



El principio de proporcionalidad.

Por Claudio Martín Viale

La relativa vigencia del principio de proporcionalidad en la práctica jurídica se debe a una serie de circunstancias que van desde confundirlo con la arbitrariedad, hasta la malformación de entender el orden jurídico como garantía del poder y no de la dignidad de la persona, especialmente en el ámbito del derecho público, en el que la cuestión a dirimir se da entre un bien personal o interés individual y el bien común o interés social¹ Se trata de un principio general y como tal encierra un mandato cuya inobservancia o errónea aplicación viola el orden jurídico y configura un ilícito que, en este caso, es de tipo constitucional, y por encontrarse en la base del ordenamiento, de él se infieren otros principios o normas, y, por último, en caso de fallas del ordenamiento, resulta de aplicación práctica para resolver entuertos.² En síntesis, no se trata de una formulación que expresa un anhelo social, sino de una norma contante y sonante.

En la CN el principio de proporcionalidad se encuentra incorporado en el art. 28 cuando prohíbe que la reglamentación (manifestación del poder) pueda alterar los principios, garantías y derechos (resguardo de la dignidad personal). La redacción es tan diáfana como sencilla de la que se infiere que la reglamentación es la que debe expresar sus motivos, dando por sentado que los derechos son anteriores.

El principio en cuestión supone que las reglamentaciones que el poder imponga al bien o interés de las personas necesarias para lograr el bien común o interés general, deben cumplir con condiciones mínimas, condiciones que deben expresarse con claridad: (i) la identificación concreta del bien común que se pretende, por contrario, no son suficientes las remisiones generales a fórmulas abiertas como el “interés social”, “el orden público”, “la seguridad social”, o a fórmulas retóricas o vaciadas en una abstracción; (ii) acreditar que la limitación es la que se necesita, es decir es la más idónea para el objetivo social que se pretende; (iii) la necesidad de utilizar esa limitación y no otra igual o mejor para la consecución del bien que se persigue, es decir debe acreditarse la idoneidad; y (iv) la ponderación o la proporcionalidad en sentido estricto de las ventajas derivadas de la protección del fin público que compensan los perjuicios que provoca la limitación.

En el caso de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Provincia de Córdoba se advierte la errónea aplicación del principio de proporcionalidad, situación que provoca el escarnio social y el escándalo jurídico que significa desconocer la libertad ambulatoria de la persona, cimienta de la dignidad, y obviar el núcleo duro de la CN (arts. 18, 19, 28, y 75 inc. 22)

Sobre la restricción de la libertad, el art 42 de la Constitución de Córdoba, al disponer que la privación de la libertad debe ser “..absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley”, prescribe la necesidad de que el principio de proporcionalidad debe ser debidamente acreditado en el juicio previo que debe realizar la autoridad competente al disponer semejante limitación. El mandato importa que el Tribunal debe asentar su decisión sobre una derivación razonada del derecho aplicable al caso, y, en consecuencia, evitar remisiones a formulas o reglamentarismos.³

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia sostiene “..que el encarcelamiento anticipado del sometido a proceso encuentra su justificación en lo que se denomina “evitar el daño jurídico” que se produciría cuando la libertad constituye un peligro para la consecución del interés social, que en el proceso penal se encuentra representado a través de sus fines: averiguación de la verdad y actuación de la ley penal”. Como no hay juicio en ausencia, la presencia del imputado resulta indispensable, y ésta es puesta en duda cuando del pronóstico punitivo hipotético se puede inferir que el imputado se fugará. Esta inferencia (que se alza contra el principio de inocencia transformándolo en principio de culpabilidad) se explica –según el fallo- por la “..correlación existente entre el pronóstico punitivo hipotético con la procedencia de la prisión preventiva en el principio de proporcionalidad que debe existir entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción aplicables durante el procedimiento. Este principio decanta en definitiva en la llamada prohibición de exceso, esto es que “la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo resulta esperable una pena de prisión”⁴ La lectura simple del párrafo pone de manifiesto que la proporción no tiene en cuenta el sacrificio de la libertad sino el de la pena, lo que resulta una tergiversación del orden jurídico y del poder punitivo consecuente, que configura una errónea aplicación del principio, y por lo tanto un ilícito constitucional, en cuanto le priva al ciudadano la plenitud de la vigencia del principio de inocencia.

Tampoco se cumplen con las condiciones mínimas aludidas. En cuanto a la primera condición, la remisión al “daño jurídico” que se configuraría con la ausencia del imputado no es suficiente argumento como para derogar el principio de inocencia que asegura la libertad plena hasta tanto haya condena pasada en autoridad de cosa juzgada. La remisión al “daño jurídico”, en tanto no se concreta resulta una configuración difumada en la abstracción, por lo que no es una argumentación válida. Es importante destacar que el artículo 18 de la CN habilita, antes de la condena, tan solo el arresto, es decir la detención necesaria para evitar que se perjudique la base fáctica necesaria para determinar la verdad sobre el ilícito,

¹ Sobre la noción de bien común: Maritain, Jacques, Persona y bien común, ed. Club de Lectores, BsAs.1968.

² Bobbio Norberto, Teoría General del Derecho, Ed.Debate, Colombia, 5ª. reimpresión, 1998, pg. 251.

³ Sobre la exigencia que la privación de la libertad no solo debe ser escrita y emanada de un Juez, sino del resultado de un juicio previo por que de otra manera se transforma en un acto de fuerza, ver Ferrajoli, Luigi, citado por Gustavo Vitale, en “Encarcelamiento de presuntos inocentes”, Ed. Hamurabi, Bs.As. pg. 146

⁴ TSJ, Sala Penal, Cba. 27/2/14, Sent. 12, publicado Semanario Jurídico 1969, 21/8/2014.

y no un encarcelamiento “proporcional” al pronóstico punitivo. Así planteada la cuestión, el “daño jurídico” no se deriva de la CN, sino de la elaboración retórica del fallo.

En la medida que la pena no pretende una retribución y menos una profilaxis social, sino la reinserción social del reo, no se advierte en qué consiste el “daño jurídico” que provoca la supuesta ausencia, que se conjuga con una prisión anticipada. Surge con claridad que el daño jurídico hipotético resulta desproporcionado frente al daño concreto del encarcelamiento.

Tampoco se acredita que la limitación al derecho fundamental de la libertad sea la más idónea para el objetivo social que se pretende, y tampoco se acredita la necesidad de utilizar esa limitación y no otra igual o mejor para la consecución del bien que se persigue, por que el “daño jurídico” parece más un artilugio retórico para sortear un agujero lógico en la argumentación que la consecución de una porción específica del bien común, más si se tiene en cuenta que hay soluciones técnicas que permiten asegurar la presencia en el juicio.

También es importante tener en consideración en el juicio previo que requiere la prisión preventiva, como máxima de la experiencia, que desde hace muchos siglos el hombre ha dejado su atavismo trashumante, y su proyección vital se asienta en el arraigo, por lo que el prófugo, al autoexcluirse, no daña al ordenamiento constitucional que, para el caso, prescribe como bien común particular consumir la reinserción social del reo. La idea de la reinserción social responde a aquella otra que supone que el presunto delincuente ha roto el pacto social, por lo que la Sociedad, a través del Estado, lo reincorpora a aquel. La fuga es una ratificación del desconocimiento del pacto social por parte de quien habría cometido el ilícito, por lo que la persecución resulta un acto de venganza lisa y llanamente.

La correlación del pronóstico punitivo con la condena, es un razonamiento que carece de lógica, de allí la redacción críptica con la que se explica el principio de proporcionalidad para justificar la prisión adelantada.

La argumentación tampoco alcanza a cubrir la ponderación o la proporcionalidad en sentido estricto, de las ventajas derivadas de la protección del fin público que compensan los perjuicios que provoca la limitación. Esto es así por que el fin público se reduce a un “daño jurídico”, es decir a una abstracción, y por ello inconmensurable, en detrimento de una circunstancia concreta como es el encarcelamiento. Además se trata de una limitación exigida para despachar una medida cautelar, en la que la verosimilitud del derecho es una hipótesis desarrollada en abstracto, que tiene como punto de partida la inobservancia de la norma constitucional desplazada por una norma infraconstitucional, no sustantiva, sino de procedimiento, que de no darse, genera un daño irreparable, como es el de someter a un ciudadano inocente, y por lo tanto libre, al cautiverio, para garantizar la finalización de un proceso. Esta concepción responde a la modalidad del proyecto penal de la institución carcelaria, en el que el castigo es una técnica que prevé procedimientos para el sometimiento del cuerpo con huellas en los hábitos, en los comportamientos, la que supone la instalación de un poder punitivo para gestionar la pena que no se puede remitir a teorías jurídicas, por que se concreta en modalidades de castigar. Este modelo difiere del que elaboraron los reformadores del Siglo XVIII basado en la reinserción del ser humano como sujeto de derecho al pacto social, que es el modelo que estampó el constituyente del '53 en el art. 18.⁵ En definitiva no hay ponderación posible, porque no se presentan intereses en conflicto, porque el interés social que se persigue no se deriva de la norma constitucional.

El encarcelamiento con vocación de castigo ejemplar, que expresa el poder con la prisión anticipada, es una manera perversa de la venganza, que, fuera de sentido, se utiliza como una falsa pedagogía social, y se asienta en el argumento paradójico que consiste en justificar que el ejercicio del poder de punición es necesario asegurar el orden jurídico (averiguación de la verdad y actuación de la ley), a partir de negarlo con la eliminación de la libertad, que es el centro neurálgico de aquel.

La Constitución es una declaración dogmática que debe ser asumida con una profesión de fe, que supone una confesión, a partir de la cual queda delineada la identidad ciudadana que corresponde a un Estado Constitucional de Derecho, que nos convoca a una misión: ponerla en la práctica. Se trata de una acción efectiva, no retórica, que le corresponde en primer término al Estado como vicario social.

⁵ Sobre el particular consultar Foucault Michel, *Vigilar y Castigar*, Ed. Siglo XXI, 2ª. edición, 3ª. reimpresión, pg 153.