

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE EN LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA PENAL

José Antonio Caro John<sup>1</sup>

### Introducción

El Derecho penal no es un sistema jurídico aislado. La visión que lo concebía como un sistema autónomo y autorreferencial es desfasada, pues detrás de una norma penal siempre existe una conexión directa con otra norma perteneciente a otro sistema jurídico, como, por ejemplo el sistema constitucional. Gráficamente, el delito de homicidio sanciona las afectaciones no permitidas al derecho a la vida, el delito de hurto protege el patrimonio de la persona, el delito de calumnia protege el derecho al honor. En estos supuestos el ámbito de protección de los delitos preexiste al Derecho penal, pues tanto la vida, el patrimonio, como el honor, constituyen expectativas normativas cuya protección tienen una relevancia constitucional, siendo además objeto de tutela en otros ordenamientos jurídicos.

La reflexión anterior nos lleva al punto indiscutible de considerar que el Derecho penal, en estricta armonía con el principio de subsidiariedad y de *última ratio*, es el sistema jurídico a través del cual el sistema constitucional concretiza y sanciona en última instancia las afectaciones más intensas a los derechos fundamentales. No obstante, lo cual resulta en esencia paradójico, es que solo a través de la limitación de los derechos fundamentales el sistema penal puede cumplir su función. Por ello, es preciso establecer cuáles son los límites que tiene el sistema penal en las afectaciones permitidas que realiza a los derechos fundamentales, para que de esta forma -como coloquialmente se diría- el remedio no sea más problemático que la enfermedad.

Al tratarse de la limitación de derechos fundamentales, la misma no debe realizarse con las herramientas propias del sistema jurídico penal, sino que deben utilizarse los criterios adoptados en el sistema original de nacimiento de los derechos fundamentales: el sistema constitucional. En este sistema jurídico el

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de Derecho Penal.

método utilizado para determinar si una afectación a un derecho fundamental es o no válida es la aplicación del denominado principio de proporcionalidad. La aplicación del mencionado principio sirve para determinar en el caso concreto si es que la afectación es o no legítima. En buena cuenta, este principio es el instrumento fundamental que sirve de parámetro para que el operador (sin distinguir el ámbito de operación), pueda determinar si la operación realizada, o a realizar, es parte del sistema jurídico.

Para el desarrollo de estas consideraciones, en la primera parte abordamos los presupuestos que legitiman la aplicación del principio de proporcionalidad en un conflicto entre derechos fundamentales. En la segunda parte nos centramos en analizar propiamente al principio de proporcionalidad. En la tercera y última parte nos centramos en cómo el principio de proporcionalidad opera y debe operar en el sistema penal, avocándonos específicamente a la creación de una norma jurídica, y la determinación de la pena a aplicar.

### **(Primera parte) El conflicto entre derechos fundamentales**

Según una clásica división de las normas realizadas por la doctrina especializada en materia de derechos fundamentales,<sup>2</sup> las normas constitucionales pueden ser clasificadas en reglas y principios.

#### *Las reglas*

Las reglas son normas que tienen dentro de sí un mandato determinado.<sup>3</sup> Esto equivale a señalar que su estructura tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas. Ello implica que la aplicación de la norma debe ser de carácter inmediato, de forma tal que una vez constatado el supuesto de hecho debe aplicarse la consecuencia jurídica, siendo la subsunción el criterio que guía al principio de proporcionalidad. Cuando se produce un conflicto entre reglas la forma de resolverlo es a través de los criterios clásicos de resolución de conflictos: la especialidad y la vigencia de la norma.

<sup>2</sup> Vid. Alexy, Robert (1993), *Teoría sobre los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Madrid: Centro de Estudios Políticos constitucionales, *passim*.

<sup>3</sup> Vid. Alexy, Robert, ob. cit., págs. 81 y ss.

Un ejemplo claro de una norma con estructura de regla es el delito de homicidio (Artículo 106 del Código penal), cuyo precepto es: “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”. El supuesto de hecho de la norma es el matar a otro, siendo la consecuencia jurídica la imposición de una pena privativa de libertad dentro de los 6 a 20 años. Se puede apreciar que la norma tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas, siendo que las mismas son de aplicación inmediata al constarse la producción del supuesto de hecho en la realidad.

Las reglas son de aplicación obligatoria, la única forma en la cual es posible dejar de aplicar una regla es cuando otra regla prevé ello. Por ejemplo, volviendo al caso del homicidio, si una persona mata a otra, pero la mata defendiéndose de una agresión iniciada por la persona fallecida, entonces se aplicará una nueva regla -que deroga tácitamente la anterior- la cual es la legítima defensa (Artículo 20, numeral 3, del Código Penal).

#### *Los principios*

Los principios son (Alexy) mandatos de optimización dentro de lo fáctico y jurídicamente realizable.<sup>4</sup> A diferencia de las reglas, los principios no son de cumplimiento directo, sino que su realización se encuentra supeditada a que la consecuencia jurídica pudiera ser realizada fáctica y jurídicamente.<sup>5</sup> Por ejemplo, si la Constitución estipulase que todo ciudadano tiene derecho a una vivienda, el cumplimiento del creado derecho fundamental a la vivienda no será exigible directamente, porque se encontrará supeditado a que el Estado tenga los recursos (razón fáctica) para poder aplicar la consecuencia de hecho prevista en el derecho (el otorgamiento de la vivienda).

Dada su naturaleza abierta los principios entran constantemente en colisión entre sí. A diferencia de lo sucedido con las reglas, donde el mandato, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica son cerrados, en el caso de los principios no se puede aplicar los criterios tradicionales para resolver un con-

<sup>4</sup> Cfr. Alexy, Robert, ob. cit., págs. 86-87. Siguiendo a Alexy el Tribunal Constitucional del Perú considera a los principios como mandatos de optimización dentro de lo fáctico y jurídicamente realizable, como puede verse en la STC. Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso Costa Gómez, fundamento jurídico N° 18.

<sup>5</sup> Cfr. Alexy, Robert, ob. cit., pág. 86; Bernal Pulido, Carlos (2005), *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 96.

flicto entre principios. Por ejemplo, si la Policía captura a un integrante de una banda que ha decidido secuestrar a un niño y que ha amenazado con matarlo en una hora, tiene las siguientes opciones: *a)* La opción *-per se* prohibida- de torturar al delincuente para que le dé información sobre el paradero del menor, con lo cual protege el derecho fundamental a la vida del menor; y *b)* La opción de respetar el derecho a la integridad del delincuente, con lo que tácitamente habría aceptado la posibilidad real de que el niño muera a manos de la banda.

Como se ve en el ejemplo, ante un conflicto entre derechos fundamentales - en el caso integridad física contra el derecho a la vida- no existe una fórmula que *ex ante* haya indicado cómo resolver el conflicto. La solución al conflicto entre estos derechos fundamentales no ha sido única, sino que los diversos sistemas jurídicos han utilizado criterios distintos para abordar el presente problema, siendo básicamente tres los métodos utilizados en el derecho comparado: *a)* la posición preferente, *b)* la ponderación entre derechos fundamentales, *c)* la delimitación de los límites y contenidos de los derechos fundamentales. De ellos, por solo en los dos primeros es aplicable el principio de proporcionalidad; sin embargo, la diferencia entre ambos radica en el momento de aplicación del mencionado principio. En el primer caso la aplicación será *ex ante*, pues previamente se habrá determinado cuál es la norma fundamental más importante para la sociedad, lo que evidentemente supone un ejercicio de ponderación entre las diferentes normas fundamentales. En el segundo caso, la aplicación es *ex post*, porque será en el caso concreto que finalmente el operador realice el test de proporcionalidad.

## La resolución de conflictos entre derechos fundamentales

### *La posición preferente*

El postulado principal de esta teoría es que los derechos fundamentales, por lo general, no se encuentran en conflicto, sino que *ex ante* ya se ha resuelto el conflicto. La forma como se evitan estas colisiones es que en caso de existir ha de primar necesariamente uno de los dos derechos en conflicto. Ello no implica que no se haya dado una ponderación entre derechos fundamentales, sino que se ha decidido poner a un derecho fundamental sobre el resto, por la importancia que tiene para todo el ordenamiento jurídico.

El uso de la posición preferente para resolver conflictos entre derechos fundamentales no es muy usual, pues no existen fórmulas ni consensos para

decidir cuáles son los principios que necesariamente habrían de primar sobre otros, sobretodo en el estado actual donde se considera que ya no existen normas absolutas.<sup>6</sup> Al respecto, el establecimiento de posiciones preferentes se hace en dos niveles: uno normativo y uno judicial.

La Constitución prevé dentro de sí normas que creadas para resolver posibles conflictos entre derechos fundamentales, las cuales son en casi toda su totalidad normas prohibitivas. Por ejemplo, en el caso de la tortura, existe una obligación que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de impedir dicha acción en distintos supuestos.<sup>7</sup> Por ello, en el ejemplo planteado sobre la tortura, en principio y de considerarse a esta norma como una norma realmente absoluta, entonces la solución al conflicto presentado se decantaría por sancionar la tortura que pudiera realizarse contra el delincuente, porque la prohibición absoluta de tortura (sin importar la justificación en este contexto) sería la norma que rige en el contexto mencionado.

La otra forma de establecer posiciones preferentes se da en el ámbito judicial. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica es la pionera en esta línea, específicamente en el caso de la supremacía de la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad. Partiendo de una interpretación de la primera enmienda a su Constitución Política, el Supremo Tribunal norteamericano consideró que la libertad de expresión amparaba la posibilidad de afectar el derecho al honor de personajes públicos, pues de esta manera se fomentaba el debate democrático y las líneas de opinión en su país.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> El punto en particular es de reciente discusión; sin embargo, un trabajo pionero y esclarecedor sobre el tema puede encontrarse en: Luhmann, Niklas (1993), *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unversichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.

<sup>7</sup> La norma se encuentra establecida en el Artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la misma que establece lo siguiente: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior; suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.” Es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el Artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

<sup>8</sup> *Vid.* U.S. Supreme Court, Exp. N° 485 U.S. 46, caso *Hustler Magazine, Inc., et al., Vs, Falwel*. Básicamente Jerry Fallwell, uno de los mayores predicadores y líderes de la iglesia protestante americana, demandó a Larry Flynn, dueño y director de la revista *Hustler*, porque publicó una entrevista falsa (según lo expresado en la propia revista *Hustler*) que

El problema que posee la teoría de la posición preferente radica en sus presupuestos, específicamente la existencia de normas absolutas. Somos de la opinión que ninguna norma que tenga tras de sí directamente a un derecho fundamental puede ser considerada absoluta, es decir, de cumplimiento obligatorio en todo los supuestos y de preferencia en caso de conflictos. Consideramos que todos los derechos fundamentales, incluso la vida misma, son normas relativas, porque su aplicación y la necesidad de preferirlas sobre uno u otro tipo dependerán exclusivamente del contexto en el cual se produzca el conflicto jurídico. Por ello, si partimos de considerar que ningún derecho fundamental es absoluto, entonces no podría existir norma alguna que en todo supuesto deba ser preferida en todo conflicto jurídico.

### **La teoría relativista y la ponderación**

La segunda forma de enfocar la resolución de una disputa entre derechos fundamentales parte de considerar que las mencionadas normas se encuentran en conflicto. La razón del conflicto radica precisamente en el carácter relativo de los derechos fundamentales. Dado que ninguna norma, *ex ante*, ha de ser preferida sobre el resto de normas, entonces cuando en un caso entra en conflicto la aplicación de una determinada norma, el operador tendrá que hacer un ejercicio de ponderación y preferir la aplicación de una norma sobre la otra en el caso concreto.

La consecuencia en el plano de la creación de normas es que, de forma tácita, el operador que resuelva el conflicto jurídico estaría siendo transformado tácitamente en un legislador. Ello, porque al resolver en el caso concreto genera lo que Alexy denomina como “precedente condicionado”. En buena cuenta este precedente es una regla que impone un deber de resolver de forma igual en casos estructuralmente idénticos al que ha sido materia de análisis por el operador jurídico.

señalaba que su madre fue la primera persona con quien tuvo una relación sexual, siendo desarrollado el acto en una letrina. La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica falló, en *certiorari*, a favor de Hustler, al considerar que la parodia realizada era un ejercicio de su libertad de expresión, siendo que Fallwell, en su condición de personaje público, se veía en la obligación de soportar la parodia.

El método específico con el que se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales, etapa última del principio de proporcionalidad, es la ponderación de derechos. Según este método se debe hacer una comparación entre los dos principios que entran en conflicto, siendo el parámetro de comparación la utilidad social de preferir uno sobre el otro, de forma tal que el principio que genere una mayor utilidad social será el que se adopte.

### **(Segunda parte) La estructura del principio de proporcionalidad en materia penal**

#### *El sub principio de idoneidad o de adecuación*

El primer punto de análisis en el test de proporcionalidad es el de la idoneidad, según la cual tiene que verificarse si es que la intervención que ha de realizar el Estado es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez en un plano constitucional. A su vez, dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras.<sup>9</sup> En primer lugar, tenemos a la identificación de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la razón por la cual ha de realizarse la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida expresa o implícitamente por la Constitución.<sup>10</sup> En segundo lugar, tiene que verificarse que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto, es decir, que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin.<sup>11</sup>

En el caso concreto de la norma penal, la superación del principio de idoneidad es casi un hecho y no reviste mayor problema. En primer lugar, en lo referente al fin constitucionalmente legítimo, el fin de la intervención penal no es otro que la protección de bienes jurídicos,<sup>12</sup> fin que, según la regla anteriormente señalada, no se encuentra prohibida, siendo por tanto un fin legítimo. En

<sup>9</sup> Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pág. 693.

<sup>10</sup> Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pág. 696.

<sup>11</sup> Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pág. 724.

<sup>12</sup> Vid. Roxin, Claus (2007), “¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?”. En: *Derecho pena y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*, Tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, págs. 63-82.

segundo lugar, analizando si la norma penal puede servir como un medio para lograr la protección de bienes jurídicos, la respuesta es clara si es que se considera en especial los efectos preventivos que la norma penal puede generar, tanto en un plano social como individual.

### *El sub principio de necesidad*

El segundo punto a analizar, única y exclusivamente si se ha llegado a superar el primer punto, es la determinación de la necesidad de la medida. Por necesidad ha de entenderse que la medida por la cual el Estado se encuentra interviniendo, será la más benigna entre todas aquellas que son idóneas para alcanzar el fin propuesto.

En el plano de la norma penal, como acertadamente Aguado Correa sostiene,<sup>13</sup> se ha de determinar si la conducta penal cumple o no con el principio de mínima intervención. Según este principio, no todo bien jurídico precisa de una protección penal, sino que al tratarse de bienes jurídicos no tan relevantes para la existencia de la sociedad, o, de afectaciones que no sean tan intensas al bien jurídico, puede prescindirse de una norma penal. Dentro del principio de intervención mínima existen otros dos sub principios, cuya comprobación es precisa de realizarse para determinar la necesidad de la conducta.

En primer lugar, tenemos al denominado principio de subsidiariedad, según el cual, solo ha de acudir a la norma penal cuando sea estrictamente necesario, siendo el último recurso al cual debe llegar el Estado para lograr la protección del bien jurídico.

En segundo lugar, se ha de verificar que la norma penal cumpla con el principio de fragmentariedad, el cual exige que la criminalización de una conducta penal solo ha de realizarse cuando la afectación al bien jurídico protegido sea intensa o su puesta en peligro sea grave.

### *El sub principio de proporcionalidad en sentido escrito*

Este sub principio está referido a la ponderación en sentido estricto, constituido por tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.<sup>14</sup> Solo una vez realizada la valoración de las tres fases e que se

<sup>13</sup> Cfr. Aguado Correa, ob. cit., pág. 214-263.

<sup>14</sup> Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pág.99.

podrá crear lo que vendrá a ser la regla de precedencia condicionante. Para hacer más gráfica la presente explicación de la teoría de la ponderación, nos hemos de valer del conflicto de derechos fundamentales producido por la denominada Ley de Justicia y Paz colombiana, que otorgaba una pena muy reducida a ex paramilitares, a cambio de deponer las armas, someterse al proceso de paz, y, reparar a las víctimas del conflicto armado que hubiesen afectado.

El primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales, la misma que ha sido clasificada por Alexy en tres niveles: “afectación leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. En el caso de la Ley mencionada, los derechos en conflicto son por un lado el Derecho a la paz de la sociedad colombiana, y, por otro lado el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. De ser aprobada dicha ley la misma significaría una afectación leve al derecho a la verdad, pues los paramilitares se obligaban a confesar, una afectación intensa al derecho a la justicia, por la gran rebaja de penas, y, una afectación leve al derecho a la reparación, al verse los beneficiados obligados a reparar a las víctimas. De otro lado, la misma de no ser aprobada, significaría una afectación intensa al derecho a la paz, toda vez que el conflicto armado seguiría en ese extremo, mas no implicaría una afectación al resto de derechos.

El segundo paso es la denominada fórmula de los pesos, en ella se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres valores fundamentales: el peso abstracto del principio, el peso concreto del mismo, y la seguridad de la afectación del principio. Por ejemplo en el caso tratado, el peso abstracto de la paz se le podría asignar un valor de 10, su peso concreto constituido por el grado de afectación sería de 3, y el de la seguridad de la afectación sería 1. Por otro lado, el peso asignado a la justicia, la verdad y la reparación sería de 8, su valor promedio en función a la afectación sería de 1.6. Ahora, para resolver cuál de los dos tendría un mayor valor, se habría de multiplicar las variables de la paz entre las de los derechos de las víctimas, y, viceversa, siendo el resultado deseable el que dé más beneficios para la sociedad. Haciendo los cálculos daría que el resultado de ser aprobada la norma, entre los costos de la misma es de 2.3, mientras que en el proceso inverso sería de 0.42. Por ende, luego de este cálculo el mayor beneficio sería obtenido al aprobarse la norma.

Este paso es particularmente polémico, y lo hemos de omitir al momento que realicemos el análisis de los conflictos de derechos, pues la denominada

formula de los pesos es desde nuestra opinión impracticable al ser imposible atribuir un valor abstracto al principio afectado.<sup>15</sup>

El tercer paso es la carga argumentativa, que se da cuando existe una igualdad en los resultados numéricos producidos en la fórmula de los pesos. Ahora bien, a nuestro entender este paso podría reformularse, siendo reemplazado por un ejercicio argumentativo que si bien comparte el mismo principio que la fórmula de los pesos de Alexy (la obtención de un mayor beneficio para la sociedad), no se arriesga a asignar una valoración numérica de los principios, sino que opta por dar una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos. Con ello hacemos referencia expresa a la utilización de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho,<sup>16</sup> en la medida que las mismas sean aplicables, aunque un sector de la doctrina penal se oponga a su uso.<sup>17</sup>

Reformulando entonces la teoría de la ponderación de Alexy, siguiendo el modelo propuesto por Bernal Pulido,<sup>18</sup> el análisis de ponderación para el conflicto de derechos fundamentales se realizará de la siguiente forma:

- I) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención (determinación del grado de afectación del derecho fundamental).

<sup>15</sup> En ese sentido: Lopez Sterup, Henrik (2008), “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas” en: Montealegre, Eduardo (coord.), *La ponderación en el Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, págs. 205 y ss.

<sup>16</sup> Para un mayor detalle sobre el particular: *Vid.* Ortiz de Urbina Gimeno (2005), Iñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Lima: Grijley, N° 6, págs. 354-355; Cooter, Robert y Ulen, Thomas (1999), *Derecho y economía* (2ª edic.), Buenos Aires: FCE; Roemer, Andrés (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*, México: FCE, *passim*.

<sup>17</sup> En contra de este análisis costo beneficio: *Vid.* García Cavero, “Comentario al Artículo VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”, págs. 218-220, quien rechaza de plano toda idea utilitarista. De distinto parecer: Mir Puig, Santiago. “Límites al normativismo en Derecho Penal”. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, fecha de consulta 22 de enero de 2010, pág. 14, quien considera que precisamente el análisis costo beneficio precisa de ser realizada en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>18</sup> Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pág. 765.

- II) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental (análisis económico de los efectos).
- III) Sobre la base de los resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos solo para el caso concreto.

### **(Tercera parte) La proporcionalidad en materia penal**

#### ***Proporcionalidad abstracta (actividad legislativa)***

La creación de normas penales es competencia exclusiva del legislador. Así, también lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, quien al pronunciarse sobre dicha la facultad de criminalización del legislador señala que:

*en el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.*<sup>19</sup>

De igual manera el Tribunal Constitucional peruano se pronuncia al respecto señalando que

*el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no solo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución.*<sup>20</sup>

La intervención en materia penal del Estado se manifiesta en la limitación de la libertad personal del ciudadano, sea en un plano abstracto (conminación

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, Exp. 55/1996, fundamento jurídico N° 5.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico N° 35.

penal) o en un plano concreto (imposición de una pena privativa de libertad). A efectos de poder dar a dicha intervención una legitimidad absoluta, es que tanto el Legislador como el operador jurídico, se encuentran obligados a seguir una serie de parámetros establecidos por la Constitución, que son básicamente la intervención mínima del Derecho penal, el principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad.

Al respecto, tanto la doctrina<sup>21</sup> como jurisprudencia, a efectos de hacer un análisis de la constitucionalidad o no de la intervención penal, se valen del principio de proporcionalidad a efectos este análisis. Por ello, se suele hacer una relación entre los principios constitucionales del Derecho penal y los sub principios del denominado principio de proporcionalidad. Dicho análisis es realizado en función al ámbito en el cual se produzca la limitación, es decir, en un ámbito abstracto (dirigido al legislador) y en un ámbito concreto (dirigido al Magistrado).

No obstante, si bien el legislador tiene un amplio margen de actuación a la hora de realizar la labor de criminalización de una conducta, la misma se encuentra ceñida al respeto de los parámetros establecidos por la Constitución Política del Estado. Los criterios para llenar de contenido al principio de proporcionalidad en este ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad han sido desarrollados por la doctrina. Entre los principales criterios tenemos se encuentran la importancia del bien jurídico protegido, el grado de ejecución, la nocividad social del hecho delictivo, el grado de participación, entre otros.<sup>22</sup>

En cada fase de la labor del legislador, debe ser realizada la aplicación del principio de proporcionalidad y de sus sub principios. En primer lugar, en la fase de creación de la norma penal, ha de verificarse que el Derecho penal es la medida idónea para lograr el control social, o, si es que existirían otros métodos igual o más eficientes para lograr dicho control.<sup>23</sup>

En segundo lugar, el juicio de proporcionalidad debe de hacerse al momento de determinar el tipo de pena con la que se sancionará la conducta, y, la cuantía de la misma. Al respecto, es preciso señalar, que han de tomarse en cuenta en esta fase los criterios de prevención, tanto general como especial. En

<sup>21</sup> *Id.* Cfr. Aguado Correa, ob. cit., pág. 57; Mapellicaffarena, ob. cit., pág. 38.

<sup>22</sup> Cfr. Aguado Correa. Comentario al Artículo VIII del Título Preliminar del Código penal Peruano, pág. 15 (inédito).

<sup>23</sup> Cfr. García Cavero, Percy, “Comentario al Art. VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”. En: *Código penal comentado* (2004), Lima: Gaceta Jurídica, pág. 218.

esa línea de pensamiento el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado señalando que:

*el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena...<sup>24</sup>*

Un tópico adicional es que la prohibición de exceso no es la única forma a través de la cual se protegen derechos fundamentales. De forma adicional, también la protección se da en la prohibición de desprotección. Visto gráficamente, supongamos que se piensa emitir una norma que reprima el delito de genocidio con una pena privativa de libertad de 1 año como mínimo y 4 como máximo, con la posibilidad de suspender su ejecución. Dicha norma no superaría el test de proporcionalidad, porque el objeto de protección detrás de la norma (la existencia de una determinada población o grupo humano) es tan importante que su protección merece de una mayor sanción para -en un plano cognitivo- generar un desincentivo más fuerte que impida a potenciales autores a cometer este delito.

#### ***Proporcionalidad concreta (actividad judicial)***

El ámbito en donde se considera que se produce la aplicación del principio de proporcionalidad es en la fase de la determinación judicial de la pena.<sup>25</sup> En este punto, se parte del presupuesto de que la ocurrencia del hecho ha sido probada, así

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico N° 12.

<sup>25</sup> Un aspecto que es fundamental señalar, que no muchas veces es apreciado por la doctrina, es que la aplicación concreta del principio de proporcionalidad, por parte de un Magistrado, no se ha de limitar a la determinación de la pena. Todo lo contrario, la aplicación del principio va a realizarse en todo acto procesal que implique la utilización de una norma penal. Por ende, en el caso del modelo peruano recogido en el Código de procedimientos penales, es absolutamente posible invocar la aplicación del principio de proporcionalidad al Magistrado, al momento de la calificación de la denuncia, así como al momento en el cual se intenta imponer una medida coercitiva, sea de carácter real o procesal, al procesado, para citar algunos casos. En este sentido, de considerar como

como los distintos factores en torno a él se encuentran dilucidados (condiciones personales del agente, grado de participación del procesado, etc.), faltando solo la determinación del tipo de consecuencia jurídica a aplicar, y, la cuantía de la misma.

A diferencia del legislador que tiene una posibilidad mayor de actuación en el ejercicio de su labor, el juez tiene un rango ya prefijado por el legislador, dentro del cual debe fijar la pena a aplicar, y, la cuantía del mismo, siendo por tanto su ámbito de libertad más reducido. No obstante, como en la tercera parte se demostrará, ello va a implicar necesariamente que el juez esté obligado a aplicar la norma, sino que como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, él podrá en todo caso rechazar dicha sanción y la norma prevista en ella, declarando su inconstitucionalidad (en el caso peruano solo para el caso concreto) y por ende su inaplicación en el caso concreto.<sup>26</sup>

Ahora bien, descartando el supuesto de que la norma o la consecuencia jurídica de la misma no superen el test aplicado por el principio de proporcionalidad, nos queda por determinar los criterios que han de seguirse para lograr la determinación y la individualización de la pena. Antes de pasar a realizar un análisis de la aplicación de los tres sub principios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), hemos de hacer una breve referencia a los criterios propuestos por la doctrina para realizar la individualización de la pena, los mismos que posteriormente integraremos como parte de los sub principios de proporcionalidad.

La doctrina ha considerado que existen criterios, tanto objetivos como subjetivos, que el juez ha de tomar como referente al momento de realizar la individualización de la pena.<sup>27</sup> Entre los primeros tenemos en primer lugar, el nivel de

aplicable el principio de proporcionalidad a las medidas restrictivas de derechos fundamentales: *Vid.* Cuerda rizu, Antonio, "Proporcionalidad, Efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna". En: Díez, José Luis (coord.) (2002), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Madrid.

<sup>26</sup> De distinta opinión: Mapellicafarena, ob. cit., pág. 39, y Aguado Correa, ob. cit., págs. 316 y ss., quienes consideran que el Magistrado, debido a un mandato imperativo del Artículo 4, inciso 3, del Código Penal español, se encontraría obligado a imponer una pena, lo cual no obstaría para que el mismo pueda solicitar la reforma de la norma penal al legislador, o, la aplicación de un indulto al Poder ejecutivo.

<sup>27</sup> Cfr. Fuentes Cubillos, Hernán (2008), "El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena". En: *Ius et Praxis*, Talca: Universidad de Talca, N° 2, págs. 1-24.

afectación del bien jurídico tutelado; las circunstancias en las cuales fue realizado el delito, tales como el modo, el tiempo y el lugar; en el caso peruano, la existencia de reincidencia o habitualidad del agente; los deberes infringidos, entre otros similares. En el aspecto subjetivo, podemos encontrar las condiciones personales del sujeto pasivo; la reparación del daño realizada luego de realizado el delito; la educación y el grado de socialización del sujeto activo, entre los principales.

### Conclusiones

Primera: Los derechos fundamentales son considerados dentro de la teoría de las normas jurídicas como principios. Por ello, cuando dos derechos fundamentales colisionan entre sí lo que se aplica no es una subsunción, o alguno de los métodos tradicionales de resolución de conflictos entre reglas. Desde nuestra óptica el conflicto se resuelve, amparados en una concepción relativista de los derechos fundamentales, mediante la aplicación de los filtros del principio de proporcionalidad en sentido general y -solo después de considerar a la conducta limitante como idónea y necesaria- en sentido específico a la ponderación de derechos.

Segunda: El principio de proporcionalidad se constituye como el criterio rector para la legitimación de una conducta que afecte derechos fundamentales. Si bien sus antecedentes no se encuentran en el Derecho constitucional, sino específicamente en el Derecho administrativo (entonces considerado Derecho de policía), es actualmente el mecanismo que ha alcanzado un mayor consenso al momento de resolver un conflicto jurídico.

El principio de proporcionalidad, o también denominado test de proporcionalidad, supone un análisis en tres fases de la medida que va a afectar un derecho fundamental: *a)* Verificación de la *idoneidad* de la conducta, en este filtro se toman en consideración a la medida a aplicar y al fin constitucional que ella persigue (ambos elementos son imprescindibles), para determinar causalmente si es que la medida puede servir para realizar o no la finalidad perseguida; *b)* La determinación de la *necesidad* de la medida, en esta fase se debe alanzar la medida en sí misma y compararla con otras posibles medidas, para descartar el hecho de que exista una medida que sea funcionalmente idéntica, pero menos lesiva que la medida que se pretende aplicar; y *c)* Realización de un ejercicio de ponderación entre que analice los costes y beneficios de adoptar la medida, en contra del costo de oportunidad que significaría no implementarla.

Tercera: El sistema penal es donde se producen las afectaciones más intensas a los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues en él se discute su libertad personal, o hasta su vida -en ciertos supuestos-. Por ello, es fundamental contar con una herramienta que sirva para determinar cuando la afectación al derecho fundamental que está haciendo el operador jurídico es legítima.

El principio de proporcionalidad se erige como aquella herramienta con la que el operador jurídico puede determinar si la actuación que pretende realizar es o no legítima. En el ámbito penal puede verse su necesidad tanto en un plano abstracto como en otro concreto. En el caso de la emisión de una norma penal (plano abstracto), el legislador tiene que usar el test de proporcionalidad para determinar si la conducta que desea incriminar es válida porque no constituye un exceso en la esfera de libertad del ciudadano; o, si la protección que se ha pretendido dar es deficiente, en la medida que se infraccionaliza. En el caso de la determinación de la pena a aplicar (plano concreto), el principio de proporcionalidad ayuda al juez a determinar que la pena a imponer es una pena que tiene una estricta relación con el hecho y las características personales del autor.