destinada a *suprimir* (eliminar una posición jurídica), *impedir* (crear circunstancias que hagan fácticamente imposible) o *dificultar* (interponer obstáculos que hagan más difícil, aunque no imposible) el ejercicio de un derecho fundamental.

Esta afectación negativa puede producirse como consecuencia bien sea directa o indirecta, intencionada o no, inmediata (presente) o potencial (futura), de la actuación normativa o fáctica del poder público. Todos estos casos quedan comprendidos bajo el concepto de intervención, si bien cuando la afectación negativa no ocurre de modo inmediato sino que es probable que se desencadene en el futuro, ésta recibe el nombre de *amenaza* de un derecho fundamental y se considera como una modalidad específica de intervención<sup>22</sup>.

Puede entonces afirmarse que la configuración legislativa de tipos penales y penas representa en todos los casos una afectación negativa de posiciones iusfundamentales de defensa, esto es, de derechos al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades y situaciones y a la no eliminación de posiciones jurídicas, que plantean al estado correlativos deberes de abstención<sup>23</sup>. Así, la tipificación de delitos consiste en el establecimiento de prohibiciones o de mandatos que representan una restricción a la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad. Algunas de estas posiciones de libertad pueden considerarse

---

<sup>21</sup> Sobre este concepto amplio de intervención en un derecho fundamental y las razones que justifican su adopción, vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 657 y ss.

<sup>22</sup> CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, p. 667.

<sup>23</sup> Los derechos de defensa, siguiendo la terminología de ALEXY, comprenderían en general todos los derechos del ciudadano a acciones negativas por parte del Estado, coincidiendo así con los llamados derechos de libertad propios de la tradición liberal. Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pp. 189 y ss.

manifestaciones adscritas a una específica disposición iusfundamental, como sucede, por ejemplo, con la acción de proferir expresiones deshonrosas contra el prójimo, constitutiva del tipo penal de injuria, que a su vez hace parte del contenido *prima facie* protegido por la libertad de expresión (art. 20 C.N.). Otras, por su parte, son expresiones de la libertad general de acción, que en nuestro sistema constitucional recibe protección iusfundamental a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N.), y opera como cláusula de cierre del sistema de libertades, para dar cobijo *prima facie* a todas las manifestaciones de la libertad humana, por insólitas que sean, que no encuentren acomodo en alguna otra disposición iusfundamental. Esta puntualización es importante porque viene a recordar que una conducta penalmente prohibida puede ser, al mismo tiempo, ejercicio *prima facie* de un derecho fundamental, si bien a la postre haya de quedar excluida de protección definitiva porque su ejercicio afecta gravemente otros derechos o bienes jurídicos fundamentales<sup>24</sup>.

Ello implica que el juicio de proporcionalidad en materia de leyes penales no se reduce sólo a la verificación de la existencia de una relación entre la gravedad del delito y de la pena, como suele considerarse, sino que también se extiende a la verificación de que la limitación de libertad que se produce a consecuencia de la tipificación de una conducta como delito es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto con relación a los fines que justifican su imposición o prohibición a través de una norma penal<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sobre este doble carácter llama la atención LUIS PRIETO, "La limitación de los derechos fundamentales...", citado, p. 227. El reconocimiento del doble carácter de ilícito penal y ejercicio de un derecho que puede tener una misma conducta no es ajeno al discurso del derecho penal, pues precisamente sobre esta idea se construyen diversas causales de justificación, singularmente de la conocida como "ejercicio legítimo de un derecho". Para una mirada desde el derecho constitucional a esta causal de justificación, y a la forma como ella presupone una concepción amplia del contenido de los derechos, vid. JUAN IGNACIO UGARTEMENDÍA, *La eficacia justificante de los derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch - IVAP - Gobierno Vasco, 2003, pp. 132 y ss.

<sup>25</sup> En tal sentido señala LUIS PRIETO que "el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no representa un espacio exento al control de constitucionalidad [...] porque toda pena, [...] debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación que se traduce en la exigencia de ponderación o proporcionalidad; y porque el propio tipo penal, en la medida en que pueda concebirse como un límite al ejercicio

No obstante, dejando a un lado la intervención en derechos fundamentales que se produce en la selección de las conductas punibles, es sin duda en el costado de las penas donde con mayor claridad e intensidad se manifiesta la afectación negativa de derechos fundamentales que se produce a través de la ley penal. Ello obedece a que es la naturaleza de las sanciones, y no tanto de las prohibiciones, lo que constituye el rasgo distintivo del derecho penal frente a otras formas de regulación. En efecto, el derecho penal es definido como "el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente", y es el más enérgico porque para hacer cumplir sus preceptos se vale del castigo, de la pena, que por definición representa, en comparación con las consecuencias jurídicas asociadas al incumplimiento de otro tipo de normas jurídicas, la intervención represiva más grave para la libertad y los derechos de los ciudadanos<sup>26</sup>.

Ahora bien, la mayor afflictividad de las sanciones penales obedece, en primer lugar, a que estas tienen por objeto directo la suspensión de posiciones iusfundamentales especialmente significativas, tales como la privación de la libertad de locomoción, de los derechos políticos, la inhabilitación para el desempeño de ciertos oficios, entre otras<sup>27</sup>. Pero además de los derechos

de derechos por parte del autor responsable, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones ha de adecuarse a esta exigencia de justificación". Vid. "La limitación constitucional del legislador penal", citado, p. 295.

<sup>26</sup> IGNACIO BERDUGO / LUIS ARROYO ZAPATERO / NICOLÁS GARCÍA RIVAS / JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ / JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDRACASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Barcelona, Praxis, 1999, p. 1. Así lo ha reconocido nuestra Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre otros en la sentencia C-591/1993, donde señala que "la aplicación de penas traduce la manifestación más intensa del poder estatal frente al individuo y a su libertad", y tal reconocimiento "ha llevado a reservar únicamente al Legislador la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva".

<sup>27</sup> Al respecto valga considerar el catálogo de penas previsto en nuestro código penal, donde, pese a las novedades en materia de sustitutos, la pena privativa de libertad sigue teniendo predominio, acompañada en todos los casos por la suspensión de derechos políticos. No obstante, podría objetarse que, si bien la más grave, la privación de libertad no es la única pena, pues al lado de ella se ha previsto la de multa y otras penas sustitutivas de las anteriores (prisión domiciliaria y arresto de fin de semana convertible en ininterrumpido,

que se ven directamente afectados por el tipo de sanción, al momento de contabilizar los costes iusfundamentales que implica el recurso a la pena, en particular a la de prisión, deben ser consideradas: 1) las posiciones iusfundamentales afectadas de modo necesario por su ejecución; 2) los derechos que se ven restringidos o amenazados de modo contingente por las circunstancias concretas en que transcurre la ejecución de la pena; 3) la amenaza a posiciones iusfundamentales que pueden verse afectadas por el efecto estigmatizador de la pena. Veamos:

1) La pena privativa de libertad no sólo comporta la suspensión de la libertad de locomoción, sino que además impide o dificulta el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales que se ven afectados por su ejecución, por la permanencia del individuo en una institución total en la que está sometido a una severa vigilancia y a una disciplina especial: *“(E)videntemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad”*<sup>28</sup>.

2) A esta lista deben sumarse además aquellos derechos que, si bien desde el punto de vista jurídico deberían “permanecer incólumes” a pesar del encierro de su titular, en realidad se ven afectados, y de modo grave, por las concretas condiciones en que se desenvuelve la ejecución de la pena privativa de libertad. En la sentencia donde declara el “estado de cosas inconstitucional” en nuestras cárceles, la Corte ofrece un largo y, pese a todo, incompleto inventario los “daños colaterales” que comporta para una persona su ingreso en prisión:

respectivamente), y un largo repertorio de penas que se adicionan, no sustituyen, la de prisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas penas comportan por sí mismas una intervención intensa en los derechos sobre los que recaen: la prisión, aunque domiciliaria, sigue siendo privación de libertad de locomoción y vigilancia sobre la vida de quien la padece; a su vez la multa comporta una afectación significativa del patrimonio económico. Por otra parte, hay que considerar no sólo el reducido ámbito de aplicación de estas penas alternativas a la prisión, sino que, en cualquier caso, su incumplimiento se sanciona con la cárcel.

<sup>28</sup> Sentencia T-153/1998, M.P.: E. Cifuentes Muñoz.

*“(T)anto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a estos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción [...] etc.”*<sup>29</sup>.

También estas consecuencias aflictivas, acaso indirectas y no intencionadas, que estatuye una ley que ordena el ingreso en prisión de un individuo a consecuencia de la comisión de un delito hacen parte del concepto, antes definido, de *intervención* en un derecho fundamental y han de ser tenidas en cuenta, por tanto, en el balance de los costes que, desde el punto de vista iusfundamental, implica la expedición de una ley penal, así como en el control de su constitucionalidad.

3) Pero además de los derechos que se ven afectados de modo necesario o contingente por la ejecución de las sanciones con las que amenaza el legislador cada vez que crea una ley penal, hay que considerar un factor aflictivo adicional que se añade a la intervención penal y la distingue de otro tipo de consecuencias jurídicas previstas por normas de otros sectores del ordenamiento. Se trata de las secuelas de la intervención penal que resultan de la carga de reproche ético-social vinculada a la definición de una conducta como ilícito penal y se traducen, a la postre, en la estigmatización como “desviado” (delincuente) de quien ha sido

<sup>29</sup> Sentencia T-153/1998, M.P.: E. Cifuentes Muñoz.

condenado (o ya sólo procesado) por infringir la ley penal, y que subsiste incluso cuando la intervención penal no lleva aparejada una pena privativa de libertad, aunque en tales casos los efectos estigmatizadores pueden resultar menores<sup>30</sup>. Ello obedece a que el derecho penal responde a una lógica culpabilista y punitiva que está ausente en otro tipo de instancias de control social. Éste opera suministrando a los individuos razones prudenciales para abstenerse de realizar las conductas que previamente se han definido como delitos, pero a la vez estigmatizando al infractor para, de este modo, reforzar la vigencia de los valores proclamados por sus normas y trazar una frontera entre quienes han permanecido fieles a tales valores y quienes los han transgredido. Tal carga de reproche o censura moral parece ser un elemento esencial del castigo y su desaparición en el fondo comportaría la supresión del derecho penal, su reemplazo por “algo mejor que el derecho penal”, a que se refería RADBRUCH<sup>31</sup>.

De este modo, las consecuencias lesivas que desde el punto de vista de los derechos fundamentales comporta la imposición de una pena no terminan el día que ésta se cumple, sino que se prolongan más allá del día en que la persona abandona la prisión (carcelaria o domiciliaria) o paga la multa, pues el estigma que acompaña a quien ha pasado por el sistema penal se traduce, en términos jurídicos, en la afectación de diversas

<sup>30</sup> En tal sentido GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO sostienen que incluso las penas pecuniarias, aunque no afectan la libertad personal, comprometen la dignidad social del condenado, debido a la carga de estigmatización del proceso penal. Vid. *Diritto Penale. Parte generale*, 4ª. ed., Bolonia, Zanichelli, 2001, p. 14.

<sup>31</sup> Sobre la conexión entre pena y desaprobación moral, vid., entre otros, JOEL FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing & Deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton, Princeton U. P., 1970, p. 98; CARLOS SANTIAGO NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 205 y ss.; JERÓNIMO BETEGÓN, *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 169 y ss., 301 y ss.; Vid. GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Navarra, Aranzadi, 2000, p. 397. Debe advertirse que cuando aquí hablamos de la censura o reproche ético formulado en contra de quien ha sido sancionado penalmente lo hacemos para constatar una característica que, de hecho, acompaña la intervención penal. Por el contrario otras posturas sostienen, desde una perspectiva normativa, que la censura o reprobación moral al autor de un delito es una característica que debe estar presente en el derecho penal. Un interesante ensayo de justificación de la censura como fin y límite de la pena lo desarrolla ANDREW VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, trad. E. Larrauri, Madrid, Trotta, 1998.

posiciones iusfundamentales. La existencia de antecedentes penales comporta, entre otros efectos, una reducción objetiva de posibilidades laborales y constituye una causal de inhabilitación para el posterior acceso a ciertos cargos públicos o un factor que condiciona el juicio de idoneidad para ocupar ciertos cargos; dificulta la salida del país y el acceso a territorio extranjero; supone un tratamiento más gravoso para quien vuelve a pasar por el sistema penal o incluso, en países como el nuestro, donde al lado del control punitivo formal existen amplios y eficaces dispositivos de control punitivo informal, se traduce en un grave riesgo para la vida o la integridad física de quien ha pasado por las redes del sistema penal<sup>32</sup>. Todas estas afectaciones también deben ser contabilizadas en la columna de los costes que, en términos de libertad, comporta toda ampliación legislativa del catálogo de las conductas punibles, pues se trata de *intervenciones* futuras o *amenazas* que probablemente se desencadenarán como consecuencia de la aplicación de la ley penal. Aunque sin duda la consideración de estos aspectos introduce una gran complejidad en el juicio de constitucionalidad, por tratarse de consecuencias que tienen efectos de diversa intensidad sobre un gran número de posiciones iusfundamentales, todo ello tendría que ser tenido en cuenta en el balance de razones que se efectúa cuando se examina la justificación constitucional del recurso al derecho penal, pues lo contrario supone desconocer la singular naturaleza de esta herramienta de control social e igualmente adoptar una postura inconsistente con la interpretación amplia de los derechos fundamentales y del concepto de intervención que se asume como punto de partida en la utilización del principio de proporcionalidad<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Si bien estas consecuencias se tratan de paliar con el expediente de cancelación de antecedentes penales y con la disposición simbólica en nuestro código penitenciario de que los antecedentes no serán un factor de discriminación social y legal, lo cierto es que tales normas sólo pretenden paliar las consecuencias negativas del hecho, cierto, de que la sociedad siente repulsa hacia el delincuente.

<sup>33</sup> En tal sentido, se ha dicho que: “la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios [...] No se podrá limitar a la constatación de la cuantía de los efectos gravosos expresados en la norma ni al nivel de satisfacción en la consecución de sus finalidades o funciones manifiestas [...] sino que debe comprender todas sus funciones, todas las consecuencias, queridas o no, reconocidas o no, por el agente normativo”. JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 159 – 189, aquí p. 167.

En definitiva, todo lo anterior nos lleva a sostener que, por benigno que sea el sistema de sanciones penales que adopte una sociedad, éste, por definición, siempre representará una afectación mucho más intensa de derechos fundamentales, respecto a las que se emplean en otros sectores no penales (disciplinarios, civiles, etc.) y en otros sistemas extrajurídicos de control social, porque mediante las penas el Estado hace uso de su poder de castigar, de infligir deliberadamente violencia contra el individuo que ha contrariado las reglas básicas de convivencia social; y mediante su imposición se consuma la calificación del individuo infractor como “desviado” y merecedor del reproche social<sup>34</sup>.

Es por ello que, aunque materialmente sean idénticas y ambas representen intervenciones estatales en el patrimonio económico, la obligación que se impone a algunos ciudadanos de pagar una determinada cantidad por concepto de impuesto sobre la renta, no comporta el mismo significado social que la obligación impuesta a un individuo de pagar esa misma suma como pena de multa impuesta por haber sido condenado penalmente por la comisión de un delito. Tampoco tienen igual significado la obligación de permanecer en cuarentena en un hospital impuesta por las autoridades sanitarias a las personas que padecen cierta enfermedad, que el ingreso en prisión de una persona, durante el mismo lapso de tiempo, ordenado por un juez penal. Aunque ambas son privaciones de libertad, sólo esta última representa un castigo y ello, como hemos visto, comporta consecuencias de tipo iusfundamental.

Una vez examinado de qué modo la ley penal interviene derechos fundamentales, tanto a través de sus prohibiciones como de sus sanciones, queda por decir que el aumento de las leyes penales en una sociedad redundará en una disminución correlativa de la libertad de todos sus miembros. Si esto parece claro mirado desde el costado de las prohibiciones, a las que están sometidos todos los individuos, también es cierto si se mira desde el lado de las penas, ya que éstas, como viene a recordarnos FERRAJOLI, no recaen sólo (ni necesariamente) sobre los culpables, sino que también amenazan a los inocentes<sup>35</sup>. Ello también debe ser tenido en cuenta al momento de expedir y controlar la constitucionalidad de las leyes penales,

<sup>34</sup> Sobre la especificidad del derecho penal respecto a otros instrumentos de control social, vid. JUAN OBERTO SOTOMAYOR, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, pp. 3 y ss.

<sup>35</sup> Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, p. 209.

considerando, como ha señalado VON HIRSCH, que “(u)n sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que ‘nosotros’ hacemos para prevenir que ‘ellos’ delincan. Más bien debiera ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular su propia conducta”<sup>36</sup>.

De todo lo anterior puede extraerse una conclusión importante para el tema que nos ocupa y es que, dado su carácter cualitativamente distinto y esencialmente más aflictivo, el recurso al derecho penal por parte del legislador comporta siempre una intensa afectación de derechos fundamentales lo que, a su vez, constituye un argumento para justificar el empleo de un control de proporcionalidad más estricto del que suele emplearse en general por los Tribunales Constitucionales en la revisión de leyes penales. Esta conclusión no parece problemática, e incluso podría parecer obvia para quien, desde una filosofía garantista, considera la pena como una segunda violencia que se añade a la violencia del delito e incorpora por ello un irreductible fondo de ilegitimidad, y en consecuencia concibe el instrumento penal “no [...] como una herramienta más al servicio de la consecución de los intereses públicos, sino como un sacrificio sobre el que pesa una carga de justificación especial”<sup>37</sup>. El problema surge, como veremos al examinar la estructura del principio de proporcionalidad, cuando esta exigencia de un control más riguroso se enfrenta a los argumentos que aconsejan una postura autorrestrictiva por parte de la Corte Constitucional, atendiendo el margen de acción que el principio democrático depara al legislador.

Este control, por otra parte, ha de efectuarse desde la perspectiva de la *prohibición de exceso (Übermassverbot)*, pues con él se trata de verificar que la ley penal no imponga un sacrificio desproporcionado, por exceso, a las posiciones iusfundamentales de defensa que se ven afectadas por la definición del delito y de su correspondiente pena. La aclaración es necesaria porque, aunque tradicionalmente el principio de proporcionalidad se ha identificado con la prohibición de exceso, e históricamente surge ligado a la defensa de los derechos de libertad, en las últimas décadas, especialmente a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán en materia de aborto, se ha empleado también como *prohibición de infraprotección*

<sup>36</sup> ANDREW VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, citado, p. 29.

<sup>37</sup> LUIS PRIETO SANCHÍS, “La limitación constitucional del legislador penal”, citado, p. 271.

(*Untermassverbot*), a fin de verificar que el legislador penal no vulnere, por defecto, el deber de protección penal que está obligado a dispensar a los derechos fundamentales. Pero el análisis de esta cuestión nos introduce en la tercera tesis.

### 2.3 La ley penal como garantía de derechos fundamentales

Decir que la ley penal constituye una garantía de los derechos fundamentales puede interpretarse de dos formas: en un primer sentido, como una afirmación de que (sólo) los derechos fundamentales constituyen objetos legítimos de tutela penal o, desde otra perspectiva, como la afirmación de que (todos) los derechos fundamentales imponen al legislador deberes de protección penal, esto es, representan mandatos de criminalización.

Mientras que la primera interpretación constituye, con algunos matices, una tesis que goza de una relativa aceptación, la segunda, por el contrario, está en el centro de uno de los debates más álgidos que en la actualidad tienen lugar en el seno del pensamiento penal.

Si se entiende en el primer sentido, esta afirmación expresa una tesis normativa que impone al legislador un límite *negativo* al momento de seleccionar los bienes merecedores de tutela penal. El punto de partida es que el catálogo de derechos reconocidos en la constitución como fundamentales suministra un criterio relativamente fiable para establecer cuáles son aquellos bienes que la sociedad considera más importantes y, por tanto, candidatos a recibir protección a través del derecho penal. De este modo se busca dotar de un significado algo más concreto al poco aprehensible concepto de bien jurídico, vinculándole a criterios inmanentes al sistema jurídico pero, a su vez, capaces de limitar el poder punitivo en tanto vienen definidos por una norma superior vinculante para el legislador. Ésta es la tesis defendida por todas aquellas teorías del bien jurídico que, al margen de sus múltiples diferencias y matices, coinciden en considerar la relevancia iusfundamental como condición necesaria, pero no suficiente, para seleccionar los bienes penalmente protegibles<sup>38</sup>. Vista

<sup>38</sup> No es posible emprender aquí una síntesis de las diversas posturas existentes respecto a la definición del concepto de bien jurídico; tan sólo indicar que buena parte de la doctrina coincide en la necesidad de conjugar dos exigencias, *relevancia constitucional* e *importancia social*, como criterios de

desde esta perspectiva, la protección penal de derechos fundamentales no se impone como una obligación al legislador, esto es, no hace parte de lo constitucionalmente necesario, sino que tan sólo resulta una opción posible y, por tanto, no tendría objeto debatir al momento de juzgar la constitucionalidad de una ley penal, si la protección que mediante ella se dispensa a tales derechos resulta suficiente.

Las consecuencias difieren por completo si se adopta la segunda variante de esta tesis, esto es, la que deriva de los derechos fundamentales obligaciones legislativas de protección penal. Esta interpretación ha cobrado fuerza bajo el influjo del desarrollo de la dimensión prestacional de los derechos que tiene lugar en el modelo de Estado Social. Según una lectura bastante extendida de este modelo estatal, junto a la tradicional dimensión liberal de derechos de defensa, que impone a los poderes públicos una vinculación negativa (deberes de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida), el Estado Social viene a sumar una vinculación positiva a los derechos fundamentales, esto es, un deber general de contribuir a la efectividad de tales derechos, que se traduce en el establecimiento de "deberes de protección", que no sólo cuentan con una dimensión objetiva, sino que dan lugar a hablar, correlativamente, de "derechos a protección", como posiciones iusfundamentales que otorgan a su titular la posibilidad de demandar del estado una efectiva protección de sus derechos frente a ataques provenientes de terceros<sup>39</sup>. Este deber de protección comprendería el deber *prima facie* de implementar todos los medios conducentes a una efectiva protección de los derechos, entre ellos,

selección de los objetos dignos de tutela penal. Si bien la noción de *relevancia constitucional* es más amplia que la de *relevancia iusfundamental*, aquella tiende a ser interpretada, de acuerdo a una orientación personalista, como la exigencia de que los bienes que gozan de relevancia constitucional sólo sean merecedores de protección penal, si a su vez se orientan a la protección de intereses fundamentales del individuo o de condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema social en el que éste se inserta. Vid. GIOVANNI FIANDACA Y ENZO MUSCO, *Diritto Penale*, citado, pp. 15 y ss.

<sup>39</sup> Ha señalado MARTIN BOROWSKI que "lo característico de los derechos fundamentales de protección es que un bien protegido por normas de derecho fundamental como derecho de defensa, también se protege de las amenazas provenientes de otros ciudadanos o de otros sujetos del derecho internacional". *La estructura de los derechos fundamentales*, citado, p. 144. Sobre la categoría dogmática de los "derechos a protección" como específica modalidad de los derechos prestacionales, vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 435 y ss.

el recurso al derecho penal. Incluso este deber *prima facie* de protección penal podría llegar a transformarse en un deber *definitivo* de otorgar tutela penal a determinadas posiciones iusfundamentales si se logra acreditar que las razones a favor de su protección penal se imponen sobre los argumentos que desaconsejan el uso de tal instrumento. De este modo, como ha señalado BERNAL, la creación del derecho penal “abandona de nuevo el terreno de la discrecionalidad legislativa, y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos de protección”<sup>40</sup>.

Cuando se trata de examinar la vinculación del legislador a los derechos a protección, el principio de proporcionalidad abandona su clásica vertiente liberal de *prohibición de exceso* (*Übermassverbot*) para configurarse ahora como una *prohibición de infraprotección* (*Untermassverbot*), dirigida a asegurar que la tutela de los derechos fundamentales no resulte desproporcionada por defecto, esto es, a impedir “que se pueda prescindir discrecionalmente del empleo del derecho penal y del efecto de protección que de él se deriva”, como lo indicara en su día el Tribunal Constitucional alemán en su segunda sentencia sobre el aborto, pronunciamiento en el que precisamente se inaugura la utilización del principio de proporcionalidad bajo la perspectiva de la *prohibición de infraprotección*<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> CARLOS BERNAL, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, citado, p. 14.

<sup>41</sup> El Tribunal Constitucional alemán ha proferido dos sentencias en materia de aborto, ambas importantes para el tema de los mandatos constitucionales de criminalización y la *Untermassverbot*. En la primera, fechada el 25 de febrero de 1975, se declaró inconstitucional la regulación del aborto bajo el sistema de plazos sin deber de asesoramiento. En ese entonces se consideró que la Constitución establecía la obligación al legislador de acudir al derecho penal para proteger la vida en desarrollo. En la segunda sentencia, del 28 de mayo de 1993, se matiza el deber absoluto de protección establecido en el primer fallo, y se admite una regulación del aborto basada en un sistema de plazos al que se añade un deber de asesoramiento por parte de la mujer (y se excluye la financiación del aborto en determinados casos). Es en esta decisión donde se establece la doctrina de la *Untermassverbot*, con miras a establecer en qué casos está ordenada la protección penal y bajo qué condiciones puede renunciarse a este recurso. Un comentario crítico sobre la doctrina vertida en ambas sentencias lo ofrece MARIJON KAYSSER, “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto”, trad. R. Ragués i Vallès, en *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt / Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), Granada, Comares, 2000, pp. 149 y ss.

En Colombia la doctrina de los deberes constitucionales de criminalización ha gozado de una amplia acogida en la jurisprudencia constitucional, manifestándose con especial claridad en el tema del aborto. Así, en la primera sentencia sobre el tema C-133 / 1994, se estableció un deber absoluto de protección penal de la vida, en los siguientes términos:

“El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte”<sup>42</sup>.

Pero ecos de esta doctrina han resonado también en otros pronunciamientos, tales como la sentencia C-565 / 1993, en la que se sostiene que la constitución consagra el deber estatal de imponer un tratamiento ejemplarizante cuando se vulneran los derechos a la vida, la libertad y la dignidad a través de los delitos de homicidio y secuestro<sup>43</sup>. Sin embargo,

<sup>42</sup> Sentencia C-133/1994, M.P: A. Barrera Carbonell. En la sentencia C-647/2001, M.P: A. Beltrán Sierra, esta doctrina se matiza en un grado mínimo, para admitir la constitucionalidad de la norma del código penal (Ley 599 de 2000) que establece una causal de exclusión de la pena para el aborto en casos de acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida, siempre que la madre realice el acto en “extraordinarias condiciones de motivación”; esta sentencia cuenta con un salvamento de voto, suscrito por los Magistrados M. Monroy y R. Escobar, en el que se insiste en el deber absoluto de protección penal de la vida del *nasciturus*, así como con una aclaración de voto, suscrita por los Magistrados C. Vargas, J. Araujo, A. Beltrán y M. Cepeda en el que se propone la aplicación del principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la *prohibición de infraprotección*, a fin de justificar una respuesta penal diferenciada frente al aborto, en la que se ponderen los bienes en conflicto.

<sup>43</sup> En esa ocasión estableció la Corte que “(d)entro de la concepción del Estado social de derecho y con base en la importancia que a los derechos fundamentales otorga nuestra Carta Política, cuando se vulneran los derechos a la vida, a la libertad y a la dignidad a través de los delitos de homicidio y secuestro, se hace necesario por parte del Estado la imposición de una pena, y ante todo de un tratamiento punitivo aleccionador y ejemplarizante, atendiendo los bienes jurídicos cuyo amparo se persigue; es decir, que a tales hechos

también se ha admitido que no todos los derechos y bienes con relevancia constitucional generan un deber absoluto de protección penal, pues frente a algunos de ellos este deber sólo es relativo. Así se afirma, entre otras, en la sentencia C-015/ 1997, con ocasión de la declaratoria de exequibilidad del tipo penal de alzamiento de bienes:

*"La protección penal de ciertos bienes y valores debe ser permanente y absoluta y, en este caso, la tutela penal de orden legal corresponde a la obligación positiva constitucional de amparar la vida y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, otros bienes pueden ser susceptibles de una protección penal relativa, ya sea porque son propios de determinado ámbito no universal de relaciones o porque su protección eficaz puede buscarse a través de otros medios jurídicos legítimos diferentes de la misma legislación penal, motivo éste que puede justificar inclusive la adopción de políticas criminales enderezadas a "despenalizar" ciertas conductas"*<sup>44</sup>.

No obstante, la tesis de los mandatos constitucionales de criminalización no se ha empleado sólo para confirmar la constitucionalidad de las normas legales enjuiciadas, sino que en ocasiones ha servido para fundamentar declaratorias de inconstitucionalidad de algunas de ellas<sup>45</sup>, e incluso en

*punibles se les deben aplicar las más rígidas sanciones con el objeto de que produzcan un impacto que se encuentre en consonancia con la magnitud del delito cometido y de los derechos vulnerados". Sentencia C-565 / 1993, M.P.: H. Herrera Vergara.*

<sup>44</sup> La sentencia prosigue afirmando que *"La protección legal del patrimonio y de la buena fe, no es ajena a la Constitución, pero de ésta no se infiere que siempre deba tener la impronta del derecho penal. Por consiguiente, la libertad de configuración normativa expresamente reservada al legislador en materia penal, en cuya virtud crea y elimina tipos penales, puede tener más alcance respecto de los bienes susceptibles de tutela penal relativa. Concretamente, el supuesto del delito denominado "alzamiento de bienes", como modalidad de conducta fraudulenta y lesiva del patrimonio, no reclama constitucionalmente de manera invariable un tratamiento propio de derecho penal y, por consiguiente, la decisión sobre este extremo se defiere al legislador histórico y a su específica política criminal. En este caso, a diferencia de los eventos en los que la protección penal articula una de las obligaciones básicas e ineludibles del Estado de defender el contenido esencial de un derecho fundamental, la eliminación de la tutela penal per se no vulnera la Constitución Política". Sentencia C-015/1997, M.P.: E. Cifuentes Muñoz.*

<sup>45</sup> Es el caso de la sentencia C-125/1996, M.P.: J. Arango Mejía, donde se declara inconstitucional la limitación de los sujetos pasivos en el tipo penal de inasistencia alimentaria.

algún caso la argumentación se ha estructurado mediante la aplicación del principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la *prohibición de infraprotección*. Así ocurrió en la sentencia C-459 / 1995, donde se declara la constitucionalidad condicionada de la norma del anterior código de procedimiento penal que regulaba los delitos cuya persecución penal requiere querrela, para entender que aquellos cometidos contra menores no quedaban sujetos a dicha regulación sino que, por el contrario, eran siempre investigables de oficio porque condicionar su persecución a la formulación de una querrela suponía una vulneración del deber estatal de protección penal de los derechos de los niños<sup>46</sup>.

La tesis de los mandatos constitucionales de criminalización ha sido objeto de importantes y fundadas críticas, debido a su incompatibilidad con una concepción liberal y garantista del derecho penal, pues ella potencia un modelo de derecho penal máximo, teniendo en cuenta que opera en un contexto en el que se combinan además dos circunstancias: por un lado, constituciones densamente pobladas de contenidos sustantivos, en las que casi cualquier interés social está dotado directa o indirectamente de relevancia constitucional y en cualquier caso no es difícil encontrar un principio en el que encuentre acomodo el interés que se quiera proteger penalmente; por otra parte, la crisis del estado social como estado asistencial, que favorece la canalización de buena parte de las demandas de protección eficaz de los de derechos bajo la forma de demandas de protección penal<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Sentencia C-459 / 1995, M.P.: E. Cifuentes Muñoz.

<sup>47</sup> Como han señalado OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, aunque *"(e)l Estado social es, en principio, un servicio y no un poder, y con ello, sobre todo un mecanismo de distribución del excedente social"*, en circunstancias de crisis económica y, en general, allí donde faltan los presupuestos de paz y seguridad necesarios para su realización corre el riesgo de ser redefinido y puesto al servicio del Estado de seguridad. En efecto, explican estos autores, *"este Estado de seguridad dispara en el Estado social el dispositivo multiplicador eficientista, que conduce a la transformación del valor medial y blando de la eficiencia redistributiva en un fin último y universal del Estado y del derecho, y lo que es aún más importante en este contexto, a su comprensión como eficiencia represiva y punitiva"*. IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis - IEPRI - Universidad Nacional, 1999, p. 44. Sobre la incompatibilidad entre los mandatos constitucionales de criminalización y un modelo garantista de derecho penal vid., entre otros, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, p. 471; GREGOR STAEHELIN, *"¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del Derecho penal?"*, en *La insostenible situación del derecho penal*, citado, pp. 289 y ss.

Pero incluso, si en aras de la simetría y la coherencia con la adopción de una concepción amplia de los derechos fundamentales como derechos de defensa, se estuviese dispuesto a admitir que, al menos *prima facie*, todo derecho fundamental de prestación eleva una pretensión de que sean adoptados todos los medios imaginables de protección, incluido un derecho *prima facie* a la tutela penal<sup>48</sup>, podría concluirse que dicha exigencia sólo se transformaría en un deber *definitivo* de criminalización vinculante para el legislador, si lograra argumentarse satisfactoriamente, con base en premisas empíricas seguras, que las ganancias que se derivan del recurso al derecho penal, en términos de protección efectiva (y no simplemente simbólica) de posiciones iusfundamentales son más elevadas que los costos que en términos de libertad genera su utilización. Mientras los datos que aporta la reflexión criminológica no arrojan certeza sobre la eficacia preventiva del derecho penal, en la que se cifra la virtual protección que éste puede dispensar, la certeza de sus costos, no sólo en términos de libertad, se apoya en premisas empíricas mucho más sólidas. En tanto la eficacia preventiva del derecho penal no logre ser acreditada con un grado de certeza igual o mayor al que puede predicarse de sus costos, el recurso al derecho penal como instrumento de protección de derechos fundamentales no puede imponerse al legislador como constitucionalmente necesario, sino que ha de permanecer en el plano de lo constitucionalmente posible, con lo cual difícilmente la aplicación del principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la prohibición de infraprotección, podrá llevar a imponer deberes de protección penal al legislador.

Pero incluso en los casos en los que la constitución u otras normas pertenecientes al llamado "bloque de constitucionalidad" contienen mandatos expresos de protección penal de ciertos bienes jurídicos<sup>49</sup>, puede afirmarse que ello no supone invariablemente una obligación de acudir al derecho penal. Ello por dos razones:

En primer lugar, porque la norma que establece un mandato de este tipo puede ser interpretada como una razón *prima facie* para la intervención

<sup>48</sup> Sobre las ventajas de incluir dentro del ámbito de protección *prima facie* de los derechos de prestación todos los medios posibles para realizar el objeto de optimización, vid. MARTIN BORDOWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, citado, pp. 156 y ss.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, los artículos 45 y 46 de la constitución española se refieren a la protección penal del medio ambiente y del patrimonio histórico, cultural y artístico.

penal pero que, al igual que sucede con otras normas constitucionales, puede llegar a ser derrotada por otras razones, también constitucionales, que desaconsejan el recurso al derecho penal. Así, por ejemplo, podría concluirse que, pese al mandato constitucional, la tutela penal de un bien jurídico se revela ineficaz o resulta innecesaria por existir otras posibilidades de protección que a su vez, impliquen menos costos para la libertad y los demás derechos fundamentales que se ven afectados por el recurso al derecho penal.

En segundo lugar, porque incluso en el evento de considerar que las razones a favor de la tutela penal prevalecen sobre las que juegan en sentido contrario, también en este caso la decisión sobre los modos concretos en que se cumplirá el mandato de criminalización queda en manos del legislador, pues la constitución no le impone nada a éste acerca de cuáles han de ser aquellos aspectos del bien jurídico que deben ser tutelados penalmente, ni cuáles atentados han de ser tipificados como delitos, ni la clase o cuantía de pena a imponer<sup>50</sup>, aspectos todos que permanecen en el ámbito de lo constitucionalmente posible y cuyo único límite (negativo) viene dado por el principio de intervención mínima que, como veremos, se articula como elemento del principio de proporcionalidad desde la perspectiva de prohibición de exceso<sup>51</sup>.

En conclusión, creo que existen razones para sostener que la constitución sólo impone al legislador penal una vinculación negativa, estableciendo límites negativos a la selección de los objetos de tutela penal, de las conductas incriminadas y de la clase y cuantía de las penas a imponer. La tesis que sostiene la adscripción *prima facie* a las disposiciones iusfundamentales de deberes de protección penal dirigidos al legislador,

<sup>50</sup> La decisión sobre estos aspectos requiere interpretar los mandatos constitucionales de criminalización conforme a las exigencias del principio de necesidad e intervención mínima. Al respecto vid. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 209; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, "Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico", en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, U. de Córdoba, 1996, pp. 287 y ss; TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, p. 220.

<sup>51</sup> Sobre la conveniencia de dejar en manos del legislador la decisión sobre el *si* y el *cómo* de la tipificación penal de una conducta, vid. WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 76 y ss.

además de alentar una visión maximalista del derecho penal que ignora su carácter de *ultima ratio*, difícilmente podría llegar a traducirse en un deber de protección penal definitivo, pues se apoya en premisas bastante opinables acerca de la eficacia real del derecho penal como instrumento para tutelar bienes jurídicos y en una falaz ecuación que equipara mayor pena a mayor protección; premisas que difícilmente podrían imponerse sobre la certeza de aquellas que fundamentan la intensa afectación de derechos fundamentales que en todo caso comporta el recurso al poder punitivo. Por ello puede afirmarse que la decisión de emplear el derecho penal como instrumento de protección de derechos y bienes jurídicos con relevancia constitucional pertenece siempre al ámbito de lo constitucionalmente posible y no al de lo constitucionalmente necesario. Sólo cuando el legislador decide hacer uso del instrumento penal, ha de controlarse que no se exceda en el mismo, transgrediendo el ámbito de lo constitucionalmente prohibido.

Veamos entonces cuál es la estructura y los contenidos que adoptan cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad cuando se aplican al control de constitucionalidad de las leyes penales en su vertiente de *prohibición de exceso*.

### 3. Estructura del principio de proporcionalidad aplicado al control de constitucionalidad de la definición legislativa de delitos y penas desde la perspectiva de la prohibición de EXCESO

En esta parte de la exposición no pretendo un desarrollo exhaustivo de la estructura argumentativa de cada uno de estos subprincipios sino sólo apuntar algunas cuestiones que tendrían que ser consideradas en el juicio de constitucionalidad de las leyes penales si se "toma en serio" la aplicación del principio de proporcionalidad en este ámbito. Este examen nos permitirá, a la vez, poner de manifiesto algunos de los límites a los que se enfrenta la discusión de estas cuestiones en sede de control de constitucionalidad.

Hemos visto que el presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito que nos ocupa es la existencia de una norma legal que define una conducta como prohibida y le asigna la correspondiente sanción, en torno a la cual se genera una colisión entre razones a favor y en contra de la intervención penal.

Así pues, es preciso definir los términos de dicha colisión en cada caso concreto, esto es, por una parte, establecer cuáles son los derechos fundamentales que se ven afectados por la definición de la conducta penalmente típica y cuáles los derechos que se ven afectados por la clase de pena establecida. En este punto deben ser considerados no sólo los derechos que se ven restringidos de modo directo, sino los que se ven afectados necesariamente por el tipo de pena, los que resultan amenazados como consecuencia de las condiciones concretas en que ha de ejecutarse la pena y como efecto de las secuelas de la intervención penal.

Por otra parte, es necesario definir cuáles son los principios que, en el caso concreto, se aducen como justificación de la intervención penal. Esto último nos introduce en la primera fase de la aplicación del principio de proporcionalidad, esto es, en el examen de idoneidad.

#### 3.1 Juicio de idoneidad de la ley penal

En esta primera fase se examina si la ley penal es idónea para favorecer la realización de un fin constitucionalmente legítimo<sup>52</sup>. Esta definición suministra la pauta de la estructura argumentativa que ha de tener el examen de idoneidad: se trata de establecer, en primer lugar, si la norma en cuestión persigue una finalidad legítima y, en segundo lugar, si ella se revela como un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro de su fin.

##### 3.1.1 Legitimidad del fin

El examen de legitimidad del fin de la norma penal enjuiciada debe efectuarse en el marco más amplio de la pregunta por los fines legítimos de toda intervención penal. En este punto es preciso recordar la distinción entre *fin* y *funciones* del derecho penal, entendidos los primeros como los objetivos declarados o las consecuencias queridas de la intervención penal y las segundas como los efectos reales, aunque no deseados, de dicha

<sup>52</sup> Vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 687 y ss. En derecho penal este subprincipio se entiende como la exigencia "de que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico [...] y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida". JUAN CARLOS CARBONELL, *Derecho penal*, citado, p. 205.

intervención. En la determinación del fin legítimo han de tenerse en cuenta los primeros, por ser los que se invocan para justificar la conminación penal de una conducta y desempeñan, por tanto, un papel normativo. Las llamadas funciones latentes se tienen en cuenta no como parámetros de legitimidad de la intervención sino, en la medida en que comporten efectos negativos, como secuelas o "costes" de la misma, esto es, como daños a justificar<sup>53</sup>.

En el seno de la doctrina penal existe un relativo consenso en torno a la idea de que el fin legítimo del derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos merecedores de tutela penal frente a aquellas conductas susceptibles de lesionarlos o ponerlos en peligro<sup>54</sup>. De este modo, el examen de legitimidad del fin es un mecanismo para hacer operativo en sede constitucional un principio tradicionalmente invocado como límite sustantivo al poder punitivo, cual es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>55</sup>. De acuerdo a lo anterior, el examen de legitimidad del fin de la norma penal incorpora dos preguntas: 1) ¿Cuál es el bien jurídico tutelado por la norma enjuiciada?; 2) ¿se trata de un bien jurídico merecedor de protección penal?

Mientras la primera pregunta es relativamente fácil de responder mediante una interpretación teleológica objetiva de la disposición enjuiciada y atendiendo a su ubicación sistemática en el código penal (argumento a rúbrica), cumpliendo en este punto el bien jurídico con su llamada función

<sup>53</sup> Sobre la diferencia entre *fin*es y *funciones* del derecho penal, en el sentido aquí indicado, vid. LUIGI FERRAJOLI, "El derecho penal mínimo", *Poder y Control*, 0, 1986, pág. 26; WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, citado, p. 99.

<sup>54</sup> Consenso que, por otra parte, no oculta las dificultades que entraña todo intento de acuerdo acerca de aquello que deba entenderse por "bien jurídico", concepto que, como escribiera WELZEL, "se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto", citado por GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 47 y ss. Sin embargo, el núcleo común de las diversas propuestas de definición del bien jurídico puede hallarse en la idea que tal concepto alude a aquellos intereses fundamentales del individuo y la sociedad que se consideran merecedores de tutela penal. Un problema ulterior, como enseguida veremos, es determinar cuál deba ser el catálogo de tales bienes.

<sup>55</sup> En contra TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, pp. 159 y ss, para quien dicho principio se integra al examen de necesidad.

sistemática, la segunda resulta más compleja pues supone trasladar al juicio de constitucionalidad una de las cuestiones más debatidas por el pensamiento penal, cual es la definición de los objetos dignos de protección penal. No podemos aquí detenernos en el examen de las diversas respuestas que se han dado a esta pregunta<sup>56</sup>; tan sólo indicar que cuando esta cuestión se integra al juicio de constitucionalidad de la ley penal, cobran especial importancia los criterios de selección formulados por las llamadas "teorías constitucionalistas" del bien jurídico, según las cuales el reconocimiento constitucional suministra un criterio adecuado para determinar los bienes que una sociedad valora como fundamentales, y al mismo tiempo opera como límite al poder punitivo por estar consagrados tales bienes en una norma superior y vinculante para el legislador<sup>57</sup>.

Ahora bien, cuando se acude al texto constitucional como criterio para delimitar los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, es posible diferenciar dos posiciones, que guardan un paralelismo con la respuesta que en la teoría de los derechos fundamentales se da a la pregunta por el fin legítimo de la intervención: según la primera, el bien jurídico debe estar necesariamente vinculado a un principio constitucional, o bien, desde otra perspectiva, basta que no sea incompatible con la constitución<sup>58</sup>.

Si se acoge la primera posición sólo serían dignos de protección penal aquellos bienes que posean relevancia constitucional y aquellos que, aunque no reconocidos de modo expreso en el texto constitucional, son un presupuesto necesario o guardan un "nexo funcional" con la tutela de otros bienes directamente constitucionales<sup>59</sup>. De este modo parece reducirse el

<sup>56</sup> Entre la copiosa bibliografía sobre el tema puede verse, JUAN TERRADILLOS, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, 1981, pp. 123 y ss.; HERNÁN HORMAZÁBAL, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, P.P.U., 1991; SERGIO MOCCIA, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, Bosch, 1997, pp. 113 y ss.

<sup>57</sup> Sobre las "teorías constitucionalistas" vid. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución Bases para una teoría*, Madrid, Fundación Juan March, 1983, pp. 23 y ss; FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, "Bien jurídico y constitución", *CPC*, 43, 1991, pp. 5-44.

<sup>58</sup> Vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 690 y ss.

<sup>59</sup> Ahora bien, cabe distinguir entre las "tesis constitucionalistas estrictas", para las que la relevancia constitucional es condición suficiente para acreditar

ámbito de los bienes merecedores de tutela penal sólo a aquellos que tengan reconocimiento constitucional. Pero tal reducción es sólo aparente, porque el denso contenido material de los textos constitucionales y la indeterminación de sus disposiciones posibilitan que a ellas sean adscritos un amplísimo número de objetos de tutela penal, con lo que el texto constitucional, en lugar de un límite, más bien opera como un manto de justificación para el empleo del derecho penal frente a todo tipo de cuestiones, pues “no se requiere un extraordinario esfuerzo hermenéutico para conectar cualquier prohibición penal con algún valor, principio, derecho o directriz constitucional”<sup>60</sup>. Pero además, esta exigencia de vincular el fin legítimo de toda norma penal a un principio constitucional favorece una suerte de utilización abusiva de la argumentación constitucional, que a la postre conduce a “inflar” el peso de las razones que se aducen como fundamento de la intervención penal para equipararlas al peso de los principios iusfundamentales que se ven afectados por la misma. De este modo, dada la facilidad con que toda norma penal puede ser vinculada a un principio de rango constitucional, exigir dicha vinculación con carácter necesario, en lugar de servir como límite a la selección de objetos de tutela penal, puede terminar surtiendo el efecto contrario, esto es, reforzando el peso que tendrán las razones del legislador penal en el juicio de constitucionalidad: para contrarrestar el mayor significado que, desde el punto de vista constitucional, tienen los derechos fundamentales afectados por la intervención, sólo bastará argumentar que la norma penal tiene como fin la protección (más o menos directa) de uno de tales derechos.

La segunda tesis respecto a la relevancia constitucional del bien jurídico señala, por el contrario, que basta con que el bien jurídico seleccionado por el legislador como objeto de protección no resulte incompatible con el orden de valores establecido en la constitución, pues ésta, más que un catálogo de objetos de protección penal, representa un límite negativo que excluye la protección penal de determinados bienes<sup>61</sup>. Optar por

el merecimiento de tutela penal, y las “teorías eclécticas” para las cuales la relevancia constitucional es sólo una condición necesaria que se complementa con la “dañosidad social”. Vid., TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, págs. 178 y ss.

<sup>60</sup> LUIS PRIETO SANCHÍS, “La limitación constitucional del legislador penal”, citado, p. 280.

<sup>61</sup> En este planteamiento pueden ubicarse las llamadas “tesis constitucionales genéricas”. Vid. TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*,

esta vía tiene el inconveniente de favorecer una ampliación del catálogo de bienes penalmente protegibles, pero en el plano de la argumentación iusfundamental presenta dos importantes ventajas: por una parte, se aparta de la visión del texto constitucional como un programa político que predetermina *in nuce* el contenido de la legislación, para en su lugar concebirlo como un “marco” dentro del cual se desenvuelve la libertad decisoria de los órganos políticos; por otro lado, al no venir exigida la necesaria vinculación de la norma penal a un principio constitucional que suministre el bien jurídico digno de protección, podría evitarse el antes señalado recurso abusivo a los principios constitucionales, particularmente a los derechos fundamentales, para justificar la expedición de normas penales. De este modo, podrían introducirse criterios más estrictos de adscripción del bien jurídico a principios constitucionales: sólo cuando aquél guarde una relación directa con una posición protegida por un principio constitucional podría invocarse este último como fundamento de legitimidad de la intervención penal. A su vez, entre tales principios cabría distinguir entre principios que reconocen derechos fundamentales o bienes colectivos, y otorgar un mayor peso a los primeros sobre los segundos. Si empleando tales criterios estrictos no es posible adscribir el bien jurídico a una disposición constitucional, habrá que admitir que en este caso el legislador ha actuado dentro del margen para la elección de fines que le depara la constitución y ha seleccionado un bien jurídico que considera merecedor de tutela penal. En este caso el principio que fundamenta la intervención penal tendría una jerarquía constitucional sólo de segundo grado, que vendría dada por la competencia para intervenir en los derechos fundamentales que la constitución establece a favor del legislador y, por ello, ha de contar con un peso abstracto menor en la ponderación<sup>62</sup>.

citado, pp. 182 y ss. A favor de esta postura como criterio de determinación del fin legítimo de la norma penal se muestra JUAN ANTONIO LASCURAÍN, para quien “ni todo bien, interés o derecho constitucional tiene que gozar de protección penal, ni todo bien jurídico penal debe encontrar reflejo expreso en la Constitución para su legitimación”, “La proporcionalidad de la norma penal”, citado, p. 165.

<sup>62</sup> Sobre la diferencia entre principios constitucionales de primer y segundo grado vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 132; a la relevancia de tal distinción a la hora de calibrar el peso de los fines de la intervención legislativa se refiere CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 708, 760 y ss.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que en materia penal el legislador no cuenta con la misma libertad para la elección de fines de la que dispone en otros sectores del ordenamiento, pues la drasticidad del medio empleado (el poder punitivo) comporta una necesaria restricción de los objetos a proteger por vía penal. En este punto podrían tener cabida los criterios negativos de exclusión de bienes jurídicos propuestos por las doctrinas afines al derecho penal mínimo, según las cuales no serían merecedores de tutela penal las conductas de mera desobediencia, los perjuicios reparables civilmente, las violaciones de normas administrativas, los delitos sin víctima, las conductas que solo vayan en contra de la moral o los usos sociales, entre otros<sup>63</sup>.

En cualquier caso, el control de este requisito requiere de la Corte el desarrollo de una doctrina consistente sobre el bien jurídico en la que se definan los criterios para considerar legítima la selección de objetos de tutela penal llevada a cabo por el legislador.

### 3.1.2 Examen de idoneidad del medio

Cuando se trata del control de leyes penales este examen conduce a preguntarse, en primer lugar, si la conducta prevista en el tipo es susceptible de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que opera como fundamento de la intervención penal, lo que supone integrar el *principio de lesividad* al control de constitucionalidad de las leyes penales. En segundo lugar, si la conminación penal de dicha conducta representa un medio idóneo para contribuir a prevenir su comisión y, de este modo, contribuir a la protección del bien jurídico que con ella se amenaza. Esto último nos lleva a integrar al juicio de constitucionalidad el espinoso problema de la *eficacia* del derecho penal para cumplir con su finalidad preventiva. En este punto tendría que discutirse si es legítimo interpretar la eficacia de la norma penal sólo como *eficacia simbólica*, entendida como aquella protección del bien jurídico que se reduce a proclamar o reforzar su importancia social mediante la penalización de conductas que atenten contra él<sup>64</sup> o si, por el contrario, sólo cabe interpretar la idoneidad del instrumento penal en términos de

<sup>63</sup> Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, pp. 471 y ss; TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, pp. 189 y ss.

<sup>64</sup> Vid. WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", trad. E. Larrauri, *Nuevo Foro Penal*, 51, 1991, pp. 17 y ss.

*eficacia real*, es decir, como la exigencia de que la introducción de una norma penal suponga una contribución real y no sólo aparente o simbólica a la protección de aquellos bienes que se aducen como fundamento de la intervención, bajo el entendido de que el derecho penal "no está para proclamar valores sino para protegerlos"<sup>65</sup>.

Si se acepta que la exigencia de idoneidad de la norma penal sólo queda satisfecha si se interpreta en términos de *eficacia real* (pues reales y no simplemente simbólicos son los efectos negativos que la intervención penal comporta), surge entonces el problema de determinar qué tipo de premisas y de medios probatorios son admisibles en el juicio de constitucionalidad para discutir en torno a la eficacia de la norma penal para prevenir las conductas lesivas del bien jurídico que ella protege. Por otra parte, habría que establecer la intensidad del examen de idoneidad, si se exige un máximo o, por el contrario, sólo un mínimo de eficacia preventiva. Esta última postura es la que en general suele admitirse por la doctrina constitucional, atendiendo al respeto al margen de acción que asiste al legislador para seleccionar los medios y el grado en que pueden contribuir al logro de los fines a los que se orientan, e igualmente a exigencias de racionalidad del juicio de constitucionalidad<sup>66</sup>.

Una cuestión final del examen de idoneidad tiene que ver con la definición de si corresponde al legislador o, por el contrario, al demandante, la carga de argumentar y probar la idoneidad / inidoneidad de la norma penal. Se suele considerar que esta carga corresponde al impugnante, atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes, salvo cuando el control se sitúa en un nivel *estricto* (lo que ocurre en el caso de intervenciones graves en derechos fundamentales), en el que se invierten las cargas de argumentación y de prueba y corresponde al legislador acreditar la eficacia de la intervención penal<sup>67</sup>. Si se acepta la tesis según la

<sup>65</sup> Vid. LUIS PRIETO SANCHÍS, "La limitación constitucional del legislador penal", citado, p. 273

<sup>66</sup> Vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, p. 720. En el mismo sentido suele aceptarse en la doctrina penal un concepto débil de eficacia, según el cual ésta no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención, como señala JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 217 y ss.

<sup>67</sup> La Corte sólo ha declarado inconstitucional, por inidónea, una norma penal en el caso resuelto en la sentencia C-275/1993 (M.P: A. Barrera), donde se

cual toda intervención penal representa una afectación intensa de derechos fundamentales, habría lugar a concluir que el control de constitucionalidad de las normas penales siempre tendría que situarse en el nivel de intensidad más alto, lo que supone atribuir al legislador la carga de argumentar y probar con premisas seguras la idoneidad de las leyes penales que expide. Pero, ante la imposibilidad de acreditar con certeza la eficacia preventiva de la pena, ello comportaría la virtual inconstitucionalidad de toda norma penal<sup>68</sup>, lo que sin duda representa una consecuencia difícilmente asimilable para un modelo de aplicación del principio de proporcionalidad que pretenda ser operativo en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

---

declara inconstitucional el incremento de pena para el delito de lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, realizado mediante un decreto de conmoción interior, por considerar que el carácter necesariamente transitorio de la conmoción interior tornaba inidóneo el incremento punitivo en cuestión. También en la sentencia C-144/1997, donde se revisa la constitucionalidad de la ley aprobatoria del protocolo contra la pena de muerte, la Corte se refiere a la inidoneidad de la misma: "no existe ningún estudio concluyente que demuestre la eficacia de esta sanción, ya que no se ha podido establecer una relación significativa entre la pena de muerte y los índices de delincuencia. Su aplicación no ha disminuido los delitos sancionados con ella; su abolición no se ha traducido por aumentos de esos delitos. Es más, en algunos casos, la relación parece ser la inversa a la prevista. Por ejemplo en países como Canadá, Alemania o Italia, el índice de homicidios disminuyó cuando se abolió la pena de muerte para ese delito. No deja de ser pues sorprendente que esta sanción drástica se haya justificado o se justifique con base en unos presuntos efectos disuasivos que nunca han logrado demostrarse". Por lo demás, este tipo de consideraciones no suelen estar presentes en los pronunciamientos de la Corte como argumentos dirigidos a controvertir la constitucionalidad de las normas penales sometidas a revisión.

<sup>68</sup> Sobre las dificultades de acreditar la eficacia empírica de las prohibiciones penales para cumplir con su finalidad preventiva y la consiguiente carga de ilegitimidad que ello comporta, vid., entre otros, WINFRIED HASSEMER, "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social", en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, S. Mir Puig, ed., trad. M. T. Castiñeira, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 130 y ss; del mismo, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 382 y ss; MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 227 y ss, 248 y ss; EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 106 y ss, 129 y ss. En opinión de SILVA SÁNCHEZ, tales problemas de verificación empírica no llegan, sin embargo, al extremo de negar toda eficacia intimidatoria al derecho penal. *Aproximación al derecho penal*, citado, p. 220.

### 3.2 Juicio de necesidad

La segunda etapa de la aplicación del principio de proporcionalidad es el juicio de necesidad. En éste se examina si la medida legislativa, comparada con otros medios alternativos igualmente idóneos para alcanzar el mismo fin, representa la intervención menos lesiva (o más benigna) en el derecho fundamental afectado.

De esta definición es posible extraer los tres pasos que componen la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad: 1) Elección de medios alternativos; 2) Examen de igual idoneidad del medio; 3) Búsqueda del medio más benigno.

#### 3.2.1 Elección de medios alternativos

En derecho penal se entiende el principio de necesidad como la exigencia de que, en primer lugar, el derecho penal no intervenga cuando existan otros medios igualmente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos de la libertad (principio de *subsidiariedad*). En segundo lugar, si ha de intervenir, sea sólo para sancionar las conductas más graves que atenten contra el bien jurídico (principio de *fragmentariedad*). Finalmente, que la sanción impuesta sea la menor de las posibles (principio de *humanidad de las penas*)<sup>69</sup>.

Este conjunto de exigencias suministra los criterios que deben orientar la elección de los posibles medios alternativos a la medida legislativa enjuiciada. "Tomado en serio", el examen de necesidad demandaría a la Corte, en primer lugar, lanzarse a la búsqueda de medios alternativos al derecho penal, consistentes ya sea en medidas de política social, de reparación civil de los daños, sistemas de responsabilidad civil, o el establecimiento de medidas sancionadoras no penales (administrativas, civiles, laborales). En este punto se plantea la pregunta de cómo debe interpretarse el principio de subsidiariedad para hacerlo operativo en el control de constitucionalidad de las leyes: en un primer sentido, según el cual la intervención penal sólo podrá considerarse necesaria si previamente

---

<sup>69</sup> Sobre la inclusión en el juicio de necesidad de los principios de *subsidiariedad* y *fragmentariedad* (que juntos conforman el principio de *intervención mínima*), vid. TERESA AGUADO, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, pp. 214 y ss.

el legislador ha adoptado y comprobado el fracaso o la menor eficacia de las medidas alternativas no penales, lo que supondría un control estricto por parte de la Corte Constitucional y una correlativa reducción del margen de acción del legislador para la adopción de medios. En un segundo sentido, como una directriz político criminal de la que no es posible extraer consecuencias operativas en el control de constitucionalidad de las leyes debido a los límites funcionales del juez constitucional. Si se entiende en este segundo sentido, hacia el que por otra parte parece inclinarse algún sector de la doctrina<sup>70</sup>, habría que admitir que el control de constitucionalidad de las leyes se revela como una instancia incapaz de controlar los fenómenos de expansión y huida hacia el derecho penal presentes en buena parte de los sistemas jurídicos actuales, incluido el nuestro<sup>71</sup>.

Si la búsqueda de medios alternativos no se plantea como la búsqueda de medios distintos al derecho penal sino como la búsqueda de alternativas de intervención penal que resulten menos lesivas desde el punto de vista de los derechos fundamentales que se ven afectados, ello lanza a la Corte a explorar posibilidades de restringir el ámbito de la prohibición penal, sea mediante la exigencia de mayor determinación de la conducta prohibida (taxatividad), o a través de la restricción del ámbito de la prohibición (fragmentariedad): la opción por delitos de resultado en lugar de delitos de peligro / de peligro concreto en lugar de peligro abstracto; por formas de comisión activas y no omisivas; por tipos dolosos y no imprudentes; la introducción de condiciones de punibilidad; pero también a través de la búsqueda de alternativas al tipo y cuantía de sanción establecido, para hacer operativas las exigencias del principio de humanidad de las penas.

En la selección de medios alternativos la Corte Constitucional puede valerse de los argumentos presentados por las partes en el juicio de constitucionalidad, aquellos otros medios que fueron objeto de consideración

<sup>70</sup> En tal sentido CLAUS ROXIN, para quien "el principio de proporcionalidad es más una directriz político criminal que un mandato vinculante". *Derecho Penal. Parte General*, I, trad. de la 2ª. ed. alemana D. M. Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997, p. 67. En opinión de TERESA AGUADO dicho principio "tan sólo supone un límite negativo para el legislador, quien en todo momento es libre de no atender al mismo". *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, citado, p. 243.

<sup>71</sup> Una amplia descripción de este fenómeno puede verse en JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2001; BLANCA MENDOZA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

en los debates legislativos, los medios que han sido adoptados por el legislador para alcanzar fines similares, y en general cualquier otro medio que, de acuerdo a los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos o según las convicciones sociales generalizadas se considere idóneo para alcanzar la misma finalidad perseguida por el legislador<sup>72</sup>.

### 3.2.2 Examen de igual idoneidad del medio alternativo

Este plantea problemas similares a los del juicio de idoneidad, pues también supone la introducción de premisas empíricas relativas a la eficacia de la intervención legislativa y de los medios alternativos, a las que en este caso se añade la complejidad de establecer una comparación entre la mayor o menor eficacia de unos y otros medios para proteger el bien jurídico seleccionado por el legislador como objeto de tutela.

### 3.2.3 Búsqueda del medio más benigno

Aquí se trata de comparar los medios alternativos con la medida legislativa no desde la perspectiva de su idoneidad o aptitud para proteger el bien jurídico sino atendiendo a sus efectos negativos desde el punto de vista iusfundamental o de la afectación que estos medios representan para otros intereses legítimos. Entre los diversos problemas que plantea esta comparación interesa ahora destacar un argumento que suele ser empleado para descartar medios alternativos al derecho penal, y es el que se refiere a los mayores costos financieros que supondría, por ejemplo, el recurso a medidas de política social. Visto de este modo, el recurso al derecho penal saldría "más barato".

En contra de lo que suele ser tenido en cuenta, la satisfacción de las demandas punitivas mediante la tipificación de nuevos delitos o el aumento de penas para los ya existentes representa un considerable coste, ya no sólo en términos de libertad, sino en términos económicos. Una gestión responsable de la política criminal implica asumir estos costes, y el no hacerlo puede tener efectos desde el punto de vista constitucional<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Vid. CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, p. 737.

<sup>73</sup> JUAN ANTONIO LASCURAÍN llama la atención sobre la necesidad de considerar los costes de aplicación dentro del juicio de proporcionalidad de las normas penales. Vid. "La proporcionalidad de la norma penal", citado, p. 169.

Así, el aumento de los tipos penales y de las penas supone una sobrecarga del sistema de justicia penal y del sistema penitenciario, porque con el aumento de las prohibiciones aumenta el número de potenciales infractores y con el aumento de penas aumenta el período de permanencia de esos infractores en prisión o el período de vigilancia por parte de las autoridades judiciales encargadas de la ejecución, cuando esta se cumple extra muros. Cuando el aumento de las leyes penales excede la capacidad de funcionamiento del sistema judicial y penitenciario, esto trae como consecuencia que la ley penal en cuestión ya no supondrá sólo una intervención en los derechos fundamentales directamente restringidos por la prohibición penal y por la pena, sino además una potencial amenaza de los derechos fundamentales que se verán previsiblemente afectados a consecuencia de un proceso con deficientes garantías (porque se amplía el ámbito de lo punible, pero no se aumenta la planta de defensores públicos que garanticen una defensa técnica, ni de fiscales y jueces que permitan un proceso sin dilaciones) y a consecuencia de una pena que ha de cumplirse en establecimientos carcelarios hacinados<sup>74</sup>. Esta potencial amenaza de derechos fundamentales, como vimos, se incluye también dentro del concepto de *intervención* en tales derechos. De ahí que la creación de leyes penales que exceda las capacidades reales para su ejecución debe tener relevancia en el juicio de constitucionalidad de la ley, porque se traduce en una potencial afectación de derechos fundamentales.

Precisamente la falta de atención a las consecuencias de una gestión irresponsable del poder punitivo ha sido constatada por la Corte Constitucional en la sentencia C-153/1998, donde declara el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas. En este pronunciamiento se sostiene que

*“En los últimos años han sido expedidas distintas normas dirigidas a sancionar con mayor rigidez una serie de conductas delictivas. Ello ha implicado el ingreso de un número siempre mayor de internos a las cárceles, y una más larga permanencia en ellas. Esta nueva situación*

<sup>74</sup> En tal sentido, se ha propuesto considerar la capacidad real del sistema penal (y en especial de la cárcel) como uno de los criterios que deben orientar la elaboración de una escala de penas, bajo el entendido de que el recurso global al derecho penal y a la pena de prisión no debe exceder la capacidad real del sistema judicial y penitenciario. Sobre las ventajas y límites de este criterio vid., ANDREW VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, citado, p. 75.

*no ha sido acompañada de un aumento proporcional en los cupos carcelarios, razón por la cual el hacinamiento que ya se observaba [...] hubo de incrementarse en la forma que es conocida por todos*<sup>75</sup>.

Más que la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales *a posteriori*, con un efecto más simbólico que real, el control sobre las decisiones penales del legislador que exceden la capacidad real de los sistemas judicial y penitenciario debe ser realizado al momento de examinar la constitucionalidad de las leyes que crean nuevos delitos o aumentan penas. Pero no, como acostumbra hacerlo nuestra Corte, para ordenar a los poderes públicos que destinen los recursos necesarios para la ejecución de la ley, sino: a) teniendo en cuenta la falta de capacidad del sistema judicial y penitenciario como argumento que hace previsible una amenaza de derechos fundamentales como consecuencia de la aplicación de la norma, y sumando esta amenaza a los costes de libertad que, por sí misma, ya genera la intervención penal; b) comparando en el examen de necesidad los costos económicos de la intervención penal con los costos que representan otros medios alternativos no penales<sup>76</sup>.

Lo dicho hasta aquí deja ver la gran complejidad que reviste el juicio de necesidad de las intervenciones penales, el cual rebasa ampliamente la caracterización del juicio de constitucionalidad como una mera comparación lógica en la que sólo intervienen premisas normativas, para, por el contrario, abocar al juez constitucional a un papel de “legislador imaginario” que debe hacer pronósticos acerca de la eficacia comparativa y la menor lesividad de la intervención penal enjuiciada respecto a la de otros medios alternativos que el mismo juez debe proyectar. Ello explica por qué el juicio de necesidad suele ser omitido cuando se aplica el principio de proporcionalidad en el control de leyes penales, argumentando la falta de competencia de la Corte para llevarlo a cabo<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Sentencia C-153/1998, M.P: E. Cifuentes Muñoz.

<sup>76</sup> Una tercera alternativa para considerar la variable de los costos de la intervención penal en el juicio de constitucionalidad sería condicionar la constitucionalidad de la ley y, con ello, su aplicabilidad, a que los poderes públicos competentes arbitren los recursos necesarios para ampliar la capacidad del sistema de acuerdo a los efectos previsibles que tendrá su aplicación. El problema es que por esta vía se abre la puerta para que la Corte expida sentencias aditivas y termine por ordenar aumentos de gastos en materia judicial y penitenciaria.

<sup>77</sup> En este punto nuestra Corte ha seguido la tendencia del Tribunal Constitucional español, que se decanta a favor de un control de evidencia o de mínimos,

Considero, por el contrario, que la opción de la Corte Constitucional por concebir los derechos fundamentales como normas con estructura de principios, y la consiguiente utilización del principio de proporcionalidad como criterio para determinar su contenido definitivo, implica abrir el juicio de constitucionalidad de las normas penales al debate acerca de la necesidad de las mismas, empleando para ello todo tipo de argumentos empíricos y soportes probatorios que sean necesarios. Lo que no puede hacer en estos casos la Corte es, una vez constatada la existencia de un medio alternativo igualmente idóneo y menos lesivo, imponerlo por la vía de una sentencia manipulativa. El respeto a la reserva de ley en materia penal le impone en este ámbito un papel de estricto "legislador negativo", limitado a declarar inconstitucionales las intervenciones penales frente a las que pueda argumentarse su falta de necesidad. Los fundamentos de la decisión, relativos a la existencia de medios alternativos igualmente idóneos y menos lesivos, no deben conducir a la imposición de dichos medios en la parte resolutoria de la sentencia, sino sólo a reabrir y alimentar el debate político sobre las alternativas al derecho penal. Pero cualquier decisión positiva al respecto debe tomarla en exclusiva el legislador<sup>78</sup>.

### 3.3 El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

argumentando que "el juicio sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia[...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido" STC 161/1997, F.J. 11. Ello explica por qué en sede de control abstracto no se haya registrado hasta el presente un solo caso en el que se declare inconstitucional, por innecesaria, una medida legislativa, tanto en España como en Colombia. En la jurisprudencia española sólo se registra un caso, en sede de control concreto, donde a raíz de la interposición de un recurso de amparo se descarta, por innecesaria, una intervención corporal sobre el sindicado en un proceso penal (STC 207/1996).

<sup>78</sup> Coincido en este punto con JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, uno de los más fervientes críticos de la utilización del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes, para quien el juicio de necesidad resulta inadmisibles, particularmente en materia penal, por cuanto el "medio alternativo más benigno" sólo puede ser establecido por la mayoría a través de la legislación. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 79.

La aplicación del principio de proporcionalidad finaliza con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se busca establecer si la afectación del derecho fundamental se justifica por la importancia que reviste la satisfacción del principio que respalda la intervención legislativa.

Este juicio reviste la forma de una ponderación en la que intervienen, por un lado, el (los) principio(s) iusfundamental(es) afectado(s) por la intervención ( $P_i$ ) y el principio constitucional (de primer o segundo grado) que se aduce como fundamento de la medida legislativa ( $P_j$ ). En el caso que nos ocupa, en dicha ponderación se enfrentarían:

$P_i$ : Principios afectados negativamente por la definición de la conducta prohibida + principios afectados negativamente por la definición del tipo y cuantía de pena /  $P_j$ : Principios afectados positivamente por la intervención penal.

Se trata, en definitiva, de comparar el peso de las razones que hablan en contra de la intervención penal ( $P_i$ ) con el peso de las razones que se aducen a favor de la misma ( $P_j$ ). Con tal fin deben ser tenidas en cuenta tres variables: 1) el grado de afectación de  $P_i$  y de satisfacción de  $P_j$  (cuya determinación ya fue anticipada en los juicios de idoneidad y necesidad); 2) su peso abstracto, que viene dado por su importancia material de acuerdo al sistema de valores expresado en la constitución; 3) la certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones tanto a favor como en contra de la intervención penal<sup>79</sup>. A cada una de estas premisas se le asigna un valor de acuerdo a una escala compuesta de tres niveles (*leve, medio, intenso*). La intervención penal se considerará proporcionada y, por tanto, constitucional, si el peso total de las razones que la sustentan es mayor que el peso de las razones que puedan aducirse en su contra. En caso contrario habrá de considerarse inconstitucional por desproporcionada<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Sobre las variables que intervienen en la ponderación y el modo de relacionar el peso de cada una de ellas, vid. ROBERT ALEXY, "Epílogo...", citado, pp. 37 y ss; CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 760 y ss; del mismo, "Estructura y límites de la ponderación", inédito, pp. 6 y ss.

<sup>80</sup> En contra de esta solución CARLOS BERNAL, para quien la medida legislativa resulta proporcionada y, por tanto, constitucional, si el peso de las razones que la justifican es al menos equivalente al peso de las razones en su contra. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, citado, pp. 781, 789 y ss.

Llegados a este punto es posible apreciar con claridad que las razones que se oponen a la intervención penal están llamadas a tener un alto peso en la ponderación: así, en primer lugar, la intensidad de la afectación a derechos fundamentales que se lleva a cabo mediante el derecho penal será, por definición, más alta de la que supone el recurso a otros medios de naturaleza no penal; en segundo lugar, el peso abstracto de los derechos que se ven afectados por la pena y los que se ven amenazados por las secuelas de la intervención penal tiende a ser elevado (singularmente en un sistema como el nuestro, donde la pena privativa de libertad ocupa un lugar preponderante); finalmente, la certeza de las premisas empíricas referidas al impacto negativo de la intervención penal sobre los derechos fundamentales que se ven afectados por las prohibiciones penales y por las penas es relativamente segura teniendo en cuenta los datos de las investigaciones criminológicas<sup>81</sup>.

Por ello cabría concluir que si, globalmente consideradas, el peso de las razones en contra de la intervención penal se sitúa en un rango alto, el recurso al derecho penal sólo podría considerarse proporcionado y, con ello, conforme a la constitución, si se acredita con premisas empíricas seguras que el mismo supone una contribución efectiva a la protección de bienes jurídicos dotados de una especial importancia desde el punto de vista material.

Así concebida, la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales supondría una considerable reducción del amplio margen de acción que tradicionalmente se le reconoce al legislador en la definición de la política criminal y, correlativamente, una mayor competencia revisora de la que suele asumir la Corte Constitucional. La pregunta es si los límites de tiempo y de conocimiento

<sup>81</sup> Sobre los costes iusfundamentales de la intervención penal véanse, en el ámbito Latinoamericano, las investigaciones auspiciadas por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos bajo la dirección de EUGENIO ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Buenos Aires, Depalma, 1986; del mismo, *Muertes anunciadas*, Bogotá, Temis, 1993; para el caso colombiano véanse los resultados de la investigación *Crisis carcelaria en Colombia*, dirigida por OLGA LUCÍA GAITÁN, CIJUS- Conciencias, 2000; para el caso español y europeo los trabajos de IÑAKI RIVERA BEIRAS, "La cárcel y el sistema penal (en España y Europa)" y de JOSEPH GARCÍA-BORES, "El impacto carcelario", publicados en el volumen colectivo *Sistema penal y problemas sociales*, R. Bergalli (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 351 y ss, 395 y ss.

en que se desenvuelve el juicio de constitucionalidad abstracta de la ley, sumados a los límites funcionales que debe respetar la Corte en razón de su menor legitimidad democrática respecto al legislador, no representan un serio obstáculo para que en sede de control de constitucionalidad se controvierta la idea de la eficacia preventiva del derecho penal, sobre la que existe una convicción social generalizada, o se lleve a cabo una discusión seria sobre las alternativas al derecho penal. De ahí que, a la vista de tales consideraciones, la mayor parte de la doctrina sostenga con MANUEL MEDINA que "frente al legislador, el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada"<sup>82</sup>.

Por lo pronto el empleo de este instrumento por parte de nuestra Corte revela una utilización relativamente extendida en el control de las leyes penales desde la perspectiva de la prohibición de infraprotección, acompañada de una escasa, poco rigurosa y autorrestrictiva utilización del principio de proporcionalidad cuando se trata de controlar los excesos del legislador en el recurso al poder punitivo.

#### 4. La potencial relativización de los derechos fundamentales concebidos como principios susceptibles de ponderación

Llegados a este punto es necesario abordar una objeción frecuentemente dirigida contra la consideración de los derechos fundamentales como principios susceptibles de optimización, que como vimos está en la base de la utilización del principio de proporcionalidad, según la cual tal entendimiento favorece la relativización y devaluación del contenido normativo de los derechos fundamentales<sup>83</sup>.

En nuestro medio, y para el tema que hoy nos convoca, resulta de especial interés la crítica que los profesores IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO dirigen contra la jurisprudencia de principios desarrollada por la Corte Constitucional para justificar la resistencia normativa de los derechos fundamentales, en particular de las garantías penales, frente a

<sup>82</sup> MANUEL MEDINA, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 137.

<sup>83</sup> Esta objeción es la base de la crítica formulada por HABERMAS al modelo de los principios propuesto por ALEXI. Vid. JÜRGEN HABERMAS, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 327.

los embates del eficientismo punitivo. Afirman estos autores que: “*acaso nada puede llegar a contribuir tanto a la entronización de la eficiencia como principio y como valor último del Estado y del derecho como un uso autoritario – que no garantista – de la jurisprudencia constitucional de sopesamiento de principios*”<sup>84</sup>. En otro aparte de la misma obra amplían este argumento, al señalar que, concebidos como principios susceptibles de ponderación, “*la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas*”<sup>85</sup>.

El riesgo sobre el que advierten estos autores de una subordinación de los derechos fundamentales a consideraciones de tipo eficientista sin duda se ve corroborado en buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional en materia penal. Precisamente en una de las sentencias en las que la Corte se decanta más claramente a favor de una concepción de los derechos fundamentales como principios que han de ser garantizados en la mayor medida posible, en oposición a una concepción “absoluta” de los mismos, sirvió para justificar la restricción legislativa al nombramiento de defensor durante la investigación preliminar al imputado que no ha rendido versión libre, argumentando que en este momento de la investigación penal se justificaba una restricción “leve” del derecho de defensa para garantizar la eficacia del proceso penal como un medio para acceder a la verdad, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables<sup>86</sup>. Un ejemplo más dramático lo constituye el aval otorgado por nuestra jurisprudencia constitucional en la C-127/1993 (M.P. A. Martínez) a la existencia de tipos penales “dinámicos”, eufemismo para justificar la constitucionalidad de los tipos penales abiertos en los que la exigencia de taxatividad cede el paso a la necesidad de eficacia en la lucha antiterrorista. Sin embargo, lo que cabe constatar en la mayor parte de estas decisiones es que el recurso a la concepción de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación no viene seguido del respeto a las elevadas exigencias de fundamentación que supone

<sup>84</sup> IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, citado, p. 45.

<sup>85</sup> IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, citado, p. 121.

<sup>86</sup> C-475/1997, M. P. E. Cifuentes.

una aplicación sistemática y rigurosa del principio de proporcionalidad para justificar la restricción de derechos fundamentales. Más bien, como han señalado con acierto OROZCO ABAD Y GÓMEZ ALBARELLO, el recurso a la que estos llaman la “*jurisprudencia de principios*” no ha obedecido a la existencia de una línea jurisprudencial sólida y coherente, sino una muestra más del “*mercenarismo argumentativo*” de nuestra Corte Constitucional, en la que las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales generalmente funcionan sólo como estrategia de fundamentación de decisiones, cuyas motivaciones se comprenden más bien atendiendo a su “contexto de descubrimiento” que a la luz de sus justificaciones. Así, mientras se acude a la teoría de los principios para relativizar el derecho de defensa o la garantía de taxatividad en materia penal, en las sentencias sobre aborto se acude a una concepción “absolutista” para fundamentar un imperativo categórico de protección penal del derecho a la vida. De este modo, cabe concluir con estos autores que “*el principio de fundamentación en el que se basan los fallos (de la Corte Constitucional) no resulta de una lealtad a las premisas normativas sino (más bien) de la utilidad para justificarlos*”<sup>87</sup>.

No obstante, lo que cabe preguntarse es si esta devaluación de la fuerza de resistencia de los derechos fundamentales frente a argumentos eficientistas en materia penal es realmente una consecuencia vinculada lógica o necesariamente a su consideración como *mandatos de optimización* y a la utilización del principio de proporcionalidad, si responde a una suerte de “perversidad intrínseca” de esta estrategia argumentativa, o si, por el contrario, ella responde más bien a otro tipo de factores ligados al contexto social y a la cultura jurídica en la que se desarrolla la argumentación iusfundamental.

Luego de advertir sobre los peligros de su instrumentalización autoritaria, a renglón seguido los autores que venimos citando reconocen que no cabe atribuir a la jurisprudencia de principios “*una tendencia inmanente hacia el ablandamiento de las libertades ... de los individuos frente al Estado*”<sup>88</sup>, sino más bien que en el caso colombiano, “*en un contexto de premisas empíricas no realizadas de paz, la realización del Estado social por la vía de la jurisprudencia de principios, tiende a privilegiar (¿en una lógica de*

<sup>87</sup> IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, citado, p. 155 (paréntesis nuestro).

<sup>88</sup> IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, citado, p. 45.

prevención y punición de la violencia?) la eficiencia sobre las garantías”<sup>89</sup>. De hecho tal estrategia argumentativa, a partir de su concepción amplia del contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y de las rigurosas exigencias argumentativas que impone a la justificación de las medidas que intervienen en la órbita de tales derechos, también posibilita una instrumentalización garantista, al servicio de una estrategia general de reducción de la violencia punitiva, como he intentado fundamentar a lo largo de este trabajo.

La pregunta es si una concepción teórica alternativa acerca de la estructura normativa y la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales resulta inmune al riesgo de “instrumentalización autoritaria” que denuncian OROZCO ABAD Y GÓMEZ ALBARELLO. En tal sentido, se suele considerar que los derechos fundamentales tendrían una mayor resistencia normativa concebidos como reglas, susceptibles de subsunción y aplicables a la manera de “todo o nada”. Con ello, una ley contraria a una norma iusfundamental no daría lugar a una ponderación, sino que sería, sin más, declarada inconstitucional, atendiendo al criterio jerárquico de resolución de antinomias. Pero esta concepción de los derechos fundamentales como normas inderrotables se enfrenta, al menos, a dos problemas: el primero es que la inmunidad de los derechos, concebidos como reglas, se obtiene necesariamente a costa de una ostensible reducción de su ámbito de protección, pues sólo de este modo podría reducirse (aunque no eliminarse) su potencial colisión con otros derechos y bienes constitucionales. Esta inevitable reducción del contenido fundamental se aprecia en la afirmación de FERRAJOLI, sin duda uno de los autores más preocupados por fortalecer la normatividad de los derechos, pero quien, a cambio de ello, se ve obligado a sostener que sólo son fundamentales aquellos derechos cuyo ejercicio “evidentemente no daña a nadie”<sup>90</sup> o, desde una perspectiva ideológica bien distinta a la del profesor italiano, las diversas doctrinas que excluyen *a priori* del ámbito iusfundamental todos aquellos modos de ejercicio que afecten a otros derechos y bienes constitucionales, a la moral social, al orden público, la legislación penal, y un largo etcétera de los llamados “límites inmanentes”<sup>91</sup>. El segundo problema es que en la definición de

<sup>89</sup> IVÁN OROZCO ABAD Y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, citado, p. 45.

<sup>90</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001, p. 310.

<sup>91</sup> Sobre estas teorías vid., en sentido crítico, MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, pp. 34 y ss.

aquello que pertenece al contenido “verdadero” o “prefigurado” del derecho fundamental, o a su “núcleo esencial” no está ausente la ponderación con otros derechos e intereses (dotados o no de relevancia constitucional) que juegan en contra de una definición más amplia del contenido del derecho; simplemente aparece encubierta bajo el recurso a otras estrategias de interpretación, con lo cual no se hacen visibles, ni controlables, las premisas que han intervenido en la ponderación<sup>92</sup>.

Con ello creo que el problema no radica precisamente en una “perversidad intrínseca” de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización y en el empleo del principio de proporcionalidad como criterio estructural de fundamentación de las decisiones que los afecten, y verlo de este modo equivale a “buscar la fiebre en las sábanas”. Creo más bien que el verdadero problema es la precaria resistencia normativa que en el momento actual, y no sólo en nuestro país, se reconoce a los derechos fundamentales, su clara subordinación frente a consideraciones eficientistas pretendidamente impuestas por la necesidad de luchar contra el terrorismo. Esta precaria resistencia normativa se hace explícita en el elevado peso que en la ponderación se confiere a los imperativos de eficacia punitiva, que viene así a equiparar y contrarrestar el retórico reconocimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Pero es precisamente el empleo de esta técnica argumentativa la que permite hacer visibles y explícitas tales consideraciones, y con ello posibilita el control y la crítica de los fundamentos que acompañan tales valoraciones.

Por eso creo que el verdadero problema que se pone de manifiesto con la crítica a la “jurisprudencia de principios” es el de la pérdida de significado normativo de los derechos fundamentales y, en general, de la constitución y no el empleo de una determinada teoría de la argumentación, pues como lúcidamente ha puesto de manifiesto FERRAJOLI, “(l)a Constitución, y en general el Derecho, no (son) otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o cambios institucionales”<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Sobre esta crítica vid. ROBERT ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 311 y ss.

<sup>93</sup> LUIGI FERRAJOLI, “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, trad. P. Andrés Ibáñez, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta, 1996, p. 29.