

PRINCIPIO DE **PROPORCIONALIDAD Y LEY PENAL**
Bases para un modelo de control de
constitucionalidad de las leyes penales



COLECCIÓN **DIÁLOGOS EUROPA-AMÉRICA**



DIÁLOGOS
EUROPA
AMÉRICA

Consejo Editorial:

Bruce Ackerman (EE. UU.)

Manuel Atienza (España)

Fernando Atria (Chile)

Roberto Barroso (Brasil)

Laura Clérico (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

Marina Gascón (España)

Juan Antonio García Amado (España)

Mônia Henning (Brasil)

César Landa (Perú)

Gloria Patricia Lopera (Colombia)

José Juan Moreso (España)

Gonzalo Ramírez Cleves (Colombia)

Alejandro Saiz Arnaiz (España)

Pedro Serna (México)

Joan Picó I Junoy (España)

Susanna Pozzolo (Italia)

Editor:

Pedro P. Grández Castro

Gloria Patricia **LOPERA MESA**

Principio de proporcionalidad y ley penal

Bases para un modelo de control de
constitucionalidad de las leyes penales

343 L83	<p>Lopera Mesa, Gloria Patricia Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales / Gloria Patricia Lopera Mesa; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 715 p.; 17 x 24 cm. (Colección diálogos Europa-América) D. L. 2023-06183 ISBN: 978-612-325-372-1</p> <p>1. Derecho constitucional 2. Proporcionalidad en el derecho 3. Administración de justicia 4. Revisión judicial 5 Derecho procesal penal 6. Legislación</p>
------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LEY PENAL

Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales

Primera edición en Perú, julio de 2023

(Basada en la edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006)

© 2006: **Gloria Patricia Lopera Mesa**

© 2023: **Palestra Editores S. A. C.**

Plaza de la Bandera 125. Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

Litho & Arte S. A. C.

Jr. Iquique 026, Breña, Lima

Julio de 2023

Diagramación:

John Paolo Mejía Guevara

Cuidado de estilo y edición:

Manuel Rivas Echarri

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-06183

ISBN: 978-612-325-372-1

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

todos los derechos reservados. queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del copyright.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	13
NOTA A LA EDICIÓN PERUANA	17
NOTA PRELIMINAR	21

PRIMERA PARTE: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y EN EL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I	
LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	33
1. Génesis y evolución del principio de proporcionalidad.....	35
2. Función del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional.....	49
2.1. El principio de proporcionalidad como “límite de los límites” a los derechos fundamentales	51
2.2. El principio de proporcionalidad como estructura argumentativa para fundamentar la premisa mayor del juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales.....	57
2.2.1. La estructura del juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales	58
2.2.2. Las dificultades para fijar la premisa mayor y la necesidad de concretar normas adscritas de derecho fundamental	59

2.2.3. La fundamentación de las normas adscritas como condición de su validez	67
2.2.4. El papel del principio de proporcionalidad en la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental	72

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

79

1. Principio de proporcionalidad y Estado constitucional	83
1.1. La Constitución-procedimiento	85
1.2. La Constitución-programa	89
1.3. La Constitución-marco	94
2. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales	109
2.1. Estructura de las normas de derecho fundamental: los derechos fundamentales como principios	110
2.1.1. La tesis de la vinculación conceptual necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad	112
2.1.2. Los principios como “mandatos de optimización”	114
2.1.3. Dos objeciones contra el concepto de “mandato de optimización”	120
2.1.3.1. ¿Mandatos de optimización u objetos de un mandato de optimización?	120
2.1.3.2. No todos los principios son mandatos de optimización	122
a. La distinción entre principios en sentido estricto y directrices	122
b. La réplica de Alexy	128
i. El carácter “todo o nada” de los principios en sentido estricto	129
ii. La prevalencia de los derechos individuales sobre los bienes colectivos	131
2.1.4. Una propuesta de interpretación de la tesis de los principios como mandatos de optimización	133
2.1.4.1. La “graduabilidad” de los principios	135
2.1.4.2. La configuración abierta de los principios	136
2.1.4.3. La idea de mandato de optimización como convención interpretativa	138
2.2. Dos concepciones acerca de los derechos: “conflictivismo” vs. “coherentismo”	144

2.2.1. Una concepción “conflictivista” de los derechos	144
2.2.1.1. Los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas.....	145
2.2.1.2. Una teoría amplia del supuesto de hecho iusfundamental	146
2.2.1.3. Una teoría externa de los límites	147
2.2.1.4. La determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de un balance de razones y contrarrazones	148
2.2.2. Una visión “coherentista” de los derechos fundamentales	154
2.2.2.1. Los derechos fundamentales como reglas	155
2.2.2.2. Una teoría estrecha del supuesto de hecho iusfundamental	156
2.2.2.3. Una teoría interna de los límites	158
2.2.2.4. La determinación del contenido de los derechos como el resultado de su “correcta” interpretación	162
a. La interpretación estricta de los derechos	165
b. El establecimiento de una jerarquía incondicionada entre los derechos.....	167
2.2.3. ¿Por qué resulta preferible una concepción “conflictivista” de los derechos?	171

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL 185

1. El principio de proporcionalidad de las penas	186
1.1. Proporcionalidad de las penas en abstracto y en concreto	189
1.2. Proporcionalidad de las penas y justificación del derecho penal.....	194
1.2.1. Proporcionalidad de las penas y retribución	197
1.2.2. La teoría del “justo merecimiento” de Andrew von Hirsch.....	205
1.2.3. Proporcionalidad de las penas y prevención general	213
1.2.4. Proporcionalidad de las penas y utilitarismo garantista	231
2. Proporcionalidad en sentido amplio.....	243
2.1. El principio de proporcionalidad en la doctrina penal.....	244
2.2. Una propuesta de definición de los contenidos del principio de proporcionalidad en materia penal.....	250
2.3. El principio de proporcionalidad como criterio de validez y como criterio de justificación externa de la ley penal.....	260

2.3.1. Diferencias derivadas del margen de acción estructural	267
2.3.2. Diferencias derivadas del margen de acción epistémico.....	270

SEGUNDA PARTE:
UN MODELO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA “PROHIBICIÓN DE EXCESO”

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
LA EXISTENCIA DE UNA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS.....

281	
1.	Razones <i>prima facie</i> en contra de la constitucionalidad: la existencia de una intervención legislativa en un derecho fundamental.....
282	
1.1.	Concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental
282	
1.2.	La adscripción <i>prima facie</i> de la posición afectada a una disposición de derecho fundamental
285	
1.2.1.	La base de la adscripción <i>prima facie</i> : las disposiciones de derecho fundamental.....
286	
1.2.2.	Estructura de la adscripción <i>prima facie</i>
290	
1.2.3.	Los límites de la adscripción <i>prima facie</i>
293	
1.3.	Intervención en derechos fundamentales mediante la definición del tipo penal.....
297	
1.3.1.	¿Un derecho general de libertad?
299	
1.3.2.	El abuso de derecho como límite a la adscripción <i>prima facie</i>
310	
1.4.	Intervención en derechos fundamentales mediante la determinación legal de la pena
316	
1.4.1.	Penas privativas de libertad.....
320	
1.4.2.	Penas privativas de derechos
328	
1.4.3.	La pena de multa
335	
1.4.4.	La pena como expresión de reproche y su efecto estigmatizador sobre el condenado.....
336	
1.4.5.	Problemas específicos de la adscripción <i>prima facie</i> en el caso de la norma de sanción
343	
2.	Razones <i>prima facie</i> a favor de la constitucionalidad: la existencia de un fin legítimo.....
346	
2.1.	El problema de los fines
347	

CONTENIDO

2.1.1. La protección de bienes jurídicos como fin de las normas penales	349
2.1.2. La determinación del bien jurídico protegido por las normas penales	359
2.2. La legitimidad constitucional del fin	361
2.2.1. La protección exclusiva de derechos fundamentales	362
2.2.2. La protección de bienes jurídicos constitucionales	374
2.2.3. La protección de bienes jurídicos no proscritos por la Constitución.....	378
2.2.3.1. Ilegitimidad como prohibición definitiva del fin legislativo	382
2.2.3.2. La “relevancia social” del bien jurídico	387
2.3. Clasificación de los fines legislativos	391
2.3.1. El contenido de los fines	391
2.3.2. La jerarquía formal de los fines	396
2.3.3. La disociación entre fines mediatos e inmediatos de la intervención penal.....	399

CAPÍTULO V

LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

1. Subprincipio de idoneidad	407
1.1. Idoneidad, ¿máxima o mínima?.....	408
1.2. La importancia de las premisas empíricas en el juicio de idoneidad	412
1.3. Idoneidad de la norma de conducta: principio de lesividad	415
1.3.1. Posibilidades de control constitucional en materia de lesividad de la prohibición.....	425
1.4. Idoneidad de la norma de sanción: la eficacia preventiva del derecho penal	430
1.4.1. Eficacia, ¿en qué sentido?.....	431
1.4.2. Eficacia instrumental y eficacia simbólica	433
1.4.3. Validez y eficacia como éxito	437
1.4.4. La falta de certeza empírica sobre la eficacia preventiva del derecho penal.....	440
1.4.5. Posibilidades de control constitucional en materia de eficacia preventiva de la norma de sanción	449
2. Subprincipio de necesidad	454

2.1. Estructura argumentativa	455
2.1.1. Búsqueda de medios alternativos	455
2.1.2. Examen del grado de idoneidad de los medios	457
2.1.3. Búsqueda del medio más benigno	462
2.2. La insuficiencia del subprincipio de necesidad como criterio de decisión	467
2.3. Necesidad de la norma de conducta: principio de fragmentariedad	471
2.4. Necesidad de la norma de sanción: principio de subsidiariedad	480
2.4.1. Búsqueda de alternativas al derecho penal: subsidiariedad externa	483
2.4.1.1. Medidas de naturaleza no sancionadora	483
2.4.1.2. Sanciones no penales	488
a. Sanciones civiles: el ejemplo del derecho al honor	490
b. Sanciones administrativas	494
2.4.2. Búsqueda de penas alternativas: subsidiariedad interna	507
2.4.3. Problemas específicos asociados al juicio de necesidad de la norma de sanción	514
3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	520
3.1. La atribución del peso a los principios que intervienen en la ponderación	522
3.1.1. Intensidad de la afectación / satisfacción de los principios en el caso concreto	527
3.1.1.1. Criterios para determinar la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales por la intervención penal	527
3.1.1.2. Criterios para determinar la intensidad de la satisfacción del principio que respalda la intervención	534
3.1.2. Peso abstracto	536
3.1.3. Seguridad de las premisas empíricas	549
3.1.4. La “fórmula del peso”	555
3.2. La comparación del peso de los principios en juego y el establecimiento de una relación de precedencia condicionada	562
3.3. La formulación de una regla que expresa el resultado de la ponderación	569

CAPÍTULO VI

PRESUPUESTOS DE UN MODELO EXIGENTE DE CONTROL

DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES 577

1. Tres niveles de intensidad en el control de constitucionalidad de las leyes:
el modelo alemán..... 578
 - 1.1. Control de evidencia 578
 - 1.2. Control de justificabilidad 580
 - 1.3. Control material intensivo 581
2. Intensidad del control de constitucionalidad de las leyes penales en la
jurisprudencia constitucional española 585
3. Lineamientos para un modelo exigente de control de constitucionalidad
de las leyes penales 597
 - 3.1. Cargas de argumentación y de prueba..... 601
 - 3.2. Perspectivas *ex ante* y *ex post* 609
 - 3.3. Respaldo de las premisas empíricas 618
 - 3.4. Grado de certeza de las premisas empíricas 631

CONCLUSIONES..... 685

BIBLIOGRAFÍA 677

ABREVIATURAS

DE LAS PUBLICACIONES CITADAS:

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AIJC	Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Actualidad Penal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
CDP	Cuadernos de Derecho Público
CdRP	Claves de Razón Práctica
CalLR	California Law Review
ColLR	Columbia Law Review
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DeS	Diritto e Societa
DP	Doctrina Penal
DPyC	Derecho Privado y Constitución
DSt	Der Staat
DVBl	Deutsche Verwaltungsblatt

D&L	Derechos y Libertades
D&G	Derechos y Garantías
D&QP	Diritto & Questione Pubbliche
EdD	Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (Colombia)
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos. Universidad Santiago de Compostela
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
JpD	Jueces para la Democracia
JuS	Juristische Schulung
LQC	Le Questione Criminale
MpSCG	Materiali per una storia della cultura giuridica
MschrKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NDP	Nueva Doctrina Penal
NFP	Nuevo Foro Penal
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PC	Pensamiento Constitucional
PJ	Poder Judicial
PPs	Papeles del Psicólogo
PyC	Poder y Control
PyE	Pena y Estado
RAP	Revista de Administración Pública
RATC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RCG	Revista de las Cortes Generales
RCS	Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile)
RDP	Revista de Derecho Político
RDPyC	Revista de Derecho Penal y Criminología-Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ABREVIATURAS

REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIFD	Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto
RJ	Ratio Juris
RJCLM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RP	Revista Penal
RPrat	Ragion Pratica
RTh	Rechtstheorie
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Publico
SCQ	Social Science Quarterly
TP	Teoria Politica
UChLR	University of Chicago Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
YaleLJ	Yale Law Journal
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

OTRAS ABREVIATURAS EMPLEADAS

BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
C.C.	Código Civil
C.E.	Constitución Española
C.P.	Código Penal
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LO	Ley Orgánica

LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

NOTA A LA EDICIÓN PERUANA

ME DA MUCHA ALEGRÍA escribir algunas líneas como proemio al gran libro sobre *Principio de proporcionalidad y ley penal* de la profesora colombiana Gloria Patricia Lopera, el cual ahora se edita como parte del proyecto editorial Diálogos Europa-América, a través de Palestra. He conocido en forma privilegiada al menos parte del desarrollo de esta tesis, al haber coincidido con su autora durante los años de estudios del doctorado en la hermosa ciudad de Toledo, donde queda una de las sedes de la Universidad de Castilla-La Mancha, casa que le confirió el título de doctora en Derecho con la sustentación precisamente de este trabajo en el año 2005.

El principio de proporcionalidad forma parte de los principios básicos del derecho constitucional contemporáneo. En términos de axioma jurídico, este establece que, en la medida que las democracias se legitiman hoy en día no solo en el voto universal, sino en la garantía de los derechos humanos, cualquier restricción o limitación a un derecho solo puede hacerse si y solo si resulta proporcional. La amplitud de tal mandato, en cuanto deja en manos de un tercero llamado a ponderar —ya sea juez o legislador—, ha generado un amplio debate en la literatura contemporánea. Al margen de los argumentos que se barajan para cuestionar o defender el modelo, hay algo que no se puede dejar de reconocer: el principio de proporcionalidad está en el centro de los debates contemporáneos sobre la práctica constitucional, no solo al delimitar el contenido de los derechos, sino al establecer los límites al poder cuando este actúa en el ejercicio de sus competencias.

Desde su publicación en el año 2006, la tesis doctoral de la profesora Lopera ha circulado entre académicos y especialistas, pero, desde hace ya algunos años, ha desaparecido de las librerías al haberse agotado. Sabiendo que se trata de un texto indispensable en la formación de jueces, abogados y estudiantes de derecho, le propuse hace un tiempo que hiciéramos una edición para el público latinoamericano. No obstante, quien conozca a la doctora Lopera, sabe de sus rigores y la pulcritud que pone a cada cosa que hace. Me dijo: “lo pensaré, pero eso supondrá revisarlo de nuevo y ahora estoy con otros intereses académicos”. De hecho, luego me comentó que había hecho una nueva incursión, esta vez en la Historia y la Antropología y, cuando hablamos de esto, recuerdo que estaba por terminar su segundo doctorado, esta vez en una universidad norteamericana.

A comienzos de año (2023) nos volvimos a encontrar en Lima y le insistí. Esta vez me dijo: “gestiona la autorización del CEPC de Madrid y lo editas, pero no tendré tiempo de actualizarlo”. La verdad es que creo que el valor del trabajo está en su versión original. No hay un trabajo en castellano que haya abordado con tal rigor el análisis de la proporcionalidad en uno de los campos en el que se vuelve tan indispensable como es el derecho penal. En efecto, es el espacio de la actuación del *ius puniendi* donde los controles de la proporcionalidad pueden aportar con exigencias de justificación racional del castigo penal.

Como se lee en una de las más importantes decisiones del Tribunal Constitucional Peruano, relativa a los límites a la actuación del *ius puniendi*: “[e]l principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”. En el caso del control de la legislación contra el terrorismo, el tribunal peruano tuvo ocasión de referirse al principio de proporcionalidad como un principio general del derecho constitucional, en la medida que, según sostuvo, “[s]irve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo / ubjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y, las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona” (STC 010-2002-AI/TC, F. J. 195).

De ahí que considero que el trabajo de la profesora Lopera Mesa debe estudiarse con atención en nuestras facultades de Derecho, pues sus aportes

son fundamentales para comprender tanto la dinámica actual de los derechos fundamentales cuanto la exigencia de comprender el derecho penal como un mal que debe ser racional y permanentemente limitado. El principio de proporcionalidad cumple ambas finalidades, si es comprendido adecuadamente.

Lima, julio de 2023

Pedro P. Grández

Profesor de Derecho Constitucional
Editor de la Colección

NOTA PRELIMINAR

Este trabajo fue presentado en mayo de 2005 como tesis doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, ante un tribunal conformado por los profesores Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso Mateos, Juan Antonio García Amado, Marina Gascón Abellán y Carlos Bernal Pulido. Sus atinadas observaciones y sugerencias han contribuido a enriquecer los resultados de esta investigación y a mejorarla en relación con su versión inicial.

Sin duda la mejor manera de presentar esta obra sea dando noticia de su génesis y de todas las personas e instituciones que han contribuido a su realización. Ella se remonta a mis estudios de licenciatura en la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia) entre los años 1991 a 1998, época en la cual mis compañeros y yo tuvimos la fortuna de contar con jóvenes y entusiastas profesores, capaces de transmitir verdadera pasión por el conocimiento. En ese entonces el área de derecho penal gozaba de una especial vitalidad, gracias al trabajo de docentes como Juan Sotomayor, Armando Calle y Hernando Londoño, quienes desde el comienzo de nuestra andadura en la universidad nos pusieron en contacto con importantes obras del pensamiento jurídico y, singularmente, con el garantismo penal de Luigi Ferrajoli. La lectura de este autor marcaría un hito en muchos de nosotros, al instarnos a contemplar el derecho en general, y en particular el penal, siempre desde una atalaya crítica, pero al mismo tiempo invitarnos a no sucumbir al escepticismo y a no dejar de utilizar el instrumento jurídico en su faz garantista para vindicar el proyecto utópico contenido en las declaraciones de derechos y tratar de hacerlo realidad en el presente. Pero a la par que buenas teorías, nuestros profesores

de penal nos brindaron la ocasión de incursionar desde temprano en esa que Emiro Sandoval llamara “la región más oscura y más transparente del poder estatal”. Gracias al empeño de uno de ellos, Juan Fernando Gutiérrez, por abrir y mantener a flote el programa de asistencia jurídica en las cárceles, tuvimos oportunidad de comprobar que si bien la realidad, singularmente en un país como Colombia y en un lugar como la cárcel, es reacia a conformarse a los dictados de la norma, a veces es posible ganar, a través del derecho, pequeñas pero importantes batallas en la lucha por la libertad y la dignidad de las personas.

Por otra parte, el año en que comenzamos nuestros estudios de derecho coincidió con el de la expedición de una nueva Constitución que, entre otras consecuencias, serviría como revulsivo del clasicismo y formalismo imperantes en la cultura jurídica colombiana, contribuyendo a generar animados debates acerca del papel que han de jugar los jueces, y especialmente la Corte Constitucional, dentro del sistema jurídico y político, al igual que sobre la necesidad de dar cabida a estrategias de interpretación y aplicación del derecho hasta entonces poco conocidas en nuestro medio. Bernardita Pérez, María Cristina Gómez y Tulio Chinchilla serían los encargados de llevar a las aulas aquellas discusiones y de sembrar en nosotros la necesidad de abrirnos al estudio de los desarrollos más recientes en teoría del derecho y de la argumentación, así como de filosofía moral y política, en busca de herramientas que nos permitieran utilizar la Constitución como un instrumento para abrir espacios de civilidad en una sociedad surcada por el conflicto armado y para contribuir a transformar realidades de profunda inequidad, siempre conscientes del modestísimo pero no por ello desdeñable papel que en el logro de tales cometidos corresponde al derecho.

La fuerte impronta que estos cursos ejercieron en mi formación académica y personal explica en buena medida mi particular predilección por una aproximación transversal a los problemas jurídicos, puesta ya de manifiesto en la tesis de licenciatura, dedicada a “La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Una aproximación a su tratamiento jurídico penal en Colombia”. Este trabajo me permitió entrar en contacto con las obras de Marina Gascón y Luis Prieto, quienes a la postre me abrirían las puertas del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha para realizar estudios de doctorado a finales de 2000.

Para ese entonces solo tenía una vaga idea acerca del tema de mi tesis. Me interesaba reflexionar sobre el alcance y los límites del control de constitucionalidad de las leyes. Convencida de la importancia de los sistemas de

justicia constitucional como instrumentos para estimular la saludable práctica de someter a los poderes públicos a la exigencia de dar razones de sus actos y potenciar la participación ciudadana en la elaboración y crítica del derecho, era mi intención hacer un trabajo que contribuyese a apurar aún más las posibilidades del control constitucional como instancia para someter a discusión tales razones y, por esta vía, garantizar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales.

No partía del rechazo a cierto activismo judicial, sino más bien del reclamo de un mayor control sobre el legislador. Pero al mismo tiempo de un mejor control, pues era consciente del extraordinario poder con que cuenta el órgano encargado de fijar el sentido último de los preceptos constitucionales, máxime cuando en el texto que los contiene conviven cláusulas potencialmente conflictivas y expresadas en un lenguaje tal que propicia diversas lecturas, según el gusto del intérprete. Tampoco ignoraba la problemática legitimidad de los Tribunales Constitucionales, carentes del respaldo directo del electorado y del carácter representativo que sí ostenta, por el contrario, el órgano sometido a su control. Asumía entonces, como punto de partida, la necesidad de compensar esta deficiente legitimidad democrática de origen con la legitimidad de ejercicio que confiere un procedimiento de control constitucional abierto a la participación de ciudadanos y grupos minoritarios que no pueden hacer oír su voz en el Parlamento; acompañado de garantías que aseguren una especial calidad deliberativa a las decisiones del Tribunal, pero, sobre todo, de una reflexión teórica que contribuya a perfilar los límites de su competencia revisora y a proponer criterios que hagan posible un control racional de sus decisiones, en un intento de cerrar la brecha que para el Estado de Derecho representa este excedente de discrecionalidad en manos del juez constitucional.

Tuve la fortuna de encontrar en Luis Prieto a un director de tesis que me ayudó a convertir aquel proyecto tan vago y ambicioso en una empresa realizable. Para ello fue decisiva su recomendación de orientar mis inquietudes sobre el control constitucional al hilo del método de la ponderación y, más propiamente, del principio de proporcionalidad. Tras revisar la bibliografía sobre el tema encontré que su estudio abría la puerta a una reflexión de mucho más calado en torno a la teoría de los derechos fundamentales y ofrecía un punto de partida especialmente propicio para vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica. Por otra parte, concluí que el trabajo pendiente de realizar no se hallaba tanto en el nivel de la fundamentación

general del principio de proporcionalidad, cuestión que ya se había abordado en algunas obras precedentes de una manera bastante satisfactoria, y respecto de la cual, he de admitirlo, no sentía estar en condiciones de agregar nada nuevo, al menos nada con la suficiente envergadura para sentar las bases de una tesis doctoral. Sí encontré, en cambio, algunas cuestiones que discutir en relación con el desarrollo de esta estructura argumentativa y la intensidad con la que debían proyectarse sus exigencias en el control de constitucionalidad de las leyes, pero igualmente entendí que tal discusión resultaba más fecunda si se vinculaba a los problemas que plantea la utilización del principio de proporcionalidad en el control de sectores específicos de legislación.

Aquella temprana vocación de penalista forjada en los años licenciatura me llevó a avizorar las enormes dificultades, pero al mismo tiempo las radicales consecuencias despenalizadoras, que supondría una aplicación “en serio” de tal herramienta argumentativa al control de las leyes que definen delitos y penas. Asimismo, advertía cómo, en el caso español, el control de las leyes penales ha sido precisamente uno de los terrenos más fértiles para desarrollar la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad, sin que, en contra de mi intuición inicial, su incorporación hubiese servido para potenciar las posibilidades del control de constitucionalidad como instancia de limitación del poder punitivo. Mi interés por el tema aumentó al comprobar que los trabajos de la doctrina penal, en su mayoría, se han ocupado de explorar los contenidos específicos que adoptan los subprincipios de la proporcionalidad cuando se proyectan sobre este sector del ordenamiento, pero, en general, se echa de menos una aproximación que explore las dificultades, pero a la vez las posibilidades, de hacer efectivas tales exigencias en sede de control de constitucionalidad. Y entre quienes han intentado dicha aproximación suele ser común el dar por buena, o al menos por inevitable, la postura de especial deferencia que adopta el Tribunal cuando se trata de fiscalizar las decisiones político-criminales del legislador.

Encontré, entonces, algo que decir al respecto pues, en contra de este parecer mayoritario, sostengo como hipótesis que, del mismo modo que el derecho penal reclama reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también requiere de un control de constitucionalidad más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo y, más aún, del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Dicha hipótesis principal se sustenta a su vez en una serie

de afirmaciones previas que cumplen aquí el papel de hipótesis secundarias: en primer lugar, que la actividad legislativa de definición de delitos y penas supone siempre una intervención *prima facie* en derechos fundamentales. En segundo lugar, que el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no solo en razón de la especial afflictividad de sus sanciones —privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad— sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. En tercer lugar, que esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación, así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes. Finalmente, que el principio de proporcionalidad representa una estructura de argumentación apropiada para evaluar tanto la legitimidad externa como la validez constitucional de leyes penales, si bien en uno y otro caso difiere el alcance y la intensidad con que se proyectan sus exigencias; diferencia que se explica por la presencia en el razonamiento jurídico de principios formales, los cuales dan cuenta de la dimensión autoritativa que singulariza al discurso jurídico respecto de otras formas de razonamiento práctico y, en el caso del control de constitucionalidad, fundamentan el reconocimiento de diversos márgenes de acción a favor del legislador que, correlativamente, limitan la competencia revisora del Tribunal Constitucional.

La finalidad de este trabajo es, por tanto, fundamentar las hipótesis principal y secundarias que le sirven como punto de partida y trazar, de la mano del principio de proporcionalidad, las líneas centrales de un modelo exigente de control de constitucionalidad de las leyes penales que, sin perder de vista la especial intensidad que debe tener la fiscalización de este tipo de normas, al mismo tiempo se haga cargo de los límites funcionales a los que debe atenerse el órgano encargado de efectuar el control.

A lo largo de su desarrollo se pondrá de manifiesto que concibo el derecho en general, y el derecho penal en particular, como instrumentos para garantizar

las condiciones necesarias para el pleno despliegue de la libertad individual; artificios que, pese a los loables fines que con ellos se persiguen, en todo caso conservan un irreductible poso de ilegitimidad, por cuanto no dejan de ser expresión de fuerza institucionalizada y formidables instrumentos de dominación. Por esta razón pesa siempre sobre ellos la carga de justificación, ya no solo bajo la perspectiva de las normas superiores que disciplinan su creación, sino también, y, ante todo, a la luz de una instancia superior de deber ser, representada por la moral, sin que tal justificación pueda ser reemplazada, y ni siquiera colmada, por la legitimidad democrática de la autoridad de la que proceden las normas jurídicas. De ahí que también defienda el valor, tanto intelectual como moral, de la separación entre derecho y moral, así como del concepto positivista de derecho que ella propicia, pues este último, al no comprometer a la moral en la identificación del derecho válido, permite asegurar su independencia y mantenerla como esa instancia crítica desde la cual evaluar la justicia del derecho positivo. Suscribo, pues, una concepción del derecho y de las instituciones políticas no solo muy cercana, sino en buena parte forjada gracias a la influencia de la obra de Luigi Ferrajoli. Pero, al mismo tiempo, considero que la filosofía de limitación del poder —de cualquier poder— que late en la propuesta garantista de Ferrajoli, reclama el desarrollo de una teoría de la argumentación capaz de acotar y hacer visible la inevitable discrecionalidad que el constitucionalismo, y más aún, un constitucionalismo fuerte como el que alienta el garantismo, deposita en manos del juez constitucional.

Para desarrollar mi trabajo, que espero sirva como una modesta contribución a esa tarea, ha sido preciso, sin embargo, emplear herramientas ajenas a la teoría del garantismo, la cual, al venir respaldada en una concepción fuertemente coherentista de los contenidos constitucionales y cognoscitivista de la interpretación, no ofrece los insumos propicios para construir un modelo adecuado del razonamiento que han de efectuar los jueces cuando evalúan la validez de las leyes que aplican. Tales herramientas son aquí tomadas de la teoría de los derechos fundamentales y de la teoría de la argumentación desarrollada por Robert Alexy, autor que expresamente defiende una concepción no positivista del derecho y sostiene una postura ideológica algo menos reticente a avalar la moralidad de la autoridad. Tal mixtura de elementos entraña el riesgo de sacrificar la coherencia interna de mi propia construcción, al urdirla con mimbres procedentes de concepciones teóricas tan heterogéneas. Riesgo que he intentado contrarrestar destacando cómo aquellos elementos de la teoría de

Alexy necesarios para desarrollar el modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales que aquí propongo pueden ser empleados, sin desfigurarlos, en un sentido afín a una concepción positivista del derecho: así, por un lado, subrayando el carácter “débil” de la corrección que se exige a la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental como condición de su validez; corrección que se satisface cuando es posible ofrecer una fundamentación racional de la norma en cuestión en el marco del ordenamiento jurídico vigente y de acuerdo a las convenciones interpretativas y a los estándares valorativos vigentes en una sociedad. Por otro, recordando que la “especialidad” del razonamiento jurídico frente a otras formas de razonamiento práctico le viene dada por el componente autoritativo que incorpora el primero, en virtud del cual pueden existir diferencias y, por tanto, genuinos conflictos, entre deber jurídico y deber moral. Con estas precisiones no encuentro problemático afirmar que lo “correcto” en el marco de un sistema jurídico no necesariamente coincide con lo que es correcto desde el punto de vista moral, y, de este modo, mantener la distancia que separa el juicio de validez de una ley penal del juicio acerca de su legitimidad externa, incluso cuando el parámetro sustantivo (los derechos fundamentales) y la estructura argumentativa (principio de proporcionalidad) empleada en ambos juicios coincida en lo fundamental.

Hecha esta aclaración debo, por otra parte, señalar que la decisión de circunscribir el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales no solo estuvo animada por mi particular interés por el tema penal, sino además por la necesidad de delimitar con mayor precisión el objeto de estudio. Sin embargo, en lugar de reducirlo, esta elección tuvo más bien el efecto contrario, al abrir la puerta a muchos problemas inicialmente no considerados y dotar al tema de tal complejidad que pronto se hizo patente que un tratamiento pormenorizado de todos sus aspectos constituía una empresa de mucho más largo aliento del que puede abarcar un primer trabajo de investigación. De ahí que fuera preciso acotar aún más el tema desde diversos frentes: en primer lugar, refiriéndolo a un concreto ordenamiento jurídico, en este caso al español, elección que sitúa a este trabajo en el terreno de la dogmática constitucional, sin que ello, por supuesto, signifique renunciar al empleo de herramientas procedentes de la teoría del derecho y la argumentación jurídica, pues considero que ambos niveles de discurso —el del teórico del derecho y el del jurista dogmático— no han de transitar por sendas paralelas, sino que bien pueden, y deben, tender puentes entre sí.

En segundo lugar, he limitado mi estudio a los problemas que suscita la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, ya sea mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, como también a través de la particular vía que se abre cuando mediante el recurso de amparo se cuestiona, de modo indirecto, la constitucionalidad de una ley penal. Dejo así de lado las interesantes cuestiones que se plantean a propósito del empleo de dicha herramienta argumentativa en el juicio de validez que está llamado a realizar el juez ordinario al momento de aplicar la ley a un caso concreto, incluso en aquellos sistemas jurídicos, como el español, que no establecen un sistema de control difuso, sino que confieren a un único órgano la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

En tercer lugar, solo abordaré la reconstrucción del principio de proporcionalidad en su vertiente clásica de la “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*), y no así desde la llamada “prohibición de infraprotección” (*Untermassverbot*). Dicha elección no implica rechazar de plano el papel que puede desempeñar la ley penal en la garantía de los derechos fundamentales en su vertiente de derechos a protección, sino que obedece en exclusiva a la necesidad de acotar el objeto de esta investigación, pues el tratamiento del principio de proporcionalidad en materia penal desde la perspectiva de la prohibición de infraprotección requeriría, entre otras cuestiones, abordar la polémica acerca de sí, y bajo que condiciones, la protección penal de los derechos fundamentales deja de pertenecer al ámbito de lo constitucionalmente posible para ingresar al de lo constitucionalmente necesario; en segundo lugar, tomar partido en la discusión entre quienes consideran que la *Untermassverbot* es un simple reverso de la *Übermassverbot* y quienes, por el contrario, afirman que se trata de dos juicios que deben discurrir por separado y dan lugar a dos estructuras de argumentación distintas; finalmente, en caso de coincidir con quienes sostienen esta última postura, emprender el desarrollo de la estructura argumentativa de la *Untermassverbot* en materia penal. Se trata, pues, de cuestiones cuyo tratamiento en profundidad ameritan una investigación independiente.

Expuesto aquello que no será tratado paso, finalmente, a indicar las cuestiones de las que sí me ocupo y del orden en que lo hago. He estructurado este trabajo dos partes, cada una integrada por tres capítulos. En el primero de ellos me refiero a la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de

las leyes, haciendo un breve recuento de su génesis y evolución doctrinal, para culminar con el examen de las principales teorías formuladas acerca de la función que desempeña en el control de constitucionalidad de las leyes. En el segundo capítulo examino dos de los fundamentos que avalan la utilización de esta estructura argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales; por una parte, el que destaca su vinculación con el modelo de estado constitucional, como un mecanismo para hacer frente en sede de control constitucional a la tensión entre democracia y derechos, característica de este modelo de organización política; por otra parte, el que pone de manifiesto su vinculación con una teoría de los derechos fundamentales que ofrece una adecuada reconstrucción de su estructura normativa, del modo en que operan en el razonamiento jurídico y del papel que desempeñan en el estado constitucional. En el capítulo tercero exploro el tratamiento que se ha dado al principio de proporcionalidad en derecho penal, destacando los principales núcleos de significado asociados a tal concepto, la proporcionalidad de las penas y la proporcionalidad en sentido amplio; examinando los contenidos específicos que ha dado la doctrina penal a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como las diferencias que existen cuando esta estructura de argumentación es empleada para enjuiciar la legitimidad externa y la validez constitucional de una ley penal.

Sobre estas bases, en la segunda parte de la investigación me ocupo de desarrollar una propuesta de aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de la “prohibición de exceso”, dedicando el capítulo cuarto al modo en que se plantea la colisión entre principios que sirve como presupuesto para la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad; el capítulo quinto a un examen pormenorizado de la estructura argumentativa, los contenidos específicos y los problemas que plantean los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las leyes penales; finalmente, en el capítulo sexto, expongo las razones que avalan la utilización de un control especialmente exigente en relación con este tipo de normas y señalo las líneas básicas en torno de las cuales debe estructurarse dicho control.

Comencé esta introducción con una referencia a mi trayectoria académica no solo para explicar la génesis remota de esta investigación sino también para dar cuenta de la inmensa deuda contraída con quienes fueron mis profesores de derecho penal y constitucional en la licenciatura. A ellos debo el haber

sembrado las inquietudes que desde entonces han orientado mi quehacer en la universidad y el mostrarme, con su ejemplo, el sentido de dedicarse al estudio y a la enseñanza del derecho en un país como Colombia, donde el más escrupuloso respeto por las formas es capaz de convivir, en extraño maridaje, con una realidad de permanente anomia.

Esta deuda se extiende ahora al profesor Luis Prieto Sanchís, por su generosidad al asumir la dirección de mi tesis y ofrecerme todo su respaldo para realizar mi investigación en las mejores condiciones que puede desear un doctorando. A mis compañeros del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla – La Mancha agradezco el que a lo largo de estos años me hayan acogido como a una más de su equipo. Ha sido un verdadero privilegio el tener como interlocutores a personas de la valía intelectual y humana de Marina Gascón, Gema Marcilla, Isabel Turégano, Santiago Sastre, Alfonso García Figueroa, Miguel Ángel Pacheco, Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo, Guillermo Díaz y Fernando Rovetta. Agradezco también a los integrantes del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, en especial a los profesores Manuel Atienza y Ángeles Ródenas, quienes tuvieron la amabilidad de leer y discutir conmigo algunos apartes del capítulo segundo de este trabajo.

Este proyecto de investigación pudo llegar a dar sus frutos gracias a la beca para estudios de doctorado que me concedió la Agencia Española de Cooperación Internacional entre los años 2000 a 2003 y a la subvención que durante el tramo final de su realización me concediera la Universidad Eafit, institución que además ha tenido la generosidad de abrirme sus puertas a mi regreso a Colombia. También quiero agradecer el inestimable apoyo del profesor Francisco Laporta, a quien debo la publicación de este trabajo.

Finalmente agradezco a todos los amigos que me han prestado su apoyo durante esa larga carrera de fondo que constituye la realización de una tesis doctoral. A Perfecto Andrés Ibáñez, cuya indeclinable confianza e incondicional ayuda han sido decisivas ya no solo para lograr comenzar sino también para llevar a buen puerto este trabajo. A María Martín, Isabelle Serra, Rosario Oliver, Isabel Serrano, Paco Encinas, André Rodríguez y demás amigos de dentro y fuera de la universidad, por haber tejido una tupida red de afectos que me han servido de sustento durante mis años de estancia en tierra extranjera. A Diana Arias, Gloria Gallego, José Manuel Cabra, Félix Morales y Pedro Grández, por su generosa amistad y su constante disposición para escuchar y debatir largamente muchas de las ideas vertidas en este trabajo. A mi familia, por su proximidad a pesar de la distancia y, por supuesto, a Albeiro Cortés, *sine qua non*.