

## RECENSIONES

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006 (661 pp.)

La obra *in comento* aborda la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales desde sus principales enfoques jurídicos: la Teoría del derecho, la Teoría de los derechos fundamentales y el Derecho penal. A mayor abundamiento, podemos estructurarla en tres partes: la primera de ellas pone de manifiesto la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la segunda aborda el tratamiento otorgado a dicho principio por doctrina penal; y la tercera, desarrolla la aplicación del juicio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de “prohibición de exceso”.

La autora toma las herramientas suministradas por la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación jurídica de Alexy para desarrollar su propuesta de modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, que se articula en torno a tres elementos: una teoría acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales –asentada en mandatos de optimización–; una teoría amplia acerca del contenido protegido por tales derechos y otra externa acerca de sus límites; y finalmente, el desarrollo de una estructura argumentativa a través del principio de proporcionalidad destinado a establecer el contenido definitivo protegido por los derechos fundamentales.

La autora toma como referencia la utilización del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales: a partir de una concepción de la constitución como un *orden marco* o abierto, el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales. En este sentido, debemos destacar el tremendo esfuerzo que realiza la autora para establecer unos criterios de diferenciación entre la validez –la pertenencia a un mundo constitucionalmente posible– y la legitimación externa de la ley penal, criterios que deben servir como presupuestos a los límites del juicio de constitucionalidad. Así, el principio de proporcionalidad, postula la autora, ofrece una estructura argumentativa allí donde existen varias alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar todos los argumentos materiales a favor y en contra de la *norma adscrita*, que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad.

Tomando un concepto amplio del principio de proporcionalidad articula su aplicación en el juicio de constitucionalidad en cinco etapas: Las dos primeras (adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental y examen de la legitimidad del fin perseguido por la actividad legislativa) permiten entablar la colisión entre razones

normativas *prima facie* en contra y a favor de la norma enjuiciada; y las tres fases restantes constituyen la aplicación del principio de proporcionalidad propiamente tal (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

La autora también pone de manifiesto que el principio de proporcionalidad permite el establecimiento de distintos grados de intensidad en el control de constitucionalidad. Justamente, en los casos de *control intenso* la competencia del legislador decrece y, en consecuencia, se amplía la competencia revisora del TC. Este tipo de control encuentra su natural ámbito de aplicación en el derecho penal, puesto que supone la intervención estatal más *intensa* en los derechos fundamentales y donde menos seguras son las premisas empíricas que avalan su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

Otro aspecto que destaca este estudio es la función sistematizadora del principio de proporcionalidad (en sentido amplio) de los principales límites materiales al poder punitivo desde hace tiempo forjados por la cultura jurídica penal. Así, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuadra dentro de las razones normativas *prima facie* en contra o favor de una intervención penal legislativa, el principio de lesividad de la conducta en el subprincipio de idoneidad y el principio de intervención mínima en el subprincipio de necesidad.

No obstante, esta concepción del principio de proporcionalidad suscita *roces* con el legislador. Así, la inclusión del principio de correspondencia con la realidad en el juicio de constitucionalidad a través del subprincipio idoneidad supone una de las propuestas más problemáticas del presente estudio: el juicio de idoneidad debe abordar, entre otras cuestiones, el espinoso problema de la eficacia del derecho penal para cumplir su finalidad preventiva. Ahora bien, la propia autora resalta que, a pesar de la tensión que produce la inclusión de elementos fácticos en el juicio de constitucionalidad, una concepción material y garantista de la Constitución reclama un criterio de interpretación que exija “un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales”.

Quizá una nueva perspectiva que podría añadirse a esta extensa y minuciosa obra es el estudio del control de constitucionalidad desde los presupuestos de las teorías negativas de la pena. Así, el TC formaría parte de aquellas *agencias judiciales* que no tendrían como finalidad validar unos fines que en buena medida son desconocidos y los conocidos son altamente complejos y mutables y a veces delictivos. Desde esta concepción de los fines de la pena, las leyes penales constituyen una vulneración a los derechos fundamentales que no repara ni restituye ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, y extrapolando la propuesta de Zaffaroni y sus colaboradores, el control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo sino directamente limitar y contenerlo. De esta manera, lo que se exige al TC a través de sus fallos es ampliar su *poder decisorio* dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales<sup>1</sup>. No obstante, la autora implícitamente tiene

<sup>1</sup> Zaffaroni, Raúl (*et alii*), *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires: Argentina (2002), pp. 37-54.

presentes estas consideraciones, y no resulta extraño que finalice este interesante estudio de la siguiente manera: “Si el contrato que justifica la sanción penal es hipotético sólo hipotéticamente autoriza (u obliga) a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo”<sup>2</sup>.

Como conclusión, estamos ante unos de los estudios más completos sobre el alcance y límites del control de constitucionalidad de las leyes penales y ante una obra de referencia a la hora de abordar la plasmación constitucional de los principios y límites al *ius puniendi*.

*José Ángel Fernández Cruz*

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006 (175 p.).

Puede parecer un poco extraño hacer una reseña de un libro publicado originalmente en 1973, es decir, hace 24 años. Ese dato debería ser suficiente para rechazar cualquier comentario bibliográfico, a no ser que la actualidad del texto y la riqueza de sus reflexiones lo mantengan vigente y constituyan un aporte a la comunidad jurídica. Precisamente ese es el caso del texto que comento en estas líneas, y que seguramente llevó a la Editorial Iustel a reeditarlo entusiastamente, ya que el estudio del profesor Santamaría Pastor es de tal lucidez, rigurosidad y calidad que su lectura sigue siendo un aporte a la doctrina administrativa y una lección magistral del uso adecuado del método jurídico e histórico.

En este contexto, no puedo soslayar, en primer lugar, la lucidez y honestidad del profesor Santamaría Pastor para plantear una premisa inicial obvia, pero oculta en la mayoría de los textos de esta naturaleza: el recurso a la historia de las instituciones jurídicas, y particularmente a las del Derecho Público, es un método que está cargado de ideología e intencionalidad (págs. 25 y ss). Lo que se busca, las más de las veces, es reinterpretar la historia, buscando en el pasado reciente los fundamentos para justificar las posiciones ideológicas actuales en el Derecho. En otras palabras, la debilidad de los argumentos dogmáticos actuales se arrojan con referencias teóricas remotas, asignándoles a instituciones y doctrinas el peso y la fuerza que la tradición jurídica presupone.

Con tales prevenciones, el profesor Santamaría Pastor comienza su revisión crítica de una etapa clave en la formación del Derecho Administrativo español, que se abre con el trabajo legislativo de las Cortes de Cádiz en 1810 y se cierra con la instauración de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1845. Este periodo es especialmente

---

<sup>2</sup> La autora toma este párrafo de: Moreso, José J. y José Cid Moliné, “Derecho penal y filosofía analítica”, (en) *ADPCP*, (1991), p. 170 y ss.