

PRINCIPALISMO, GARANTISMO, REGLAS Y DERROTABILIDAD
EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES*

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
Universidad Austral de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. La dogmática de los derechos fundamentales: el tratamiento de las dogmáticas específicas. III. El nuevo paradigma constitucional: garantismo versus principalismo. IV. El constitucionalismo garantista versus el constitucionalismo principalista. V. Reglas y principios: reglas derrotables y principios especialmente protegidos. VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Reglas y principios constitucionales - derrotabilidad - principios del derecho penal

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales falencias en el desarrollo de la dogmática de los límites y principios penales, especialmente aquéllos referidos al derecho penal sustantivo, estriba en el hecho de que no se han delimitado e interpretado al tenor de las distintas racionalidades jurídicas, a saber, la legislativa, la judicial y la constitucional. Así, nos encontramos ante una elenco de principios, reglas y garantías que, o bien parece que pueden o deben aplicarse a todos los operadores jurídicos y políticos relacionados con el derecho penal, es decir, al gobierno, legislador, jueces, fiscales y órganos con jurisdicción constitucional; o bien, parece que constituyen una serie de principios destinados exclusivamente al legislador penal (racional). Esta falencia ha contribuido, a mi entender, a un escaso desarrollo y aplicación de la dogmática de los principios penales en la fundamentación de las sentencias de los tribunales constitucionales relativas al derecho penal.

Nuestro Tribunal Constitucional en dos sentencias “emblemáticas” ha puesto de relieve esta situación. Las SsTC Rol N° 1.191-2008, concerniente al delito de hurto de energía eléctrica, y Rol N° 1.683-2010 sobre el denominado delito de sodomía (artículo 365 CP), con independencia de la crítica a su contenido y, en especial, a su pobre argumentación, se caracterizan por declarar conformes con la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) una eventual vulneración de una regla procedimental constitucional (el mandato de reserva de ley) y una discriminación por razones personales, con independencia que este caso sea considerado como

* Este estudio forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1130076.

una regla, como un principio que deba ser sometido a un especial escrutinio o, simplemente, como principio sometido al juicio general de arbitrariedad o proporcionalidad¹. En ambos casos, el TC acude a principios para fundamentar sus decisiones: en el primer caso, al principio de la seguridad de la paz social y en el segundo al principio del interés del menor. Para la dogmática de los límites al *ius puniendi* no resulta especialmente problemática la inconstitucionalidad de estos preceptos penales, si se atiende al mandato de *lex scripta*, en el primer caso, o a la prohibición del denominado derecho penal de autor o la exclusión de protección de un determinado código moral o religión que subyace una comprensión democrática del bien jurídico protegido, en el segundo caso. Por el contrario, lo que subyace de esta jurisprudencia es la problemática de las reglas y principios constitucionales, problemática que constituye uno de los principales objetos de estudio de la teoría del derecho y de la dogmática de los derechos fundamentales.

En las dos STC, como mencionábamos con anterioridad, se ven afectados dos límites al *ius puniendi*: el mandato de reserva de ley, estructurado como una regla, que se ve derrotado por valores o intereses (la protección del sistema jurídico y la paz social)²; y la prohibición del denominado derecho penal de autor o de proteger penalmente una determinada moralidad, estructurado también como una regla o como un principio especialmente protegido (las denominadas categorías sospechosas) que se ve derrotado por un principio (el interés superior del menor), dotado, también de una especial protección, de un mayor *peso* de la protección de los derechos fundamentales que pueden eventualmente afectar a los menores en un eventual conflicto con otras normas³. Estos dos fallos, con independencia de su concreta valoración, ponen sobre el tapete una de las cuestiones más problemáticas de la dogmática general sobre los derechos fundamentales. La primera, reside en si una regla (procedimental) o un derecho o interés especialmente protegido puede ser derrotada por un principio.

Al tenor de lo anteriormente expuesto, existen tres caminos a la hora de fundamentar la constitucionalidad de una norma penal. El primero es acudir a los que podemos denominar *dogmática de los principios, garantías y límites penales*; el segundo es concurrir a la dogmática (general) de los derechos fundamentales elaborada por doctrina constitucional y la teoría del derecho; y el tercero, más

¹ Véase un análisis y comentario crítico en: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010) en *Estudios Públicos*, N° 124, (2011), pp. 1-25; FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional chileno en el control de las leyes penales, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria del Profesor Cury* (Santiago, 2013), pp. 219-244.

² STC Rol N° 1.191-2008, considerando 19°.

³ STC Rol N° 1683-2010, especialmente, considerandos 31° a 33°.

ambicioso y problemático, reside en elaborar una propuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales, que integre la doctrina general sobre el control de constitucionalidad y los límites y principios penales reconocidos por las ciencias penales. Esta última opción tiene la importante ventaja de que, si se realiza de una forma adecuada, puede contar con una mayor legitimación discursiva proveniente de la doctrina penal, constitucional y la teoría del derecho. En todo caso, con independencia del camino que escojamos, uno de los principales desafíos que, a mi modesto entender, debe abordar las ciencias penales reside en una elaboración de una dogmática de los principios y límites al *ius puniendi* aplicable al control de constitucionalidad de las leyes penales

Pero, a la hora de elaborar una dogmática integrada de los límites y principios penales debe abordarse y, en último término, tomar partido por tres cuestiones previas. La primera, que ya hemos mencionado, relativa a la problemática entre la dogmática general y las dogmáticas específicas sobre los derechos fundamentales; la segunda, el impacto del denominado paradigma neoconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes penales, y la tercera, sobre la distinción entre reglas y principios en el derecho constitucional y, en especial, sobre la derrotabilidad de las normas constitucionales estructuradas como reglas.

I. LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL TRATAMIENTO DE LAS DOGMÁTICAS ESPECÍFICAS

Ferrajoli, desde su comprensión de la teoría del derecho desde la filosofía política, establece tres discursos deónticos: la filosofía política que trata el deber ser externo o ético-político del derecho; lo que denomina como la “aproximación de las disciplinas jurídicas positivas”, que analizan las divergencias entre el ser y el deber interno o jurídico del derecho, derivadas de su mayor o menor coherencia con los preceptos constitucionales; y, por lo último, la aproximación sociológica del derecho que investiga las divergencias entre el ser de hecho y el deber ser de derecho. Es esta segunda aproximación donde debemos encuadrar los estudios sobre principios y límites al *ius puniendi* y que, por tanto, podemos denominar como la dogmática de los límites y principios penales que se encuadraría dentro de la dogmática más general del derecho constitucional y, en especial, respecto de los derechos fundamentales.

La dogmática general sobre los derechos fundamentales pretende, en nuestro caso y como objetivo principal, establecer unos criterios de interpretación destinados a determinar el contenido protegido de cada uno de los 26 numerales del artículo 19 CPR. La elaboración de una Parte general de los derechos fundamentales corre a cargo, en primer lugar, de la teoría del Derecho y, en segundo lugar, de la dogmática constitucional de cada uno de los sistemas jurídicos. Sin duda, los problemas en la concreción de los derechos fundamentales tienen como causa la particular naturaleza abstracta de los enunciados lingüísticos que se utilizan para

redactar las declaraciones de derechos. Como hemos mencionado, esta concreción puede realizarse a través de una dogmática general o a través de cada una de las dogmáticas especiales de los derechos fundamentales (laboral, penal civil, ambiental, etc.). Ahora bien, qué debe entenderse por una dogmática general y, especial, en el ámbito de los derechos fundamentales es cuestión no exenta de problemas, debido a los discursos jurídicos teorías y metodologías de cada una de ellas.

No obstante, un criterio de distinción reside en el grado de generalidad y concreción en la interpretación del derecho constitucional positivo. Así, la Parte general de los derechos fundamentales estaría abocada a la elaboración de los conceptos básicos y de los modelos de control de constitucionalidad, como por ejemplo, las teorías del contenido esencial y el principio de proporcionalidad en sentido amplio. También, tendría como función establecer una primera concreción de los derechos fundamentales básicos y, especialmente abstractos, como el de igualdad. En cambio, las dogmáticas especiales dotarían de contenido específico de los derechos fundamentales, es decir, la incidencia de los derechos fundamentales en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico. Su principal función radicaría en concretar las reglas y principios de cada una de las disposiciones de derecho fundamental, como sería, por ejemplo, la prohibición de tratos inhumanos en el ámbito penitenciario.

La problemática entre la Parte general y especial de los derechos fundamentales apenas ha sido tratada en Chile, salvo para denunciar esta situación, más cuando no contamos con una adecuada dogmática general de los derechos fundamentales, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, que incide en una elevada falta de seguridad jurídica y, en especial, en sede de control de constitucionalidad de las leyes. Así, Couso y Coddou han puesto de manifiesto las dificultades que ha tenido el TC para lidiar con problemas dogmáticos provenientes de otras ramas del ordenamiento, en particular, cuando han abordado asuntos que tienen que ver con derecho penal y procesal penal, señalando que en dichos ámbitos la jurisprudencia del TC ha tendido a ser errática⁴. Esta situación justifica un examen en profundidad, tanto desde el punto de vista de las condiciones que requiere la dogmática constitucional general para la adecuada tutela de los derechos fundamentales, como también de las especificidades que requiere la dogmática penal de los límites al *ius puniendi*.

Hasta tiempos recientes en el derecho comparado, buena parte de las argumentaciones jurídico-penales no habían tenido en cuenta la dogmática de los derechos fundamentales, especialmente, la referida al principio de proporcionalidad en sentido amplio o juicio constitucional de proporcionalidad, a pesar de que su con-

⁴ COUSO SALAS, Javier; CODDOU MACMANUS, Alberto, La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente, en *Estudios Constitucionales* 8, N° 2 (2010), p. 399.

tenido y postulados esenciales (finalidad constitucionalmente legítima, necesidad e idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) poseen una estrecha relación con límites materiales del derecho penal como son, por ejemplo, los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, utilidad, fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas, entre otros. Esta ha supuesto que la dogmática de los principios y límites al *ius puniendi* ha adolecido de una falencia estructural a la hora de relacionarlos con los mecanismos de concreción de los derechos fundamentales⁵.

La mayor parte de los denominados límites o principios penales no se encuentran expresamente reconocidos en los textos constitucionales, por tanto, deben incorporarse a través de las denominadas normas implícitas. Así, por ejemplo, el juicio constitucional de proporcionalidad identifica estas normas implícitas con las normas adscritas a una proposición de derecho fundamental. A una norma ius-fundamental directamente estatuida, como la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (artículo 19, N° 3 inciso 6° CPR), se le puede adscribir la prohibición a no ser condenado en virtud de una mera responsabilidad objetiva o responsabilidad por resultado. Ahora bien, desde la perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales parece necesario, en algunas ocasiones, un doble proceso de adscripción. Así, en el caso del principio de culpabilidad, deberemos, en primer lugar, adscribir este principio a una disposición de derecho fundamental; y, en segundo lugar y en el caso de que nos encontremos ante un verdadero principio, es decir, un mandato de optimización, adscribir los diferentes mandatos que se derivan de este, como es el caso de la prohibición de responsabilidad objetiva, prohibición que parece estar estructurada como una regla. Por tanto, una de las principales tareas de una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales reside en identificar o concretar qué límites y principios penales forman parte del acervo constitucional (chileno).

III. EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: GARANTISMO *VERSUS* PRINCIPALISMO

El nuevo paradigma constitucional, cristalizado en el derecho continental a partir de la segunda mitad del siglo XX, supone una concepción material de la democracia, donde no solo establece quién y cómo se toman las decisiones, sino

⁵ Cabe, no obstante, destacar en los últimos tiempos una adecuación de la dogmática de los límites y principios penales a la dogmática de los derechos fundamentales a través del denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio. Véase, la bibliografía citada en: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho - Universidad de Coquimbo*, N° 1 (2010), pp. 51-99.

que añade qué debe decidirse, es decir, garantiza un contenido que no puede ser soslayado por la mayoría representada en la ley. La novedad del constitucionalismo radica en que el supremo Poder Legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no solo respecto de las formas, sino también a la sustancia de su ejercicio. Por tanto, supone un límite a las concepciones comunitaristas, organicistas y holistas de la representación y de la democracia que, en el ámbito del derecho penal ha renacido con el fenómeno del populismo penal. Esta comprensión de la democracia, paradójicamente, puede resultar en último término, fascista o autoritaria, ya que concibe al pueblo como una suerte de organismo dotado de una voluntad homogénea⁶. La concepción de soberanía popular en el paradigma constitucional está en contradicción, no solo respecto a cualquier modo de gobierno autoritario, sino también ante la omnipotencia de la mayoría del pueblo y de sus representantes.

Este nuevo paradigma constitucional ha sido calificado bajo la expresión de “neoconstitucionalismo”, término que puede hacer referencia a cuestiones diversas. En ocasiones se usa para dar cuenta de ciertos cambios acaecidos en los textos constitucionales o en los ordenamientos jurídicos en general; también, puede referirse a una forma de interpretar este fenómeno, esto es, a una concepción del derecho; y por último, a una ideología que subyace en la doctrina para valorar positivamente o criticar estos cambios y teorías. Dicho de otra manera, frente a al nuevo “hecho histórico” que supone el constitucionalismo cabe adoptar en el plano teórico las siguientes posturas. La más radical es negar o ignorar este fenómeno jurídico, situación en nuestro caso, realmente difícil de justificar cuando nos enfrentamos a un elenco de derechos fundamentales protegidos jurisdiccionalmente. Se puede reconocer la existencia de estos cambios, pero pensar que ellos pueden explicarse y manejarse sin la necesidad de calificarlo como un “nuevo paradigma jurídico”, que en cierta manera, tendería a calificar las normas constitucionales como reglas. Y por último, entender que nos enfrentamos ante un cambio estructural en nuestro sistema jurídico que requiere una nueva teorización. Aquí, a la vez, podemos encontrar dos posiciones: una que, reconociendo la importancia del constitucionalismo, considera que el “paradigma del positivismo jurídico” puede adaptarse a esta nueva realidad jurídica, siendo Ferrajoli su máximo exponente; y la otra que otorga carta de defunción al positivismo jurídico, ya que este, en cualquiera de sus múltiples formas, no puede ofrecer una base teórica para dar cuenta de este fenómeno, donde el principal exponente lo encontramos en el denominado constitucionalismo principalista o argumentativo⁷. Para esta corriente, el Estado constitucional, como

⁶FERRAJOLI, Luigi, Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías, en FERRAJOLI, *et al.*, *Teoría del derecho en el paradigma constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 2ª edición, p. 82.

⁷Esta somera referencia a las diferentes corrientes doctrinales que se hacen cargo del constitucionalismo ha tomado como referencia a: ATIENZA, Manuel, Constitución y argumentación, en *Ius et veritas: Derecho Procesal Constitucional*, Lima: Ediciones Legales (2011), p. 200.

fenómeno jurídico, se encuentra innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El Estado constitucional conlleva a un incremento de la tarea justificativa de los órganos públicos, y por tanto, de una mayor demanda de argumentación⁸.

Siguiendo a Guastini, el neoconstitucionalismo o la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es una propiedad gradual que se manifestará, por tanto, con una menor o mayor intensidad en la medida en que concurran un mayor número de propiedades y condiciones atribuidas a este fenómeno jurídico. El citado autor destaca: la rigidez de la constitución, su fuerza vinculante, la garantía jurisdiccional, la aplicación directa, la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, la interpretación conforme a las leyes o la preferencia de la interpretación de las leyes conforme a la constitución y la “sobreinterpretación” de la Constitución. Respecto a esta última, se hace referencia a la tendencia en la cultura jurídica de extender la constitución más allá de los límites de su texto escrito, por ejemplo, identificando principios y valores no explícitos⁹.

Si bien, no debemos equiparar el nuevo paradigma constitucional como el neoconstitucionalismo, en especial, respecto de algunas de sus acepciones y características anteriormente señaladas, sí podemos apreciar un cierto consenso en aceptar su fuerza vinculante y sus garantías constitucionales. Por el contrario, el desacuerdo se centra en su aplicación directa y, en especial, sobre la tendencia de expandir su fuerza normativa a través de la identificación de principios, valores y bienes no explícitos; y en la manera de resolver los conflictos que pueden producirse entre estos. Un ejemplo de este disenso, lo encontramos en las concepciones garantistas y principalistas sobre el nuevo paradigma constitucional.

IV. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA VERSUS EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA

El constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico, donde los valores ocupan un papel relevante no solo en la política legislativa, sino también en la manera de controlar la constitucionalidad de las leyes; o como una superación o perfeccionamiento de este, donde el derecho continua formándose por el conjunto de normas puestas o producidas por quien esté autorizado para ello, con independencia de su justificación externa (su eventual injusticia)¹⁰.

⁸ ATIENZA, Manuel, *Constitución y argumentación*, cit., pp. 206 y ss.

⁹ GUASTINI, Ricardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell (ed.), (2003), pp. 49-77.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34 (2011), pp. 16-17.

Entre los primeros debemos destacar el denominado *Constitucionalismo garantista* o *normativo*, propuesto y desarrollado Ferrajoli que, precisamente, lo articuló en el ámbito del derecho penal en su conocida obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Su propuesta coincide con el neoconstitucionalismo en su aspecto deóntico, es decir, en la existencia de una *lex superior* a la legislación ordinaria. Se caracteriza por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, donde la mayor parte (si no todas) de las normas constitucionales, especialmente los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia de prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que forman, a la vez, sus respectivas garantías¹¹. Así, entiende que el nuevo paradigma constitucional no supone una superación del positivismo jurídico, sino como un reforzamiento de este. En otras palabras, el propio positivismo jurídico alcanza su máxima expresión, ya que, valga la redundancia, ha positivizado parte del “deber ser” del derecho¹².

Como modelo de control de constitucionalidad, entiende las normas constitucionales y, en especial, los derechos fundamentales, como un sistema de límites y vínculos articulado a través de la superación de antinomias y lagunas, que subyacen del orden jurídico respecto de las normas constitucionales. Por tanto, el constitucionalismo garantista se caracteriza por la distinción entre vigencia y validez (justificación interna). Pero a la vez, la validez debe considerarse como algo distinto a la justicia (justificación externa), para así cumplir con la separación entre moral y derecho, separación que caracteriza al positivismo jurídico. Aquí, la separación entre moral y Derecho no significa negar que las normas constitucionales incorporen valores (morales), sino que la idea de que las constituciones comprenden una pretensión de corrección, en palabras de Alexy, supone, en último término, una concepción objetivista de la moral, es decir, un objetivismo mínimo en materia ética¹³. Esto significa una transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos.

En cambio, el positivismo jurídico propugna un punto de vista autónomo del derecho (constitucional) respecto de la moral; los valores morales al positivizarse en las constituciones adquirirían una *vida propia e independiente* de la moral o la ética. Por ejemplo, entender que la constitución protege de manera diferente al nacido que al *nasciturus*, con independencia de los valores morales del intérprete, constituye un ejemplo de justificación interna, donde estos últimos cumplirían el punto de vista crítico o externo. Así, Ferrajoli entiende la manera de salvaguardar el constitucionalismo liberal y democrático, es decir, el pluralismo moral, ideo-

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 31.

¹² FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en *Neoconstitucionalismo* (2007), p. 19.

¹³ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación* (Barcelona, 2006), p. 53.

lógico y cultural¹⁴. Su concepción del derecho constitucional, como un conjunto de normas formado principalmente por reglas, supone que su aplicación debe realizarse a través del mecanismo de la subsunción, pero eso sí, con una mayor *discreción judicial*¹⁵.

En cambio, el denominado *constitucionalismo principalista o argumentativo*, comúnmente identificado con el *neoconstitucionalismo*¹⁶, entiende que gran parte de las normas contenidas en las actuales constituciones y, en especial, los derechos fundamentales, poseen una estructura diferente a las reglas. Considera que el positivismo jurídico, entendido como el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho, no resulta idóneo para dar cuenta de las actuales democracias constitucionales. Al introducirse en las constituciones principios ético-políticos habría desaparecido el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral. La introducción de normas de contenido moral ha supuesto inexorablemente que aparezcan conflictos entre ellas e, incluso, entre reglas constitucionales. Así, estas normas no son susceptibles de observancia o inobservancia, sino que deben respetarse en la mayor medida posible y, por ello, la única manera de superar un conflicto entre ellas es a través de la ponderación. De esto se sigue el papel central que ocupa la argumentación en la concepción principalista de la constitución. Así, el derecho o, al menos, el derecho constitucional, no puede ser considerado exclusivamente como un sistema de normas, sino como una práctica social (interpretativa) confinada especialmente a los jueces¹⁷.

En conclusión, las principales divergencias del constitucionalismo principalista respecto del garantista podemos resumirlas en las siguientes: la conexión entre derecho y moral en la justificación de las decisiones jurídicas; la afirmación de que las normas constitucionales están estructuradas no solo como reglas, sino también y, principalmente, como principios; y el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional constitucional. Pero, ambas posiciones coinciden en la búsqueda de una suerte de idealismo jurídico constitucionalizado.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 32. Ahora bien, Ferrajoli en cuanto a las denominadas obligaciones constitucionales de legislar que él denomina con lagunas solo pueden ser colmadas a través del Poder Legislativo y, por tanto, los tribunales constitucionales tendrían exclusivamente competencia en anular leyes inválidas (antinomias). FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 34.

¹⁵ ATIENZA, Manuel, *Constitución y argumentación*, ob. cit., p. 205.

¹⁶ Aquí el término *neoconstitucionalismo* debe entenderse como superación al positivismo jurídico. En cambio, como nuevo paradigma jurídico, Ferrajoli pueden considerarse como un neoconstitucionalista.

¹⁷ ATIENZA, Manuel, Tesis sobre Ferrajoli, en *Doxa*, N° 31, (2008), p. 215. Ferrajoli critica esta afirmación ya que, al igual que el realismo jurídico, confunde la efectividad (fenomenología del derecho) con su validez (“como el derecho que no puede dejar de ser”). FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 23.

Ferrajoli comparte el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima expresión de los fines y valores del Estado constitucional¹⁸.

Además, el constitucionalismo principalista no reniega de una constitución articulada en reglas. Así, el presupuesto previo del juicio de proporcionalidad que prohíbe las finalidades constitucionalmente ilegítimas, supone que, antes de entrar a ponderar un conflicto entre principios, la norma sometida al control de constitucionalidad no debe vulnerar una prohibición constitucional, es decir, una regla, como es, por ejemplo, la prohibición de torturas o tratos inhumanos. Además, y esto es lo más importante, un adecuado desarrollo de una constitución principalista a través del juicio de proporcionalidad debería derivar en una constitución garantista o normativa articulada en reglas, donde estas estarían conformadas en su mayoría por normas adscritas a principios.

V. REGLAS Y PRINCIPIOS:

REGLAS DERROTABLES Y PRINCIPIOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Como hemos visto con anterioridad, la concepción principalista entiende la constituciones como un conjunto de normas en la mayoría estructuradas como principios, diferenciación que ha incidido directamente en uno de los temas centrales más profusamente discutidos en la teoría del Derecho y, en especial, en la dogmática de los derechos fundamentales: la distinción entre reglas y principios. Ahora bien, Guastini pone de manifiesto, en este sentido, que no sólo existe una gran heterogeneidad en las expresiones utilizadas y (significados posibles), sino también respecto de los criterios de distinción¹⁹.

En todo caso, esta diferenciación entre principios y reglas cobra sentido en la medida que poseen unas distintas consecuencias o alcances a la hora de aplicar el derecho, en especial, en cuanto al método de resolución de conflictos o de aplicación. Es habitual sostener que ante un conflicto entre reglas, solo hay dos alternativas posibles para su solución: o una de ellas se declara inválida, o se introduce una excepción para que la colusión no se produzca. Usualmente el conflicto entre reglas se realiza con los conocidos criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex especial*, entre otros. Además esta solución de invalidez o excepción es definitiva, en el sentido de que todos los posibles conflictos son o deben ser resueltos de la misma manera. En cambio, en los casos de conflictos entre principios, estos son válidos y no resulta posible establecer una cláusula (general) de excepción, como por ejemplo: se permite la libertad de expresión, salvo que se vulnere el derecho al honor. En otras palabras, carecen de supuestos de hecho.

¹⁸ ATIENZA, Manuel, *Constitución y derecho*, ob. cit., pp. 203-204.

¹⁹ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo* (Madrid, 1999), p. 143.

La distinción entre reglas y principios ha cobrado una especial relevancia en los denominados conflictos constitucionales. Un grupo importante y relevante de autores niegan el conflicto (normativo) que se produce entre principios o entre principios y reglas. Su rechazo, obviamente, no se refiere al hecho de que no se planteen controversias en las que supuestamente no se vean involucrados derechos fundamentales o bienes constitucionales, sino en el sentido de que no existen verdaderas colisiones normativas. Por el contrario, otra parte de la doctrina asume o justifica la existencia de conflictos constitucionales y centran su atención en cómo tratarlas adecuadamente. En el primer grupo, podemos situar a autores como Harbemas o Ferrajoli, mientras que en el segundo encontraríamos a autores como Alexy o Guastini. Y, dentro de este último, como veremos a continuación, otro grupo de autores entiende que el constitucionalismo principalista permite la derrotabilidad, no solo de los principios, sino también de las reglas.

Tras más de treinta años de discusión, las opiniones sobre la distinción entre reglas y principios pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis: una fuerte y otra débil. La demarcación fuerte entiende que la distinción no se refiere al grado de generalidad, sino que más bien es cualitativa o estructural, sin perjuicio de que el mayor grado de generalidad constituya una característica de la mayoría de los principios. Las tesis de demarcación fuerte, según Aarnio, se fundamenta parcialmente en la última noción wittgensteniana de reglas: las reglas son seguidas o no lo son, pero siempre pueden ser objeto de todo tipo de excepciones²⁰. En el caso de dos reglas entren en el conflicto una de ellas necesariamente no formará parte del ordenamiento jurídico.

La naturaleza vinculante de los principios resulta *cualitativamente* distinta al de las reglas. Con carácter general, los principios son considerados, de acuerdo con esta posición fuerte, como normas que no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, sino solo razones *prima facie*, es decir, tienen una dimensión de peso. Esto supone que, desde un punto de vista deóntico, los principios constituyen mandatos de optimización, es decir, la obligación de que estos sean realizados en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes²¹. La dimensión de peso significa que el principio de mayor peso desplaza al de menor en un caso concreto.

Otra característica estructural radica en el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación. Se afirma que los principios, al contrario de las reglas,

²⁰ AARNIO, Aulis, Reglas y principios en el razonamiento jurídico, en *Conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas*, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, Trad. Pedro Serna, p. 2, en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf> [visitado: 10 de febrero de 2014].

²¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho* (Barcelona, 2007), p. 32.

no cuentan con un supuesto de hecho definido con una serie de propiedades. Así, el mandato de reserva legal posee con unas condiciones claras de aplicación, en cambio, el derecho al honor, no cuenta con un hecho condicionante que dé lugar a su consecuencia jurídica: su protección. En las reglas, por el contrario, las condiciones de aplicación y sus excepciones se encuentran cerradas²², mientras que, en el caso de los principios, sus condiciones de aplicación están indeterminadas o abiertas, al menos, parcialmente. Por tanto, la dimensión de peso y el carácter abierto de los principios hacen que estos se encuentren siempre en una situación de *derrotabilidad*.

En cuanto a la formulación de Alexy de los principios como mandatos de optimización, Atienza y Ruiz Manero entienden que esta comprensión sobre su cumplimiento gradual resulta verdadera respecto de las directrices o normas programáticas, pero no en el caso de los principios en sentido estricto. Opinan que los principios en sentido estricto pueden formularse también con enunciados que correlacionan, al igual que las reglas, casos con soluciones, pero las diferencias con las reglas estriban en que estas configuran el caso de forma cerrado, mientras que los principios lo hacen de forma abierta²³.

Los autores acuden a los artículos 14 Constitución Española y 28 del Estatuto de Trabajadores que, podemos extrapolar al artículo 19. 3º CPR y el artículo 62 *bis* del Código del Trabajo. El primero, la igualdad, está estructurado como un principio en sentido estricto, donde la condición es la siguiente: si un órgano jurídico ha de dictar una norma, aplicarla, etc., y no se dan circunstancias normativas o fácticas que exijan otra cosa (esto es, que desplacen el principio), a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La indeterminación característica de los principios la encontramos únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar. En cambio, el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores está estructurado como una regla. Las condiciones de aplicación que establecen la prohibición de discriminación salarial entre hombres y mujeres se encuentra cerrada: “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por el salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo. En conclusión, el principio de igualdad está estructurado respecto a la aplicación del modelo de conducta prescrito como una regla y no como un mandato de optimización. Si después de combinar los factores relevantes que presenta el caso concreto se llega a la conclusión de que prevalece el artículo 14 de la Constitución española,

²² Diferencia que Atienza y Ruiz Manero caracterizan con las “normas de acción” y las “normas fin”. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, ob. cit., p. 23.

²³ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, *Sobre principios y Reglas*, p. 108.

entonces este principio exige su cumplimiento pleno: se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduales de cumplimiento²⁴.

En cambio, respecto a las directrices configuran de forma abierta, tanto sus condiciones de aplicación, como el modelo de conducta prescrito. En el principio en sentido estricto el mandato de optimización se presenta solamente en la condiciones de aplicación (exige una ponderación) y no en el modelo de conducta prescrito. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan abierto también el modelo de conducta prescrito, es decir, pueden ser cumplidas en diversos grados. Así, los autores entienden que si el artículo 14 de la Constitución española estableciera que los “poderes públicos promoverán la igualdad de los españoles ante la ley, para que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, raza (...)”, entonces su estructura se articularía como una directriz²⁵.

Ferrajoli, en sus últimos trabajos, distingue también entre principios directivos o directivas y principios regulativos o imperativos. Ambos enuncian valores, pero los primeros enuncian expectativas genéricas e indeterminadas, mientras que los segundos expresan expectativas inderogables específicas y determinadas y que corresponden a límites o garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación. De esta concepción, Ferrajoli entiende que no existe una demarcación fuerte entre reglas y principios regulativos, pero sí entre estos últimos y las directivas²⁶. Respecto de las normas constitucionales directamente relacionadas con los principios y límites al *ius puniendi*, como son las referidas a la igualdad y a los derechos de libertad, Ferrajoli las cataloga como principios regulativos. Estamos ante normas formuladas de manera diversa a las reglas en referencia a la manera que son respetadas. Así, tomando como ejemplo el delito de homicidio cuando se respeta su mandato (no matar) se está respetando un principio (el derecho a la vida), pero cuando se incumple se está vulnerando una regla (la prohibición de matar). Por tanto, los principios regulativos cuando no son respetados funcionan como reglas. Así, el autor pone como ejemplo el principio de igualdad que, cuando es violado, funciona como regla, como es el

²⁴ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios y Reglas*, ob. cit., pp. 108-109.

²⁵ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios y Reglas*, ob. cit., p. 110.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 38 y nota 54. Un problema, en principio ajeno a este estudio, es el lugar que ocupan los derechos sociales en esta propuesta del autor italiano, entendidos estos como aquellos que imponen al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias, sin que se precise sus formas, calidad y grado de protección. Entiende que estos contienen una parte de su estructura que corresponde a un principio regulativo y otra a una directriz: en cuanto a la obligación de legislar estaríamos ante un principio regulativo y ante una directriz respecto al modo y grado de cumplimiento. FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 38.

caso de la prohibición de discriminación. Por tanto, la manera de determinar estos principios regulativos no es a través de la ponderación, sino, precisamente, de la subsunción²⁷. La diferencia entre principios regulativos y reglas es más bien de estilo, pero relevante desde el punto de vista político, porque expresan valores ético-políticos y porque cuando enuncian derechos sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos fundamentales. En conclusión, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental equivale a una regla consistente en la correlativa obligación o prohibición. Si los derechos fundamentales son universales, a estos les corresponden deberes o prohibiciones (*erga omnes*). Así, las constituciones modernas deben definirse en su parte sustancial como un conjunto de derechos fundamentales (principios) unidos a un sistema de límites y vínculos (reglas)²⁸.

Como podemos apreciar, esta última afirmación concuerda con la concepción principalista, si nos atenemos al mecanismo de concreción de las normas implícitas establecido por el principio de proporcionalidad: las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental. Y, parece, por tanto, que la discusión se centra en la manera de vincular estos principios (regulativos) con las reglas. La diferencia, para Ferrajoli, estriba en la radical reducción por parte de los principalistas del valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional, que conlleva, en último término, a la discrecionalidad argumentativa del intérprete. Así, pone como ejemplo, la prohibición de torturas que, de acuerdo con algunas posiciones principalistas, pueden entrar en conflicto con la seguridad nacional. Pues bien, en el modelo garantista y normativo de las constituciones, esta prohibición no admite excepciones (regla). El principio moral de la seguridad puede operar solo, valga la redundancia, en el plano moral, es decir, quien se encuentre en esa situación excepcional deberá asumir la responsabilidad penal y sufrir las sanciones respectivas, sin pretender la cobertura del derecho: “este es el costo mínimo que debemos pagar a las garantías de los derechos fundamentales contra el arbitrio”²⁹. Además, desde una perspectiva empírica, las posiciones principalistas, cuando han salido del ámbito académico, han desarrollado una “inventiva jurisprudencial”, una suerte de principios sin ninguna base constitucional, poniendo como ejemplo “el principio de absoluta prioridad de los derechos de los niños” en el Derecho brasileño³⁰.

Ferrajoli también critica que la ponderación sea el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción que, en cambio, se aplicaría

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 39.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., pp. 39-40.

²⁹ Véase la doctrina y jurisprudencia citada por FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit. p. 42 y n.72.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 43, nota 73.

únicamente a las reglas. La crítica de Ferrajoli no reside en negar este tipo de razonamiento y, en especial, cuando está dirigido a fundar la racionalidad del ejercicio del poder judicial, sino como suele suceder con las teorías de nuevo cuño, en la excesiva ampliación del mismo, no solo en la interpretación jurisdiccional, sino también en la actuación legislativa. Los derechos de libertad generalmente no admiten ponderación alguna: su violación genera antinomias, a menos que existan límites expresados por reglas, como por ejemplo, la prohibición de asociaciones secretas contemplada en el artículo 18 de la Constitución italiana³¹. En cambio, Ferrajoli entiende que la ponderación resulta necesaria cuando el límite está expresado por principios directivos, como por ejemplo, el principio de seguridad. En último término, Ferrajoli finaliza su comprensión de la ponderación como una nueva expresión de la “vieja interpretación sistemática”, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema³². Además, debemos recordar que reconoce la ponderación en la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido³³.

Por otra parte, Atienza mantiene que los principios en sentido estricto, al suministrar razones para la corrección poseen algún tipo de prioridad sobre las razones autoritativas como las que apelan a la deferencia hacia el legislador o acuden al precedente. A la vez, los principios en sentido estricto también tienen un mayor peso sobre las directrices, es decir, aquellas que apelan a razones finalistas³⁴.

La tesis o demarcación débil significa que reglas y principios guardan entre sí una relación de grado y no una estructural o cualitativa. La diferencia gradual se suele manifestar en el mayor nivel de abstracción o vaguedad de la norma y en el mayor contenido axiológico de la mayoría de los principios respecto de las reglas. También se ha aducido la mayor importancia de los principios, pero esta importancia no depende de su estructura como regla o como principio, sino del concreto sistema de fuentes. Así, como las normas constitucionales contienen un número importante de principios, estos ostentarían una jerarquía superior, pero no por su estructura como principios, sino, precisamente, por su carácter de normas

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 45.

³² FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, ob. cit., p. 47.

³³ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principalista*, cit. p. 48. Véase en este sentido el juicio de constitucionalidad denominado como el *test Helm*, desarrollado por la jurisprudencia estadounidense. El *test Helm* establece, bajo la Octava Enmienda, que el juicio de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de las penas debe guiarse por tres parámetros: una comparación de la gravedad del delito y la severidad de la pena; una comparación de las penas impuestas en la misma jurisdicción por otros crímenes; y una comparación de sentencias impuestas en otras jurisdicciones. *Solem v. Helm* (463 U.S. 277 (1983)). Véase una propuesta en el mismo sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *El juicio constitucional de proporcionalidad*, ob. cit., pp. 93-96.

³⁴ ATIENZA, Manuel, *Constitución y argumentación*, ob. cit., p. 218.

constitucionales. Ahora bien, esta concepción se plantea un problema crucial para esta investigación: la posibilidad de que un principio excepcione una regla, que Bayón lo denomina como el “caballo de Troya” en las teorías principialistas³⁵. En otras palabras, la posibilidad de que una regla, en nuestro caso, constitucional, no tenga cerradas sus condiciones de aplicación.

Aarnio, si bien en sus inicios adoptó una posición fuerte, en sus últimos trabajos se adhiere a una demarcación débil entre reglas y principios. En primer lugar, manifiesta que tanto las reglas como los principios pueden resultar inaplicables o derrotables: “Toda norma posee las características que Dworkin atribuye a los principios: es inaplicable en una serie de circunstancias no predeterminadas en abstracto, y permanece siendo válida, aunque resulte contradicha por normas prevalentes en casos particulares. A lo sumo, continúa el autor citado, una norma es una regla en la medida que su antecedente contiene términos descriptivos precisos o más precisos y, por el contrario, estaremos ante un principio cuanto a su antecedente contiene términos imprecisos o valorativos y su prioridad es indeterminada”³⁶. Aarnio, incluso, manifiesta que en los casos en que las reglas sean imprecisas estas pueden requerir un juicio de ponderación³⁷. Este puede ser el caso, propuesto por parte de la doctrina, respecto al mandato de *lex certa*, donde debe realizarse una suerte de ponderación entre la seguridad jurídica y las necesidades preventivas de la pena como medio de control social. Si bien, continúa el autor citado, es cierto, como dice Dworkin, que los principios solo son válidos en virtud de consideraciones morales y no en virtud de un acto de poder, algunas reglas (vagas o abiertas) son también reformulaciones de valores, al menos, en parte³⁸. Así, tendríamos en una parte de la escala normativa las reglas típicas, como por ejemplo, el mandato de irretroactividad de las leyes penales; y, en la otra, los principios típicos, como en nuestro caso, podría ser el fin de resocialización de las normas penales, quedando en medio algunas formas mixtas³⁹. En conclusión, tanto los principios como las reglas pueden tener el mismo grado de inexactitud y, por lo tanto, resulta imposible separarse en categorías lingüísticas distintas. Su distinción es solo una cuestión de generalidad y, por tanto, no hay fronteras sencillas y claras entre ellas.

Aarnio diferencia entre dos clases de principios:

1. Los principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico, por ejemplo, el principio de deferencia hacia el legislador racional, o aquellos que hacen referencia a la familia, las relaciones sexuales y cuidado de los niños.

³⁵ BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción*, (Madrid, 1991), p. 362.

³⁶ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., p. 594.

³⁷ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., p. 595.

³⁸ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., p. 595.

³⁹ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., p. 595.

2. Los principios jurídicos positivos se encuentran, o bien expresamente recogidos en las normas legales o constitucionales, o bien presuntamente en ellas. A menudo son valores o principios-objetivo. Sin embargo, estos últimos no agotan la categoría de principios jurídicos positivos, como los demuestran algunos principios como el de igualdad o libertad de expresión que se aproximan a los principios ideológicos o valores. También, podemos incluir los principios *relativos a la toma de decisiones*, como el principio de legalidad penal que incluye, entre otras, la prohibición de analogía en contra del reo⁴⁰.

Aarnio entiende que, desde un punto de vista lingüístico, se pueden establecer cuatro tipos de normas jurídicas:

1. *Reglas (R)*, por ejemplo, la prohibición del robo en el derecho penal.

2. *Principios que parecen reglas (RP)*, por ejemplo, el principio de *libertad de expresión* o el conocido principio, establecido por la Corte Suprema estadounidense y propuesto por Dworkin, que *prohíbe que nadie puede beneficiarse de un acto ilícito, se asemejan más a una regla (Dworkin, 1978, 2 y ss.)*. Estas normas se asemejan a principios, aunque en realidad parecen pertenecer a la categoría de las reglas: o se cumplen o no.

3. *Reglas que parecen principios (PR)*: su ámbito de aplicación es cognitivo o evaluativamente abierto, como sucede con el ámbito de los principios-valor. Un ejemplo lo tendríamos en el mencionado mandato de *lex certa* donde entran en conflicto dos principios: el de seguridad jurídica y el de prevención.

4. *Principios (P)*: como los principios de igualdad y libertad u otros principios-valor y principio-objetivos, además del principio de buena fe⁴¹.

Ahora bien, Aarnio manifiesta que desde un punto de vista funcional las reglas y principios son diferentes: las reglas pertenecen al área de la lógica deóntica, mientras que los principios se emplean de acuerdo con la lógica de la *preferencia*. Siguiendo a Francisco Laporta, los principios corresponden a la lógica del deber ser, del estado de cosas ideales y, por tanto, en caso de conflicto puede usarse la lógica de preferencia (la ponderación). Las reglas obedecen al deber hacer, estamos ante acciones y no estado de cosas. No obstante, el entendimiento de los principios como mandatos de optimización requieren de una precisión conceptual: el principio, por ejemplo, de libertad de expresión no puede ser conceptualmente un mandato de optimización, ya que este está articulado como una regla: se sigue o no se sigue, o se optimiza o no se optimiza. Es decir, nos obliga a optimizar. Entonces, los principios constituyen estados de cosas ideales a los que se les adscribe una regla: su optimización. Además, puede suceder que en el caso concreto solo sea aplicable un solo principio o, quizá de manera más frecuente, que los tribunales constitucionales acudan solo a un prin-

⁴⁰ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., pp. 595-596.

⁴¹ AARNIO, Aulis, *Reglas y principios*, ob. cit., p. 596.

cipio para resolver el caso concreto. Aquí, la dimensión de peso no se manifiesta y el principio operaría, por tanto, como una regla⁴².

VI. LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La asunción de una demarcación débil entre reglas y principios plantea un problema añadido: la denominada derrotabilidad de las reglas. Efectivamente, si la diferencia entre ambas es solo una cuestión de gradualidad, entonces las reglas pueden entrar en conflicto con otros principios y prevalecer éstos sobre aquéllas. Normalmente, la atención de la doctrina y, por qué no decirlo, de los medios de comunicación, se ha centrado en el conflicto entre una norma infraconstitucional estructurada como una regla y un principio o interés constitucional⁴³. Pero también puede ocurrir entre una regla o un principio, ambos reconocidos por la constitución.

La derrotabilidad de una regla tendría su justificación en el hecho de que estas presentarían excepciones no previsibles *ex ante* y que tendrían su origen en una argumentación basada en criterios de justicia, es decir, fundamentado en principios. Así, los casos del hurto de fluido eléctrico y del delito de sodomía, siempre que entendamos que la prohibición de discriminación por razones personales se encuentre estructurada como una regla, podríamos encuadrarlos dentro de la problemática del denominado “argumento de derrotabilidad”⁴⁴.

García Figueroa señala que la distinción estructural entre principios y reglas puede ponerse en duda por dos razones: a) las reglas pueden incluir elementos que hagan que las condiciones de aplicación no puedan cerrarse, como ocurre con la atenuante analógica del derecho penal español, donde se contempla la aplicación de supuestos de hecho análogos a los expresamente catalogados como atenuantes; b) las reglas y principios pueden interactuar entre sí, como ocurre precisamente con el famoso caso *Riggs v. Palmer* usado por Dworkin⁴⁵. De esta manera, concluye que, en el moderno

⁴² PRIETO SANCHÍZ, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo* (México, 1997), p. 348.

⁴³ El caso paradigmático es el célebre caso Elmer (Riggs contra Palmer), donde la Corte Suprema estadounidense derrotó una norma de derecho sucesorio estructurada en una regla que no impedía recibir la herencia de su propia víctima a través de un principio (moral), consistente en que “nadie puede beneficiarse de su propio crimen”. Otro caso, es el conocido el derecho español, donde una madre menor de edad era la persona idónea para donar parte de su hígado a su hija, pero la Ley N° 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción de órganos establece el requisito de la mayoría de edad para ser donante. Véase, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Neoconstitucionalismo y derrotabilidad*, en *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez (2009).

⁴⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Neoconstitucionalismo y derrotabilidad*, ob. cit., p. 2.

⁴⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho, en *Diritto & questione pubblica*, p. 198 en: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf [visitado: 1 de enero de 2014].

Estado constitucional, la concepción tradicional de las reglas ha quedado obsoleta y, por tanto, al igual que los principios, estas son susceptibles de ponderación⁴⁶.

La derrotabilidad de las normas estructuradas en reglas refleja dos de las críticas, ambas fundamentadas en criterios morales, que la teoría del Derecho formuló al positivismo jurídico del mediados del siglo XX: el argumento de la injusticia manifiesta o intolerable (los juicios de Núremberg) y el argumento de los principios. La primera presenta una eficacia reductora del ordenamiento jurídico: nos dice qué normas no son jurídicas, a pesar de ser *positivas*. En cambio, la segunda presenta una eficacia expansiva sobre el ordenamiento jurídico: nos dice qué normas (principios) son jurídicas además de las reglas positivas. El argumento de la injusticia suele ser invocado en casos de extrema gravedad, como guerras y regímenes autoritarios, es decir, se orienta en garantizar un umbral mínimo de corrección. En cambio, los principios muestran todo su vigor en sociedades democráticas y se orientan hacia un horizonte de ideales⁴⁷. Aquí, nos centraremos en estas últimas.

Así, el argumento de derrotabilidad supone que una norma estructurada como una regla puede contener excepciones, no solo respecto de las establecidas por los criterios clásicos de solución de conflicto entre reglas (especialidad, jerarquía, etc.), sino también por principios de carácter moral, cuya concreción solo puede llevarse a cabo a través del recurso de la razón práctica. Como manifiesta García Figueroa, el concepto de principio ha cedido protagonismo al argumento de la derrotabilidad en la crítica al positivismo⁴⁸.

La derrotabilidad fundamentada en principios morales parte de la premisa de la imprevisión de un conjunto de excepciones que no pueden determinarse *ex ante*, como consecuencia de la intrínseca imprevisibilidad de las cada vez más complejas relaciones sociales. El problema que plantea este razonamiento es que afecta a la propia esencia de las normas: la capacidad de guiar nuestras conductas. Ante este problema la respuesta que ha tenido más repercusión es, precisamente, el denominado constructivismo discursivo desarrollado por Habermas, es decir, la ética es algo que construimos a través de unos presupuestos comunicativos que sirven para garantizar la racionalidad del resultado fruto de las deliberaciones en un Estado democrático. Esto significa que el resultado del procedimiento es justo en la medida en que se sigan fielmente las reglas de procedimiento.

Por tanto, pareciese ser que las únicas reglas no derrotables serían aquellas que garantizaran una deliberación democrática, como es el caso del mandato de reserva legal. Y por el contrario, el resto de las reglas (constitucionales) serían susceptibles de ser derrotadas por principios. Dentro de estas últimas, podemos incluir

⁴⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid, 2010), pp. 142-145.

⁴⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Neoconstitucionalismo y derrotabilidad*, ob. cit., p. 3.

⁴⁸ GARCÍA FIGUEROA, *Neoconstitucionalismo y derrotabilidad*, ob. cit., p. 4.

las denominadas categorías sospechosas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense a través del denominado test de escrutinio estricto.

Este test de constitucionalidad se ha centrado, principalmente, en los casos de discriminación racial que la propia Corte Suprema ha venido conociendo desde la independencia de los Estados Unidos⁴⁹. Para que la prohibición de discriminación pueda ser derrotada, debe demostrarse la extrema importancia o necesidad de la norma o medida y la ausencia de una forma menos discriminatoria para conseguir esta finalidad imperiosa. Como podemos apreciar, estamos ante el test de constitucionalidad menos deferente hacia el legislador, que supone, además, que la carga de la prueba de esta finalidad imperiosa corresponde al propio legislador⁵⁰. El juicio de escrutinio estricto ha sido visto por parte de la doctrina estadounidense como una especie de compromiso entre los dos grandes test de constitucionalidad de las leyes: como una categoría de prohibiciones (reglas) o como un balance de intereses⁵¹.

⁴⁹ CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies* (Aspen, 2011), pp. 688-699. Aunque la CS no ha establecido con claridad los criterios para determinar el tipo de escrutinio, la doctrina ha establecido los siguientes:

1. La CS ha enfatizado las inmutables características de las personas o grupos sobre el que recae la norma, como la raza, el género, el estado de los padres a la hora de establecer un escrutinio más severo. Esta es una de las cuestiones claves en el caso de la discriminación por orientación sexual, si la característica sobre la que recae la diferenciación no depende de la persona o no la puede cambiar.

2. La posibilidad de grupos diferenciado de protegerse a sí mismos a través de los diferentes mecanismos legales, como sucede con los extranjeros que no suelen tener derecho de sufragio.

3. La historia de discriminación sobre un grupo determinado resulta también relevante a la hora de establecer un nivel de escrutinio.

4. La probabilidad de que la distinción refleje un prejuicio en lugar de una finalidad legítima. Así, en los casos de raza o etnia los tribunales al aplicar el escrutinio estricto reflejan que en estos casos virtualmente resulta imposible aceptar una justificación de la medida. En cambio, los tribunales aplican el escrutinio intermedio en los casos de diferenciaciones biológicas, por ejemplo, entre hombres y mujeres, y, por tanto, entienden que existen más posibilidades de una justificación legítima de la medida.

⁵⁰ A modo de ejemplo, en *Palmore v. Sidoti*, la Corte Suprema anuló una decisión de una Corte Federal que denegó la tutela de un menor a su madre, justificando su decisión en la celebración de un matrimonio y convivencia con una persona de diferente raza. La Corte Estatal, que acudió al principio del interés del menor para establecer la custodia a favor del padre, adujo que el niño podría ser estigmatizado por vivir en un matrimonio biracial. La Corte Suprema de forma unánime declaró inconstitucional esta sentencia, y declaró que no puede controlar esta clase de prejuicios, ni tampoco tolerarlos. El caso emblemático y único donde la Corte Suprema validó una medida gubernamental fundamentada en una categoría sospechosa fue la evacuación de la población de descendencia japonesa a campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. Véase la jurisprudencia citada en: CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, ob. cit., pp. 714 y ss.

⁵¹ En la jurisprudencia del Corte Suprema estadounidense, esta disputa entre estas dos formas de control de constitucionalidad han sido representada por los jueces Hugo Black y Félix Frankfurter. Véase en extensor en: WINKLER, Adam, Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, en *Public Law & Legal Theory Research Paper Series* (Ucla School of Law), N° 06-14 (2006), p. 804.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Un desarrollo adecuado de la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales debe integrar la dogmática de los límites al *ius puniendi* y la dogmática general del derecho constitucional y, en especial, de los derechos fundamentales.

Segunda. Entendemos que una concepción principalista de las constituciones se adecua mejor a la problemática de los límites al *ius puniendi*. Una de las razones fundamentales radica, precisamente, en la mayor integración de los límites al *ius puniendi* a través del principio o juicio constitucional de proporcionalidad. Ahora bien, si tenemos presente, en primer lugar, que parte de los límites al *ius puniendi* puede calificarse como “fines constitucionalmente ilegítimos”, es decir, prohibiciones absolutas articuladas como reglas; y, en segundo lugar, las normas adscritas o implícitas de disposiciones o proposiciones de derecho fundamental establecidas a través del juicio constitucional de proporcionalidad, deberán aplicarse, al menos gran parte de ellas, mediante la subsunción, podemos concluir que una comprensión *principalista* de las constituciones en el ámbito del derecho penal poseen o debería poseer un alto contenido *garantista*.

Tercera. Una de las principales tareas de una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales reside en identificar o concretar qué límites y principios penales forman parte del acervo constitucional (chileno).

Cuarta. Relacionado con la anterior conclusión, deben señalarse las reglas y prohibiciones absolutas en materia penal. A mayor abundamiento, abogamos por un primer escalón o elemento esencial en la dogmática sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales, que comprendería las reglas constitucionales o prohibiciones absolutas, y, de esta manera, evitar la tentación de acudir a los principios constitucionales como fundamento para validar vulneraciones a las propias normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales.

Quinta. Si aceptamos la tesis débil entre reglas y principios, entonces debemos establecer un segundo escalón o elemento esencial en una dogmática de control de constitucionalidad de las leyes penales, que identifique principios especialmente protegidos o reglas susceptibles de ser derrotadas. Para estos efectos, resulta especialmente provechosa la jurisprudencia y doctrina comparada relativa a las denominadas categorías sospechosas.

Sexta. En la sistematización de los límites al *ius puniendi*, junto a la distinción entre regla y principios, debe realizarse una ulterior distinción respecto de estos últimos entre principios en sentido estricto y directrices. Tanto la concepción garantista, como principalista de la constitución otorgan a los principios en sentido estricto, al suministrar razones para la corrección, algún tipo de prioridad sobre las razones autoritativas, como las que apelan a la deferencia hacia el legislador o acuden al precedente. A la vez, los principios en sentido estricto también tienen un mayor peso sobre las directrices, es decir, aquellas que apelan a razones finalistas.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, Reglas y principios en el razonamiento jurídico, en *Conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas*, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación* (Barcelona, 2006).
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho* (Barcelona, 2007).
- ATIENZA, Manuel, Tesis sobre Ferrajoli, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, (2008).
- _____, Constitución y argumentación, en *Ius et Veritas: Derecho Procesal Constitucional*, (Lima, 2011).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010) en *Estudios Públicos*, N° 124 (2011).
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción* (Madrid, 1991).
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies* (Aspen, 2011).
- COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto, La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente, en *Estudios Constitucionales* 8, N° 2 (2010).
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho-Universidad de Coquimbo*, N° 1 (2010).
- _____, El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional chileno en el control de las leyes penales, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria del Profesor Cury* (Santiago, 2013).
- FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en *Neoconstitucionalismo* (2007).
- _____, Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías, en FERRAJOLI, *et al.*, *Teoría del derecho en el paradigma constitucional* (Madrid, 2009).
- _____, Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34 (2011).
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Neoconstitucionalismo y derrotabilidad, en *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Universidad Rey Juan Carlos (Aranjuez, 2009).

———, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid, 2010).

———, La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho, en *Diritto & questione publice*.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo* (Madrid, 1999).

———, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell (ed.), (2003).

PRIETO SANCHÍZ, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo* (México, 1997).