

Breves reflexiones sobre la racionalidad del proceso legislativo y su impacto en la presunción y en el control de constitucionalidad de la ley penal¹

Brief reflections on the rationality of the legislative process and its impact on the presumption and control of constitutionality of the criminal law

RAQUEL LIMA SCALCON²

Resumen

Se analiza en el presente estudio la relación entre la racionalidad en el proceso legislativo y

la presunción de constitucionalidad de la ley penal. Esto, conforme con la hipótesis según la cual entre menor sea la racionalidad del proceso legislativo, menor será la presunción de constitucionalidad de la ley penal y, por ello, mayor habrá de ser el control de constitucionalidad que se realice sobre la misma.

Palabras clave

-
- 1 Título original: "Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal". Traducción del portugués de Elisa Alemán, miembro del Semillero en Derecho penal, Universidad Eafit. Estudiante Universidad Eafit. Medellín, Colombia.
 - 2 Doctora en Derecho de la Universidad Federal de Río Grande del Sur (UFRGS). Realizó una maestría en Ciencias penales de la Universidad Pontificia Católica de Río Grande del Sur. Graduada de Derecho de la UFRGS. Profesora del Centro Universitario Ritter de los Reyes, Puerto Alegre, Brasil.
Contacto: raquelscalcon@gmail.com

Ley penal. Racionalidad legislativa. Control de constitucionalidad.

Abstract

The relationship between rationality in the legislative process and the presumption of constitutionality of criminal law is considered in the present study. This, in accordance with the hypothesis that the smaller the rationality of the legislative process, the lower the presumption of constitutionality of the criminal law and, therefore, the greater the constitutionality control over the criminal law will have to be.

Keywords

Criminal law Legislative rationality Control of constitutionality.

Sumario

Introducción. 1. Racionalidad en el impulso del proceso legislativo en materia penal (grado de claridad y de corrección de la base de la prognosis del legislador). 2. Racionalidad en el tiempo del proceso legislativo en materia penal: grado de maduración de la liberación y del cambio legislativo. 3. Racionalidad en el modo de ejecución del proceso legislativo en materia penal. 3.1. Grado de publicidad y de inclusión en las deliberaciones 3.2. Grado de amparo de las deliberaciones en estudios técnico y en evaluaciones de impacto legislativo *ex ante* (de las valoraciones de los *expertos*). Consideraciones finales.

Introducción

El presente ensayo tiene por objetivo analizar las posibles relaciones entre el grado de racionalidad del proceso legislativo en materia penal y la presunción de constitucionalidad de su producto: la nueva ley penal. Se parte de la hipótesis de que cuanto *menor* sea la racionalidad del proceso legislativo, tanto *menor* debe ser la presunción de constitucionalidad de su producto y, en consecuencia, *mayor* debe ser el rigor en el control constitucional que sobre el mismo recaiga; y viceversa.

Se defiende así que las características concretas del proceso legislativo deben servir de indicadores de su grado de *racionalidad*, es decir, *de su coherencia con los datos de la realidad social y de su capacidad para configurarla eficazmente a la luz de los fines (constitucionales) anhelados*³. Tal verificación, en el ámbito penal, es de

3 Muchos pueden ser los criterios de racionalidad. El que se emplea en este trabajo es denominado por Atienza como "teleológico" y por Díez Ripollés como "pragmático". Sobre estos planteamientos véase respectivamente: ATIENZA, MANUEL, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas,

extrema importancia, toda vez que se trata del medio más restrictivo frente a los derechos fundamentales que dispone el Estado en la persecución de sus objetivos.

En ese sentido, se sugieren tres parámetros para llevar a cabo el análisis propuesto: (i) la racionalidad *en el impulso* del proceso legislativo; (ii) la racionalidad *en el tiempo* del proceso legislativo y (iii) la racionalidad *en el modo* de ejecución del proceso legislativo; cada uno de los cuales será estudiado separadamente en las secciones que siguen, haciendo insistente uso del recurso ejemplificativo.

1. Racionalidad en el impulso del proceso legislativo en materia penal (grado de claridad y de corrección de la base de la prognosis del legislador)

El término *prognosis* es usualmente empleado en el sentido de previsión de la ocurrencia de un *evento futuro*⁴. Para efectos de la presente reflexión, dicho concepto será reducido a la idea de *juicio hipotético-causal sobre la ocurrencia de un hecho futuro que, en este caso, consiste en la promoción de determinados fines a partir de una ley penal, como, por ejemplo, la tutela de bienes jurídicos*. No hay certeza en ese campo, sino meros grados de posibilidad. Como bien lo refiere el físico y filósofo alemán Weizsäcker, la prognosis es “el arte de lo probable” (*Kunst des Wahrscheinlichen*).⁵ Adicionalmente, cuando el legislador es el sujeto capaz de tal raciocinio, se acostumbra a hablar de *prognosis legislativa*, la cual puede descomponerse analíticamente en tres momentos: (a) la *base* de la prognosis o diagnóstico; (b) el *método* de la prognosis y (c) el resultado de la prognosis o pronóstico. La *base* representa los datos fácticos recogidos por el legislador para

1997, p. 46 ss; y DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp.86-7 y 95

4 Del griego: pro que significa “delante de” o “antes” y gnonai que traduce “reconocer”. Luego, prognosis es reconocer o conocer antes (véase SOUSA, ANTONIO FRANCISO, “Conceptos indeterminados” en *el Derecho Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 115). Para un concepto similar de prognosis, remítase a las obras clásicas de la doctrina alemana de OSSENBÜHL, FRITZ, “Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht”, en: Starck, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 1 (Verfassungsgerichtsbarkeit), Tübingen: Mohr, 1976, p. 461 ss; y de PHILIPPI, KLAUS JÜRGEN, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1971, p. 28 ss.

5 WEIZSÄCKER, CARL-FRIEDRICH VON, *Über die Kunst der Prognose. Vortrag anlässlich der Jahresversammlung 1968 des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft*, Bonn: Privatdruck Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 1968, p. 11.

delimitar el problema concreto y para elegir las medidas conducentes a su superación. Si la base de la prognosis no se construye correctamente, ni una identificación nítida de la disfunción social, ni una selección cuidadosa de los medios apropiados para intervenirla, serán viables. En este contexto, un examinador prudente dirigirá una mirada de *desconfianza* hacia toda prognosis legislativa viciada desde su base.

Por esta razón, es fundamental evaluar la “racionalidad del impulso legislativo”, esto es, el grado de claridad y de corrección *de la base de la prognosis*, de forma tal que inconsistencias de ambos tipos puedan ser verificadas. En primer lugar, es posible que el “problema” sea falso; en otras palabras, que los hechos que lo componen no existan o no posean la gravedad afirmada por el legislador. En segundo lugar, es posible tener un “no problema”, derivado de la incapacidad del legislador de formular la cuestión problemática de un modo mínimamente claro. En ese caso, el *supuesto* problema puede haberse tanto planteado en exceso vago, como dotado de contenido contradictorio, o incluso, presentar límites difusos que impidan consecuentemente la elección de los medios adecuados para resolverlo. Si no hay un destino cierto, cualquier camino sirve.

Ilustrativamente, se trae a colación un famoso ejemplo del derecho alemán. Se trata de la *Apotheken-Urteil* (o “caso de las farmacias”)⁶. En aquella ocasión, se cuestionaba ante el Tribunal Constitucional alemán, la validez de la ley del Estado de Baviera atinente a la restricción del número de licencias concedidas para la instalación de farmacias, exigiendo que nuevos establecimientos fueran comercialmente viables, sin que se causare un perjuicio económico a los competidores próximos⁷. Con ello, se pretendía proteger la salud pública, en la medida en que la no imposición de tales requisitos generaría, según el legislador, un descontrol en el consumo de medicamentos, en razón de la vasta oferta (pronóstico)⁸.

En el caso narrado, es posible identificar la *base de la prognosis* (la hipótesis del legislador), cual es la de la utilización excesiva de medicamentos como consecuencia de la plena libertad de instalación de nuevas farmacias. El Tribunal Constitucional, sin

6 7 BVerfGE 377, 1958.

7 La totalidad de la decisión puede encontrarse en alemán en <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Extractos fundamentales del juicio están comentados en inglés en KOMMERS, DONALD P., MILLER, RUSSEL A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. ed. Londres: Duke University Press, 2012, pp. 666-72.

8 KOMMERS, DONALD P.; MILLER, RUSSEL A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 670. Véase también MENDES, GILMAR FERREIRA, “Control de constitucionalidad: Hermenéutica constitucional y revisión de hechos y prognosis legislativos por el órgano judicial”, en *Revista de los Tribunales*, São Paulo, año 88, vol. 766, pp. 11-28, ago. 1999, pp. 22-3.

embargo, verificó que se trataba de una lectura equivocada de la realidad. La *causa* del problema era falsa, pues el aumento observado en la utilización de medicamentos realmente no se debía a la apertura de nuevas farmacias, sino a las alteraciones en las condiciones de vida de la población en razón de la Segunda Guerra Mundial⁹.

A la luz de este simple ejemplo, se logra percibir la relevancia del examen de la *racionalidad* del impulso legislativo, especialmente en materia penal. Como se puede apreciar, el desacierto en la base de la prognosis es capaz de contaminar gravemente todo el juicio del legislador. Puede además, conducirlo a la adopción de una medida inocua con relación al verdadero problema y a emitir un pronóstico profundamente errado, lo cual en el contexto de la propuesta de una nueva ley penal, resulta aún más grave, puesto que significa fundamentar o amparar la restricción de derechos fundamentales de libertad, en argumentos inconsistentes, e incluso, en función de una justificación de fomento de objetivos simplemente inalcanzables.

2. Racionalidad en el tiempo del proceso legislativo en materia penal: grado de maduración de la liberación y del cambio legislativo

En el ámbito de los procesos legislativos que versan sobre derecho penal, se sabe que no pocas veces “el tiempo del poder político atropella el tiempo de la reflexión”¹⁰. Algunos ejemplos concretos resultan bastante ilustrativos. Uno de ellos atañe a la aprobación de la Ley 9677 de 1998, la cual, entre otros efectos, separó las conductas de corromper, adulterar, falsificar o alterar una *sustancia o producto alimenticio destinado al consumo* (tipo penal del art. 272 del Código Penal) de otras idénticas, pero referidas a *medicamentos* (tipo penal del art. 273 del Código Penal). Asimismo, elevó las penas para ambos supuestos, que, en modalidad dolosa, pasaron a ser de 4 a 8 años de reclusión y multa, en el caso del delito del art. 272, y de 10 a 15 años de reclusión y multa, en lo que al delito del art. 273 respecta.

El proyecto de Ley (PL) 4207 de 1998 que dio origen al mencionado instrumento jurídico, se tramitaba en el Congreso Nacional desde el mes de marzo de aquel año, sin embargo, se encontraba estancado ante la Comisión de Constitución y Justicia. Su acelerada aprobación fue notablemente catalizada por el escándalo *Microvlar* (el

9 7 BVerfGE 377, 1958, p. 140. Disponible en <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>>. Consúltese también MENDES, GILMAR FERREIRA, *Control de constitucionalidad: Hermenéutica constitucional y revisión de hechos y prognosis legislativos por el órgano judicial*, op. cit., p. 23.

10 PIRES, MARIA COELI SIMÕES, “Panel 4. Diálogos y conflictos en el proceso de elaboración de las leyes (conferencia)”, en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*, Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009, p.145.

famoso caso de la píldora de harina): El 24 de junio de 1998, tan solo una semana después de la denuncia de los hechos, el PL en cuestión se sometió a votación bajo *régimen de urgencia* en la Cámara de Diputados¹¹. Una vez surtido el trámite ante el Senado Federal, se envió a sanción presidencial el primero de julio del mismo año, deviniendo ley al día siguiente, y de esta manera, sin más dilación, su entrada en vigor se efectuó de inmediato.¹²

De igual forma, el proceso legislativo portugués presenció una situación que ilustra el problema advertido en esta sección del análisis. Se trata de la Ley 48 de 2007, la cual promovió una profunda reforma al Código del Proceso Penal (más de 200 innovaciones y cambios). Dicha ley sorprendentemente entró en rigor cuando tan solo *15 días* habían transcurrido desde su publicación en el Diario Oficial, impidiendo, en las palabras categóricas de Costa Andrade, que fuera “leída, ponderada, problematizada, discutida, consensual e intersubjetivamente consolidada”¹³. A esto se suma el hecho de que una modificación de igual magnitud, la cual tuvo por objeto el Código Penal, había entrado en vigor poco más de una semana antes (Ley 59 de 2007). Lo anterior ciertamente representó una inédita acumulación de reformas concernientes a códigos en la historia del derecho portugués¹⁴.

Otros casos, por su parte, revelan el problema contrario: en lugar de *prisa, demora*. La dificultad para alcanzar un grado mínimo de consenso político, así como el pleno desinterés político de cara a un problema dado, pueden obstaculizar la aprobación de una nueva legislación. Tal situación se constata incluso con relación a las obligaciones constitucionales de legislar en materia penal, siendo el art. 7º, inc. X, de la Constitución Federal un buen ejemplo¹⁵. Insólitamente, existe desde 1989 un

11 El trámite bajo régimen de urgencia, como bien señala Mendes de Paiva, es una característica sobresaliente y común a varios Proyectos de Ley aprobados durante la década de 1990, que recrudecieron intensamente el poder punitivo en Brasil (PAIVA, LUIZ GUILHERME MENDES, *La fábrica de penas. Racionalidad legislativa y la ley de los crímenes hediondos*, Río de Janeiro: Revan, 2009, p. 113 ss.).

12 Según Helena Lobo da Costa, se trata de un claro ejemplo de lo que se conoce como una ley de crisis, que es aquella dirigida a “calmar a la población y demostrar presteza frente a la solución de una determinada situación problemática o crítica” (COSTA, HELENA REGINA LOBO, *Protección Penal Ambiental. Viabilidad, efectividad, tutela por otros medios*, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 129-31). Véase el trámite de la referida ley en <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>>.

13 COSTA ANDRADE, MANOEL, “*Bruscamente en el verano pasado*”, *la reforma del Código del Proceso Penal. Observaciones críticas sobre una Ley que podía y debía haber sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editorial, 2009, p. 13.

14 COSTA ANDRADE, MANOEL, “*Bruscamente en el verano pasado*”, *la reforma del Código del Proceso Penal*. op. cit., p. 13.

15 Constitución de la República federativa del Brasil, art. 7º - “Art. 7º Son derechos de los trabajadores

Proyecto de Ley que tiene por objetivo criminalizar la retención dolosa del salario.¹⁶ A esta altura del camino, aun cuando eventualmente fuere aprobado, la Ley resultante no podría compensar los años de omisión.

En este contexto, se argumenta que la duración *racional* de un proceso legislativo en materia penal debe ser aquella capaz de *asimilar* la tensión existente entre el grado de complejidad del tema y el grado de urgencia de la toma de decisión. Por consiguiente, tanto deliberaciones excesivamente breves, como excesivamente largas dificultarán la construcción de soluciones jurídicas aptas para, en alguna medida (siempre sencilla), responder al problema concreto objeto de la intervención penal. En el primer caso, la legislación elaborada apresuradamente probablemente no genere efectos más allá del plano simbólico, en lo concerniente a los fines de la pena (aunque genere efectos concretos perniciosos y costosos en el plano de la criminalización secundaria). En el segundo, como advierte Delley, "si un evaluador permanece 10 años estudiando los efectos de determinada legislación, los políticos, con razón, tal vez digan que en 10 años el problema será otro"¹⁷. En otras palabras, la ley nacerá anacrónica ante un contexto social cada vez más inestable y en constante transformación.

3. Racionalidad en el modo de ejecución del proceso legislativo en materia penal

La relevancia del presente examen radica en la constatación de que la *forma* o el *modo* en que las leyes son confeccionadas pueden tanto incrementar como reducir su validez constitucional. No fortuitamente, Habermas infiere la legitimidad de las normas jurídicas en función del cumplimiento de ciertas exigencias mínimas de racionalidad del proceso legislativo que las creó¹⁸. Así pues, el análisis que se lleva a cabo, amparado en tales premisas, se ocupará ahora del nivel de racionalidad en el *modo de ejecución* del proceso legislativo a partir de dos criterios: (i) el grado

urbanos y rurales, además de otros que apunten a la mejoría de su condición social: [...] X – protección del salario en la forma de que establezca la ley, constituyendo delito su retención dolosa”.

16 El trámite del Proyecto de Ley 3943 de 1989 puede consultarse en <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20489&ord=>>>.

17 DELLEY, JEAN-DANIEL, “Panel 5. Ley y políticas públicas: mecanismos de evaluación (conferencia)”, en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*, Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009, p. 184.

18 HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 363 ss.

de publicidad y de inclusión en las deliberaciones y (ii) el grado de respaldo de las deliberaciones en estudios técnicos y en evaluaciones de impacto legislativo *ex ante* o prospectivas, como se pasa a examinar.

3.1 Grado de publicidad y de inclusión en las deliberaciones

En razón del contenido normativo del principio democrático, se asevera que el proceso legislativo debe siempre apoyarse en *argumentos públicos*, es decir, “explícitos, definidos y sujetos a la contestación”.¹⁹ El cumplimiento concreto de esta exigencia transita, a su vez, por el respeto a tres deberes fundamentales: (i) “el deber de brindar razones”, (ii) “el deber de informar” y (iii) “el deber de incluir y de consultar a las partes interesadas”.²⁰ En consecuencia, el legislador estaría obligado a: (i) justificar sustancialmente el porqué de la legislación propuesta; (ii) otorgar amplia transparencia al proceso deliberativo y (iii) ofrecer mayor espacio de manifestación a las minorías parlamentarias y, sobretodo, a *terceros no parlamentarios* interesado o afectados.

De manera ilustrativa, una medida acertada tendiente al cumplimiento de los dos primeros deberes enunciados, sería la completación de *checklists*. En estos documentos deberán por tanto indicarse expresamente los principales datos fácticos acerca de la materia objeto de regulación, los objetivos pretendidos, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales eventualmente promovidas o afectadas, los medios disponibles tendientes a la consecución de los fines, la justificación del medio elegido, etc.²¹

Ahora bien, reviste importancia hacer alusión a una cuestión problemática, relativa a la obligatoriedad –o a su ausencia– de que el legislador determine con claridad el bien jurídico que pretende tutelar con la norma penal, así como a las

19 CARVALHO NETTO, MENELICK, “Panel 3. La contribución de la Legística para una política de legislación: concepciones, métodos y técnicas (conferencia)”. en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*, Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009, p. 112.

20 VOERMANS, WIM, “Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?” en: Mader, Luzius; Tavares De Almeida, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 37.

21 Se puede utilizar como estándar básico el *checklist* dispuesto en el Anexo I del Decreto 4176 de 2002, el cual establece normas y directrices al Presidente de la República para la elaboración, redacción, modificación, consolidación y encaminamiento de proyectos de actos normativos de competencia de los órganos del Poder Ejecutivo Federal, tales como leyes, medidas provisionales y decretos.

consecuencias de su eventual omisión.²² Al respecto, se sostiene, por un lado, que tal indicación, aunque recomendable, no es perentoria y, por el otro, que su ausencia no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad de la ley elaborada. La cuestión parece encontrar una solución sensata si se atiende a un plano de *graduación*, en contraposición de la disyuntiva de *todo* o *nada*. Dicho de otra manera, una cosa es que el legislador no señale el bien jurídico tutelado con relación a una nueva calificación del delito de homicidio, y otra muy diferente, es no hacerlo con respecto a delitos de alta complejidad técnica, pertenecientes al ámbito del Derecho Penal Secundario (delitos económicos, delitos de insolvencia, delitos informáticos, etc.).

Entre mayor se estime la dificultad para identificar el bien jurídico tutelado por el nuevo tipo penal, mayor tendrá que ser la obligación del legislador de anticiparse, y por ende, establecerlo. El motivo es simple: Se trata de una consecuencia lógica de los deberes de *brindar razones* y de *informar*. Adicionalmente, en el contexto de una nueva criminalización, cuyo bien jurídico protegido exhiba contornos controvertidos, poco claros o que ni siquiera exista, el silencio del legislador significa, no solo la ausencia de motivación, sino también una muestra de su propia incomprensión sobre el delito que está tipificando. Por lo tanto, si una ley bajo estas condiciones se somete a control de constitucionalidad, lo más probable es que se halle en aprietos a la hora de superar el juicio de proporcionalidad, toda vez que se hagan evidentes su inadecuación y su carácter innecesario.

Tan significativo como la motivación y la indicación de tales elementos, es el recurso evaluativo del impacto legislativo *ex ante*, que podría anticipar dificultades, previniéndolas, o incluso asegurar la elección legislativa en decantación por cierta medida, en rechazo de otras²³.

Ahora, en cuanto al tercero y último deber, la realización de audiencias públicas en procesos legislativos polémicos o de elevada complejidad sería una de las

22 Sobre la cuestión, Marta Romero sustenta que, dado el grado de afectación de los derechos fundamentales ocasionado por las normas penales, la motivación del legislador en este ámbito, además de ser esencial, debe ostentar redoblada minucia y detalle. En este sentido, indicaciones del bien jurídico tutelado, de la lesividad de la conducta regulada y de los derechos fundamentales involucrados son, para la autora, *obligatorias*. (MORALES ROMERO, MARTA MUÑOZ, *El legislador Penal Europeo: Legitimidad y racionalidad*, Pamplona: Civitas, 2011, p. 587 ss).

23 De acuerdo con Marta Romero, las evaluaciones de impacto *ex ante* representan, en el ámbito jurídico, "un procedimiento estándar que legitima la elección normativa en uno u otro sentido". (MORALES ROMERO, MARTA MUÑOZ, *El legislador Penal Europeo*, op. cit., p. 585). Para una acepción similar, consúltese CORRÊA, EDUARDO PITREZ DE AGUIAR, *Apertura, inserción e relación de la política criminal transnacional en la sociedad en red*. Tesis (doctorado), 466 f. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Católica de Río grande del sur. Programa de posgrado en Ciencias Criminales, 2015, p. 250 ss.

medidas útiles para permitir una mayor participación de minorías o de interesados en las deliberaciones legislativas.

Como puede notarse, tales obligaciones están profundamente relacionadas. El desacato de los deberes de brindar razones (justificar) y de informar (tornar la deliberación accesible y transparente) fulmina todo intento de participación efectiva de los interesados o afectados en la discusión parlamentaria. Además, el concreto respeto a dichas exigencias genera un impacto significativo en el plano jurídico. Cuanto menor sea el nivel de justificación, de publicidad y de inclusión en los procesos legislativos, mayor es la probabilidad de que una Corte Constitucional pueda ser utilizada como “tercera” arena política por aquellos que no tuvieron voz.²⁴

Un ejemplo proveniente del derecho portugués puede explicar las repercusiones constitucionales de las decisiones legislativas que ignoran los deberes previamente mencionados. Se trae a colación la sentencia 377 de 2015 del Tribunal Constitucional luso²⁵, en la que se discutió la constitucionalidad del delito de “enriquecimiento *injustificado*”, incorporado en el Código Penal (delito impropio) y en la Ley de los Delitos de Responsabilidad de los titulares de cargos públicos (delito propio), tras la aprobación del Decreto 369/XII por la Asamblea de la República. Es interesante comprobar que no se trataba de una discusión en lo absoluto nueva en el historial de aquella Corte²⁶, pues en el año 2012, cursando la misma legislatura, el parlamento había aprobado el delito de “enriquecimiento *ilícito*” (Decreto 37/XII), el cual fue sometido a control preventivo de constitucionalidad a solicitud del Presidente de la República.²⁷

24 En sentido similar, véase ENGEL, CHRISTOPH, “The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes”, en: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001. Disponible en <<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>>, p. 17.

25 Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia 377 de 2015. Magistrada ponente María Lucía Amaral, por mayoría, publicado en 12-08-2015. El fallo puede ser consultado en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>>.

26 A continuación, se muestra la parcial redacción de los delitos en los términos del Decreto 369/XII: Artículo 335 bis, añadido al Código Penal. Enriquecimiento injustificado. 1. El que por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o retenga patrimonio incompatible con sus ingresos y bienes declarados o que deban ser declarados, será castigado con pena de prisión de hasta 3 años. [...]; Artículo 27 bis, añadido a la Ley 34/87. Enriquecimiento injustificado. 1. El titular de cargo político o de alto cargo público que durante el período del ejercicio de sus funciones públicas o en los tres años siguientes al cese de esas funciones, por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o retenga un patrimonio incompatible con sus ingresos y bienes declarados o que deban ser declarados, será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años

27 A continuación, se muestra la parcial redacción de los delitos en los términos del Decreto 37/XII: Artículo 335 bis, añadido al Código Penal. Enriquecimiento ilícito. 1. El que por sí o por interpuesta

En aquel primer momento, el Tribunal se pronunció declarando la inconstitucionalidad de las normas enjuiciadas, debido primordialmente a la falta de verificación de una clara y definida tutela de bienes jurídicos, a la luz de la redacción de los tipos penales.²⁸ Datando este veredicto del 2012, el legislador portugués aguardó tres años para aprobar un nuevo delito, esta vez no de enriquecimiento *ilícito*, sino de enriquecimiento *injustificado*, aunque siendo muy similar su descripción típica. La intención del legislador era en realidad revivir la política criminal gestada en el 2012, lo que, sin embargo, exigía la superación de las deficiencias señaladas por el Tribunal Constitucional.

Para ello, una de las medidas adoptadas fue la de expresamente declinar los motivos que condujeron a la Asamblea de la República a la creación del delito original, así como la de enumerar los bienes jurídicos cuya protección se pretendía con la nueva legislación. En ese sentido, se afirmó que las conductas delictivas atentaban contra "la confianza en las instituciones y en el mercado, la transparencia, la probidad, la idoneidad sobre la procedencia de las fuentes de ingresos y el patrimonio, la equidad, la libre competencia y la igualdad de oportunidades". Como se observa, a diferencia de lo ocurrido en el contexto de la deliberación del 2012, en esta nueva oportunidad, el legislador, consciente de las dificultades que rodeaban al delito en cuestión, se preocupó por cumplir sus deberes de *justificación e información*.

Como bien se sustentó en la sentencia 377 de 2015, las consideraciones del legislador durante la exposición de motivos son de gran valor para fines de interpretación histórica²⁹. Asimismo, asisten en la identificación de la ponderación realizada, permitiendo al juzgador corroborar si el recurso de la tutela penal era "indispensable [...] para la materialización de un objetivo suficientemente valioso"³⁰

persona, singular o colectiva, adquiera, posea o retenga patrimonio, sin origen lícito determinado, incompatible con sus ingresos y bienes legítimos, será castigado con pena de prisión hasta tres años, toda vez que una pena más grave no le corresponda en virtud de otra disposición legal [...]; Artículo 386, añadido al Código Penal. Enriquecimiento ilícito por empleado. 1. El funcionario que, durante el período del ejercicio de sus funciones públicas o en los tres años siguientes al cese de dichas funciones, por sí o por interpuesta persona, singular o colectiva, adquiera, posea o retenga patrimonio, sin origen lícito determinado, incompatible con sus ingresos y bienes legítimos, será castigado con pena de prisión de uno a cinco años, toda vez que una pena más grave no le corresponda en virtud de otra disposición legal [...].

28 Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 182/2012, sentencia 179 de 2012. Magistrado ponente José da Cunha Barbosa, por mayoría, publicado en 19-04-2012. El fallo puede ser consultado en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>.

29 Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia 377 de 2015. Magistrada ponente María Lucía Amaral, p. 8.

30 Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia 377 de 2015. Magistrada ponente María Lucía Amaral, p. 12.

y por tanto, constitucionalmente válido. No obstante, es necesario hacer la siguiente observación: A pesar de que el legislador se empeñe en legitimar su acto, proclamando tanto los supuestos bienes jurídicos protegidos como las razones de la intervención, será el poder judicial el que “homologará” esa manifestación, analizado si la misma es coherente con el corte que, en últimas, se le terminó dando al tipo penal.³¹

Así fue como el Tribunal Constitucional portugués decidió que, pese a los motivos expuestos, no era posible concluir a partir del examen de los tipos penales formulados (delito propio e impropio de enriquecimiento injustificado) una eventual protección de bienes jurídicos. Por consiguiente, aun cuando el legislador dio cabal cumplimiento a sus deberes de *brindar razones* y de *informar*, en lo que al contenido de la propuesta legislativa concierne, el instrumento jurídico que procuró crear acabó por desestimarse como constitucionalmente válido. Sin embargo, no hay aquí ninguna incoherencia, pues es preciso entender que el respeto a tales deberes no será capaz, *por sí mismo*, de garantizar la validez del acto legislativo; no obstante, su incumplimiento indudablemente lo situará en una posición de marcada debilidad frente al control constitucional.

De lo dicho hasta el momento, es posible confirmar que, al convocar a la Asamblea de la República a repensar la incriminación propuesta, se obtuvo un incremento de la racionalidad *en el modo de ejecución* del segundo proceso legislativo con relación al primero. Es cierto que su producto tampoco prosperó tras el escrutinio constitucional, sin embargo, parece innegable que el legislador, al tener que aducir públicamente justificaciones a favor de su decisión criminalizadora, se volvió significativamente más responsable por ella. Adicionalmente, este último proceso deliberativo, justamente por dotarse de mayor transparencia y accesibilidad que el anterior, posibilitó una discusión constitucional mucho más profunda y rica en el ámbito de la Corte portuguesa.³²

3.2 Grado de amparo de las deliberaciones en estudios técnico y en evaluaciones de impacto legislativo *ex ante* (de las valoraciones de los *expertos*)

Inicialmente, es importante advertir que las consideraciones que a continuación se explicitan parten de la premisa de que, al menos en el ámbito penal, las

31 Tribunal Constitucional Portugués, proceso nº 658/2015, sentencia 377 de 2015. Magistrada ponente María Lucía Amaral, p. 3.

32 Para Marta Romero, la justificación o la motivación de las decisiones legislativas ofrece una herramienta esencial frente a la verificación de su legitimidad por los Tribunales. (MORALES ROMERO, MARTA MUÑOZ, *El Legislador Penal Europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 577).

evaluaciones de impacto legislativo *ex ante* (prospectivas) acerca de los posibles efectos de las leyes, deberían ser obligatorias.³³ No se trata de un mero capricho, sino de una medida fundamental para el incremento de la siempre modesta racionalidad de la intervención penal. Si al Estado se le prohíbe actuar arbitrariamente, paralelamente se le exige al Poder Legislativo que las leyes emitidas ostenten al menos algún grado de adecuación frente a los objetivos perseguidos (eficacia). En este contexto, los resultados de las evaluaciones de impacto *ex ante* adquieren una suerte de "fuerza normativa" que limita al legislador en la elección de los medios de intervención, en la medida en que revelan la inocuidad manifiesta y categórica de muchos de ellos.³⁴

El recurso a tales instrumentos evaluativos, además de permitir un incremento de la racionalidad en la toma de decisiones políticas, promueve un sano ejercicio de valoración por parte de la academia y expertos, al interior del proceso legislativo. Lo ideal es que estos actores sean terceros externos, seleccionados, por ejemplo, mediante convocatorias dirigidas a grupos de investigadores. Subsidiariamente, los propios consultores legislativos podrían realizar una especie simplificada de aquella evaluación. No obstante, cuanto más imparcial sea el examen, tanto mejor, de modo que la primera hipótesis resulta más acorde al objetivo deseado.

De cualquier modo, no puede desconocerse que incluso las evaluaciones de impacto realizadas por los expertos académicos (científicos políticos, sociólogos, etc.) ostentarán, en cierta medida, naturaleza política. Como bien lo identifica Engel, ellas pueden ser armas contra el oponente en la arena legislativa.³⁵ Por ese motivo, los referidos exámenes no tienen una capacidad plena de racionalizar la decisión política, toda vez que ellos también presentan límites de diversos tipos (epistémicos, democráticos, hermenéuticos). Advertir esta realidad no debe conducir, sin embargo, a una cómoda resignación, sino que más bien exige una responsable modestia en las pretensiones de racionalización del producto legislativo.³⁶

Hechas estas advertencias, se retorna al argumento principal. Se sabe, pues, que en el contexto brasileño las mencionadas evaluaciones de impacto son, en el mejor

33 Para una comprensión similar, véase MORALES ROMERO, MARTA MUÑOZ, *El Legislador Penal Europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 587 ss.

34 DELLEY, JEAN-DANIEL, *Pensar la ley. Introducción a un procedimiento metódico*. Traducido por Léo Noronha. Cuadernos de la Escuela del Legislativo. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, ene./jun. 2004, p. 136.

35 ENGEL, CHRISTOPH, "The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes", op. cit., p. 7.

36 ENGEL, CHRISTOPH, "The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes", op. cit., p. 11.

de los escenarios y aun tratándose de asuntos penales, meramente facultativas. Mientras tal situación se mantenga, ¿sería posible señalar consecuencias, en el plano jurídico, derivadas de su ausencia o de su presencia en un determinado procedimiento legislativo? Se sostiene que sí. Sin embargo, las posibles repercusiones no se materializarán inmediatamente en forma de mandatos, prohibiciones o permisos.

En realidad, sus efectos son de otra naturaleza: esta característica del proceso legislativo actúa como una especie de termómetro o indicador de su grado de racionalidad. Por ende, la ausencia de dichos estudios de impacto, de no suplirse por medio de otros instrumentos, terminará indicando una elevada arbitrariedad en la decisión legislativa.³⁷ Esta conclusión, por su parte, deberá resonar tanto en la presunción de constitucionalidad de la ley, como en la intensidad del control de constitucionalidad ejercido sobre la misma. En el primer caso, se tiene una relación directamente proporcional; en el segundo, inversamente proporcional. En otras palabras, cuanto *menor* fuera la racionalidad del proceso legislativo, tanto *menor* es la presunción de constitucionalidad de su producto, como *mayor* el rigor en su control constitucional, y viceversa.

Consideraciones finales

El acto de legislar es y continuará siendo fruto de una decisión que procura sintetizar las inevitables disputas gestadas en el seno de los procesos políticos. El hecho es que la complejidad técnica de una elección será incapaz de desplazar la dimensión preeminentemente política que la misma entraña. A pesar de ello, indudablemente las leyes estarán potencialmente *mejor* elaboradas en tanto se planteen como el producto de procesos legislativos más racionales y cuidadosos. Por su parte, también el legislador reforzará su responsabilidad por la decisión tomada, en la medida en que de él se exige un mayor compromiso con respecto a su *fundamentación*, así como con relación a los *efectos concretos* sobre derechos fundamentales que se derivan de las innovaciones legislativas.

La dificultad residirá siempre en verificar si el medio elegido será, en efecto, capaz de fomentar el fin deseado y si no existen otras medidas igualmente eficaces y menos restrictivas frente a los derechos fundamentales contrapuestos (*proporcionalidad* en sus sub criterios de *adecuación* y *necesidad*). No obstante, es incuestionable que si el legislador puede valerse de innumerables fuentes

37 KEYAERTS, DAVID, "Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts", en: Mader, Luzius; Moll, Chris (Coords.). *The Learning Legislator. Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL)*. Nomos: Baden-Baden, 2009, p. 116.

informativas e instrumentos para diseñar correctamente la innovación legal (un nuevo tipo penal, por ejemplo), su desdén o rechazo en fundamentar la decisión de la mejor manera posible, necesariamente denota problemas: o (i) él no quiere emplear las herramientas que tiene a su disposición por temor a que el resultado le sea desfavorable o (ii) no está sinceramente preocupado por los efectos concretos de sus decisiones en la realidad social.

Cualquier alternativa termina por desvirtuar la razón de ser del acto legislativo, el cual nace con una presunción de constitucionalidad considerablemente *menguada*. Este innegable enfrentamiento entre libertad política y técnica legislativa (el tiempo del poder político *versus* el tiempo de la reflexión) debe encontrar su desenlace, pues, en el control de constitucionalidad. Ante un proceso legislativo acelerado, confuso e irresponsable, que no conoce el problema concreto objeto de la intervención, que no delimita ni declara los objetivos pretendidos y que ignora el vasto abanico de medidas adecuadas para alcanzarlos, su producto (la ley) *posiblemente* presente vicios constitucionales materiales. De esa forma, el medio podría resultar inadecuado o innecesario; la ley, en concreto, podría fracasar, no promoviendo los fines propuestos y afectando, además de lo esperado y debido, derechos fundamentales contrapuestos.

Si el proceso legislativo es madurado, si es claro en la definición del problema y de los objetivos (diagnóstico y pronóstico) y por consiguiente, si es responsable, resulta bastante probable que su producto (la ley) también lo sea. En este contexto, surge la pregunta: ¿las características fácticas (cualidades o deficiencias) observadas en un determinado proceso legislativo de derecho penal, no deberían resonar en la constitucionalidad de la ley por él producida? Para cuya respuesta, considérense dos leyes penales restrictivas de derechos fundamentales: una, fruto de un proceso legislativo apresurado, impreciso y oscuro; otra, resultado de un proceso legislativo madurado, preciso y claro. Se sostiene, como tesis conclusiva de este ensayo, que no hay razón consistente para justificar la atribución de idéntica presunción de constitucionalidad a ambas leyes penales, toda vez que se trata de productos derivados de procesos legislativos con grados de racionalidad muy diversos. Se reitera así la afirmación de que cuanto *menor* es la racionalidad del proceso legislativo, tanto *menor* debe ser la presunción de constitucionalidad de su producto como *mayor* debe ser el rigor en su control constitucional.

Bibliografía

- ATIENZA, MANUEL, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997.
- CARVALHO NETTO, MENELICK, "Panel 3. La contribución de la Legística para una política de legislación: concepciones, métodos y técnicas (conferencia)", en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*. Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009.
- CORRÊA, EDUARDO PITREZ DE AGUIAR, *Apertura, inserción e relación de la política criminal transnacional en la sociedad en red*. Tesis (doctorado), 466 f. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Católica de Río grande del sur. Programa de posgrado en Ciencias Criminales, 2015.
- COSTA ANDRADE, MANOEL, "*Bruscamente en el verano pasado*", *la reforma del Código del Proceso Penal. Observaciones críticas sobre una Ley que podía y debía haber sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editorial, 2009.
- COSTA, HELENA REGINA LOBO, *Protección Penal Ambiental. Viabilidad, efectividad, tutela por otros medios*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELLEY, JEAN-DANIEL, "Panel 5. Ley y políticas públicas: mecanismos de evaluación (conferencia)", en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*, Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009.
- DELLEY, JEAN-DANIEL, *Pensar la ley. Introducción a un procedimiento metódico*, Traducido por Léo Noronha. Cuadernos de la Escuela del Legislativo. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, ene./jun. 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Editorial Trotta, 2003
- ENGEL, CHRISTOPH, "The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes", en: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn, 2001. Disponible en <<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>>.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- KEYAERTS, DAVID, "Interaction between *ex ante* evaluation and judicial review by EU courts". en: Mader, Luzius; Moll, Chris (Coords.). *The Learning Legislator*.

Proceedings of the Seventh Congress of the European Association of Legislation (EAL). Nomos: Baden-Baden, 2009.

KOMMERS, DONALD P., MILLER, RUSSEL A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. ed. Londres: Duke University Press, 2012.

MENDES, GILMAR FERREIRA, "Control de constitucionalidad: Hermenéutica constitucional y revisión de hechos y prognosis legislativos por el órgano judicial", en *Revista de los Tribunales*, São Paulo, año 88, vol. 766, pp. 11-28, ago. 1999.

MORALES ROMERO, MARTA MUÑOZ, *El legislador Penal Europeo: Legitimidad y racionalidad*, Pamplona: Civitas, 2011.

OSSENBUHL, FRITZ, "Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht", en: Starck, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Vol. 1 (Verfassungsgerichtsbarkeit), Tübingen: Mohr, 1976.

PAIVA, LUIZ GUILHERME MENDES, *La fábrica de penas. Racionalidad legislativa y la ley de los crímenes hediondos*, Río de Janeiro: Revan, 2009.

PHILIPPI, KLAUS JÜRGEN, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1971.

PIRES, MARIA COELI SIMÕES, "Panel 4. Diálogos y conflictos en el proceso de elaboración de las leyes (conferencia)", en: Coelho, Alberto Pinto (Org.). *Congreso Internacional de Legística: Calidad de la ley y Desarrollo*. Belo Horizonte: Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, 2009.

SOUSA, ANTONIO FRANCISO, "*Conceptos indeterminados*" en *el Derecho Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994

VOERMANS, WIM, "Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?", en: Mader, Luzius; Tavares De Almeida, Marta (Orgs.). *Quality of Legislation. Principles and Instruments. Proceedings of the Ninth Congress of the International Association of Legislation (IAL)*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

WEIZSÄCKER, CARL-FRIEDRICH VON, *Über die Kunst der Prognose. Vortrag anlässlich der Jahresversammlung 1968 des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft*, Bonn: Privatdruck Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 1968.