

¿Pronunciamiento inconstitucional del Tribunal Constitucional?

Recensión a Gloria Patricia Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y ley penal,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, 661 págs.

Fernando Guanarteme Sánchez
Lázaro

Universidad de La Laguna

I.

En la sentencia 161/1997, de 2 de octubre, mantiene nuestro Tribunal Constitucional la adecuación con este texto del actual art. 380 CP¹, en particular, con los arts. 17.3 –derecho del detenido a no declarar– y 24.2 –derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable– de la Constitución española. También rechaza las dudas –a este nivel– que suscita el rigor de su consecuencia jurídica². Arguye al respecto que mediante el citado precepto “no se obliga al detectado [bajo amenaza de pena] a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados”³. Se trata, entiende, de “la verificación de una pericia técnica de resultado incierto” que en ningún caso “entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado”⁴. En relación con la consecuencia jurídica, cuestiona la idoneidad de otro tipo de medidas menos gravosas así como su eficacia preventiva⁵, y en cuanto a su importante entidad, apunta –principalmente– que “tiende a proteger, en última instancia, bienes tan trascendentales como la vida y la integridad física de las personas”⁶. Formalmente, como sabemos, esta sentencia ha resuelto el problema de la validez constitucional del delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia. Sin embargo, la verificación de tales pericias permite en determinados supuestos, prescindir de cualquier declaración ulterior del detectado; precisamente en aquellos donde el resultado de la práctica no es tan incierto. En cuanto a los “trascendentales” bienes jurídicos que sustentan el rigor de su consecuencia jurídica, tampoco encuentran fácil anclaje en la estructura del precepto⁷.

¹ “El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 de este Código”; donde se dispone una “pena de prisión de seis meses a un año”.

² Pues se cuestiona igualmente la orientación de la pena hacia la reeducación y reinserción social, en los términos de los arts. 25.2 y 53.1 CE; sobre ello v. fundamento jurídico tercero.

³ Fundamento jurídico cuarto; insistiendo, en el séptimo que “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”.

⁴ Ibidem.

⁵ Fundamento jurídico décimo primero; en sentido contrario, sin embargo, v. los votos particulares recogidos en la misma sentencia. Igualmente LOPERA MESA, op. cit., pp. 408 y, en relación con la pobreza argumentativa, p. 594.

⁶ Fundamento jurídico décimo tercero, señalando igualmente “la seguridad del tráfico rodado” y la “dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado principio de autoridad”, fundamento jurídico décimo.

⁷ LOPERA MESA, op. cit., p. 382, señalando la importancia argumental de estos principios “pese a que la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, en sí misma considerada, no lesiona ni pone en peligro a la vida o integridad física, con lo cual su prohibición guarda una relación harto remota con la protección de aquellos bienes”.

Este pronunciamiento —y otros— de nuestro Tribunal Constitucional muestran la divergencia de planos entre la validez constitucional y la legitimidad externa o ético-política de una ley penal. También la necesidad de enriquecer el discurso al respecto. De forma que sea posible establecer racionalmente si, más allá del juego de conceptos que emplea esta sentencia, cabe adscribir la negativa a la práctica de este tipo de pruebas —de detección de alcohol, drogas tóxicas, etcétera— a la norma de derecho fundamental en cuestión o el grado de afectación e importancia discursiva —correspondiente— de los bienes jurídicos aludidos⁸, por poner dos ejemplos. “La dimensión autoritativa que distingue al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general y que, por tanto, impiden equiparar el juicio acerca de la validez de una ley penal con el juicio acerca de su legitimidad”⁹, explican la vigencia del art. 380 CP. Tanto como las dudas sobre la *constitucionalidad material* —o legitimidad externa— de esta sentencia y la urgencia de esta obra de LOPERA MESA.

II.

El trabajo se presenta estructurado en dos partes, una primera, introductoria, dedicada al principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes y en el Derecho penal, y una segunda donde se aborda un desarrollo del mismo orientado al control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de la “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*).

En el capítulo primero, de su primera parte, la autora explica sucintamente la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes. En ella, tras unas breves referencias —mediatas— al pensamiento clásico griego, romano o medieval, nos sitúa en la filosofía política de la ilustración como punto de partida de la actual comprensión de este principio, y de la mano de autores como BECCARIA o SVAREZ nos aproxima a su vigente significado discursivo. En este punto, merecen destacarse las alusiones a la jurisprudencia de los países de nuestro entorno, así como a las figuras de la *reasonableness* o *balancing test* en el pensamiento anglosajón (pp. 35 y ss.). En cuanto a su concreta operatividad en el discurso constitucional vigente, LOPERA MESA explica —primero, críticamente— su comprensión como “límite de los límites” (*Schranken-schranken*), esto es, como uno del conjunto de requisitos formales y materiales que debe satisfacer toda intervención legislativa en derechos fundamentales para su admisión constitucional (pp. 45 y ss.), y seguidamente, en tono favorable, en cuanto estructura argumentativa para la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales así como —criterio de fundamentación externa— de la norma iusfundamental llamada a operar como parámetro de control de la ley (pp. 53 y ss., especialmente, v. 66 y ss.).

En este último sentido, dedica el capítulo segundo a sustentar la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes. LOPERA MESA apunta brevemente

⁸ Cfr. LOPERA MESA, op. cit., pp. 273, 274 y 515, por ejemplo.

⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 607; igualmente v. pp. 249 y ss.

las líneas argumentales referidas a su fundamento jurídico-positivo¹⁰ y se centra primeramente, en su idoneidad instrumental para abordar las fricciones entre democracia y derechos resultantes de nuestra forma de organización política (especialmente, pp. 75 y ss.). La autora comparte la comprensión —mayoritaria— de la constitución como “orden marco o un orden abierto, esto es, como una norma que si bien decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad igualmente deja muchas otras abiertas para que sean decididas de acuerdo con las concepciones políticas imperantes en cada momento”¹¹. Y esboza una comprensión próxima al modelo dialéctico diseñado por ALEXI en la que los derechos fundamentales se conciben “no tanto como reglas que determinan la medida exacta de su satisfacción..., sino más bien como principios que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas” (p. 91), o con otras palabras, como mandatos de optimización (pp. 133 y ss.). Sobre este escenario se adivina ya un sugerente papel a un principio de estructura argumentativa como el de proporcionalidad. En la segunda parte de este capítulo, LOPERA engarza el principio de proporcionalidad con la teoría de los derechos fundamentales del Profesor de Kiel (pp. 100 y ss.), si bien sobre una comprensión de los mandatos de optimización —y de las reglas— como un problema de convención interpretativa: si un “problema puede ser considerado como un caso fácil, la norma iusfundamental será entonces tratada como una regla, y en este caso la contradicción que eventualmente se constate entre su contenido y el de la ley enjuiciada se saldará con la aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias; si, por el contrario, se trata de un caso difícil, la norma iusfundamental será tratada como un principio que se opone a las demás razones (de principio) que avalan la constitucionalidad de la ley enjuiciada y cuya colisión debe resolverse a través de la aplicación del principio de proporcionalidad”¹².

El capítulo tercero, “el principio de proporcionalidad en el derecho penal”, comienza con un análisis de los distintos niveles de operatividad de este principio. Tras una breve aproximación histórica (pp. 172 y ss.), señala la distinta *ratio* y contexto que informa la proporcionalidad de las penas en abstracto —formulación legal— y en concreto —en el momento de su aplicación judicial—. La autora presta especial atención a la resistencia que ofrecen las concepciones preventivas de la pena a un principio, aparentemente de impronta retributiva, como el de proporcionalidad (pp. 180 y ss.). Al respecto, advierte LOPERA MESA que “la cultura jurídico penal no parece dispuesta a renunciar al criterio de la gravedad del delito como parámetro de la proporcionalidad de las penas, pese a que la idea de retribución, sobre la que se asienta, ha sido mayoritariamente rechazada como doctrina de justificación del castigo, en beneficio de fundamentaciones de corte utilitarista que conciben la pena como instrumento para prevenir

¹⁰ Pues “dicha cuestión ha sido resuelta de un modo satisfactorio por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional”, LOPERA MESA, op. cit., p. 71.

¹¹ Atenta, por tanto, al “pluralismo ideológico existente en la sociedad y, en cierto modo reflejado en las instituciones, así como de la indeterminación de buena parte de sus preceptos, sumado a la necesidad de hallar un punto de equilibrio en la... tensión entre democracia y derechos”, LOPERA MESA, op. cit., p. 87; sobre los modelos constitución-procedimiento y -programa, críticamente, v. pp. 78 y ss., 81 y ss., respectivamente.

¹² LOPERA MESA, op. cit., p. 129; sobre las denominadas posiciones coherentistas, críticamente v. pp. 143 y ss., y posteriormente también, pp. 281 y ss.

delitos”¹³. La autora sugiere salvar esta contradicción siguiendo a quienes junto con la función preventiva de violencia social derivada del delito y de las puniciones informales, acentúan la finalidad de reducir la propia violencia estatal en aras de maximizar los márgenes de libertad del individuo¹⁴. Pues entiende que “sólo considerando como un fin autónomo la reducción de la violencia penal del propio estado es posible encaminarlo según una lógica minimalista, orientada únicamente a la maximización de la libertad mediante la disminución no sólo de las penas, sino también de las prohibiciones” (p. 223). Seguidamente, la autora aborda el tratamiento del principio de proporcionalidad en sentido amplio, ofreciendo una definición orientativa de sus contenidos, esto es: idoneidad, necesidad y –nuevamente– proporcionalidad en sentido estricto¹⁵. LOPERA concluye este capítulo –y la primera parte de su obra– señalando la doble virtualidad discursiva del principio de proporcionalidad: como criterio de validez constitucional y de legitimidad externa de la ley penal¹⁶; así como la amplitud de los márgenes inherentes a un modelo de constitución-marco, a las limitaciones del conocimiento empírico y sus inevitables zonas de incertidumbre (pp. 249 y ss.).

En la segunda parte de la obra, es donde LOPERA MESA aborda propiamente el desarrollo del modelo de aplicación del principio de proporcionalidad orientado al control de constitucionalidad de las leyes penales. Así, en el capítulo cuarto, “presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad: la existencia de una colisión entre principios”, nos define los términos de la colisión entre las posiciones de derecho fundamental afectadas tanto por la definición del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica de la norma jurídico-penal y las razones político criminales al efecto. Para ello, comienza por establecer cuándo puede entenderse que concurre una intervención legislativa en derechos fundamentales (pp. 264 y ss.). En este sentido, considera “por tal todo tipo de desventaja o consecuencia negativa que una norma legal pueda reportar desde la perspectiva del derecho afectado, ya sea porque suprima, impida o dificulte el ejercicio de alguna de las posiciones que *prima facie* pueden adscribirse a su ámbito normativo”¹⁷. En cuanto a la adscripción de esta intervención –o de la posición afectada– a una disposición de derecho fundamental, procede sucesivamente a la explicación de

¹³ LOPERA MESA, op. cit., p. 182 y, en términos similares, p. 190.

¹⁴ LOPERA MESA, op. cit., pp. 214 y ss.; sobre la postura de VON HIRSCH, críticamente, v. p. 190 y ss.; sobre la postura de BENTHAM, pp. 199 y ss.; sobre las comprensiones preventivo-generales, pp. 204 y ss.; sobre la comprensión de FERRAJOLI, pp. 220 y ss.

¹⁵ Especialmente, v. LOPERA MESA, op. cit., pp. 238 y ss.; apuntando, sobre este último que no se trata de comparar “dos males, sino... entre los males y los bienes que previsiblemente puedan derivarse de la intervención penal del legislador” (p. 241).

¹⁶ LOPERA MESA, op. cit., pp. 242 y ss., señalando que es “precisamente la existencia de [el] componente autoritativo en el seno del razonamiento jurídico [lo que] impide una plena equiparación entre el discurso sobre la legitimidad externa o la justicia de una ley penal..., y el discurso jurídico acerca de su validez efectuado por un Tribunal en el ámbito de un procedimiento de control de constitucionalidad, aun cuando los parámetros empleados para realizar ambos juicios puedan coincidir casi por completo en razón de la... migración de los criterios éticos de legitimidad al derecho constitucional”.

¹⁷ LOPERA MESA, op. cit., p. 265, distinguiendo entre intervenciones imperativas y fácticas, y actuales o potenciales, matizando que ello no prejuzga “si se trata o no de una intervención constitucionalmente justificada, esto es, si afecta o no a una posición perteneciente al ámbito de protección definitiva del derecho fundamental, cuestión que sólo podrá determinarse tras la aplicación de los subprincipios de proporcionalidad” (p. 267).

las disposiciones de derecho fundamental, el juicio de adscripción y su *ratio* así como los límites de esta operación. En el primer sentido, entiende por disposiciones de derecho fundamental “todos los enunciados del texto constitucional de cuyo contenido prescriptivo quepa inferir posiciones que garantizan a un individuo el ejercicio de determinada libertad, le otorgan cierta competencia o estatuyen un derecho a que el estado (y eventualmente los particulares) realicen o se abstengan de hacer determinadas acciones” (p. 271). En coherencia con su concepción conflictivista de los derechos, mantiene LOPERA un criterio de interpretación —y adscripción— amplia de los mismos y sitúa sus límites en “las fronteras semánticas de los términos que definen el supuesto de hecho del derecho fundamental, interpretado en sentido amplio, y por las restricciones establecidas directamente y de modo expreso en el texto constitucional” (p. 275). Seguidamente, la autora explica la intervención en derechos fundamentales mediante la configuración del supuesto de hecho —o tipo penal—. En este sentido, LOPERA concibe un derecho general a la libertad como norma de clausura del ordenamiento jurídico, que sustenta en los arts. 10.1 y 16.1 CE y que permite someter a este debate —y entender como intervención en los derechos fundamentales— toda norma jurídico-penal¹⁸. En segundo lugar, explica la autora la intervención en derechos fundamentales mediante la consecuencia jurídica —o pena— y procede a una exposición detallada del significado material —en términos de incidencia iusfundamental— de los distintos tipos de pena, en aras de señalar los costes a considerar en el juicio de proporcionalidad¹⁹. Para LOPERA MESA, “la intervención en el derecho al honor que resulta de la carga estigmatizante del castigo viene a sumarse a las demás posiciones iusfundamentales que se ven afectadas por el tipo de sanción a través de la cual se manifiesta el reproche penal” (p. 322). Expuestas las razones que juegan contra la constitucionalidad de la ley penal, procede a explicar las razones a favor y de este modo, ofrecer una visión global de la situación de conflicto a resolver a través de los subprincipios de la proporcionalidad. En la explicación del fin legítimo, identifica la autora el fin del Derecho penal con la protección de bienes jurídicos (pp. 332 y s.), y se aproxima a la problemática de este último, entendiendo por tal: “todos aquellos objetos de la realidad social que el legislador valora positivamente y se propone tutelar a través de las normas penales”²⁰. De este modo, LOPERA sugiere la adopción de un concepto material de bien jurídico que permita identificar el delito con la producción de un daño o lesión a un objeto material externo a la propia norma. Con ello persigue una mayor racionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales, pues la lesividad de la conducta deviene así “susceptible tanto de verificación empírica como de graduación..., cuestión que será importante para definir su peso en la ponderación” (p. 339). Finalmente, procede al análisis de la legitimidad del fin, esto es, de la presencia “de una razón que posee la fuerza justificatoria suficiente para entrar en colisión con aquellas que se oponen a la intervención penal, representadas por los principios iusfundamentales afectados por la misma”²¹. En coherencia con el modelo de estado y su concepción de la constitución, LOPERA MESA entiende como fines legítimos o aptos para fundamentar *prima facie* una intervención legislativa en un derecho

¹⁸ LOPERA MESA, op. cit., pp. 285 y ss., especialmente pp. 289 y ss., y sobre el abuso de derecho, también v. pp. 291 y ss.

¹⁹ LOPERA MESA, op. cit., pp. 297 y ss., apuntando, en cualquier caso, su carácter pluriofensivo, v. pp. 299 y s.

²⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 337, en cursiva en el original.

²¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 341, ampliamente, pp. 342 y ss.

fundamental todos aquellos no proscritos definitivamente a tal nivel normativo²². La autora señala el significado constitucional —de segundo grado— de estas otras razones sobre la competencia general de intervención en tales derechos reconocida en los arts. 53.1 y 81.1 CE (pp. 377 y s.). LOPERA concluye el capítulo señalando en los supuestos de concurrencia de fines mediatos e inmediatos, la necesidad de establecer una referencia valorativa unitaria —el mismo fin o bien jurídico— en la aplicación de los distintos subprincipios de proporcionalidad (pp. 384 y s.).

Pero el desarrollo de estos, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en su acepción estricta, lo aborda tan sólo en el capítulo quinto de la obra. En este sentido, entiende que una intervención legislativa en derechos fundamentales “representa un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro del fin que se pretende alcanzar con la misma... cuando entre la medida y su finalidad exista una relación de *causalidad positiva*, es decir, cuando... la realización del fin se vea incrementada en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención” (pp. 387 y s.). La concepción gradual de la idoneidad, permite a la autora diferenciar grados y perspectivas de enjuiciamiento —idoneidad temporal, de plenitud, cuantitativa y probabilística—, su posterior opción por una comprensión débil, entendiendo por idóneo —frente a posturas maximalistas— todo “medio que tenga alguna relación positiva con el fin legislativo, contribuyendo de algún modo a su satisfacción”²³, amplía los márgenes de operatividad de este parámetro. LOPERA señala con razón la importancia del conocimiento científico y técnico en esta sede. Pues el examen de la idoneidad de la norma de conducta obliga a establecer la —efectiva— lesividad de ésta, ya que “sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico”²⁴. Desde su concepción material de bien jurídico, concluye que el objeto de prohibición penal deber ser “una conducta (acción u omisión) susceptible de modificar la realidad exterior y..., que dicha conducta representa al menos un peligro abstracto para el bien jurídico cuya protección se invoca como fundamento de la intervención”²⁵, señalando el diverso grado de afectación de los delitos de lesión y de peligro y, dentro de estos, según el carácter concreto o abstracto, así como la resistencia que ofrece la definición de los contenidos mínimos de lesividad en sede de ley (p. 404 y ss.). En relación con la norma de sanción advierte, junto a los efectos instrumentales, la importancia del significado simbólico pero admite su legitimidad “sólo si, y en la medida en que, contribuyen a incrementar la eficacia instrumental de la norma en cuestión, siendo este último el parámetro para valorar la idoneidad de una intervención penal, por cuanto reales, y no simplemente simbólicas, son las afectaciones para los derechos fundamentales que de ella se derivan” (p. 416); si bien, advierte la inseguridad de las premisas empíricas sobre las que se mueven estas consideraciones confiadas, por ello, al margen de acción

²² LOPERA MESA, op. cit., pp. 358 y ss., señalando la mayor fuerza justificativa de los fines legislativos orientados a la tutela de bienes jurídicos de rango iusfundamental o expresamente constitucional frente a los meramente no incompatibles con este texto (v. pp. 361 y 378).

²³ LOPERA MESA, op. cit., p. 389; igualmente v. pp. 390 y ss.

²⁴ LOPERA MESA, op. cit., p. 389; igualmente v. p. 395.

²⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 400, cuestionando la idoneidad de “los tipos de mera desobediencia” y, en particular, el delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia (p. 401).

epistémico propio del legislador²⁶. Mediante el subprincipio de necesidad trata de establecer “si la medida enjuiciada, comparada con otros medios alternativos igualmente idóneos para alcanzar el mismo fin, resulta ser la más benigna (o menos lesiva) para los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa”, se trata por tanto, de comparar diversas medidas atendiendo a “su idoneidad en relación con el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa” (p. 433). Tras la explicación de su estructura argumentativa e insuficiencias (pp. 436 y ss.), LOPERA MESA establece su significado en relación con la norma de conducta y de sanción. En relación con la primera, el subprincipio de necesidad —o fragmentariedad— se concreta en dos postulados: “*no todos los bienes jurídicos deben ser bienes jurídico penales y, por otro, no todas las modalidades de agresión a un bien jurídico penal deben ser penalmente relevantes*” (p. 451). En la discriminación de las medidas apunta la necesidad de atender a las dos perspectivas de enjuiciamiento señaladas: idoneidad problemática y lesividad iusfundamental²⁷. En relación con la norma de sanción, señala la subsidiariedad externa, frente a medios menos lesivos extrapenales, e interna, de las medidas más drásticas con respecto a las más benignas. Aquí, frente al débil discurso jurídico-penal al uso, LOPERA MESA apuntala su significado “en virtud del mandato de optimización que incorporan los derechos fundamentales afectados por su intervención penal” (p. 460), si bien advierte los límites discursivos de este principio derivados tanto de su difícil control empírico como del margen de acción adscrito al legislador. En este marco, aborda el análisis de diversas medidas, también no sancionadoras (*subsidiariedad externa*) y, dentro de estas, según su diversa entidad (*subsidiariedad interna*)²⁸. Y en relación con este último aspecto, establece un límite de idoneidad mínimo: “el contenido aflictivo de la pena no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito”²⁹. Como desarrollo de su discurso, LOPERA llega a sostener —en términos condicionales— la inconstitucionalidad, “por falta de necesidad, de las normas que establecen la pena de prisión como sanción para determinados delitos en aquellos casos en que sea posible establecer la existencia de una pena alternativa que, globalmente considerada, resulte ser más eficiente”³⁰. Finalmente, aborda la explicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la determinación de “si la afectación de derechos fundamentales que tiene lugar a

²⁶ LOPERA MESA, op. cit., p. 432, concluyendo que sólo cabe una declaración de inconstitucionalidad cuando concurran dos condiciones, “la primera es que el legislador no logre respaldar, con base en premisas empíricas avanzadas por el conocimiento técnico y científico disponible que su intervención puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende garantizar; la segunda es que pueda establecerse, con base en premisas dotadas del mismo respaldo, que la intervención penal, además de no producir efectos apreciables en orden a la protección del bien jurídico, se revela contraproducente para alcanzar dicho fin”.

²⁷ Apunta, también aquí, la idoneidad de este subprincipio para sustentar sentencias “reductoras”, LOPERA MESA, op. cit., pp. 457 y ss.

²⁸ LOPERA MESA, op. cit., pp. 461 y ss.; sobre la tutela jurídico-civil del derecho al honor, ilustrativo, pp. 469 y ss.; en relación con las sanciones administrativas, también, señalando la importancia de las garantías procedimentales (pp. 478 y s.), así como la certeza de la sanción (p. 480).

²⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 486, señalando las dificultades de tal cuantificación, pp. 487 y 489; en cuanto a los delitos patrimoniales, igualmente v. p. 487 n. 248.

³⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 490 y, posteriormente, también, p. 550, si bien es consciente de las limitaciones operativas que alientan “la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad, sumadas a los problemas específicos que plantea su aplicación al juicio de constitucionalidad de las leyes que definen los delitos y las penas” (p. 497).

través de la definición de una conducta como delito y de su correspondiente pena alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador” (p. 497). LOPERA MESA procede a una ponderación de ambas magnitudes —“por un lado, los derechos fundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de la pena aplicable y, por otro, el bien o los bienes jurídicos que se aducen como fundamento de la intervención legislativa” — a partir de la “ley de la ponderación” de ALEXY: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³¹. Y aborda la determinación de las magnitudes atendiendo a la intensidad de la afectación/satisfacción de las posiciones — correlativamente — afectadas³², su peso abstracto³³ y la seguridad de las premisas empíricas³⁴. La autora advierte la resistencia que ofrece la relación de estos valores. También mediante modelos matemáticos³⁵. Aún así, acierta a formular mediante reglas los resultados de tal ponderación e incluso, ambiciona una superación del particularismo de la solución propuesta (pp. 547 y ss.), si bien concluye que la aplicación del principio de proporcionalidad “al control de constitucionalidad de las leyes penales se enfrenta a múltiples dificultades que obligan a matizar considerablemente las exigencias derivadas de cada uno de sus subprincipios y, en general, ponen de manifiesto las precarias posibilidades de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes para operar como instancia limitadora del poder punitivo” (p. 550).

Finalmente, en el capítulo sexto, aboga LOPERA MESA por la “utilización de un test de constitucionalidad más exigente respecto del que suele emplear la jurisprudencia y avalar la doctrina en relación con las leyes penales”³⁶. Arguye una mayor “vinculación del legislador a los derechos fundamentales y, en general, a los contenidos constitucionales” (pp. 572 y s.). También, siguiendo a Víctor FERRERES, la necesidad de entender los modelos de control de constitucionalidad “como un sistema que debe operar en momentos de normalidad democrática y no como una institución para la crisis” (p. 573). Pese al inevitable déficit empírico, LOPERA concluye esbozando un modelo de control constitucional en el que acentúa la carga

³¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 499, reformulándola unas páginas después, p. 538: “Cuanto mayor sea el peso del principio afectado por la intervención en el caso concreto (...), tanto mayor debe ser el peso que ostente en el caso concreto el principio que justifica la intervención legislativa”.

³² LOPERA MESA, op. cit., p. 504, dada la “relación de proporción directa entre la intensidad con que la norma enjuiciada afecta y satisface los principios en juego y el peso que estos últimos tendrán en la ponderación”; en cuanto a los criterios de cuantificación, v. pp. 505 y ss.

³³ LOPERA MESA, op. cit., p. 514, matizando no obstante que “el recurso al peso abstracto representa tan sólo un criterio adicional, que viene a complementar el criterio de la intensidad de afectación de los principios en juego”; en cuanto a los criterios de ponderación, v. pp. 516 y ss.

³⁴ LOPERA MESA, op. cit., p. 526, dando así “relevancia al hecho de que no siempre las premisas empíricas con las que se argumenta en torno a la intensidad con que la medida enjuiciada afecta derechos fundamentales o contribuye a la realización de su finalidad cuentan con el mismo grado de certeza, y tal diferencia ha de ser considerada al momento de asignar el peso a cada uno de los principios que intervienen en la ponderación”; aunque no oculta su resistencia probatoria, cfr. p. 531.

³⁵ Siguiendo a ALEXY, con matices, LOPERA MESA, op. cit., pp. 531 y ss.; sobre la opción por escalas triádicas, siguiendo al anterior, v. pp. 502 y s. n. 281.

³⁶ LOPERA MESA, op. cit., pp. 553 y s.; sobre los modelos de control en la jurisprudencia constitucional española y alemana, v. pp. 554 ss. y pp. 561 ss., respectivamente.

argumentativa –a favor de los derechos fundamentales y– sobre el legislador³⁷, defiende la posibilidad de enjuiciamiento *ex post* de las normas³⁸, ofrece un espacio importante para discusión de premisas empíricas, en particular relativas a la idoneidad y necesidad de las normas³⁹, y con ello, al grado de certeza de estas últimas (pp. 605-607).

III.

Uno de los principales valores de esta monografía reside en la racionalización de las referencias valorativas y su incidencia discursiva en el juicio de constitucionalidad. El sustento de la adecuación constitucional del delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, según veíamos al principio, en “bienes tan trascendentales como la vida y la integridad física de las personas”⁴⁰, no puede sino causar perplejidad, pues como señala LOPERA MESA “la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, en sí misma considerada, no lesiona ni pone en peligro a la vida o integridad física, con lo cual su prohibición guarda una relación harto remota con la protección de aquellos bienes” (p. 382). La alusión a estos bienes jurídicos mediatos y su significado en la sentencia diluye el margen operativo del principio de proporcionalidad, pues siempre hay algún bien “trascendental” con el que enlazar una u otra figura delictiva. Por ello hay que insistir en que, aún cuando la alusión a un concreto objeto de tutela puede ser –en mayor o menor medida– razonable, y “que no todos los principios constitucionales ni..., todas las posiciones de derecho fundamental, tienen la misma importancia desde el punto de vista material” y que, “por ejemplo, se suele considerar que una pena de multa es menos grave que una de prisión, independientemente de la cantidad de una y otra, atendiendo a la convicción generalizada de que la libertad es más importante que el patrimonio económico” (p. 514); el peso abstracto de los intereses afectados por la intervención legislativa –la vida, la integridad física, etcétera– constituye tan sólo un criterio adicional que debe complementarse con el de la intensidad de su efectiva afectación. Y desde esta otra perspectiva cabe oponer a la STC 161/1997 que una incidencia apenas leve e incierta en tales derechos no basta como sustento de una afectación tan intensa de posiciones iusfundamentales como las que conlleva el art. 380 de nuestro CP⁴¹.

³⁷ Especialmente, v. LOPERA MESA, op. cit., pp. 581 y s.

³⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 587, señalando que inmunizar la norma “frente a ulteriores desarrollos sociales y científicos no previsibles al momento de su adopción deja de tener sentido tan pronto se comprende que el respeto por la libertad de configuración del legislador no es la única ratio atendible en la configuración de un modelo de control de constitucionalidad, pues a su lado se sitúa la pretensión de efectividad de los derechos fundamentales, cuya fuerza vinculante... se prolonga durante todo el tiempo en que ésta mantiene su vigencia”.

³⁹ “De tal suerte que la calidad epistémica de las premisas empíricas que intervienen en el juicio de constitucionalidad de la ley dependerá de que éstas sean confirmadas y, en todo caso, de que no sean refutadas de modo concluyente, por el conocimiento científico disponible proveniente de estos saberes”, LOPERA MESA, op. cit., p. 598.

⁴⁰ STC 161/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico décimo tercero.

⁴¹ Así también, LOPERA MESA, op. cit., p. 515; sobre la relevancia del grado de probabilidad en la determinación de la intensidad de afectación de los derechos fundamentales, v. p. 506.

Mediante este u otros ejemplos, la autora contribuye de manera importante a la superación de ciertas ideas comunes eventualmente falsas, vigentes sin embargo, en el discurso de nuestro Tribunal Constitucional. Y es que no se puede argüir que otro tipo de medidas alternativas de control —también extrapenales— “no tienen de forma manifiesta una similar eficacia [preventiva] -no la tienen la inmovilización del vehículo ni las sanciones administrativas, cuya menor gravedad impide a este Tribunal concluir que vayan a causar similares efectos”⁴²; sin descender algunos peldaños discursivos. Tampoco sin aportar sustento empírico alguno⁴³. Entre otras razones, porque la autora demuestra lo contrario sobre el ejemplo de la tutela jurídico-civil del derecho al honor⁴⁴.

En esta última línea, debe celebrarse igualmente el enriquecimiento que postula del juicio de constitucionalidad mediante su apertura a contenidos de racionalidad metajurídicos. “La consideración de los derechos fundamentales como principios que ordenan ser satisfechos en la mayor medida posible, conforme a las circunstancias fácticas y antijurídicas, y cuya limitación sólo está justificada cuando se satisfacen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, obliga a revisar la imagen tradicional del juicio de constitucionalidad de las leyes, según la cual se trata de un juicio de comparación entre normas, en el que sólo intervienen premisas analíticas y normativas, donde no hay lugar para consideraciones de índole empírica ni, por tanto, resulta necesaria la práctica de pruebas..., la utilización de herramientas argumentativas como el principio de proporcionalidad, al hacer depender la justificación constitucional de las leyes de su aptitud para alcanzar determinados fines, o de la ausencia de otras medidas menos lesivas, [abre] ...un espacio importante para la consideración de premisas empíricas en el control de constitucionalidad de las leyes” (p. 593). LOPERA MESA sitúa su discurso en el actual marco de creciente preocupación por el proceso de gestación de las leyes penales. Señala que esta exigencia de respaldo de las premisas empíricas sobre las que se asienta toda decisión legislativa en materia penal con base en conocimiento experto, y que permitiría igualmente al Tribunal un mejor enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley, “tan sólo viene a reforzar una exigencia de racionalidad legislativa ya existente, aunque insuficientemente desarrollada, en el derecho positivo”⁴⁵. Todo ello sin desconocer el grado de certeza accesible a este tipo de material empírico. En el enriquecimiento del discurso vislumbra una vía de control a algunas —entre otras— de las disfunciones más acentuadas en nuestra experiencia reciente. En concreto señala, la preocupante deriva populista de nuestro legislador

⁴² STC 161/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico décimo primero.

⁴³ Expresamente, LOPERA MESA, op. cit., p. 600.

⁴⁴ LOPERA MESA, op. cit., pp. 469 y ss.; igualmente v. pp. 486 y ss., y en particular n. 250.

⁴⁵ LOPERA MESA, op. cit., pp. 602 y s.; en términos similares, sobre “el imperativo de justificación de todos los actos del poder que constituye la seña de identidad del estado constitucional”, v. pp. 581 y s.; señalando que “bajo la óptica del principio democrático, es posible ofrecer respaldo a este deber de fundamentación de las premisas fácticas que sustentan las decisiones legislativas, pues el debate público en torno a las mismas se enriquece cuando los ciudadanos pueden contar con una base suficiente de información empírica que permita controvertir las asunciones del legislador” (p. 595). En cuanto a su posible incidencia en el juicio de proporcionalidad, pp. 466 y s., señalando la pobreza del discurso como un factor “que debilita la certeza sobre las premisas que fundamentan la necesidad de intervención”.

penal⁴⁶. En este sentido, nos hemos venido manifestando también en algunos trabajos precedentes⁴⁷.

Finalmente, debe mencionarse aquí su pronunciamiento —frente a la posición mayoritaria en nuestra doctrina— a favor de una mayor generalización y reforzamiento de los niveles de control de constitucionalidad de las leyes (pp. 570-572), el incremento de la carga argumentativa del legislador⁴⁸, la necesidad de incentivar el control de las “consecuencias y la práctica de su evaluación en la fase postlegislativa”⁴⁹ o, simplemente, la claridad que vierte en la distinción entre validez jurídico-constitucional de la norma penal y su legitimidad desde los distintos parámetros de enjuiciamiento externo⁵⁰, dado su inestimable potencial crítico.

Ahora bien, todo ello se contextualiza en una concepción excesivamente instrumental de nuestra materia jurídica. Este enfoque afecta a la propia coherencia interna del trabajo, pues una concepción del “derecho en general, y el derecho penal en particular, como instrumentos para garantizar las condiciones necesarias para el pleno despliegue de la libertad individual” (p. 19), junto a la función preventiva de violencia social derivada del delito y de las puniciones informales (pp. 214 y ss.), debiera priorizar la satisfacción de la tales funciones mediante aquellas intervenciones que no se traduzcan al mismo tiempo en costes iusfundamentales o, con otras palabras, en costes de “libertad individual”. Por ello, sobre tales presupuestos, frente a una intervención ordinaria mediante norma de conducta y sanción —como por ejemplo, la introducción de una nueva figura delictiva— parecen preferibles aquellas intervenciones cuyo coste en términos iusfundamentales se agoten en la norma de conducta como, por ejemplo, la introducción de figuras delictivas —con estructura sancionatoria— de imposible aplicación. Y frente al habitual recurso a la pena, esto es, intervenciones que se consumen principalmente en el refuerzo de la norma de sanción —como, por ejemplo, el incremento del marco punitivo de figuras delictivas ya existentes— aquellas que no trascienden instrumentalmente tampoco en este

⁴⁶ Así, entiende LOPERA MESA, op. cit., pp. 602 y s., que este enriquecimiento discursivo “serviría para controlar el recurso al instrumento penal para conseguir efectos puramente simbólicos, para evitar que la legislación penal responda a iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas más por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión que por la existencia de una necesidad real de intervención penal”.

⁴⁷ Principalmente, SÁNCHEZ LÁZARO, “¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*?”, pp. 79 y ss.; el mismo, “Técnica legislativa y antijuridicidad”, en prensa; el mismo, “Respuestas a la criminalidad de los menores”, pp. 70 y ss. Próximamente, también, el mismo, *Política criminal y técnica legislativa*.

⁴⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 583, de lo que cabe extraer interesantes consecuencias para la teoría del bien jurídico; así, señala LOPERA, p. 335, que “para cumplir su función limitadora y crítica ha de ser un concepto preciso y necesariamente selectivo, esto es, capaz de señalar con claridad las propiedades definitorias de un bien jurídico y, allí donde estas no concurren, dejar fuera del ámbito de lo legítimamente punible a todos aquellos tipos penales carentes de bien jurídico”; adscribiendo la legislador “la carga de explicitar los fines que se propone alcanzar con la norma enjuiciada”, también v. p. 341.

⁴⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 604; igualmente v. pp. 593 y ss., insistiendo, p. 596, en que “la necesidad de control judicial de los pronósticos del legislador... dentro de los límites que lo rodean,... representa un «imperativo de racionalidad» («Zwang zur Rationalität») que puede contribuir a optimizar la calidad de las decisiones políticas, al someter a verificación los hechos que sirven de base al pronóstico del legislador y a la vez confrontar las previsiones del legislador con los resultados que en la práctica arrojan sus medidas”.

⁵⁰ Especialmente, v. LOPERA MESA, op. cit., pp. 249 y ss.

último plano; por poner un ejemplo: la introducción de un incremento de rigor imposible —o de imposible aplicación— para reforzar la vigencia de una figura delictiva preexistente. Por ello no se entiende cuando LOPERA condiciona la legitimidad de los efectos simbólicos “sólo si, y en la medida en que, contribuyen a incrementar la eficacia instrumental de la norma en cuestión, siendo este último el parámetro definitivo para valorar la idoneidad de una intervención penal” (p. 416), pareciendo que en algún momento de la obra han mutado las referencias desde la señalada del “pleno despliegue de las libertades individuales” hasta esta otra de la protección instrumental de bienes jurídicos⁵¹. En cualquier caso, el desarrollo de un Derecho penal coherente con aquella desaconseja su agotamiento en la protección de “aquellos bienes fundamentales cuya lesión pueda materializarse en daños tangibles ocasionados a individuos concretos” (p. 250); es preciso una mayor atención a su dimensión expresivo-integradora así como su desarrollo — desde estas otras perspectivas— en aras de maximizar precisamente, los márgenes de libertad individual⁵².

Pero no se trata sólo de una cuestión de coherencia interna, pues nuestra experiencia reciente, nos muestra la trascendencia problemática del significado expresivo-integrador de las normas jurídico-penales. Así, mediante la reciente LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se introduce —principalmente— un endurecimiento de las consecuencias jurídicas previstas en esta ley para los hechos delictivos más graves, pese a que el legislador se felicita expresamente de su eficacia instrumental frente a los mismos⁵³. Se trata de que la trascendencia pública de los realmente acontecidos condujo a un clima de alarma social⁵⁴ y cierta sensación de impunidad en relación con tales hechos que no se correspondía con el —cuando menos— importante rigor de sus consecuencias jurídicas. Con otras palabras: aunque la incidencia instrumental de la norma en la realidad social era —según el parecer de nuestro legislador— satisfactoria, las representaciones valorativas y las percepciones que suscitaba la misma eran notoriamente deficientes. De ahí este proceso de reforma; aunque hay otros ejemplos similares: terrorismo, violencia de género, etcétera. En términos de libertad individual, los costes de una intervención simbólica —como, por ejemplo, una agravación aparente del catálogo de consecuencias jurídicas— resultan exponencialmente menores que las medidas instrumentales recogidas en esta LO 8/2006. Y también aquí surgen dudas sobre los márgenes de proporcionalidad posibles. Por poner un ejemplo: ¿cabe establecer en sede de ley una consecuencia jurídica materialmente inaplicable de 6 a 40 años de privación de libertad a un menor de 15 años de edad? En principio, de los criterios de ponderación que sugiere esta autora, parece inferirse que sí. Pues no hay afectación sustantiva —*ex novo*— de principios iusfundamentales: la intervención se agota en el refuerzo simbólico de normas de conducta y sanción preexistentes. No obstante, urge una aproximación al respecto. Entre otras razones, por el preocupante mal uso que se hace de este tipo de legislación⁵⁵.

⁵¹ Aunque, ciertamente, en aras de una mayor racionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales, cfr. LOPERA MESA, op. cit., pp. 332, 333 y 339, por ejemplo.

⁵² En este último sentido, cfr. LOPERA MESA, op. cit., pp. 214 y ss.

⁵³ Exposición de motivos.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ En este sentido, con razón, LOPERA MESA, op. cit., pp. 414 y s.

Ciertamente, hay otros aspectos cuestionables. Así, por ejemplo, las manifestaciones sobre el juicio de culpabilidad obvian su más reciente orientación y contribuciones al respecto⁵⁶. El recurso a los modelos matemáticos, pese a su matizada significación, puede resultar interesante en la determinación del grado de idoneidad político-criminal —desde perspectivas iusfundamentales— de las diferentes intervenciones legislativas; pero cuando se trata de establecer los márgenes de lo constitucionalmente posible parece que el conflicto ofrece aristas suficientes como para ofrecer una formulación al uso. Y es que somos de letras. Por ello antes que las diferentes cifras que ofrece la autora: 0,0026 vs 372,36; nos resulta más ilustrativo que —pese a las razones aducidas en la STC 161/1997— en los supuestos típicos, el art. 380 del CP vacía de contenido el derecho a no declarar contra sí mismo, por poner un ejemplo. Finalmente debemos dejar en cuarentena, como consecuencia de su acentuada perspectiva instrumental, tanto la conformación de los diferentes juicios de proporcionalidad como algunas de las conclusiones a las que llega LOPERA MESA. Así, por ejemplo, cuando cuestiona la validez constitucional de la gran mayoría de las normas que prevén pena de privativa de libertad atendiendo, en primer lugar, a “la menor intensidad en la satisfacción de los bienes jurídicos (especialmente cuando se utiliza para prevenir conductas que sólo representan un peligro y no una lesión de tales bienes) en relación con la mayor intensidad de la afectación de derechos fundamentales que con ella se produce (no sólo la libertad, sino los que son limitado de modo necesario por el régimen de ejecución y por el efecto estigmatizador de la prisión). En segundo lugar, el mayor peso abstracto de los derechos fundamentales afectados por la prohibición y por la pena, en relación con el peso de los bienes jurídicos protegidos (que sólo será equivalente cuando se trate de proteger posiciones de derecho fundamental, pero que no lo será cuando se trate de proteger bienes colectivos y menos aún, dentro de éstos, bienes institucionales). Finalmente, la menor certeza sobre la eficacia preventiva (y por tanto, sobre su contribución a la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos) en relación con la seguridad de las afectaciones que dicha sanción produce a los derechos fundamentales” (pp. 550 y s.). Este grado de aproximación entre las ecuaciones iusfundamentales y su validez constitucional suscita serias dudas, particularmente, cuando no se introduce en aquellas la articulación procesal de las normas de sanción, las dimensiones expresivo-integradoras de la materia y a través de éstas, otras posibles referencias —más allá de los principios iusfundamentales apuntados— en el juicio de legitimidad y validez de la intervención legislativa. En este último sentido, parece que las representaciones valorativas vigentes permiten, por lo menos, plantearse: ¿qué son seis, doce o veinticuatro meses de privación de libertad por otros tantos millones de euros? De hecho, en algunos medios de comunicación, se muestra a ciudadanos sometiéndose a situaciones próximas por bastante menos. Y es preciso asegurar que “el contenido aflictivo de la pena no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito” (p. 486); pese a los onerosos costes iusfundamentales

⁵⁶ Así, señala que “una justificación de la pena a partir del reproche ha de asumir algunas premisas harto discutibles: la primera es que el delincuente contraviene la ley penal pese a estar en sus manos el «poder actuar de otro modo»; asunción necesaria porque de lo contrario no estarían sentadas las bases de un reproche moral contra el autor, pero a la vez indemostrable, como lo pone de manifiesto toda la literatura que da cuenta de la crisis de la noción de culpabilidad basada en la tesis del libre albedrío”, LOPERA MESA, op. cit., p. 196. Últimamente, sin embargo, v. URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, passim.

de la pena privativa de libertad. En cualquier caso, nada de ello deslució el monumental trabajo de esta autora.

Bibliografía

Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (2005), “¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad”, RDPC, 2005/16, pp. 79 y ss.

– (2006), “Técnica legislativa y antijuridicidad”, ADPCP, 2006/I, en prensa.

– (2006), “Respuestas a la criminalidad de los menores”, RP, 2006/19, pp. 70 y ss.

– (2007), *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Comares, Granada.

Asier URRUELA MORA (2004), *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada.