

Zúñiga Añazco, Yanira

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA DE
RACIONALIDAD. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE SU APLICACIÓN EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 249-272

Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19715603009>



Ius et Praxis

ISSN (Versión impresa): 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

¿Cómo citar?

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA DE RACIONALIDAD. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO*

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A RATIONALITY TOOL.
AN CRITICAL APPROACH TO THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN
CONSTITUTIONAL COURT

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO**

RESUMEN

En este artículo se plantea que la racionalidad moderna se construye sobre la base de distintas racionalidades ensambladas en el modelo de Estado Constitucional de Derecho y que se cimientan en la concepción de los derechos como límites del poder. El principio de proporcionalidad es un reflejo de los equilibrios implícitos en esa concepción y, si bien constituye una propuesta interesante, exhibe ciertas dificultades en su desarrollo actual que comprometen las exigencias de certeza que requiere un test de racionalidad fiable.

ABSTRACT

This paper proposes that the modern rationality depends on the different rationalities that compose the rule of law and the liberal conception of the human rights. The principle of proportionality is a reflection of the balances required by this conception and it is an interesting theoretical proposal. However, the principle of proportionality presents some problems at the present time and therefore it's not possible to consider it as a real test of rationality.

PALABRAS CLAVE

Racionalidad, Derechos Fundamentales, Proporcionalidad

KEY WORDS

Rationality, Human Rights, Principle of Proportionality

* Este trabajo es parte del proyecto FONDECYT N°1085076, titulado *Racionalidad de las leyes penales y Estado Constitucional*, respecto del cual la autora es coinvestigadora. Trabajo recibido el 5 de abril y aprobado el 9 de junio de 2010.

** Doctora en Derecho; Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl.

INTRODUCCIÓN

Pocos esfuerzos resultan tan frustrantes y, a la vez, tan alentadores como la búsqueda de la racionalidad. La concepción del Derecho como una construcción racional ha sido el punto de partida de una elaboración teórica que, con más o menos inventiva, más o menos éxito práctico, más o menos optimismo, más o menos consenso teórico, pretende demostrar que la confianza moderna en la razón era fundada.

No pretendo aquí discutir si esa fe corresponde a un dogmatismo trasnochado o refleja, en cambio, la constante transmutación del pensamiento y la cultura en la que se asentado el avance de la humanidad. Me gustaría, en cambio, tomar el proyecto de racionalización del Derecho más bien como un dato y observar cómo éste se desenvuelve en la teoría constitucional en general y, muy especialmente, como se refleja esta racionalidad en el problema de limitación del poder a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Particular interés se acordará en este esquema a los enfrentamientos entre el legislador y los tribunales constitucionales a efectos de la delimitación del parámetro de racionalidad en nuestros sistemas.

A título de hipótesis sostendré que los diferentes niveles de racionalidad en el Derecho Constitucional son interdependientes y están ensamblados a través de la concepción de los derechos fundamentales como límites al poder. El resguardo de esta ecuación, ha supuesto privilegiar la construcción de una racionalidad argumentativa aplicable a la actividad judicial como fórmula de contrapesar los excesos del legislador en la regulación de derechos fundamentales; en desmedro de un análisis de las condiciones que podrían garantizar una producción legislativa racional. Esta racionalidad argumentativa articulada a través del principio de proporcionalidad, si bien podría ser vista como una vía teóricamente promisorio, resulta deficitaria como *test* de racionalidad, debido a la falta de precisión conceptual del referido principio como a las inconsistencias de su aplicación jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno es un reflejo elocuente de este fenómeno.

I. EL PARADIGMA DE LA RACIONALIDAD Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO
O QUÉ HAY DETRÁS DEL DISCURSO DE LA RACIONALIDAD

Lo primero que llama la atención respecto de los usos lingüísticos de la expresión racional (y de sus derivados razonable y razonabilidad) en el discurso jurídico-político, es que éstos suelen ser variados y remiten a significados abiertos o vagos. Así por ejemplo, para Rawls “lo razonable es un elemento propio de la idea de sociedad como un sistema de cooperación”¹ y “a las personas

¹ RAWLS, John, *Liberalismo Político*, 5ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 67-68.

razonables no las motiva el bien general como tal, sino el deseo mismo de que hay un mundo social en que ellas, como ciudadanos libres e iguales, pueden cooperar con los demás en términos que todos puedan aceptar". Mientras que *lo razonable* se aplica a un solo agente unificado (ya sea persona individual o corporativa) poseedor de capacidad de juicio y deliberación, que persigue intereses sólo en su propio beneficio. *Lo racional* se aplica a cómo se adoptan y afirman esos fines e intereses, así como a la manera de darles prioridad².

En el lenguaje constitucional, por su parte, es frecuente encontrarse con definiciones tautológicas como cuando se sugiere que lo racional es lo que emana de la razón; o de carácter negativo como cuando se dice que lo irracional es lo contrario a la lógica; o vacías, como aquellas que reenvían a otros términos ambiguos (como ocurre en los dos casos anteriores), o circulares porque presuponen un retorno al mismo punto de partida como, por ejemplo, cuando se define lo racional como aquello que no es arbitrario y lo arbitrario como una actuación o decisión contraria a la razón³.

Esta polisemia recoge diferentes dimensiones de la influencia del paradigma de la racionalidad en la construcción de los sistemas jurídicos. Por un lado, refleja el hecho de que la racionalidad política moderna ha tendido a construirse más como un continente que como un contenido, es decir, como un concepto de naturaleza instrumental más que material. Es decir, la racionalidad es un camino que puede llevarnos a la verdad y, en consecuencia, no es la verdad en sí misma.

La vacuidad de la conceptualización de lo racional y de lo razonable en el lenguaje constitucional no es, entonces, un defecto, sino que, por el contrario, la manifestación de la necesidad de estipular discursivamente para cada caso una justificación específica de la aplicación de una determinada norma. Entre racionalidad y argumentación hay, como sostendré a lo largo de este trabajo, una ligazón inescindible.

Por otra parte, el paradigma de la racionalidad es la propia encarnación del proyecto moderno liberal: la organización del poder bajo la forma de un Estado de Derecho al servicio del individuo. En este esquema, humanización y "domesticación" del poder (o racionalización de éste) son dos procesos que se

² RAWLS, *Liberalismo*, cit. nota n. 1, p. 68.

³ En un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de Bazán y Madrid se registran los siguientes usos de la voz "razonable": a) como *lo justificado, lo no arbitrario*, b) *proporción, ajustamiento entre dos términos*, c) *lo ordinario, normal, esperable* y d) *lo adecuado a los valores constitucionales*. Mientras que, según los mismos autores, en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia internacional, la expresión denota en cambio: a) *proporción entre medio y proceso*, es decir, se utilizaría como medida de tiempo, y b) *proporción entre tiempo y trabajo*, esto es, la exigencia de limitación *razonable* de la jornada de trabajo. Vid. BAZÁN, JOSÉ LUÍS; MADRID, RAÚL, "Racionalidad y razonabilidad en el Derecho", *Revista Chilena de Derecho* N° 2 Vol. 18, pp. 180-183.

implican recíprocamente y que, a su vez, se articulan sobre una ética de tipo procedimental que garantiza la convivencia de las distintas éticas privadas. En efecto, si no admitiéramos como premisas que los sujetos son libres para realizar diversos planes de vida igualmente valiosos, y que la decisión de la mayoría es una decisión que traduce plausiblemente los valores predominantes en una sociedad, pero que no es en sí misma justa, la distinción entre *lo racional* y *lo verdadero*, o entre *lo racional* y *lo bueno* sería innecesaria⁴.

Así las cosas, el paradigma de la racionalidad tiene una dimensión política y otra ética. Implica un modelo de organización política respetuoso de los derechos y libertades de los individuos y un modelo ético que se funda en la asunción de que los juicios y principios normativos tienen un núcleo articulable cognitivamente y no son la mera expresión de preferencias o gustos⁵.

Uno de los componentes más vistosos de la repercusión del paradigma de la racionalidad en nuestros sistemas jurídicos es la concepción de un legislador racional. Esta visión que inspiró los procesos de codificación del siglo XIX, parece mantener en nuestros días –a pesar de sus revisiones– una influencia profunda. Incluso los modelos más actuales de racionalidad ética como, por ejemplo, la racionalidad comunicativa de Habermas, tienen dificultades para despojarse completamente de las ventajas asociadas a la imagen de un legislador omnipresente, imperecedero, coherente y justo. Estas ventajas residen en la sublimación del conflicto, el disenso y la diferencia. En efecto, los modelos

⁴ En ese sentido, Rawls explica que una concepción política trata de elaborar una concepción *razonable* exclusivamente de la estructura básica, es decir, de las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad; y no implica, hasta donde sea posible, ningún compromiso con ninguna doctrina moral, general y comprensiva. Agrega que su noción de consenso traslapado –que parte de la existencia de un pluralismo *razonable*– no implica un equilibrio o síntesis de las distintas doctrinas morales comprensivas, sino el establecimiento de un punto de vista independiente que se fundamenta en la comprensión de la sociedad como un sistema de cooperación. Es por eso que la concepción de justicia de una sociedad democrática necesariamente debe limitarse al “dominio político”, es decir, debe conformar una ética pública que permita el desarrollo de diversas éticas privadas que compitan entre sí. RAWLS, *Liberalismo*, cit. nota n. 1, pp. 58-60.

⁵ A estas dos dimensiones habría que agregar una tercera: la económica. De acuerdo a Peces-Barba, los Estados de Derecho modernos se cimientan sobre tres tipos de racionalidades ligadas a tres liberaciones históricas: intelectual, política y económica. Esta última está ligada a la influencia de liberalismo económico. Véase PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, Poder y Derechos, Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. Habermas, por su parte, sostiene que lo distintivo y, a la vez, paradójico del capitalismo tardío es que el mismo Estado se convierte en una suerte de órgano ejecutor de la ley del valor. En efecto, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones generales de la producción, sino que debe intervenir como tal en el proceso de la reproducción a fin de crear condiciones de valorización para el capital ocioso, amortiguar los costos y efectos externos de la producción capitalista, compensar las desproporcionalidades que obstaculizan el crecimiento, regular el ciclo de la economía global mediante la política social, fiscal y de coyuntura, etc. Véase HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Traducción de Etcheverry, José Luis, Editorial Cátedra, Madrid, 1999.

de racionalidad deliberativa tendrían, según sus críticos⁶, dificultades para reconocer la faceta agonal o conflictual de la política así como para integrar los aspectos sociales, contingentes y finitos que contribuyen a formar la conciencia moral de los sujetos⁷. Estas dificultades que forman parte del racionalismo moderno se habrían agudizado por el progresivo abandono del modelo “agregativo”. Este último concibe a la política como un establecimiento de un compromiso entre diferentes fuerzas en conflicto, y a los individuos como seres racionales y egoístas que actúan en el mundo político de una manera fundamentalmente instrumental. El modelo deliberativo, en cambio, conceptualiza al espacio público no como un espacio de competencia sino como una esfera de creación de procedimientos por los cuales quienes son afectados por las normas sociales generales y las políticas colectivas, pueden intervenir en su formulación, estipulación y adopción. Aspira, en consecuencia, a crear un vínculo entre la moralidad y la política⁸. El problema es que –de acuerdo a sus detractores– en esta última versión, la dimensión agonal de lo público se vuelve tan borrosa que amenaza con desaparecer. La democracia deja de ser un espacio de renegociación y de síntesis de conflictos y disputas entre diversos proyectos sociales hegemónicos que tienden a excluirse los unos a los otros, para convertirse en un espacio de expresión dialógica y de colaboración que tiende a obviar el dato de que todas las sociedades se vertebran sobre la base criterios de inclusión/exclusión y, por ende, de grupos incluidos y excluidos⁹.

Creo que estas críticas merecen ser atendidas en lo concerniente a la construcción de una teoría ética universal. Sin embargo, lo que me interesa por el momento apuntar aquí es más modesto, aunque sus consecuencias son también problemáticas. El modelo del legislador racional tiene múltiples consecuencias

⁶ Particularmente comunitaristas y feministas.

⁷ En este sentido, parte de las discrepancias que han enfrentado a feministas y a penalistas liberales respecto del tratamiento penal de la violencia doméstica pueden explicarse por una diferente concepción de la importancia de la “diferencia”, es decir, de la pertenencia a un grupo, en el marco de la regulación jurídica en general, incluida la penal. La misma crítica que los penalistas liberales dirigen al pensamiento feminista acusándolo de promover una utilización simbólica del Derecho Penal y por tanto irracional, involucra una aguda disputa sobre la forma en que los factores sociales –particularmente el género– influyen en la autonomía de los sujetos y la forma en que esos factores son potenciados o combatidos por el Derecho. Para familiarizarse con esas cuestiones puede verse: GARCÍA ALBERO, Ramón, “Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones”, en VV.AA., *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 451-492 y ALONSO, Mercedes, “Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de Género”, *Cuadernos de Política Criminal* N° 95, 2008, pp. 10-52

⁸ MOUFFE, Chantal, *En torno a lo político*, Fondo Cultura Económica, México, 2007, p. 20.

⁹ Véase nota n. 13.

operativas en la labor de la dogmática jurídica¹⁰ y su examen, en cambio, es relativamente escaso. Se ha discutido largamente si la actividad de aplicación judicial de las normas es o no racional, esto es, si la actividad judicial está o no ligada a exigencias de racionalidad o si envuelve puro decisionismo¹¹. También se ha analizado con cierto interés cómo se realiza la argumentación en el marco de la denominada dogmática jurídica. En cambio, en el contexto de producción o establecimiento de normas jurídicas, la preocupación por las condiciones prácticas que garantizan la racionalidad de la decisión legislativa y sobre los efectos de eventuales distorsiones, ha sido relativamente marginal¹². Pareciera ser, entonces, que la noción de un legislador racional está tan engarzada en la teoría y en la práctica jurídica, que amenaza con convertirse simplemente en un mito.

Un examen más detenido de las razones que vinculan racionalidad y legitimidad legislativa, revela, en cambio, que la racionalidad del legislador no es un presupuesto dogmático del sistema jurídico sino una exigencia a satisfacer. Analicemos, entonces, esta cuestión.

II. ¿EL MITO DEL LEGISLADOR RACIONAL O UN MODELO DE RACIONALIDAD DECISORIA?

APUNTES SOBRE LA REPRESENTACIÓN, LA REPRESENTATIVIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PARÁMETROS DE RACIONALIDAD

Hasta nuestros días la racionalidad legislativa carece de estándares operativos exigentes para ser juzgada. Se construye sobre la base de una concepción de la alteridad comprendida como simple tolerancia y sobre una idea de consenso que promueve la estandarización de los sujetos y de los grupos¹³. En este marco,

¹⁰ Carlos Peña analiza la influencia de este modelo en la matriz disciplinaria de la dogmática jurídica y sostiene que el modelo del legislador racional permite a los juristas llevar a cabo una labor creadora, optimizando el Derecho a través de exigencias morales y políticas sin que esta optimización sea evidente. PEÑA, Carlos, "Qué hacen los civilistas", *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 28, 1993, pp. 11-27.

¹¹ A este respecto y contrastando con la desconfianza del realismo norteamericano, Atienza postula que aun reconociendo que es muy posible que, de hecho, las decisiones judiciales se tomen precisamente a través de un proceso mental del juez que va de la conclusión a las premisas y no al revés, o que en algunos casos, la decisión es, sobre todo, fruto de prejuicios; ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco a esta tarea en algo imposible. ATIENZA, Manuel, "Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 1, 1994, p. 60.

¹² En este marco, pueden destacarse los trabajos del penalista español Díez Ripollés. Véase Díez RIPOLLÉS, José Luis, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa* N° 24, 2001, pp. 485-523, y *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

¹³ Entre nosotros Carlos Ruiz Schneider ha destacado los efectos nocivos de la llamada "democracia de los consensos", en sus trabajos sobre la democracia consociativa. Véase RUIZ SCHNEIDER, Carlos, *Seis ensayos sobre teoría de la democracia*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1993. En un sentido similar, Alain Touraine bajo la calificación de "democracias demasiados razonables" destaca

la racionalidad legislativa está lejos de mirarse siempre como óptimo y opera, en muchos casos, como un presupuesto, al punto que llega a identificarse peligrosamente con la validez de la ley.

Esta forma de comprender la racionalidad legislativa explica que enfrentados a una eventual discrepancia entre el legislador y tribunales constitucionales, en torno a la racionalidad de una determinada medida legislativa, sea frecuente que se sugiera que el problema debe resolverse según el “pedigree” de las legitimidades involucradas. Así planteadas las cosas, no debiera sorprender que se termine aceptando –casi con aires de resignación– que no hay criterios externos que permitan a órganos no representativos o con base representativa indirecta o feble, revisar las decisiones del legislador. Esa conclusión supone aceptar implícitamente que el legislador está al margen de cualquier exigencia de racionalidad o, bien, que en tanto legislador es infalible. Podríamos calificar la primera aproximación como escéptica mientras que la segunda es, en cambio, de tipo dogmático. Voy a detenerme en esta última.

Una solución como la planteada no me parece satisfactoria, no sólo porque transforma el paradigma de la racionalidad legislativa en un dogma –de ahí el calificativo de “dogmática”– sino porque sacraliza al principio de representación desvinculándolo de su condición o fuente de legitimidad, esto es, la limitación del poder. Dicho de otra manera, la racionalidad de la ley no es susceptible de satisfacerse con el mero procedimiento legislativo porque ello equivaldría a decir que *la ley es racional porque es ley* o que *toda ley es, por definición, racional*. Al contrario, creo que es posible sujetar a la ley a exigencias adicionales que podríamos resumir en los requisitos de una “racionalidad decisoria”. Voy a sostener aquí que estos requisitos adicionales vienen dados por la misma concepción de los derechos fundamentales como límites al poder.

Siguiendo a Francisco Laporta podríamos decir que “el enunciado legislativo se pretende racional porque está construido a partir de los enunciados particulares de intereses o preferencias individuales. En la medida que el proceso logre integrar y componer esos intereses en una decisión común a todos es un proceso racional, como es racional el proceso que va desde la afirmación de las premisas fácticas particulares a una afirmación general. Y es también racional que los individuos acepten esta decisión común porque al hacerlo no están sino persiguiendo sus propios intereses incorporados a esa decisión”¹⁴.

el fenómeno de “las sociedades más ricas [que] parecen haberse vuelto incapaces de analizar y tratar sus problemas sociales más visibles, dado que ya no quieren hablar de conflictos estructurales entre intereses o ideas opuestos”. Véase TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 90-92.

¹⁴ LAPORTA, FRANCISCO, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa* N° 22, 1999, p. 323.

La racionalidad encarnada en la ley –concebida como la norma general por excelencia– no consistiría, entonces, en la falta de contradicción de los intereses individuales sino más bien en acordar, a través de un procedimiento dialógico relativamente exigente, lo que sería mutuamente aceptable para todos. La racionalidad legislativa descansaría, por un lado, en la presunción de que los representantes son capaces de vehicular a la esfera pública los intereses variados, y en ocasiones en pugna, de quienes forman parte de una comunidad determinada; y, por otro, en la posibilidad de que la decisión legislativa sea capaz de convertir el disenso en consenso. En consecuencia, la racionalidad decisoria sí depende de la legitimidad del proceso legislativo, pero esa legitimidad no se confunde con la validez formal de la norma emanada de tal proceso sino que requiere la confrontación de su contenido con las demandas sociales y con las posiciones subjetivas protegidas en tanto derechos fundamentales, las que actúan como un coto vedado.

En el proceso legislativo existen dos legitimidades coimbricadas. Una legitimidad de origen o entrada ligada al *principio de representación*, y otra legitimidad de resultado asociada a *la representatividad* de la decisión.

Como se sabe *la representación* alude a un mecanismo mediante el cual unas personas son elegidas o delegadas para actuar en nombre de otras. Se trata de una categoría filosófica-política moderna que se funda sobre un proceso de abstracción de la sociedad y del poder a través del cual la sociedad se transforma en un ente ficticio denominado “el pueblo” que actúa tanto como depositario de la soberanía como fundamento del poder¹⁵.

Sin embargo, la legitimidad de entrada o de origen de la que goza el legislador en tanto órgano representativo, puede volverse frágil en función del grado de representatividad de las decisiones que adopte. *La representatividad* evoca el grado de similitud (étnica, social, ideológica, valórica, etc.) de los representantes en relación con los intereses de sus representados. A diferencia de la representación que es una abstracción, la representatividad es una fórmula de ribetes sociológicos que mide el grado en que los órganos representativos reflejan o reproducen la realidad social tanto desde el punto de vista de la forma en se conforman como de las decisiones que adopten. Las pérdidas de representatividad en el sentido antes anotado redundan, por tanto, en pérdidas de legitimidad, esta vez de resultado, de las decisiones legislativas.

¹⁵ El problema que acarrea este diseño, como lo sugiere Godbout, al suprimir el metanivel de dios o el rey y al transformar la democracia en un sistema de gobiernos de individuos que reenvía el fundamento del poder de los gobernantes a los gobernados. Con esto se produce un efecto extraño: el nivel más bajo de la jerarquía, es decir, los gobernados, deviene al mismo tiempo el metanivel, esto es, la fuente del poder, y se construye una jerarquía no lineal en que la cumbre se reconduce a la base generando una suerte de bucle endógeno. Vid. GODBOUT, Jacques, “Pas de représentation sans représentativité?” *Revue MAUS* N° 26, 2, 2005, pp. 90-104.

En la medida que *representación* y *representatividad* aluden a dimensiones diversas, ni una ni otra, garantizan por sí sola la racionalidad del proceso legislativo. Las faltas de representatividad derivadas, por ejemplo, de la apropiación por parte de los grupos hegemónicos de una sociedad (incluidos desde luego, las mayorías gobernantes) de categorías abiertas como “el interés general” o el “bien común”, desencadenan pérdidas de esta racionalidad decisoria.

De la misma manera, una alta representatividad, esto es, el apego estricto entre resultado o decisión legislativa y demanda ciudadana puede dar origen a pérdidas de racionalidad ligadas a disfunciones del principio de representación. A este fenómeno aluden numerosos penalistas que denuncian la existencia de una “huida al Derecho Penal”, esto es, una utilización *excesiva* del *ius puniendi* (ergo, irracional) para satisfacer los reclamos de seguridad de extensos sectores de la población¹⁶.

Tras esta denuncia de irracionalidad descansa una concepción liberal de la relación entre Democracia y derechos que sostiene que el valor material del principio de representación está asociado a su contribución al desarrollo de ámbitos de autonomía y de libertad para los individuos¹⁷. Esto quiere decir que la ley como expresión de la mayoría puede ser continente de una decisión “irracional” si no respeta los derechos fundamentales. En consecuencia, los derechos fundamentales en tanto límites al poder, son normas que, además de proteger posiciones subjetivas, proporcionan parámetros de racionalidad a los que debe sujetarse el legislador como el resto de los órganos del Estado.

De ahí que la racionalidad decisoria requiera un delicado equilibrio entre representación, representatividad y derechos fundamentales. Lamentablemente, existen pocas herramientas teóricas como prácticas diseñadas para garantizar ese equilibrio durante el proceso legislativo al punto que el legislador parece estar relevado de toda exigencia de justificar sus decisiones.

La constitucionalización de los derechos humanos suele ser vista como una respuesta a este problema pero, en realidad, sólo significa trasladarlo a otra sede.

¹⁶Véase en este sentido, CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxis* Año 14 N°1, 2008, pp. 13-48.

¹⁷Ya lo apuntaba Constant en su célebre discurso sobre la *libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*: el principio de representación es, básicamente, una manera de desembarazarse de la carga de participar directamente en la decisión de los asuntos públicos a fin de poder privilegiar los asuntos privados y el desarrollo de la autonomía persona. Es esta ecuación la que evoca Constant cuando sentencia que las libertades personales se vuelven inviolables entre los modernos habida cuenta de la pérdida de influencia directa del individuo en la decisión de los asuntos públicos, ya que, en contrapartida, “el objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados” CONSTANT, B, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes” (Discours prononcé à l’Athénée royal de Paris, 1819). En: http://scolarite.sciencespobordeaux.fr/IMG/pdf/Benjamin_Constant.pdf. Puede consultarse una reproducción parcial traducida al castellano, En: <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Constant.pdf> [visitados el 21/11/09].

En la medida que produce un desplazamiento de la racionalidad decisoria y de la legitimidad de resultado desde el poder legislativo al poder constituyente en lo concerniente a las propias normas constitucionales, desplaza el examen de racionalidad del legislador al juez constitucional.

Para algunos este movimiento tendría un efecto pernicioso. En palabras de Laporta, el parámetro constitucional de control “se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido desplazadas a un segundo plano y la validez misma de las leyes ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”¹⁸. En consecuencia, la racionalidad decisoria no sólo se volvería bicéfala (en ocasiones reposa en el legislador, en otras, en el juez) sino incierta. Con todo, creo que es posible sostener que la incertidumbre no deriva del simple desplazamiento de esferas sino, sobre todo, de la forma en que los tribunales constitucionales justifican sus decisiones. Esto es, de la forma en que éstos argumentan en los casos en que se pone en entredicho la racionalidad de una decisión legislativa, es decir, en los casos en que son llamados a aplicar el principio de proporcionalidad.

Analicemos, en consecuencia, el modelo de racionalidad de la argumentación constitucional y, en particular, los problemas derivados de la aplicación del principio de proporcionalidad, entendida como estructura racional de argumentación.

III. LA RACIONALIDAD COMO ARGUMENTACIÓN JUDICIAL. TEORÍA Y PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ya dije que en la medida de que la racionalidad moderna es procedimental está eminentemente ligada a la argumentación. Me gustaría aquí retomar esa afirmación capital respecto del análisis de la racionalidad en las decisiones judiciales y, especialmente, de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de jurisdicción constitucional.

Robert Alexy sostiene que la cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. Para Alexy, ciertamente no son posibles teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de argumentación o decisión práctica racional¹⁹. Así, sería posible juzgar la racionalidad de una argumentación no en

¹⁸ LAPORTA, “Materiales”, cit. nota n. 14, p. 322.

¹⁹ Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es –según él– la teoría del discurso práctico racional. Ésta postula que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos –excepto por razones pragmáticas que deben ser justificadas– no es una argumentación

relación a su contenido moral sino a su adecuación a un procedimiento. Por ejemplo, una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos –excepto por razones pragmáticas que deben ser justificadas– no es una argumentación racional; y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas²⁰.

Como se sabe, una de las grandes aportaciones del trabajo de Alexy, es la distinción entre principios y reglas. Los *principios* son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no²¹. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como “mandatos definitivos”²². La diferenciación entre estas distintas especies de normas, no es simplemente retórica sino que generaría resultados diferentes en materia de aplicación y de antinomias y procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación, respectivamente. Mientras que el conflicto de reglas sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o declarando inválida por lo menos una de las reglas, las colisiones de principios no se pueden solucionar por la vía de declarar inválido uno de los principios en juego sino recurriendo a la herramienta de la ponderación. Esto implica declarar que en ciertas circunstancias un principio precede al otro. Se trata, por tanto, de un problema que se relaciona con el peso y no con la validez de los elementos implicados²³.

Desde luego, en la mayoría de los casos (difíciles y trágicos) lo que caracteriza la argumentación es que el establecimiento de las premisas, tanto normativas como fácticas, resulta problemático y esto mismo implicaría la necesidad de proporcionar razones en apoyo de esas premisas. En los casos difíciles se daría siempre una contraposición entre principios y valores que ha de resolverse mediante una operación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo²⁴. A este procedimiento se le

racional; y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas. ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 22.

²⁰ ALEXY, *Derecho*, cit. nota n. 19, p. 22.

²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana de Garzón Valdés, Ernesto revisada por Zimmerling, Ruth, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86-87.

²² ALEXY, *Derecho*, cit. nota n. 19, p. 30.

²³ ALEXY, *Derecho*, cit. nota n. 19, pp. 88-89.

²⁴ Es a lo que Atienza llama justificación externa. Véase ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía* n. 6, 1997, p. 15.

denomina ponderación y el principio de proporcionalidad es un reflejo de esta estructura argumentativa.

1. De la concepción y aplicación del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa y respeto de derechos fundamentales. Como en toda ponderación, en él se coimbrican reglas relativas a las cargas de argumentación con reglas relativas a la determinación del peso de las normas principales involucradas que permiten determinar el grado de afectación de tales normas en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación²⁵. Recordemos que en los casos difíciles tanto las premisas fácticas como las normativas que intervienen en la graduación devienen inciertas.

De acuerdo a Gloria Lopera, la construcción histórico-jurídica del principio de proporcionalidad ha requerido varios momentos y es tributaria de influencias diversas. El punto de partida de su formulación actual coincidiría con la Ilustración en la medida que ésta sienta las bases para una concepción instrumental del Estado y del Derecho y para la afirmación de la libertad natural de los individuos que no es susceptible de enajenarse por completo a través del pacto social. El pensamiento penal ilustrado va suministrar los cimientos para la estructuración de este principio mediante, en primer lugar, su concepción de las prohibiciones y los castigos como males artificiales que suponen la limitación de los derechos de los individuos mediante la amenaza o el uso de la fuerza. En segundo lugar, al condicionar la justificación de tales prohibiciones y castigos a su *utilidad* para prevenir conductas especialmente graves y dañosas para la convivencia social; a su necesidad, calificada en función de la inexistencia de medidas conducentes al mismo fin y menos drásticas, y, finalmente, a la comprobación de que los *males que se evitan sean mayores* que los que se causan con tales prohibiciones y castigos²⁶.

De la dogmática penal ilustrada, el principio de proporcionalidad va a extenderse a las jurisdicciones administrativas europeas como criterio para controlar la legalidad de la administración particularmente respecto de actos discrecionales. Finalmente, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, comienza a ser utilizado en el control de constitucionalidad de las leyes sobre la base del

²⁵ Sobre la ponderación y su estructura véase, BERNAL PULIDO, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa* 26, 2003, pp. 225-238.

²⁶ LOPERA MESA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 31 y 32. Las cursivas están también en el texto citado.

principio de sujeción de todos los poderes públicos, incluido el legislador, a los derechos fundamentales²⁷.

En suma, el principio de proporcionalidad actuaría (o debería actuar) en el nivel de producción legislativa como una manifestación específica de la racionalidad decisoria en lo referido al *ius puniendi* estatal, lo que implica que el legislador debe reservar el recurso al Derecho Penal a aquellas conductas que resulten más dañosas en una sociedad. Ya vimos que esta cuestión, sin embargo, no está debidamente garantizada en el marco del procedimiento legislativo donde el legislador difícilmente está constreñido a fundamentar sus decisiones y que, por lo mismo, su análisis se desplaza al ámbito judicial. En este sentido, podemos decir –siguiendo a Díez Ripollés–, “que los discursos aplicadores del Derecho [...] pueden presumir de una mayor racionalidad que los discursos creadores de Derecho”²⁸.

El principio de proporcionalidad actuaría, también, como parámetro de control de los actos de la Administración y, como parámetro de control general de las actuaciones legislativas, incluidas aquellas emanadas del legislador penal. En este último nivel, la proporcionalidad se situaría como uno de los criterios estelares de fundamentación de las decisiones de Tribunales Constitucionales en materia de control de los posibles excesos del legislador en materia de regulación de derechos fundamentales.

Como intento de racionalizar las decisiones judiciales e, indirectamente, las decisiones legislativas, el principio de proporcionalidad tiene defensores y detractores dependiendo de si, respecto del problema general de la fundamentación racional de juicios morales, se adopten posiciones relativistas, subjetivistas o nihilistas o en, cambio, absolutistas, universalistas o racionalistas.

Entre sus defensores, sin embargo, tampoco hay acuerdo sobre el rol que juega este principio en el control de constitucionalidad²⁹. Según Lopera Mesa, existen básicamente dos aproximaciones presentes en la dogmática jurídica sobre el rol que el principio de proporcionalidad tiene en el control de las actuaciones legislativas que afecten derechos fundamentales. A saber: a) la tesis que caracteriza el principio de proporcionalidad como “un límite de límites” a los derechos fundamentales (garantía de contenido esencial y principio de proporcionalidad), y b) La que sostiene que aquel funciona como una estructura argumentativa que permite al juez constitucional determinar el contenido defi-

²⁷ LOPERA, *Principio*, cit. nota n. 26, pp. 35 y 36.

²⁸ Díez, “Presupuestos”, cit. nota n. 12, pp. 494-495.

²⁹ Para un análisis del estado de la cuestión puede consultarse CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. La misma obra, incluyendo un artículo adicional de Humberto Nogueira ha sido publicada por Editorial Librotecnia en 2010 bajo el título: *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*.

nitivo de los derechos fundamentales y, a la vez, estructurar la fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad³⁰.

En esta última aproximación se inserta Carlos Bernal Pulido que en su extenso estudio sobre el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, sostiene que “el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”³¹. Según Bernal Pulido los cinco pasos que componen la estructura de la proporcionalidad son: a) la adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b) la verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de disposición del derecho fundamental relevante; c) el examen de idoneidad de la ley; d) el examen de necesidad de la ley; e) el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Los últimos tres pasos, equivalen a los conocidos tres juicios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto³². El primero responde a si la intervención legislativa tiene un objetivo legítimo y si es conducente para obtenerlo, o al menos, para favorecer su consecución. El segundo consiste en analizar si los objetivos perseguidos por la medida legislativa podrían haberse alcanzado con medidas alternativas menos lesivas pero igualmente eficaces. El tercero implica en un examen costo-beneficio, que busca verificar si los beneficios asociados a la medida son mayores que el costo impuesto por la misma.

De este breve repaso doctrinal, puede desprenderse que, pese a que el principio de proporcionalidad constituye una propuesta sugerente, su caracterización sigue siendo controvertida lo que limita sus posibilidades de convertirse en una herramienta eficaz de control de racionalidad. En efecto, fuera de los desacuerdos doctrinales antes anotados, es posible pesquisar discrepancias en torno a su fundamento jurídico positivo, unas veces, asociado a una norma expresa como la que establece la proporcionalidad entre delitos y penas, otras veces reconstituido a través de un expediente interpretativo que lo deriva de otros principios constitucionales como el de autonomía o el de igualdad. Pero, lo que sin duda concita el desacuerdo más profundo, sobre todo en la práctica jurisdiccional, es la posibilidad de su aplicación para invalidar o inaplicar de-

³⁰ LOPERA, *Principio*, cit. nota n. 26, p. 44.

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005, p. 77.

³² BERNAL, *El principio*, cit. nota n. 31. p. 131.

cisiones legislativas en materia de política criminal. La cuestión es ciertamente paradójica si se considera que es justamente en el caso del Derecho Penal en que la lesión a los derechos fundamentales resulta más intensa.

Recapitulando, el principio de proporcionalidad encarna una propuesta de control de excesos legislativos, cuyos contornos continúan siendo difusos. Por tanto, todavía dista de constituir un parámetro indubitado de racionalidad. Esto no obsta a sostener, sin embargo –como lo hacen Lopera y Bernal Pulido– que lograda una estipulación más precisa de su contenido y alcance, puede transformarse en un test de razonabilidad fiable.

Con todo, el estado actual de la cuestión en la doctrina y, especialmente, en la práctica de los tribunales constitucionales indica que este objetivo está todavía lejos de alcanzarse. La jurisprudencia del tribunal constitucional chileno es una buena muestra de utilización caótica del principio de proporcionalidad.

2. La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno

En esta sección me interesa revisar, sin ánimo exhaustivo y simplemente a título ilustrativo, la forma en que el tribunal constitucional chileno (en adelante, el TC) ha venido utilizando el principio de proporcionalidad en su jurisprudencia en materia de inaplicabilidad.

No hay duda que la instauración de criterios estables y coherentes respecto de la interpretación y restricciones a los derechos fundamentales por parte de cualquier tribunal constitucional es necesaria tanto desde una perspectiva de certeza jurídica como de legitimidad de la propia jurisdicción constitucional³³. Pero, además, como he sugerido aquí lo anterior también cumple una función desde el punto de vista de la racionalidad del sistema en su conjunto.

Si bien el principio de proporcionalidad es uno de los criterios de fundamentación recurrentes en las sentencias del TC, no parece ser de uso forzoso en todos los casos que involucren restricciones a derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la conocida sentencia sobre la píldora del día después³⁴, a pesar que el TC califica los hechos como un problema de limitación de derechos (la vida del no nato) y no como un conflicto que pudiera involucrar derechos de la madre, omite todo análisis respecto del principio de proporcionalidad. En su lugar, construye a partir de la discrepancia sobre el efecto abortivo del fármaco

³³ Véase sobre este y otros asuntos vinculados ACCATINO, Daniela, “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en BORDALÍ, Andrés (Coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 17-29.

³⁴ Rol N° 740-07-CDS de 18/04/08.

cuestionado, su curiosa teoría de la “duda razonable”. A esta enlaza como consecuencia, una eventual afectación del derecho a la vida del embrión (también dudosamente construido) que le sirve de base para fundar la inconstitucionalidad del decreto impugnado. Una utilización coherente de su propia jurisprudencia en materia de proporcionalidad exigía, en cambio, que el TC ponderara el costo de una incierta afectación de la vida del embrión versus el costo de una reducción de la eficacia de una política de prevención del embarazo adolescente o de una intervención estatal para disminuir los efectos negativos del delito de violación. Lo anterior, partiendo de la base de que ambas medidas persiguen finalidades que pueden estimarse, a priori, constitucionalmente legítimas.

La otra cara de la medalla, esto es, una fundamentación basada en el principio de proporcionalidad con utilización expresa de sus tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), aunque de manera confusa, podemos observarla en la sentencia Rol N° 1141-08 dictada en marzo de 2009. En este asunto la recurrente en autos alega que una resolución de la Intendencia Regional basada en el Decreto Ley N° 1.939 de 1977, importa una limitación ilegítima a su derecho de dominio al imponerle el acceso gratuito de terceros a la playa a través de sus terrenos. La autoridad recurrida alega, en cambio, que la norma impugnada busca que la generalidad de los habitantes del Estado tenga acceso, para fines turísticos y de pesca, a las playas de mar, de ríos y de lagos repartidos en el territorio nacional. Para ello, la norma faculta a la Intendencia Regional para decidir la situación prudencialmente y evitando causar daños innecesarios a los afectados, cuando los titulares de los predios se opusieren al acto y no llegaren a un acuerdo. Agrega, que la gratuidad del acceso se establece en caso de que no existan vías alternativas.

El TC argumenta de la siguiente manera en los considerandos 24°, 26° y 27° del fallo, que me permito reproducir íntegramente:

“VIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en cuanto en su inciso primero dispone que los propietarios de terrenos colindantes con playas de lagos deberán facilitar el acceso a éstos para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto, constituye no sólo un medio idóneo para garantizar el acceso y con ello el efectivo uso público de los bienes nacionales de esa naturaleza, sino que puede afirmarse que es un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público” (los destacados son míos).

“VIGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, debe concluirse que el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos la obligación de facilitar el acceso público a ellos y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, como es el efectivo disfrute público de bienes que pertenecen a la nación toda” (los destacados son míos).

“VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que también debe concluirse que el medio empleado por el legislador, que afecta la propiedad del requirente, es proporcionado, pues no impone a éste sino la obligación de permitir el acceso, indispensable –como ya se vio– para el goce público del respectivo bien nacional. La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto en cuanto la disposición establece la obligación en el solo caso de que no existan otras vías públicas de acceso, para los solos fines turísticos y de pesca, y por cuanto el inciso segundo exige al Intendente Regional fijar con prudencia las correspondientes vías de acceso, con audiencia del propietario, arrendatarios o tenedores respectivos y evitando causar daños innecesarios a los afectados. El control de cada una de estas condiciones y limitaciones no queda entregado a la sola determinación de la autoridad regional, desde que ésta puede ser reclamada ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. En el caso sub lite, el cumplimiento de esas condiciones y la licitud de la determinación administrativa misma se encuentran precisamente sometidos al control y revisión del juez (los destacados son del texto original”³⁵ (los destacados son míos).

Podemos apreciar en el texto antes transcrito que, pese a que el TC utiliza la nomenclatura propia de los tres subprincipios que componen la proporcionalidad, tiende a confundirlos entre sí. En los dos primeros párrafos citados se refiere indistintamente a la idoneidad, la necesidad y adecuación del medio empleado. El razonamiento que emplea, sin embargo, se dirige a constatar si el medio empleado es conducente al fin perseguido y, en consecuencia, se trata de un juicio de idoneidad y no de necesidad. De hecho, la confusión en la que incurre el TC se hace evidente cuando señala que se ha utilizado “un medio necesario o, al menos adecuado” (considerando 26º) como si se tratara de dos expresiones que correspondieran al mismo orden de ideas.

Más abajo, y a título de proporcionalidad en sentido estricto, afirma que la obligación requiere que no existan otras vías de acceso. Esto equivale a sostener que no hay otra vía alternativa menos gravosa e igualmente eficaz, y, en consecuencia, corresponde más bien al juicio de necesidad. Como resultado de la confusión entre los tres subprincipios, el análisis se detiene en el segundo juicio (el de necesidad) sin realizar el examen costo-beneficio asociado a la proporcionalidad en sentido estricto y que permite completar el examen de proporcionalidad en su conjunto³⁶.

En la sentencia 755-07 sobre la institución del abogado del turno, el lenguaje utilizado también se presta para la confusión de los subcriterios analizados. A saber, el TC argumenta:

³⁵ Los destacados del texto original han sido omitidos para evitar que se confundan con los intercalados por la autora.

³⁶ La sentencia también se refiere marginalmente a la cuestión de la gratuidad, aunque sin pronunciarse abiertamente sobre su falta de constitucionalidad por estimar que este análisis no incide en la solución del asunto concreto que motiva el incidente de inaplicabilidad. Es ésta una de las cuestiones que precisamente debería analizarse en el marco del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

“CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– puede transformarse en gravoso si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aún de ejecutar satisfactoriamente, más todavía, si se piensa que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio que puede importar un largo período de tramitación. Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no puedan procurársela por sí mismo, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuidad no aparece como un medio necesario ni se justifica para alcanzar el fin constitucional perseguido;” (los destacados son míos).

Como queda en evidencia del texto reproducido más arriba, tampoco se sabe aquí si la gratuidad, como característica del medio empleado, se vincula a la necesidad o a la proporcionalidad de la medida.

En otro asunto (Rol N° 1133-08) un abogado formula una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, debido a que en virtud de dicha norma se le había aplicado una sanción de expulsión de una universidad estatal que le impide seguir ejerciendo como docente. El artículo cuestionado dispone que los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley. La infracción de esta prohibición se sanciona administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato.

El recurrente alega la conculcación de los derechos consagrados en los N°s. 2, 21 y 24 del art. 19 de la Constitución. En particular, sostiene que se produce una discriminación arbitraria porque la prohibición anterior no se aplica a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, ni los egresados en práctica profesional.

Este fallo ilustra la renuencia de la jurisdicción constitucional interna a hacer extensivo el uso del principio de proporcional a los casos de decisión legislativa en materia de política criminal. En efecto, el voto de mayoría razona medularmente a propósito del reproche fundado en la infracción a la igualdad. Argumenta que ésta no resulta transgredida si el legislador aplica un trato di-

ferente a quienes están efectivamente en situaciones diversas como es el caso de los abogados que forman parte de la Administración del Estado y los que no la integran. A juicio de los ministros, tal diferencia se justifica porque busca impedir que se vulnere la prohibición legal de actuar contra los intereses del Estado y que ciertas personas ejerzan la influencia derivada de sus cargos para favorecer la situación de las personas imputadas de estos delitos que califica de una “tan negativa connotación social y de un innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública”. Sobre éstas y otras razones,³⁷ el voto de mayoría rechaza la acción de inaplicabilidad. Como en el fallo sobre la píldora del día después, el TC en su decisión de mayoría no se refiere explícitamente al principio de proporcionalidad.

En contraste, el voto disidente razona en clave de tal principio para arribar a la conclusión contraria. En efecto, tras establecer que la finalidad de evitar que los funcionarios públicos pudieran favorecer indebidamente a imputados en estos delitos es legítima, los disidentes descartan que la prohibición en el caso en concreto, es decir, respecto de un abogado contratado por horas como profesor universitario de una universidad estatal, pueda ser idónea para resguardar la probidad de la administración pública sin perjuicio de que podría serlo en otros casos, como en el de abogados que se desempeñen en el Ministerio del Interior o en el CONACE³⁸. De nuevo se observa, falta de consistencia en los procedimientos argumentativos en el seno del mismo TC.

Lo más sorprendente de este fallo de mayoría es que sobre una discutible interpretación del principio de igualdad, elude la posibilidad de calificar como excesiva –ergo desproporcionada– una sanción aplicada a un individuo cuya culpabilidad y peligrosidad son claramente discutibles, como establece el voto disidente. La cuestión resulta especialmente sorprendente porque tratándose de un procedimiento incidental de inaplicabilidad, la posibilidad de declarar el exceso de pena para el caso concreto, sin comprometer la vigencia de la norma cuestionada, no sólo es posible sino que constituye el resultado esperable.

He dejado intencionalmente para el final, la referencia a la sentencia Rol N° 825-07 en el que un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal cuestiona la constitucionalidad del art. 450 del Código Penal que sanciona como consumados los delitos a que se refiere, desde que se encuentren en grado de tentativa. Los reproches del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, se fundan en sendas supuestas infracciones a: a) la igualdad en el ejercicio de los derechos, b) el principio de

³⁷ El TC razona, además, sobre la no existencia de un derecho de propiedad al cargo.

³⁸ Visto que la respuesta al juicio de idoneidad es negativa, no resulta necesario que se examinen los otros dos aspectos involucrados en el examen de proporcionalidad.

legalidad y c) el principio de inocencia. A los efectos de este trabajo sólo me interesa referirme a los razonamientos que involucran juicios de proporcionalidad y por ello me concentraré únicamente en la alegación de vulneración de la igualdad en el ejercicio de los derechos que, en opinión del tribunal requirente, generaría una diferenciación gravosa que lesionaría finalmente la proporcionalidad.

A propósito de tal aseveración, el fallo de mayoría del TC sostiene, en una suerte de argumento de deferencia al legislador, lo siguiente:

“VIGÉSIMO. Que la diferencia persigue una finalidad que el legislador puede lícitamente pretender. En efecto, a éste se le encarga privativamente asignar penas a los delitos con el fin de proteger a la propia sociedad de su comisión.

Dentro de ciertos márgenes constitucionales, como son la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos o la pena de muerte fuera de los casos exceptuados, la mayor o menor severidad con que se castiguen determinados delitos cae dentro de la esfera de discreción del legislador en su legítimo afán por prevenir su ocurrencia;

VIGÉSIMO PRIMERO. Para el logro de la finalidad lícita de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un medio que debe considerarse idóneo. Este consiste en asignar a los responsables de aquellos ilícitos de la categoría que se quiere prevenir especialmente que queden en estado de tentativa o sean frustrados, las penas asignadas a los delitos consumados. De ese modo, el legislador, para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en estado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue;

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, por último, debe razonarse si el trato más gravoso que se aplica a los responsables de sólo algunos delitos, a quienes no se reconoce un beneficio general, en caso que los mismos no alcancen el grado de consumados, resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia. En la especie, el mayor gravamen consiste en la privación de un beneficio que no está exigido por la Carta Fundamental, sino que es una regla legal general. En virtud de su supresión, los responsables de delitos que hayan quedado en grado de tentados o frustrados recibirán las mismas penas asignadas por la ley a los respectivos delitos, sólo que sin beneficiarse de las disminuciones que la ley asigna, en general, a los responsables de otros delitos no consumados. Imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad;”.

Sobre la base de estas consideraciones el voto de mayoría rechaza la acción.

El examen atento del argumento de deferencia al legislador que plantea el TC siguiendo la tendencia comparada en judicatura constitucional, sugiere que la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal no tendría ni siquiera el carácter marginal que parece asignarle el Tribunal, sino que derechamente sería improcedente. En efecto, las penas a las que se refiere el considerando vigésimo primero corresponden a hipótesis explícitamente prohibidas por el constituyente. Por tanto, en todos aquellos casos en que no hubiera una pena expresamente proscrita por el sistema constitucional, no habría lugar a ponderación alguna. Corrobora esta impresión el considerando vigésimo segundo que insiste en el hecho de que la diferente graduación de la pena en función del *iter criminis* sólo tendría carácter legal y no constitucional, de manera que sería susceptible de modificarse por otra norma de rango legal. Acto seguido se conforma con afirmar que “el trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad”, sin justificar esa aseveración de manera alguna.

La proporcionalidad así concebida, deja de ser un juicio de adecuación y simetría entre finalidad perseguida, beneficios efectivamente producidos y daños impuestos, para transformarse en un análisis que se limita a constatar que las penas asignadas por el legislador no transgreden las prohibiciones expresa y determinadamente contempladas por el constituyente.

Por otra parte, resulta paradójico que la idoneidad y la necesidad de la pena establecida sean referidas como cuestiones discutibles en el considerando vigésimo primero para concluir que, pese a ello, la medida no puede juzgarse de irracional. Es dudoso, en consecuencia, que el legislador tenga, en realidad, un ámbito de discrecionalidad delimitado por el respeto estricto de los juicios de idoneidad y de proporcionalidad como se sentencia tajantemente al final del considerando vigésimo primero. El raciocino que se desarrolla en el fallo sugiere, más bien, lo opuesto. Parece descansar más sobre el presupuesto de un legislador eminentemente racional que sobre la posibilidad de examinar y cuestionar dicha racionalidad. Desde luego que, así conceptualizado el principio de proporcionalidad, de parámetro de racionalidad tiene sólo el nombre.

Finalmente, hay que hacer notar que en la sentencia comentada conviven tres argumentaciones (la de la mayoría y las dos disidentes) que no sólo discrepan sobre la manera de aplicar la noción de proporcionalidad sino, además, sobre su base o fundamento jurídico en el sistema chileno. Esta misma pieza demuestra que, sobre esta cuestión, tampoco hay acuerdo entre los miembros del TC.

Si el voto de mayoría parece suscribir la tesis del juez requirente de que la proporcionalidad es una exigencia que deriva de la igualdad en el ejercicio de

los derechos, el voto disidente de los ministros Vodanovic y Fernández entiende, a la inversa, que ésta es una emanación del justo y debido proceso³⁹. Adicionalmente, este mismo voto de minoría entiende que “las políticas criminales modernas tienden a valerse de la proporcionalidad en el sentido de combinar penas y medidas y no en el de combinar delitos equiparando las penas”, y que una política añeja como la contenida en la norma contestada no cumpliría con este requisito.

Por el contrario, el voto individual del abogado integrante Teodoro Ribera Neumann postula, citando jurisprudencia del propio TC⁴⁰ que la razonabilidad de las limitaciones implica respetar “el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir”⁴¹. Cabe señalar que esta última forma de entender el principio de proporcionalidad en materia penal, parece ser la que se alinea más con la elaboración dogmática de este principio llevada a cabo por la jurisprudencia europea y, en especial, por el tribunal constitucional alemán.

V. CONCLUSIONES

A título de conclusión, creo que esta revisión somera de la jurisprudencia del TC chileno en materia de inaplicabilidad, permite sostener que este órgano no ha sido capaz de construir una dogmática en materia de proporcionalidad que satisfaga los requisitos de estabilidad, coherencia y refinamiento conceptual exigibles a un intérprete privilegiado de la Constitución. Esto se suma a la falta de acuerdo doctrinal sobre el contenido y alcance de este principio. Ambas cosas, ponen en entredicho la efectividad actual del principio de proporcionalidad como herramienta de control de la racionalidad legislativa.

La aplicación ambigua del principio de proporcionalidad por parte del tribunal constitucional chileno, no sólo trae aparejado problemas de seguridad jurídica y de legitimidad de la jurisdicción constitucional, sino que implica un

³⁹ En el considerando 9° de este voto se afirma que: Más que manifestación de la igualdad –tanto la señalada en el número 2° como en el número 3° del artículo 19 de la Constitución Política–, que por su complejidad amerita un debate jurídico separado, la proporcionalidad es un *cálculo de ponderación* en el proceso de aplicación de la pena, lo que colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos, como ocurre en el caso *sub lite* al aplicarse el precepto impugnado. Esto justifica la inquietud del tribunal requirente, pues ajustándose estrictamente a la norma se ve severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y debido proceso. El artículo 450 del Código Penal, al establecer perentoriamente la rigidez señalada, colisiona con lo dispuesto en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

⁴⁰ Particularmente la sentencia Rol N° 519.

⁴¹ Véase considerando 5° del voto individual.

déficit de racionalidad del sistema en su conjunto puesto que compromete los delicados equilibrios que derivan de la concepción de los derechos como límites al poder estatal. Es este esquema, puede considerarse especialmente pernicioso la doctrina de deferencia al legislador en materia de decisión del curso de la política criminal, puesto que los defectos de la racionalidad legislativa en estos casos, involucran lesiones intensas a los derechos individuales.

Por otra parte, lo anterior ratifica la necesidad de levantar criterios dogmáticos operativos para garantizar la racionalidad decisoria o legislativa durante el proceso de generación de la norma que complementen aquellos asociados al control de constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, "La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena", en BORDALÍ, Andrés (Coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*; Lexis-Nexis, Santiago, 2006.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana de Garzón Valdés, Ernesto, revisada por Zimmerling, Ruth, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- _____, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993.
- _____, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 1, 1994.
- ALONSO, Mercedes, "Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de Género", *Cuadernos de Política Criminal* N° 95, 2008.
- ATIENZA, Manuel, "Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 1, 1994.
- _____, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 6, 1997.
- BAZÁN, José Luis; MADRID, Raúl, "Racionalidad y razonabilidad en el Derecho", *Revista Chilena de Derecho* N° 2 Vol. 18, 1991.
- BENHABIB, Seyla, *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo, posmodernismo*, Gedisa, Barcelona, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Revista Doxa* 26, 2003.
- _____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005.
- CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

- CARNEVALI, Raúl, "Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional", *Revista Ius et Praxis* Año 14 N° 1, 2008.
- CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819)*. En: http://scolarite.sciencespobordeaux.fr/IMG/pdf/Benjamin_Constant.pdf Puede consultarse una reproducción parcial traducida al castellano En: <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Constant.pdf> [visitados el 21/11/09].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa* N° 24, 2001.
- _____, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, "Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones", en VV.AA., *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- GODBOUT, Jacques, "Pas de représentation sans représentativité?", *Revue MAUS* N° 26, 2, 2005.
- HABERMAS, Jürgens, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Traducción de Etcheverry, José Luis, Ediciones Cátedra, Madrid, 1999.
- LAPORTA, Francisco, "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", *Doxa* N° 22, 1999.
- LOPERA MESA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- MOUFFE, Chantal, *En torno a lo político*, Fondo Cultura Económica, México, 2007.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, Poder y Derechos. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PEÑA, Carlos, "Qué hacen los civilistas", *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 28, 1993.
- RAWLS, John, *Liberalismo Político*, 5ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- RUIZ SCHNEIDER, Carlos, *Seis ensayos sobre teoría de la democracia*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1993.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.