

La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO*

La relación entre el derecho penal y los derechos fundamentales: dos paradigmas

La relación existente entre los derechos fundamentales y el ejercicio del *ius puniendi* es una relación compleja. La complejidad de esta relación se explica por el hecho de que a ella subyace una tensión insoluble. Esta tensión está reflejada en una proposición estándar del discurso jurídico-penal, según la cual el derecho penal protegería derechos fundamentales lesionando derechos fundamentales. En otros términos, los derechos fundamentales constituirían el marco de referencia tanto para la legitimación como para la deslegitimación del ejercicio del *ius puniendi*.

En la comprensión de la relación entre derecho penal y derechos fundamentales, definida por la tensión entre legitimación y deslegitimación, sin embargo, resulta posible constatar (a lo menos) dos modelos alternativos. Cada uno de estos dos modelos se corresponde con un énfasis en uno u otro polo de la tensión, esto es, en la referencia a los derechos fundamentales como objeto de afectación o en la referencia a los derechos fundamentales como objeto de protección. Una distinción tal entre dos paradigmas de discurso acerca de esta relación ha sido recientemente planteada por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez¹.

Bajo el primer paradigma, que Bascuñán Rodríguez denomina clásico, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, respecto de la cual sería necesario establecer arreglos institucionales que posibiliten su control. En este sentido, el resguardo de los derechos fundamentales exige la formulación de estándares de legitimación negativa que constituyan el marco normativo bajo el cual debe verificarse el control judicial del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Bajo el segundo paradigma, que (sólo para diferenciarlo del anterior) denominaré paradigma alternativo, los derechos fundamentales desempeñan (también) la función inversa, esto es, constituyen premisas normativas para la legitimación positiva del ejercicio del *ius puniendi*. De este modo, la potestad punitiva del Estado ya no es considerada una fuente de peligro para los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, un medio de protección de los mismos.

Es interesante constatar que a cada paradigma corresponde una auto-comprensión distinta del ciudadano, en tanto titular de derechos fundamentales, en cuanto a su posición frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. En el contexto del paradigma clásico, el peligro para los derechos fundamentales

* Egresado, Facultad de Derecho Universidad de Chile

¹ Bascuñán Rodríguez, "Derechos fundamentales y derecho penal", en, varios autores, *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 319 y ss.

proviene de la posibilidad de que el ciudadano sea, primero, destinatario de prohibiciones y/o mandatos respaldados con amenaza de pena y, segundo, objeto de persecución punitiva. En este sentido, el ciudadano se concibe a sí mismo, primariamente, como eventual víctima de la coacción estatal. En el contexto del paradigma alternativo, en cambio, el peligro para los derechos fundamentales deriva de la eventual omisión del Estado en dispensar protección frente a agresiones provenientes de otros ciudadanos. En este sentido, el ciudadano se concibe a sí mismo, primariamente, como eventual víctima de delitos cometidos por otros ciudadanos². En tanto se advierte esta faceta de la inversión del paradigma clásico, no puede extrañar que en el discurso penal actual las consideraciones victimológicas encuentren una adhesión particularmente intensa.

Según el profesor Bascuñán Rodríguez, uno de los modos en que ha tenido lugar esta inversión de paradigmas se vincula a la clase de deberes que a partir de los derechos fundamentales se fundamentan para el Estado. Bajo el paradigma clásico, los deberes correlativos a los derechos fundamentales que derivan para el Estado son, primariamente, deberes de omisión, esto es, prohibiciones de afectación: el Estado debe abstenerse de intervenir en el ámbito de autonomía configurado por los derechos fundamentales del ciudadano a menos que dicha intervención se encuentre autorizada por las razones que legitiman el ejercicio del *ius puniendi*. Bajo el paradigma alternativo, junto a estos deberes de abstención, de los derechos fundamentales surgen para el Estado deberes de prestaciones positivas, entre los cuales figuran deberes de prestaciones normativas.

De lo anterior deriva una consecuencia para el modo de comprensión del principio de proporcionalidad como criterio de evaluación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. El principio de proporcionalidad opera como criterio de legitimación retrospectiva y como criterio de legitimación prospectiva respecto del ejercicio del *ius puniendi*³. Como criterio de legitimación retrospectiva, el principio de proporcionalidad co-constituye el principio de culpabilidad, concretándose en una exigencia de proporcionalidad *stricto sensu*, en el sentido de una determinada correlación entre la pena como medio empleado y el hecho punible como antecedente de la persecución penal⁴. Como criterio de legitimación prospectiva, el principio de proporcionalidad se concreta, básicamente, en una exigencia de necesidad y adecuación del medio empleado respecto de los fines perseguidos (tratándose de la pena, básicamente, fines de prevención). En cuanto a esta dimensión prospectiva del principio de proporcionalidad, empero, puede advertirse un énfasis distinto bajo uno y otro paradigma.

En efecto, bajo el paradigma clásico el énfasis ha de encontrarse en la exigencia de necesidad: sólo si el medio es necesario su uso es legítimo. De esto se sigue que, en función de la exigencia de proporcionalidad prospectiva, el Estado se encuentra sujeto, primariamente, a una prohibición de exceso⁵. Bajo el paradigma alternativo, en cambio, el examen de la adecuación del medio es tan importante como el de su necesidad. La exigencia de proporcionalidad prospectiva da lugar así, junto a una prohibición de exceso, a una prohibición de defecto.

En términos generales, la prohibición de exceso se corresponde con la formulación estándar del principio de subsidiariedad, en virtud del cual “no está permitida la intervención penal si el efecto [per-

² Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 36 y ss.

³ Bascuñán Rodríguez, *op. cit.* [nota 1], pp. 320 y ss.

⁴ Maurach-Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1994, § 7, núm. 15.

⁵ *Ibid.*, § 7, núm. 14.

seguido] se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas”⁶. *A contrario*, está permitida la intervención si y sólo si el efecto perseguido no se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas. Lo que impone la prohibición de defecto es una reformulación de esta autorización como un mandato: si el efecto no se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas, la intervención no sólo se encuentra permitida, sino que es obligatoria. Ciertamente, este mandato tiene como destinatario al Estado. Esta consideración vuelve necesaria una revisión de la fundamentación de aquellos deberes de intervención del Estado cuyo incumplimiento podría eventualmente constituir una infracción de la prohibición de defecto.

Derechos fundamentales y deberes de protección

Es usual sostener que a cada uno de los dos modelos de comprensión de la relación entre el derecho penal y los derechos fundamentales corresponde una concepción diferente de la estructura de los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos. Bajo el paradigma clásico los derechos fundamentales son concebidos básicamente como derechos de defensa del ciudadano, derechos cuyo deber correlativo está constituido por una prohibición de afectación cuyo destinatario es el Estado. De ahí que los derechos de defensa también sean denominados “derechos a acciones negativas”⁷. Bajo el paradigma alternativo, adquieren especial relevancia los derechos fundamentales en tanto derechos a acciones positivas, esto es, en tanto derechos a prestaciones. Estas prestaciones, ciertamente, pueden ser tanto fácticas como normativas⁸. En la medida en que se trata del examen de la comprensión de la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio del *ius puniendi*, los derechos a prestaciones normativas han de constituir aquí el objeto de consideración preferente.

Esto último podría sugerir que a cada uno de los dos paradigmas de comprensión de la relación entre el derecho penal y los derechos fundamentales corresponde, en una medida importante, un modelo de Estado diferente. Una comprensión de la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio del *ius puniendi* como una relación negativa, definida por la comprensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa, encuentra su contexto más adecuado en un modelo liberal de Estado de Derecho⁹, precisamente porque este modelo de Estado se articula a partir de la premisa de que “la Constitución de un Estado democrático de derecho tiene como objetivo primario prevenir los peligros que pueden presentarse en la dimensión Estado-ciudadano, es decir, en las relaciones entre el aparato estatal monopolizador de la violencia y personas privadas desarmadas”¹⁰. En cambio, una comprensión de esa misma relación como una relación positiva, definida por la consolidación de un discurso de fundamentación de derechos del ciudadano a acciones positivas, esto es, a prestaciones del Estado, sólo puede ser consistente con una comprensión de este último como “un Estado que controle en términos reflexivos, que disponga las infraestructuras necesarias, que prevenga riesgos, que regule, que posibilite y

⁶ Jakobs, Derecho Penal. Parte General. *Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Apartado 2, núm. 27.

⁷ Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 189.

⁸ *Ibid*, pp. 194-195.

⁹ Staechelin, “¿Es compatible la <<prohibición de infraprotección>> con una concepción liberal del Derecho penal?”, en varios autores, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 295.

¹⁰ Habermas, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 318-319.

que compense”¹¹, esto es, con un modelo social de Estado de Derecho¹². En todo caso, parecería que la implicación de un modelo de Estado social en el discurso de fundamentación de derechos a acciones positivas resulta preferentemente cierta tratándose de los derechos a prestaciones fácticas (los cuales, en efecto, suelen ser denominados “derechos sociales”), no así tratándose de los derechos a prestaciones normativas en tanto derechos a protección¹³.

Esto último es consistente con la tesis de que, en principio, también el paradigma clásico, sobre la base de la consideración de los derechos fundamentales como derechos negativos, puede implicar deberes de protección para el Estado. Como lo explica Bascuñán Rodríguez, “[s]i la seguridad del ciudadano es el fin del Estado civil, entonces la protección de los derechos fundamentales es un deber del Estado. El paradigma clásico implica deberes de protección”¹⁴. Según el propio Bascuñán Rodríguez, no obstante, ello no se traduce en que bajo el paradigma clásico estos deberes de protección puedan ser equiparados, desde un punto de vista institucional, a la prohibición de afectación que deriva para el Estado de los derechos fundamentales, más allá de que tal equiparación pueda ser plausible en el nivel de la justicia política. En este sentido, lo que define al paradigma clásico es un rechazo de una eventual ponderación entre criterios negativos y criterios positivos de legitimación del ejercicio del *ius puniendi*, pues bajo este modelo “ningún fundamento de legitimación positiva del *ius puniendi* puede compensar la infracción de un principio limitador”¹⁵.

La consolidación del discurso orientado a la fundamentación de derechos fundamentales como derechos a prestaciones da cuenta, en todo caso, de un fenómeno aparentemente irreversible. En relación con lo que aquí interesa, como ya se señaló, la cuestión crucial está constituida por la fundamentación de derechos (fundamentales) a prestaciones normativas, a los cuales correspondan deberes estatales de prestaciones normativas. Bajo la definición estipulada por Alexy, “[l]os derechos a acciones positivas *normativas* son derechos a actos estatales de imposición de normas”¹⁶. Dentro de esta clase de derechos se encuentran los denominados derechos a protección, susceptibles de ser definidos como “los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”¹⁷.

Es controvertida la corrección de la fundamentación de tales derechos a protección en tanto derechos subjetivos. Existe una corriente que sostiene que podrían fundamentarse deberes estatales de protección a los cuales no correspondan derechos subjetivos a protección. Esto suele justificarse a partir de la tesis, postulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, según la cual de las normas que establecen derechos fundamentales se derivaría no sólo un conjunto de posiciones deónticas subjetivas, sino también un orden objetivo de valores que tendría un efecto reflejo en todo el ordenamiento jurídico¹⁸. Frente a esto, Alexy ha defendido la fundamentación de derechos fundamentales subjetivos a protección, en función de la interpretación de las disposiciones que establecen y a las cuales se adscriben derechos fundamentales como disposiciones que, al menos parcialmente, expresan principios, esto es, mandatos de

¹¹ *Ibid.*, p. 320.

¹² Staechelin, *op. cit.* [nota 9], *Op. cit.*

¹³ Alexy, *op. cit.* [nota 7], p. 440.

¹⁴ Bascuñán Rodríguez, *op. cit.* [nota 1], p. 321.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Alexy, *op. cit.* [nota 7], p. 195.

¹⁷ *Ibid.*, p. 435.

¹⁸ Críticamente, Habermas, *op. cit.* [nota 10], pp. 326 y ss.

optimización. Esto, en el entendido de que “el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos”¹⁹. Esta es una cuestión importante, sobre todo porque en algún sentido prejuzga la forma de ejercicio del control de la constitucionalidad de la producción normativa estatal dirigida al cumplimiento de los deberes de protección.

Tanto esta controversia como aquella relativa a la corrección o la incorrección de la asimilación de los derechos a protección a los derechos de defensa²⁰, pese a su relevancia, escapan al problema que en el contexto del análisis de la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la potestad punitiva del Estado más interesa. Este problema es el de la evaluación del cumplimiento de los deberes de protección, en tanto deberes de prestaciones normativas, por parte del Estado, independientemente de que a estos deberes correspondan o no derechos subjetivos y de cuál sea, en su caso, la mejor explicación de la estructura de estos derechos.

Es precisamente en relación con el cumplimiento de estos deberes por parte del Estado que la prohibición de defecto o prohibición de infraprotección se constituye como estándar de evaluación. ¿Cuándo debe esta protección normativa constituirse en protección jurídico-penal? ¿Cómo se convierte un deber de prestación normativa en un deber de punición?

Deberes de protección y deberes de punición

Un deber de prestación normativa puede ser reformulado como un deber de protección mediante el establecimiento de normas. *Prima facie* al menos, el Estado ha de cumplir sus deberes de protección estableciendo normas de comportamiento orientadas a la evitación de afectaciones de los objeto de protección. La cuestión de si es posible que una norma de comportamiento (cuyos destinatarios sean los ciudadanos) sea fundamentada directamente a partir de un deber de protección (cuyo destinatario es el Estado), constituye una pregunta compleja, cuya respuesta aquí no es indispensable. La pregunta que debe ser respondida en este contexto es la que se refiere a las condiciones que deberían concurrir para que un deber de protección se transforme, eventualmente, en un deber de punición, esto es, para que un deber de establecer una norma de comportamiento se convierta en un deber de establecer una norma punitiva.

Un punto de partida puede encontrarse en la consideración, planteada por el profesor Bascañán Rodríguez, de que en el contexto de sistemas jurídicos reflexivos, esto es, de sistemas jurídicos compuestos tanto por reglas primarias (o regulativas) como por reglas secundarias (o constitutivas)²¹, la pertenencia de una norma al sistema dependerá de algún criterio procedimental de validez y no de la constatación de alguna forma de reacción social frente a su infracción. Luego, “la deducción de consecuencias imputables al caso de la infracción de la norma de comportamiento [por ejemplo, una pena] requiere la adición de otras premisas normativas”²², esto es, la adición de premisas distintas de la sola norma de comportamiento. En otros términos, “una norma sancionatoria [y en esa medida, una norma punitiva] no puede derivarse analíticamente de una mera norma de comportamiento”²³.

¹⁹ Alexy, *op. cit.* [nota 7], p. 440.

²⁰ Sobre esto último, *ibid.*, pp. 441-446.

²¹ Fundamental en este sentido, Hart, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 99 y ss.

²² Bascañán Rodríguez, *op. cit.* [nota 1], p. 326.

²³ *Ibid.*, p. 327.

Si la relación entre la norma de comportamiento y la norma de sanción, esto es, la norma que imputa una consecuencia a la infracción de la norma de comportamiento, no es una relación analítica sino funcional, la fundamentación de un deber de establecimiento de una norma sancionatoria a partir de un deber de establecimiento de una norma de comportamiento ha de quedar sujeta a los estándares de legitimación que impone el principio de proporcionalidad²⁴. Y con mayor razón si se trata de la fundamentación de un deber de establecimiento de una norma punitiva. Esto, en virtud de la clase y el grado de afectación de los intereses del destinatario de la norma de comportamiento que supone la imputación de la consecuencia establecida en la norma punitiva para el caso de su infracción. De ahí que Bascuñán Rodríguez concluya que la justificación de un deber de punición a partir de la conjunción entre un deber de regulación y otras consideraciones normativas resulte particularmente difícil, por no decir prácticamente imposible, puesto que, como el propio Bascuñán Rodríguez sugiere, “la apertura a consideraciones de política jurídica alternativas al *ius puniendi* debe ser asumida como una opción que es siempre posible”²⁵.

Esta última tesis resulta desafiada bajo la comprensión de la evaluación de la producción normativa del Estado, fundamentalmente, la que compete al legislador, en función de la prohibición de defecto, o más específicamente, en función de la prohibición de infraprotección, como se verá a continuación.

La fundamentación de deberes de punición bajo la prohibición de defecto

El problema que supone la argumentación requerida para fundamentar un deber de punición a partir de un deber de protección resulta soslayado cuando éste es establecido directamente. Como sostiene Bascuñán Rodríguez, el establecimiento de deberes explícitos de punición en el nivel suprallegal, tanto en el nivel constitucional (por ejemplo, el mandato de incriminación de conductas terroristas establecido en el artículo 9º de la Constitución chilena) como en el nivel del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, pretendería operar como “justificación sustitutiva al complejo de razones que deberían tomarse en consideración para derivar un deber de sancionar penalmente como consecuencia de un deber de regular”²⁶.

Esto, ciertamente, vuelve sumamente problemático el establecimiento de deberes supraleales de punición, precisamente porque lo que se expresa en ellos es la exclusión de la prerrogativa de decisión del legislador democrático para la evaluación del merecimiento de pena de determinados comportamientos. Sobre esta base, resulta importante el desarrollo de criterios interpretativos de tales deberes de punición conforme a los cuales pueda conservarse algún margen de decisión para el legislador democrático. A este respecto, puede hacerse referencia a una diferenciación de clases de deberes de punición, que ha sido propuesta por Bascuñán Rodríguez²⁷.

Desde el punto de vista de la intensidad de las exigencias que el mandato suprallegal de punición impone al legislador, Bascuñán Rodríguez sugiere distinguir entre deberes de incriminación, deberes moderados de tipificación y deberes extremos de tipificación. Esta distinción presupone entender el

²⁴ *Ibid.*, p. 328.

²⁵ *Ibid.*, p. 329.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, pp. 329 y ss.

establecimiento de normas como un acto de habla²⁸. Un deber de incriminación se concreta en un deber que sólo impone exigencias en el nivel proposicional y en el nivel ilocucionario del acto habla, pero no en el nivel del acto de emisión. Así, lo que exige un deber de incriminación es “que cierto comportamiento se encuentre descrito como supuesto de hecho de un enunciado que impute una sanción penal como consecuencia de ese comportamiento”, de modo que “[l]a elección de la fórmula lingüística [acto de emisión] es prerrogativa del legislador”²⁹. Un deber moderado de tipificación, en cambio, es un deber que se concreta en una exigencia que se plantea en el nivel del acto de emisión: “que el derecho legal contemple un tipo penal, identificable como delito *sui generis* o autónomo dentro del catálogo de conductas punibles”³⁰. Finalmente, un deber extremo de tipificación se traduce en un deber de congruencia máxima en el nivel del acto de emisión, consistente en “un deber de transcribir los términos y expresiones del texto autoritativo supralegal en el texto autoritativo legal”³¹.

Más allá de cuestiones específicas asociadas a los inconvenientes de técnica legislativa que suponen los deberes de tipificación, particularmente los deberes extremos de tipificación, lo fundamental es destacar que mientras más exigente es un deber de punición, menos posibilidades tiene el legislador de revisar la fundamentación del juicio de merecimiento de pena subyace al deber de punición. Y la posibilidad de revisión de una decisión parece ser una condición importante para su aceptabilidad racional.

Pero también fuera del ámbito de los deberes supralegales de punición, existen algunos deberes de protección cuya reformulación como deberes de punición parece ser asumida como no problemática. Se trata de deberes de protección que se explicarían como una compensación de la monopolización estatal de la violencia. Desde ya, es evidente que esta monopolización posibilita una fundamentación directa de deberes de protección: “[l]a renuncia amplia a derechos a una efectiva autoprotección condicionada por la transición (construida) de la situación preestatal a la situación estatal puede ser justificada racionalmente sólo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal”³². Sin embargo, desde determinadas aproximaciones se sostiene que la monopolización estatal de la violencia también podría constituir una premisa suficiente para la fundamentación de deberes de punición. Si el *ius puniendi* se legitima en función de la evitación de la violencia privada, podrían resultar justificadas algunas “prohibiciones [penales] mínimas necesarias”, a saber, aquellas “establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”³³.

En todo caso, éste no es el nivel de análisis en que se despliega la pregunta por la posibilidad de la fundamentación de deberes de punición en función de la prohibición de defecto que vincularía al Estado en la protección de los derechos fundamentales. El recurso a la prohibición de infraprotección interesa en tanto ésta puede conducir a la imposición de la prestación punitiva como modo de cumplimiento de un deber de protección en función de la evaluación de la mayor o menor idoneidad de los posibles modos alternativos de cumplimiento de ese deber de protección.

²⁸ El modelo se encuentra en Searle, *Actos de Habla*, Cátedra, Madrid, 1986.

²⁹ Bascañán Rodríguez, op. cit. [nota 1], pp. 330-331.

³⁰ Ibid, p. 331.

³¹ Ibid.

³² Alexy, op. cit. [nota 7], p. 440.

³³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2001, p. 466.

Esto supone constatar una diferencia estructural entre los derechos de defensa y los derechos a protección³⁴. En efecto, la posición correlativa a un derecho de defensa es una prohibición de afectación. La posición correlativa a un derecho a prestaciones, en cambio, es un mandato de protección. En la medida en que se afirma una prohibición de afectación, la misma se extiende a toda forma de afectación, en el sentido de que se prohíbe toda acción constitutiva de afectación. En cambio, en la medida en que se afirma un mandato de protección, no toda acción constitutiva de protección se encuentra ordenada, sino una sola, cualquiera, en tanto resulte adecuada para el cumplimiento del mandato.

El problema surge en la medida en que no es plausible la postulación de una disyunción fuerte, esto es, la formulación de una relación binaria, entre medios adecuados y medios inadecuados: se trata de una cuestión de grado. De ahí que puedan existir dos o más medios de protección eficaces, de los cuales uno sea más eficaz que el o los otros medios disponibles. ¿Podría fundamentarse en tales casos la obligatoriedad del cumplimiento del deber de protección a través del medio más eficaz? ¿Podría entenderse que la utilización de otro medio, distinto del más eficaz, constituiría un incumplimiento del deber de protección?

Una respuesta satisfactoria a estas preguntas supone la formulación de juicios de ponderación entre los intereses cuya protección se exige y los intereses que resultarían afectados por el medio elegido para la prestación de protección, lo cual a su vez supone la adscripción de una dimensión axiológica o valorativa a las normas de derecho fundamental. La comprensión de los principios, incluidos los principios de derecho fundamental, como mandatos de optimización implica una equiparación entre principios y valores. El grado de racionalidad susceptible de ser alcanzado en la realización de esta clase de juicios de ponderación es, no obstante, particularmente incierto³⁵.

Ciertamente, podría concebirse supuestos en que sólo existiera un medio de protección disponible. En tales supuestos, se entendería que el cumplimiento del deber de protección exige la utilización de ese único medio de protección. En estos supuestos, por lo tanto, “la estructura del derecho a prestaciones [normativas] es igual a la del derecho de defensa”³⁶.

Tanto en los supuestos en que se dispone de dos o más medios relativamente eficaces como en los supuestos en que se dispone de uno solo, la evaluación del cumplimiento del deber de protección bajo la racionalidad de la prohibición de infraprotección podría conducir a la fundamentación de un deber de establecer una norma punitiva, esto es, a la fundamentación de un deber de punición, en la medida en que el recurso al *ius puniendi* apareciera como el único o el más eficaz modo de cumplimiento del deber de protección. En este punto se hace necesario enunciar dos premisas. La primera consiste en que un destinatario idóneo del deber de protección ha de ser el legislador, pues el establecimiento de normas punitivas, en virtud del principio de legalidad, constituye una competencia exclusiva de aquél. La segunda consiste en que exista uno o más órganos a los cuales se reconozca competencia para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de este deber por parte de su destinatario, esto es, que exista un órgano competente para evaluar la prestación de protección que debe ejecutar el legislador.

³⁴ Vid. Alexy, *op. cit.* [nota 7], pp. 446-447.

³⁵ Como postula Habermas, “[l]a transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a *lógica de la argumentación*” (Habermas, *op. cit.* [nota 10], p. 330).

³⁶ Alexy, *op. cit.* [nota 7], p. 447.

El problema se traduce, por tanto, en el análisis de la posibilidad de que el o los órganos eventualmente legitimados para evaluar el cumplimiento o incumplimiento, por parte del legislador, de los deberes de protección fundamentados en derechos fundamentales y, en esa medida, para evaluar la constitucionalidad de la ley, pueda o puedan justificar, a partir de tales deberes de protección, deberes de punición que vinculen al legislador. Este es precisamente el contexto en que surge el debate acerca de la prohibición de infraprotección. Este contexto será objeto de una breve referencia a continuación.

La primera formulación explícita de la prohibición de infraprotección como estándar específico de evaluación de la producción normativa del legislador se encuentra en el segundo fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad respecto de una regulación legal del aborto consentido³⁷. Por medio de este fallo, pronunciado en mayo de 1993, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley por la cual el Parlamento Federal alemán pretendía establecer un sistema de plazo con consejo forzoso como causa de justificación (esto es, como causa de exclusión de la antijuridicidad) del aborto consentido por la mujer embarazada.

El fallo del Tribunal parte de la base de que el Estado, y en esa medida el legislador, se encuentra vinculado por un deber de protección respecto de la vida del *nasciturus* (tal como lo está el legislador chileno en virtud del artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución). Si bien el Tribunal reconoce que compete al legislador determinar concretamente el modo y el alcance de esta protección, el Tribunal entiende que el mismo legislador se encuentra sujeto a una prohibición de infraprotección, respecto de cuya satisfacción, además, su prestación puede ser objeto de control constitucional³⁸. Entre otras consecuencias que según el Tribunal se derivan de la prohibición de infraprotección, destaca la necesidad de que, fuera de los casos excepcionales en que el deber de sobrellevar el embarazo resulta revertido (básicamente, en las situaciones correspondientes a las indicaciones terapéutica o médica, ética o criminológica y embriopática), se mantenga la declaración de la antijuridicidad del aborto. Esto, sin perjuicio de que la optimización de la protección de la vida del *nasciturus* pueda requerir, en opinión del propio Tribunal, la exclusión de la punibilidad (en sentido amplio) de la mujer que consiente en la práctica del aborto y aun algunos efectos directos de la antijuridicidad de la interrupción del embarazo, como efectivamente concluyó el Tribunal.

Es particularmente importante la consideración de la relación existente entre este fallo y el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad sobre una propuesta de regulación legal del aborto consentido. En este primer fallo, de febrero de 1975, el Tribunal sostuvo la tesis de que en la medida en que la protección que el Estado ha de prestar respecto de la vida del *nasciturus* no pueda alcanzarse adecuadamente por otra vía, el legislador puede encontrarse obligado a recurrir al derecho penal como medio de protección. En todo caso, ésta no sería una obligación absoluta sino una obligación relativa del Estado, que surgiría de la insuficiencia de todos los demás mecanismos de protección³⁹.

³⁷ Un análisis detallado de este fallo en el contexto de un examen comparado del estatus del aborto consentido en la jurisprudencia constitucional norteamericana y alemana se encuentra en Bascuñán Rodríguez, "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado", en Revista de Derecho Público, N° 63, Santiago, 2001, Tomo I, pp. 209 y ss.

³⁸ Staechelin, *op. cit.* [nota 9], p. 289.

³⁹ Bascuñán Rodríguez, "Límites a la prohibición..." [nota 37], p. 227

No ha de entenderse que en el segundo fallo, a través del recurso a la prohibición de infraprotección como premisa para la exclusión de la punibilidad del aborto en algunos supuestos en que, no obstante, no se revierte su antijuridicidad, el Tribunal excluya la corrección de la fundamentación de este deber de punición (o penalización) subsidiario. Más bien, el Tribunal reconoce que, en cierto sentido, tal deber de punición es un deber *prima facie*, cuya adecuación en relación con el fin perseguido debe ser, en todo caso, examinada⁴⁰. Lo fundamental, en todo caso, es la constatación de que bajo este discurso, en el ámbito de la regulación legal del aborto consentido, el legislador alemán ya no se encuentra facultado para renunciar discrecionalmente al ejercicio del *ius puniendi*⁴¹.

La idoneidad del derecho penal como medio de protección

Según Tiedemann, lo que subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es una tesis conforme a la cual “[j]unto al control negativo sobre la constitucionalidad de los tipos penales creados por el legislador, aparece [...] un control positivo en el sentido de que el legislador está obligado, o, en su caso, puede estarlo, a suprimir una laguna de protección penal mediante la creación de nuevos tipos penales”⁴². Específicamente en relación con el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán, Tiedemann sostiene que la eficacia del derecho penal como medio de protección de la vida del *nasciturus* aparece como un axioma y, en tal medida, “como una ficción o, más correctamente, como una presunción, de cuya verificación se prescinde”⁴³. Y si bien en su segundo pronunciamiento el Tribunal relativiza el carácter definitivo de este deber de punición en relación con la regulación del aborto consentido, esta presunción de idoneidad del *ius puniendi* no resulta, en lo fundamental, puesta en duda. La explicación probablemente se encuentre, como sostiene Staechelin, en que, dado que “de entre todas las formas de reacción que el Estado tiene a su disposición, la jurídico-penal es la más contundente, ésta goza también por anticipado de la confianza en ser la más efectiva”⁴⁴.

Que contundencia no equivale a efectividad, sin embargo, no es algo que requiera ser demostrado. Por el contrario, la intensidad de la afectación que importa el ejercicio del *ius puniendi* debería, en todo caso, conducir a mayores exigencias en la evaluación de su aptitud. Esto es particularmente sensible si se considera la crítica radical a que, contemporáneamente, se ve expuesta la forma paradigmática de ejercicio de la potestad punitiva del Estado, a saber, la pena privativa de libertad⁴⁵.

La equiparación de la noción de protección a través de la pena con la noción de protección a través del derecho penal, no obstante, no es algo que se pueda dar por supuesto, en tanto se constata la insistencia doctrinaria en la distinción entre fines de la pena y fines del derecho penal. Desde ya, la diferenciación de la conminación, la imposición y la ejecución de la pena como momentos de la intervención punitiva del Estado⁴⁶, constituye una referencia indispensable para una adecuada evaluación del desempeño de la

⁴⁰ *Ibid*, p. 242.

⁴¹ Kayßer, “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto”, en, varios autores, *La insostenible situación del Derecho Penal* [nota 9], p. 161.

⁴² Tiedemann, “Constitución y Derecho penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 33, Madrid, 1991, p. 165.

⁴³ *Ibid*, p. 166.

⁴⁴ Staechelin, *op. cit.* [nota 9], p. 297.

⁴⁵ Al respecto, por ejemplo, Ferrajoli, *op. cit.* [nota 33], pp. 412-414.

⁴⁶ Así, Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, en, del mismo, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 20.

función o las funciones atribuidas a la pena. En el contexto de este trabajo, en todo caso, no puede sino quedar abierta la pregunta por la posibilidad de “un uso instrumental del Derecho penal liberado de la ilusión de la instrumentalidad de la pena”⁴⁷.

Es importante precisar, no obstante, que el cuestionamiento de la idoneidad de la pena como medio de protección supone una aproximación a la teoría de los fines de la pena desde una perspectiva bajo la cual a la pena sean atribuidas funciones que en algún nivel resulten verificables empíricamente o que se funden en hipótesis susceptibles de ser falseadas empíricamente⁴⁸. Bajo aproximaciones centradas exclusivamente en la comprensión de la pena como mecanismo de comunicación normativa, en cambio, tal cuestionamiento no resulta pertinentes. Que bajo estas concepciones no se requiere la constatación de un momento empírico en el despliegue de la función de la pena, lo muestra la formulación más reciente de la teoría de la prevención general positiva por Jakobs, conforme a la cual, en relación con la determinación de la función preventiva de la pena, “no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”⁴⁹. El problema que suscita esta clase de concepciones de la función de la pena, inmunes a toda refutación empírica, en relación con la cuestión que aquí interesa, radica en que a partir de ellas el límite entre prevención y retribución se vuelve cada vez más difuso. De ahí que Lesch, discípulo de Jakobs, llegue a re-definir esta variante de la teoría de la prevención general positiva como una teoría funcional retributiva “que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y relativa [de la pena]”⁵⁰. La pregunta, entonces, consiste en si acaso una explicación de la pena como retribución (aunque funcional) es compatible con su comprensión como medio de protección.

Ciertamente, es posible que bajo una concepción tal de la función de la pena ésta resulte idónea como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Esto dependería exclusivamente de que aquellas normas cuya vigencia pretenda ser restablecida mediante la comunicación subyacente a la imposición de la pena sean normas cuyo objeto de protección esté constituido por aquellos intereses que son formalizados como derechos fundamentales. Pero de la premisa de que la pena sea un medio funcional al restablecimiento de la vigencia de las normas (incluidas las normas de derecho fundamental) no se sigue que la pena sea el único medio funcional a ese restablecimiento. En este sentido, la teoría de la prevención general positiva, al menos en esta versión radical, se constituye como una descripción de la forma en que opera (o podría operar) la pena, sin poder justificarla como necesaria. Pero es precisamente una justificación de la lesión masiva de derechos fundamentales que la pena conlleva lo que exige un discurso que se concentre en la optimización de la protección de los derechos fundamentales.

⁴⁷ Así, Baratta, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, en, Bustos Ramírez (dir.), *Pena y Estado*, ConoSur, Santiago, 1995, p. 55.

⁴⁸ Alcácer Guirao, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en ADPCP, Tomo LI, Madrid, 1998, p. 446.

⁴⁹ Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 16, Bogotá, 1998, p. 33.

⁵⁰ Lesch, *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 50.

La prerrogativa del legislador en la fundamentación de normas punitivas

Si la controversia acerca de la idoneidad de la pena como medio de protección se plantea ya en un nivel abstracto de análisis, cuando se trata de la evaluación de su idoneidad en un contexto concreto el déficit de certeza ha de ser aún mayor. La pregunta que plantea la consideración de la eventual sujeción del legislador a una prohibición de defecto en cuanto a su prestación de protección de derechos fundamentales es la de si un órgano ajeno a los órganos que desempeñan la función de legislador podría encontrarse en una mejor posición para determinar la necesidad de concretar esa prestación de protección en una prestación de protección punitiva. ¿Qué pasaría si el legislador chileno decidiera descriminalizar el hurto, confiando la protección de la propiedad a los mecanismos civiles de reivindicación e indemnización? ¿Podría el Tribunal Constitucional impugnar esa decisión en función de consideraciones orientadas a la protección de la propiedad en tanto derecho fundamental?

La formulación de una respuesta a estas preguntas debe construirse a partir de una consideración de las objeciones que suelen ser dirigidas al ejercicio de la función de control de constitucionalidad de la ley por uno o más tribunales competentes para ello, como es el caso de un Tribunal Constitucional. Estas objeciones se concentran, básicamente, en el déficit de legitimación democrática que afecta a la intervención de esta clase de órganos en el ejercicio de tales competencias, sobretudo en el ámbito del control abstracto de normas⁵¹. Como sostiene Habermas, bajo la lógica de la división de poderes (susceptible de ser fundamentada en términos de teoría del discurso) “lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador”, de modo que “[l]a transferencia de esta competencia a un tribunal constitucional ha menester, cuando menos, de una justificación bastante compleja”⁵².

El principal intento de formulación de esta justificación compleja se encuentra en la comprensión, derivada de la construcción propuesta por Kelsen, del Tribunal Constitucional como un “legislador negativo”⁵³. Según Kelsen, “[l]a anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón [o] más como un reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo”, lo cual podría conducir a la consideración del establecimiento de un control (abstracto) de constitucionalidad de la ley radicado en un órgano ajeno al productor (positivo) de las normas objeto de control como un modo de realización del principio de división (más que separación) de poderes, esto es, aquel principio “que alude a la idea del reparto de poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros”⁵⁴.

Alexy también ha emprendido una defensa de la competencia de control del Tribunal Constitucional frente a la objeción construida a partir del principio de separación de poderes. Según Alexy, “[s]i la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la

⁵¹ Habermas, *op. cit.* [nota 10], p. 313-314.

⁵² *Ibid.*, p. 315.

⁵³ Vid. Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 38, nota 12.

Constitución”⁵⁵. Pero como el propio Alexy reconoce, si bien la existencia legítima de esta competencia de control no resulta controvertible, respecto de su alcance no puede decirse lo mismo.

La principal objeción en cuanto a la justificación política de esta forma de control, bajo cuya consideración el alcance de la competencia debería tender a ser restringido, se refiere al carácter contra-mayoritario que reviste el ejercicio de esta competencia frente a la prerrogativa de decisión que ha de reconocerse al órgano más legitimado democráticamente en el contexto de un Estado democrático de Derecho, o sea, al Parlamento. Una formulación radical de esta objeción ha sido recientemente propuesta por el profesor Fernando Atria⁵⁶. Me parece, sin embargo, que aun un planteamiento más débil de la misma objeción debería, de todas formas, conducir a un rechazo de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda legítimamente fundamentar, a partir de deberes de protección de derechos fundamentales, deberes de punición que vinculen al legislador, de modo que su eventual infracción (vía omisión) pudiera dar lugar al rechazo de normas creadas conforme al procedimiento legislativo. Esto se debe a que el establecimiento de una norma punitiva no puede ser equiparado, sin más, al establecimiento de otra clase de normas.

La pretensión contra-mayoritaria subyacente al ejercicio de control abstracto de constitucionalidad de la ley sólo puede justificarse cuando mediante tal ejercicio se evite una afectación de un interés reconocido constitucionalmente que resultaría intolerable bajo todas las hipótesis de solución razonable de la ponderación entre los intereses implicados en la decisión legislativa. Una situación de este tipo puede presentarse, ciertamente, tratándose de decisiones legislativas que establezcan normas punitivas, pero es mucho menos probable tratándose de decisiones legislativas que renuncien al establecimiento de normas punitivas (al menos en cuanto a esa parte de la decisión respectiva). Pues cuando la decisión legislativa se refiere al establecimiento o no-establecimiento de una norma punitiva, necesariamente se ve involucrado un interés cuya consideración podría volver plausible una solución de ponderación en favor de la renuncia a la punición: el interés (masivamente) afectado por las consecuencias lesivas implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*. Y en la medida en que al menos bajo una solución razonable de la ponderación la decisión del legislador resulte plausible, debe respetarse la prerrogativa que le corresponde en tanto órgano democráticamente legitimado.

Lo anterior presupone una reivindicación de una premisa constitutiva del paradigma clásico: la legitimación de la fundamentación de pena debe ser siempre más exigente que la legitimación de la fundamentación de la impunidad. Esto impide la postulación de una equiparación entre la prohibición de exceso y la prohibición de defecto, al menos cuando el medio evaluado es el establecimiento de una norma punitiva.

Es interesante constatar que esta diferenciación de exigencias de legitimación en cuanto a la fundamentación de la punición y a la exclusión de la punición no sólo se expresa en la configuración del principio de proporcionalidad, sino también en la configuración del otro criterio fundamental de evaluación de la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*: el principio de legalidad. En efecto, es bastante aceptada la tesis de que para la fundamentación de la exclusión de la punibilidad no pueden regir las restricciones formales que bajo el *nullum crimen nulla poena sine lege* determinan la fundamentación de la punibilidad. Esta constatación es particularmente relevante si se considera que uno de los fundamentos

⁵⁵ Alexy, *op. cit.* [nota 7], p. 527.

⁵⁶ Atria, “Legalismo, derechos y política”, en, varios autores, *Los derechos fundamentales* [nota 1], pp. 107 y ss.

tradicionales del principio de legalidad penal, junto con el de constituir una garantía de objetividad, es el de operar como garantía del establecimiento democrático de las normas punitivas. Como sostiene Roxin, “[l]a aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la [sic] instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo”⁵⁷.

En este punto, es pertinente revisar la solución que alcanza Habermas en relación con el problema de la legitimidad de la competencia de control constitucional radicada en un órgano como el Tribunal Constitucional. Esta solución se constituye en la tesis de que el control abstracto de normas creadas por el legislador por parte de un Tribunal Constitucional (u otro órgano análogo) puede resultar justificado, siempre que tal control sea ejercido por el órgano en cuestión “en el marco del derecho de revisión judicial y sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador”⁵⁸. Este no es el caso cuando el Tribunal Constitucional (u otro órgano análogo) puede obligar al Parlamento a cumplir un determinado deber de protección mediante el recurso a la protección jurídico-penal. Un Tribunal Constitucional que interviene de esa manera en el ámbito de decisión que corresponde al Parlamento se convierte en algo más que un legislador negativo: se auto-erige en agente de la política criminal.

Una situación tal es una situación lamentable, incluso desde un punto de vista referido a los intereses que supuestamente son objeto de protección. Porque si un órgano que carece de legitimación democrática puede imponer al órgano legitimado un deber de establecer o mantener una norma que, como la norma punitiva, se encuentra tan necesitada de legitimación, entonces decae en esta parte la justificación política de esa norma.

⁵⁷ Roxin, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 5, núm. 20.

⁵⁸ Habermas, *op. cit.* [nota 10], p. 335.