

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL DE LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

RECONSTRUCTING PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW IN CONSTITUTIONAL REVIEW

José Ángel FERNÁNDEZ**

Resumen:

La dogmática de los principios penales adolece de una reconstrucción normativa a partir de categorías estructurales. La propuesta de Atienza y Ruiz Manero sobre los enunciados jurídicos contiene un arsenal conceptual que resulta especialmente adecuado a la hora de realizar una taxonomía de los principios y límites penales. Esta reconstrucción resulta particularmente provechosa en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes penales, ya que, a partir del test de proporcionalidad, los derechos y bienes constitucionales son clasificados por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional comparada como principios o reglas. Por tanto, este estudio pretende sentar las bases teóricas y metodológicas de una reconstrucción estructural de los principios penales.

Palabras clave:

Principios penales, control de constitucionalidad, principios y reglas.

* Artículo recibido el 14 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 4 de junio de 2018.

** Doctor en derecho. Profesor de derecho penal y teorías criminológicas; director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

Abstract:

Fundamental principles of criminal law theory lack a normative-structural analysis. Atienza's and Ruiz Manero's proposal in regards to legal decisions contain a typology of mandatory norms (rules, principles in a broad sense and directives) that is especially suitable for an analytical reconstruction of principles of criminal law. This proposal is also relevant and useful in the field of constitutional courts' decisions related to Criminal law, because the principle or test of proportionality in its strict sense classifies fundamental rights into rules and principles. My aim in this paper is to discuss and propose a groundwork for normative reconstruction of the principles of criminal law using Atienza's and Ruiz Manero's framework.

Keywords:

Fundamental Principles of Criminal Law, Constitutional Review of Criminal Law, Principles and Legal Rules.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una breve exposición sobre la relevancia de las piezas del derecho en la reconstrucción de los principios y límites penales*. III. *Reglas y principios: reglas derrotables y principios especialmente protegidos*. IV. *Un sistema (analítico) de control de constitucionalidad de las leyes penales articulado en principios, reglas y categorías sospechosas*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales falencias en el desarrollo de la dogmática de los principios y límites penales —especialmente aquellos referidos al derecho penal sustantivo— estriba en el hecho de que no se han delimitado e interpretado a tenor de las distintas racionalidades jurídicas: la legislativa, la judicial y la constitucional. Así, nos encontramos ante un elenco de principios, mandatos y garantías que, o bien parece que deben aplicarse a todos los operadores jurídicos y políticos relacionados con el derecho penal (gobierno, legislador, jueces, fiscales y órganos con jurisdicción constitucional); o bien, parece que constituyen una serie de principios político-criminales destinados exclusivamente al legislador penal.

De esta manera, existe una confusión no sólo respecto al contenido de cada uno de ellos, sino también en cuanto a su operatividad en las decisiones de los órganos del Estado y, en nuestro caso, de los tribunales constitucionales. A mayor abundamiento, gran parte de los principios penales se encuentran formulados por el discurso jurídico penal de manera que no permiten distinguir entre cuestiones de política criminal (legislativa) y cuestiones de dogmática penal-constitucional.¹ Dicha situación ha provocado una merma considerable en su aplicación práctica.

Nuestra propuesta para afrontar esta problemática parte del presupuesto de que las categorías conceptuales desarrolladas por la

¹ Bascuñán, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007, p. 54.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

teoría del derecho pueden sentar las bases de una dogmática integrada entre la dogmática de los derechos fundamentales y la dogmática de los límites y principios penales, ya que permite, en último término, que un mismo discurso sea utilizado por diferentes aproximaciones científicas.² Este estudio presentará las bases para la reconstrucción de los denominados principios, límites, garantías y mandatos penales a través de las categorías de reglas, principios en sentido estricto y directrices desarrolladas por Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del derecho*. Sin perjuicio de aceptar o no esta propuesta, una reconstrucción estructural de los principios penales resulta ineludible si tenemos presente que el principal test de constitucionalidad a la hora de aplicar y resolver los conflictos constitucionales entre derechos y bienes constitucionales (el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio), toma como referencia un derecho constitucional articulado en reglas y principios.

El estudio se estructurará en tres grandes apartados. El primero tratará de poner en evidencia la relevancia de *Las piezas del derecho* en la reconstrucción de los principios y límites penales; el segundo expondrá brevemente los criterios de distinción entre reglas y principios y uno de los problemas que plantea esta diferenciación, la denominada derrotabilidad de reglas, y el cuarto apartado reconstruirá algunos de los principios penales a partir de la propuesta de *Las piezas del derecho* y otras categorías desarrolladas por la teoría del derecho.

II. UNA BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA RELEVANCIA DE *LAS PIEZAS DEL DERECHO* EN LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LÍMITES PENALES

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero desarrollada en *Las piezas del derecho* que, si bien no es compartida por una buena parte de los

² Ferrajoli, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en Pisarello, Gerardo y Manrique, Ricardo (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 66 y ss.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

teóricos del derecho y constitucionalistas,³ resulta especialmente relevante a la hora de reconstruir las disposiciones normativas y las normas implícitas constitucionales que establecen principios o límites penales.

No obstante, debe advertirse que el objeto de análisis debe ser más amplio que el establecido en el citado estudio (los enunciados jurídicos). Además de analizar las disposiciones normativas constitucionales de carácter penal, debe incluirse el conjunto de normas reconocidas en el lenguaje de los dogmáticos y de los operadores jurídicos, ya que la mayor parte de los principios penales tienen su asidero en el mundo de la aplicación del derecho. En el ámbito penal es donde se muestra con mayor claridad que muchas normas constitucionales forman parte de las denominadas normas implícitas o adscritas a una disposición constitucional.⁴

A esta cuestión, los autores entienden que, si bien su estudio se centra en el lenguaje del legislador o en nuestro caso del Constituyente, esta propuesta se puede entender como una *Teoría general de los enunciados jurídicos*, entre los que se incluirían los enunciados no legislativos y, en especial, los fallos de los tribunales de justicia.⁵ Dentro de estos últimos, los enunciados jurídicos que comparten más rasgos y características con los enunciados legislativos son, sin duda, los fallos de los tribunales constitucionales que contienen reglas de mandato, no sólo respecto de los particulares, sino también generales, abstractas y con eficacia *erga omnes*.⁶

También, una reconstrucción de los principios y límites penales debe dar cuenta de otro tipo de normas constitucionales de segundo orden, las que podemos denominar como principios especialmente

³ Una de las reconstrucciones especialmente crítica de la propuesta de Atienza y Ruiz Manero y, en concreto, en cuanto a su teoría estructural de los enunciados jurídicos puede verse en: Ratti, Gioavanni, *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, 2013, pp. 154-173.

⁴ Véase una aproximación sobre la distinción entre disposición y norma en: Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael (eds.) *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011.

⁵ Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 20.

⁶ Núñez, Álvaro, "Sin precedente: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, Madrid, núm. 39, 2016, pp. 32.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

protegidos, entre los que destacamos el principio del interés superior del menor y las denominadas categorías sospechosas, ya que estos despliegan importantes efectos en los juicios de constitucionalidad relacionados con el derecho penal.

La tipología de los enunciados jurídicos propuesta por Atienza y Ruiz Manero parte de la distinción —dentro del género de las normas de mandato— entre reglas y principios que, a su vez, pueden ser normas para la acción o normas que establecen fines a alcanzar. Junto a las reglas de mandato estos autores contemplan las normas que confieren poderes, que posibilitan la producción de cambios normativos (introducción, modificación o derogación de normas). En cuanto a los valores jurídicos, estos son considerados como el aspecto justificativo de las normas entendidas como razones para la acción. Y son, precisamente, tales valores los que tienen que constituir el objeto fundamental de una dogmática no meramente descriptiva, sino propositiva del derecho válido en el sentido de “suministrar criterios para la aplicación, interpretación y modificación del Derecho”.⁷

A la hora de distinguir entre reglas y principios, los autores toman tres caminos que la teoría del derecho suele utilizar a la hora de clasificar las normas: uno estructural, que consiste en analizar las normas como enunciados que correlacionan casos genéricos con soluciones; otro funcional, relativo al papel que juegan o pretenden jugar en el razonamiento práctico, donde las normas son analizadas como razones para la acción, y un último sociológico o crítico del derecho que se centra en las relaciones de poder que subyacen en la creación y aplicación de las normas.⁸

Los autores se quejan de la ausencia de este último tipo de enfoque en las principales corrientes de la teoría del derecho. Esta situación, por el contrario, no se da en la dogmática de los principios penales, especialmente, aquella heredera de la tradición de la criminología crítica que ha desarrollado una aproximación garantista y/o bienestarista del denominado derecho penal material (fines de la pena y principios y límites penales). Por el contrario, la dogmá-

⁷ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁸ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tica penal presenta un déficit en la reconstrucción estructural de los principios y límites penales.

Desde una perspectiva estructural, la mayor parte de los principios y límites penales pueden catalogarse como normas regulativas de mandato, es decir, aquellas que califican como prohibidos u obligatorios casos genéricos y que, a la vez, pueden estructurarse como reglas o principios. Además, tanto las reglas como los principios pueden estructurarse como normas de acción o como normas que establecen fines a alcanzar.⁹

Los autores clasifican los principios entre principios del sistema primario, destinados a guiar la conducta del ciudadano, y del sistema secundario, dirigidos a guiar el ejercicio de los poderes normativos públicos (la creación y aplicación de las normas). Pueden existir principios que sólo afectan a los creadores y aplicadores del derecho, como el principio de *in dubio pro reo* o el de deferencia hacia el legislador (principios institucionales), pero no existen principios sólo destinados a los ciudadanos (principios sustantivos), ya que, en mayor o menor medida guían la conducta de los poderes públicos.¹⁰

Para los autores, los principios en sentido estricto poseen también una estructura condicional como sucede en las reglas más comunes, es decir, las reglas de acción. Este tipo de principios siempre pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta. La diferencia estriba en que, mientras en las reglas configuran sus condiciones de aplicación de forma cerrada, los principios en sentido estricto la tienen de forma abierta.¹¹ Por tanto, se apartan de la concepción de Alexy que considera a todos los principios como mandatos de optimización.¹²

Esta caracterización de los principios como normas que sólo pueden cumplirse en diversos grados de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas únicamente puede predicarse respecto de las

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 45.

¹¹ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

¹² Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 109 y 118-122.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

directrices. De esta manera, las directrices se configuran de forma abierta, tanto en sus condiciones de aplicación como en el modelo de conducta prescrito: no se establece ninguna acción, sino un determinado estado de cosas con ciertas características. Las directrices se diferencian así de las reglas de fin (de mandato) en que estas últimas tienen cerradas sus condiciones de aplicación y, sobre todo, en que se requiere que el fin se cumpla de forma plena, mientras que las directrices lo hacen de forma abierta y el fin perseguido debe cumplirse en la mayor medida posible.

Una de las principales aportaciones de *Las piezas del derecho* es la distinción exhaustiva y excluyente entre principios en sentido estricto y directrices que, como veremos, tienen una especial relevancia en la taxonomía de los principios y límites penales que proponemos en este estudio. Ahora bien, un principio puede ser considerado en diversos contextos argumentativos como principio en sentido estricto como directriz, pero, según los autores, no pueden ser utilizados a la vez por una misma persona en un mismo contexto argumentativo.¹³

La distinción entre principios en sentido estricto y directrices en términos de razones para la acción pasa porque estas últimas establecen razones de tipo utilitario no excluyente, pues puede haber razones en sentido contrario con mayor peso. Por el contrario, los principios en sentido estricto contemplan razones de corrección que, al igual que las directrices, no son razones excluyentes. Sin embargo, en este último caso estamos ante razones finales y no instrumentales o utilitarias. Una vez determinada la prevalencia de un principio en sentido estricto, este se expresa al igual que una regla de acción: se debe realizar sin más la acción prescrita, sin tener presente las consecuencias de estas. En cambio, las directrices exigen al destinatario de la misma que delibere acerca de la idoneidad y necesidad de sus acciones, tanto en relación con el fin perseguido como en relación con otros fines cuya persecución también resulta ordenada, y que pueden verse afectados por el empleo de tales medios.¹⁴

¹³ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴ *Ibidem*, p. 67.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

Para los autores, el proceso ponderativo resulta necesario en ambos, pero la manera de realizarlo es distinta: cuando se opera con principio en sentido estricto, la ponderación consiste en construir casos genéricos y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otros posibles principios concurrentes. En cambio, cuando se opera con directrices la ponderación consiste en operativizar un fin y/o sus formas de aplicación: se tienen en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión y afectando en la menor medida posible la consecución de otros fines. De esta manera, el especial carácter controversial en la aplicación de las directrices hace que estas sean un asunto encomendado especialmente a los órganos con legitimación democrática, y su control jurisdiccional sólo se justifica en los casos en que estos órganos se aparten de manera grave de los fines establecidos por estas, o apliquen medios especialmente desproporcionados para su consecución.¹⁵

Las razones para la acción pueden comprender una dimensión institucional. Por razones institucionales podemos entender aquellas que no se refieren directa ni indirectamente al comportamiento de ningún ciudadano, sino al comportamiento de los poderes públicos con el objetivo de conservar o mejorar el funcionamiento del propio derecho. Así, por ejemplo, el principio de deferencia hacia el legislador es una razón institucional dirigida, en último término, a proteger la democracia.¹⁶ Pero, en ocasiones, esta dimensión ins-

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ Los autores incorporan la dimensión institucional del derecho en la segunda edición de *Las piezas del derecho*. Véase con mayor profundidad un estudio previo a la segunda edición en: Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, núm. 24, 2004, pp. 115-130. Así, toman como referencia la tesis de Raz sobre los déficits operativos del discurso moral. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 195-191. La dimensión institucional del derecho ha tomado en los últimos años relevancia en la teoría del derecho a partir del denominado neoinstitucionalismo del derecho y, en particular, de la obra de MacComirck. En el tema que nos ocupa, la coordinación y el equilibrio entre las agencias constituye una característica del orden institucional de un Estado constitucional moderno. El principio de corrección funcional constituye, de esta manera, una convección en sistemas masivamente institucionalizados que cumple un rol vital en la manutención de un orden

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

titucional puede entrar en conflicto con otras normas sustantivas constitucionales. Sin duda, los principios institucionales tienen una especial relevancia expresa o latente en el control de constitucionalidad de las leyes penales. Así, estos principios institucionales pueden prevalecer respecto de otros principios sustantivos, como sucede en la prisión provisional, donde la efectividad del proceso penal (principio institucional destinado a la consecución de una serie de principios sustantivos como el de seguridad) prevalece respecto del derecho a la libertad (principio en sentido estricto). 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.¹⁷ A la vez, los principios en sentido estricto

constitucional con separación de poderes. MacCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 56, 63 y 64. No obstante, Pereira entiende que la dimensión institucional del derecho propuesta por Raz parece ser incompatible con la propuesta de MacCormick, ya que al vincular lo propiamente jurídico con las instituciones u órganos primarios que efectúan las consideraciones autoritativas, sólo se daría cuenta en último término de la contingencia de lo jurídico. Por el contrario, MacCormick aboga por una tesis sobre la naturaleza del derecho universal y atemporal (MacCormick, *op. cit.*, pp. 27-58). Pereira, Esteban, “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012, p. 101 y nota 76. En todo caso, pareciese que Atienza y Ruiz otorgan a la dimensión institucional del derecho una posición subsidiaria respecto a los criterios de corrección, en contraposición con la postura de MacCormick que, a modo de ejemplo, otorga a la autoridad o del poder de quien decide el carácter de criterio diferenciador esencial entre los diferentes tipos de reglas (de aplicación absoluta, estricta y discrecional) (MacCormick, *op. cit.*, p. 46), sin perjuicio de que compartan una posición pospositivista del derecho. En el mismo sentido, Atienza manifiesta que “la obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite —incluso el límite— de la interpretación, pero no su objetivo. En la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpretar, pero no al para qué interpretar”. Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 483.

¹⁷ Sobre la manera que pueden operar los principios formales en la interpretación constitucional, véase: Portocarrero, Jorge, *La ponderación y la autoridad del derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

también tienen un mayor peso sobre las directrices, es decir, aquellas que apelan a razones finalistas.¹⁸

En cuanto a las relaciones de poder, las reglas de fin y, sobre todo, las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de estos intereses. No determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses en presencia en cada caso como sucede en las reglas de acción. En cambio, los principios en sentido estricto imponen restricciones valóricas a la persecución de intereses por parte de diversos sujetos sociales mediante la asunción de valores que consideran como razones categóricas frente a cualquier interés. De ahí que los principios en sentido estricto prevalezcan, *prima facie*, frente a las directrices. No obstante, como advierten los autores, el que dichos valores se consideren como razones categóricas no significa que puedan darse conflictos entre principios en sentido estricto y entre estos y directrices.¹⁹

En cuanto los principios implícitos, constituyen uno de los ámbitos más fructíferos para el análisis ideológico o crítico del derecho, especialmente a la hora de mostrar o *desenmascarar* el carácter contradictorio, y, en particular, en el conjunto de principios de un determinado sistema jurídico.²⁰ Así, la mayor parte de los principios penales constituyen normas adscritas a disposiciones de derecho constitucional que no sólo han mostrado el carácter contradictorio, sino también discriminatorio del sistema penal.

Una de las funciones más importantes de los principios desde la dimensión legitimadora del poder, además de las propias funciones sociales desempeñadas por el derecho, es aquella que incide en las condiciones de la vida de la sociedad. Efectivamente, los principios dan mejor cuenta de una realidad del Estado contemporáneo, fundamentalmente, en sus dimensiones bienestarista y multicultural, que ha generado un derecho que no sólo ostenta las funciones clásicas de represión y garantía, sino también de ingeniería social, pro-

¹⁸ Atienza, Manuel, "Constitución y argumentación", *Derecho Procesal Constitucional, Ius et Veritas*, Lima, Ediciones legales, 2011, p. 218.

¹⁹ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, p. 40.

²⁰ *Ibidem*, pp. 40-45.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

moviendo la consecución de ciertos objetivos colectivos. Pero este incremento del poder del derecho también demanda de una mayor justificación a través de la incorporación de derechos fundamentales, muchos de ellos formulados como principios. Por esta razón, una mayor relevancia de los principios constitucionales requiere una adecuada y desarrollada dogmática de los principios y límites penales que permita afrontar los problemas constitucionales en situaciones como la violencia de género o machista o las relaciones del derecho penal con el fenómeno del multiculturalismo.

III. REGLAS Y PRINCIPIOS: REGLAS DERROTABLES Y PRINCIPIOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS²¹

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero que, como hemos visto, diferencia entre principios y reglas, requiere criterios de distinción entre estos dos tipos de normas. 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. Así, las tesis de demarcación fuerte, según Aarnio, se fundamentan 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 excepciones.²²

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, no cuentan con un supuesto de hecho de-

²¹ Fernández, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 85, 2015, pp. 64-75.

²² Aarnio, Aulis, "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión Judicial o Determinación del Derecho?, 2000, p. 2, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

finido con una serie cerrada de propiedades. Así, por ejemplo, el mandato de reserva legal (penal) posee unas condiciones cerradas de aplicación, mientras que, en el caso de los principios, sus condiciones de aplicación están indeterminadas o abiertas, al menos, parcialmente. Además, la dimensión de peso predicable a los principios o, al menos, de las directrices, hace que estos se encuentren siempre en una situación de derrotabilidad. A modo de ejemplo, la prevención especial, entendida como una norma constitucional implícita en la gran parte de los sistemas constitucionales, no cuenta con un hecho condicionante que dé lugar a su consecuencia jurídica (la re-socialización), ni tampoco se puede exigir un cumplimiento pleno, sino gradual.

La tesis o demarcación débil afirma, por el contrario, 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 de 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 jerarquía de los principios, pero esta importancia no depende de su estructura como regla o como principio, sino del concreto sistema de fuentes.

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; b) las reglas y principios pueden interactuar entre sí, como ocurrió precisamente en el famoso caso *Riggs v. Palmer* usado por Dworkin.²³ De esta manera, García Figueroa concluye que, en el moderno Estado constitucional, la concepción tradicional de las reglas ha quedado obsoleta y, por tanto, al igual que los principios, estas son susceptibles de ponderación.²⁴

²³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, p. 73. En todo caso, parte de la doctrina mantiene que la concepción dworkiniana de los derechos como “triumfos” excluye la ponderación como forma de interpretación o test de constitucionalidad. Möller, Kai, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 5, 2007, p. 460.

²⁴ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 97 y ss.; García, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Publiche*, núm. 3, 2003, p. 198.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

Ahora bien, esta concepción plantea un problema crucial en la dogmática de los principios y límites penales: la posibilidad de que un principio excepcione a una regla, a lo que Bayón denomina como el “caballo de Troya” en las teorías principialistas.²⁵ En otras palabras, la posibilidad de que una regla no tenga cerradas sus condiciones de aplicación. Efectivamente, si la diferencia entre ambas es sólo una cuestión de gradualidad, entonces, las reglas pueden entrar en conflicto con otros principios y prevalecer estos sobre aquellas. Normalmente, la atención de la doctrina se ha centrado en el conflicto entre una norma infraconstitucional estructurada como una regla y un principio o interés constitucional, en el que un caso que, formalmente, cumpla con las propiedades o condiciones de aplicación establecidas en aquella, pero no se aplica su consecuencia jurídica por afectar de manera grave o intolerable a un valor reconocido en un principio (conflicto concreto de constitucionalidad).

Pero también puede darse un conflicto entre una regla o un principio, ambos reconocidos por la Constitución. Así, en el caso del delito de sodomía chileno del artículo 365 CP;²⁶ no se presenta un caso en que, a partir de la aplicación de un principio, no se aplique esta figura penal, sino un conflicto entre una regla (la prohibición de discriminación por razones personales)²⁷ y una serie de principios como, por ejemplo, el principio del interés superior del menor.²⁸

²⁵ Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 362; Ratti, *op. cit.*, p. 165.

²⁶ “Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010-INA, de 4 de enero de 2011 y el comentario crítico de Bascuñán, 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)”, *Estudios Públicos*, núm. 124, 2011, pp. 113-137.

²⁷ No obstante, la prohibición de discriminación por razones personales es considerada por parte de la doctrina y, en especial, la jurisprudencia estadounidense, como un principio especialmente protegido o que, *prima facie*, ostenta un mayor peso en la ponderación. Véase en extenso, Winkler, Adam, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Public Law and Legal Theory Research Paper*, Series 06-14, 2006, p. 804.

²⁸ Véase en la Sentencia Tribunal Constitucional, Rol núm. 1683-2010, cons. 13

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

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 de 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 ideales.

Así, el argumento de derrotabilidad supone que una norma estructurada como una regla puede contener excepciones, no sólo respecto de las establecidas por los criterios clásicos de solución de conflicto entre reglas (especialidad, jerarquía, etcétera), sino también por principios de carácter moral, cuya concreción sólo puede llevarse a cabo a través del recurso de la razón práctica.²⁹ Como manifiesta García Figueroa, el concepto de principio ha cedido protagonismo al argumento de la derrotabilidad en la crítica al positivismo.³⁰

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,³¹ es decir, la ética es algo que construimos

a 15. No obstante, debe aclararse que este fallo sólo reconoce el principio del interés superior del menor.

²⁹ Caracciolo, Ricardo, "Una discusión sobre normas derrotables", *Discusiones*, núm. 5, 2005, pp. 87-100.

³⁰ García, Alfonso, "Neoconstitucionalismo y derrotabilidad", *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, julio de 2009, pp. 3 y 4, disponible en: <http://studylib.es/doc/7467162/neoconstitucionalismo-y-derrotabilidad>.

³¹ No obstante, debemos tener presente que Habermas niega la posibilidad de conceptualizar a ciertos derechos fundamentales como normas derrotables. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de dere-*

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

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.³²

Por tanto, parece ser que las únicas reglas no derrotables serían aquellas que garantizaran una deliberación democrática, como es el caso, del mandato de reserva legal.³³ En cambio, el resto de las reglas (constitucionales) serían susceptibles de ser derrotadas por principios. Dentro de estas últimas, podemos incluir 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 Unidos.³⁴ 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 uno de los test de constitucionalidad menos deferente hacia el legislador, ya que atribuye la carga de la prueba de esta finalidad imperiosa al propio legislador. En este sentido, el

cho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 1998, pp. 313 y ss.

³² García, "Neoconstitucionalismo y derrotabilidad", *cit.*, 2009, p. 15.

³³ Esta posición concuerda con el denominado modelo de control de constitucionalidad puramente procedimental, defendido, entre otros, por Hart. Hart, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997, pp.117, 169 y ss. También, pero desde una posición menos deferente con el legislador, las reglas no derrotables se encuadrarían dentro del denominado "modelo fuerte de los derechos" (*Strong trump model*), que entiende los derechos fundamentales como derechos absolutos en los que no cabe ningún tipo de ponderación. Pero, incluso, aquellos que entienden que los derechos fundamentales están estructurados como derechos relativos, aceptan la posibilidad de que algunos de ellos se encuentren estructurados como absolutos. Véase una visión crítica en: Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, pp. 117-22.

³⁴ Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016, pp. 688-699.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

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) aplicadas a partir de procesos interpretativos de carácter subsuntivo o como un balance de intereses sometidos a la ponderación.³⁵

IV. UN SISTEMA (ANALÍTICO) DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES ARTICULADO EN PRINCIPIOS, REGLAS Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

A partir de las consideraciones anteriores, podemos clasificar los derechos fundamentales desde una perspectiva estructural, como reglas, principios, directrices y principios especialmente protegidos, y a las cuales se les aplica un test distinto de constitucionalidad o proceso interpretativo.

Así, por ejemplo, el mandato de no discriminación a minorías sexuales que, en el ámbito de los principios y límites penales, tiene su correlato, entre otros, en la prohibición de un derecho penal de autor, puede conceptualizarse: 1) como una regla constitucional y, por tanto, el test correspondería al de subsunción; 2) como un principio constitucional que tendría como estándar de constitucionalidad el clásico juicio de razonabilidad o de proporcionalidad en sentido amplio, y 3) por último, desde una posición intermedia, como una norma que tiene un mayor peso en el proceso interpretativo (test de escrutinio estricto) y que, por tanto, en casos excepcionales podría ser derrotada por otro principio o regla.

Como podemos apreciar, la reconstrucción de los límites penales en reglas y principios despliega importantes consecuencias en la dogmática de control de constitucionalidad: la justificación del test o juicio de constitucionalidad aplicable. A partir de esta reconstrucción, proponemos las siguientes líneas generales en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

En primer lugar y, a partir de una aplicación preferente de las reglas respecto de los principios en el sistema de control de constitu-

³⁵ Winkler, *op. cit.*, p. 804.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

cionalidad, una de las primeras tareas a las que debe abocarse una dogmática integrada de los principios penales reside en señalar las reglas con relevancia constitucional 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. Ante la vulneración de la regla constitucional existen tres posibilidades: la primera, aplicable en la mayoría de los casos, es la declaración de inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional; la segunda, radica en una interpretación conforme con la Constitución que permita adecuar esta norma a la regla constitucional, y la tercera y más excepcional, la posibilidad de un conflicto constitucional entre una regla, y un principio y que el resultado final de la ponderación consista en la aplicación preferente de este, entendido como un caso de derrotabilidad de una regla constitucional. En segundo lugar, deberá establecerse si nos encontramos ante un conflicto constitucional entre principios. Aquí, en primer lugar, deberá determinarse si uno de los principios ostenta una mayor protección o peso en sentido abstracto).³⁶ Y, por último, deberá aplicarse el test básico de proporcionalidad o razonabilidad en el caso en que nos encontremos ante principios de igual jerarquía.

1. ALGUNOS EJEMPLOS DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LÍMITES AL IUS PUNIENDI A PARTIR DE LA RECONSTRUCCIÓN PROPUESTA

Como hemos manifestado al inicio de este estudio, nuestro objetivo es sentar las bases teóricas y metodológicas en la reconstrucción es-

³⁶ Debe tenerse presente que parte de la dogmática constitucional y de la teoría del derecho entienden que no existe una jerarquización de los principios constitucionales a la hora de aplicar el juicio constitucional de proporcionalidad. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 406; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, pp. 578 y ss. En cambio, otros autores como Mattias y Meister se muestran a favor de otorgar un mayor peso en abstracto a ciertos derechos fundamentales a la hora de aplicar el test de proporcionalidad. Klatt y Meister, *op. cit.*, pp. 29-42

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tructural de los principios penales que sirva, no sólo para comprender de mejor manera cómo operan estos en el ámbito del control de constitucionalidad, sino también, para establecer las razones para la acción de cada uno de ellos en el razonamiento práctico. De esta manera y a partir del contenido deóntico de cada uno de los principios y límites penales establecido por la propia Constitución, las leyes, la jurisprudencia constitucional los tribunales supranacionales en materia de derechos fundamentales y la dogmática de los principios penales, debe determinarse su estructura normativa (reglas, principios en sentido estricto y directrices) y cómo interactúan entre sí en caso de conflicto.

A continuación, se expone de manera provisional la reconstrucción de algunos de los principios y límites penales que, a priori, presentan mayor interés desde la formulación propuesta y que, además, han sido problematizados por los tribunales constitucionales.

A. El mandato de certeza ¿un conflicto abstracto entre normas constitucionales?

Parte de la doctrina entiende que el mandato de certeza no está estructurado como una regla, sino como una suerte de principio que se encuentra en tensión con otros derechos o bienes constitucionales. Así, pueden concurrir dos tipos de ponderaciones: una intrínseca entre los diferentes bienes y derechos constitucionales, que pretende proteger el mandato de certeza, y otra externa que da cuenta del conflicto entre estos con otros principios o intereses constitucionales.

A partir de la comprensión del mandato de determinación establecida por el Tribunal Constitucional español, como la necesidad de que las normas penales sean *concretas, precisas, claras e inteligibles*, la doctrina ha fijado sus diversos fines o fundamentos. La claridad e inteligibilidad de los textos normativos conectan con el fundamento de la previsibilidad o seguridad subjetiva, entendida esta como la posibilidad del conocimiento efectivo de la norma penal por parte de los ciudadanos (cognoscibilidad). La precisión se vincula con los principios de democracia, separación de poderes y seguridad jurídica en sentido estricto, que proporciona la necesaria vinculación

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

de los jueces con el imperio de la ley. Y, por último, la concreción es entendida como la suficiente individualización de ley penal que permite una aplicación igualitaria de esta.

Como primera regla interpretativa, el legislador y, en su caso, los tribunales constitucionales deberían, en la medida de lo posible, que la descripción de la ley penal o la sentencia interpretativa del tribunal constitucional contribuyan, idealmente, a una mayor claridad, precisión y aplicación igualitaria de esta. Pero en ocasiones esta posibilidad no resulta viable, como ha manifestado Navarro, en el sentido de que la consecución de una ley sea clara y fácil de comprender para todos los ciudadanos, de manera que estos puedan adecuar su conducta a futuro; precisa o exacta para lograr la efectiva vinculación de los poderes del Estado a la ley penal, y, a la vez, concreta para asegurar una aplicación igualitaria no siempre resulta posible. Así, por ejemplo, más claridad no supone siempre más precisión. Tomando como ejemplo el delito de hurto, la descripción de la conducta como “no hurtarás” o “robarás” resulta mucho más clara para el ciudadano lego en derecho que la establecida en los códigos penales pero que, sin duda, resulta mucho más precisa para los operadores jurídicos.³⁷

Por tanto, esta ponderación interna puede entenderse como un conflicto entre directrices, en el que subyace un mandato de optimización o, por el contrario, como un conflicto entre principios en sentido estricto, en el que en caso de conflicto prevalecerán unos bienes o derechos fundamentales respecto de otros. Así, a modo de ejemplo, una parte considerable de la doctrina entiende que las exigencias de precisión (seguridad objetiva) y concreción (aplicación igualitaria de la ley) deben primar en caso de conflicto con la de claridad (seguridad subjetiva).³⁸

La ponderación o conflicto externo consiste en una ponderación entre la consecución de la concreción, precisión, claridad e inteligibilidad de la norma penal y la preservación de otros bienes jurídicos, cuya protección encuentre alguna raigambre en términos constitucionales que, en la dogmática de los principios penales, suele

³⁷ Navarro, Irene, *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares, 2010, p. 30.

³⁸ Respecto de los conflictos constitucionales en abstracto, véase en extenso, *ibidem*, pp. 28-60.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

denominarse como el principio de protección efectiva de bienes jurídicos.³⁹ Esta clase de ponderación parece estar estructurado como un conflicto entre directrices, ya que se requiere una optimización de ambos.

Lo relevante es que, en ambos tipos de ponderaciones, el mandato de certeza requiere una ponderación en abstracto,⁴⁰ ya que, desde una posición garantista del mandato de certeza, no resulta posible sortear un problema de certeza con el argumento de que, en el caso concreto, el sujeto supo o debió conocer el contenido normativo de la disposición penal (posición subjetivista).⁴¹

Por tanto, se requiere establecer unos criterios interpretativos (reglas de ponderación en abstracto) que, entre otras funciones, limiten la posibilidad de difuminar de facto el mandato de certeza, ya que no resulta especialmente complicado encontrar un bien jurídico de raigambre constitucional para enervar esta garantía penal. Así, por ejemplo, tenemos aquella que establece que, a mayor restricción de libertad generada, tanto en el injusto penal, como en la consecuencia jurídica, mayor claridad, precisión o concreción deberá exigirse en la descripción de la norma penal y, por tanto, mayores son las posibilidades de declararla inconstitucional por infringir el mandato de certeza.⁴²

B. El principio de proporcionalidad: los principios penales como mecanismos de concreción de los derechos fundamentales y solución de conflictos constitucionales

En la actualidad, existe un consenso creciente en aglutinar gran parte de los principios y límites materiales penales (lesividad y ex-

³⁹ López, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 469; Ossandón, María M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 464-471.

⁴⁰ Véase, en extenso, Martínez, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 59-114.

⁴¹ Van Weelzel, Alex, *La garantía tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2001, pp. 22 y ss.

⁴² Por todos, Ossandón, *op. cit.*, p. 470.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

clusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, etcétera) bajo el denominado “principio de proporcionalidad en sentido amplio”. De esta manera, en la finalidad constitucionalmente legítima, como presupuesto al principio de proporcionalidad, podemos incluir el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales, además del resto de prohibiciones absolutas (reglas constitucionales valorativas) en materia penal. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se expresan en el discurso de los principios penales en los principios de necesidad de la pena, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima. Y, por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto abarcaría tanto, entre otras variables, el clásico principio de proporcionalidad penal entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena.⁴³

Por tanto, los principios de protección exclusiva de bienes jurídicos, *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad no constituyen normas de conducta primaria (reglas o principios), sino normas secundarias que tienen como finalidad la aplicación de las primeras, a saber, un criterio de interpretación destinado a concretar las limitaciones de cada derecho fundamental y, a la vez, un sistema de creación o descubrimiento de normas adscritas a disposiciones constitucionales.

C. El principio de culpabilidad ¿un caso paradigmático de concreción de un principio en reglas constitucionales?

En sentido positivo, el principio de culpabilidad constituye la versión penal de la idea del principio de responsabilidad por los propios actos. Pero en el ámbito del control de constitucionalidad es el aspecto negativo el que adquiere mayor relevancia, es decir, como límite al *ius puniendi*.

El principio de culpabilidad contiene, desde una perspectiva negativa, una serie de límites que impide imponer una pena con inde-

⁴³ Lopera, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 387 y ss.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

pendencia de los beneficios que pudiera conllevar.⁴⁴ En este sentido, la doctrina penal ha establecido cuatro sub-principios (responsabilidad por el hecho, personalidad de las penas, tipicidad subjetiva y reprochabilidad) que, *a priori*, presentarían la estructura de una regla. En este sentido, Mir Puig entiende que el principio de culpabilidad no puede incluirse en el principio o juicio de proporcionalidad. El sacrificio del principio de culpabilidad sostiene el autor:

Nunca podría considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención... [La pena] implica un reproche ético-jurídico que solo es justo dirigir a quien es culpable y en la medida de su culpabilidad. Es este reproche en el que ningún caso puede imponerse al que no lo merece, por muy necesaria y proporcionada al fin de prevención que pueda ser la privación de derechos que implica la pena.⁴⁵

Así, la relación entre la gravedad del delito y la pena impuesta no formaría parte del principio de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este caso estamos ante una lógica utilitarista de coste/beneficio.⁴⁶

D. Los fines de la pena: ¿un caso paradigmático de conflicto entre directrices?

La estructura de los mandatos de la prevención general y especial se asemeja a una directriz, ya que estamos ante finalidades de cumplimiento graduales.⁴⁷ Un caso paradigmático, como veremos, lo encontramos en la resocialización como fin de la pena. Aquí no se es-

⁴⁴ Mir, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en Carbonell, Juan Carlos *et al.* (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Madrid, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1369 y 1370, 1378-1382.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1382.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véase, en este sentido, en extenso una propuesta en Sánchez, Fernando G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

tablece una norma para la acción, sino un determinado estado de cosas con ciertas características: en la medida de lo posible y tomando en cuenta otros principios, la regulación, interpretación y aplicación de las penas intentarán resocializar al delincuente en el mayor grado posible. No obstante, la cuestión más problemática es si estos mandatos tienen alguna incidencia en el control de constitucionalidad de las leyes.

Así, en el caso de la prevención general, resulta problemática una declaración de inconstitucionalidad por no ser capaz de ejercer una coacción psicológica en la ciudadanía o reafirmar o estabilizar la “conciencia del derecho”. En cambio, en el caso de la prevención especial y, en concreto, en su dimisión positiva o resocializadora pareciese que tiene, al menos en el derecho comparado (artículo 25. 2 Constitución Española), una mayor incidencia como parámetro de control de constitucionalidad. No obstante, la doctrina del TC español entiende que el citado precepto “no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: ya que lo que pretende es que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos, sin que estos sean su única finalidad”.⁴⁸ No obstante, debemos recordar que los autores de *Las piezas del derecho*, si bien entienden que la aplicación y optimización de las directrices corresponde principalmente a las instituciones políticas, se muestran a favor de una protección jurisdiccional, en los casos en que estos órganos se aparten de manera grave de los fines establecidos por estas, o apliquen medios especialmente desproporcionados para su consecución.

*E. El principio del interés superior del menor:
¿un mandato de optimización reforzado?*

Uno de los principios penales de mayor complejidad desde un punto de vista estructural es, sin duda, el denominado principio del inte-

⁴⁸ Sentencia Tribunal Constitucional español 167/2003, del 29 de septiembre de 2003, FJ 6.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

rés superior del menor que, junto a otras razones de tipo valorativo, ha llevado a que cada uno de los interlocutores del sistema penal juvenil asigne un significado diverso a este principio que, en no pocas ocasiones, simplemente ha derivado en una mera “etiqueta” carente de contenido. Así, el empleo del término “interés superior del menor” puede derivar en un mero recurso emotivo-ideológico para justificar cualquier acción represiva; en nueva versión del sistema tutelar de menores; o en la trampa del “cajón de sastre”, en el que incluyen razonamientos de todo tipo, muchos de ellos contradictorios, para que sean utilizados en el caso concreto según convenga desde un punto de vista ideológico o moral.⁴⁹

En las últimas décadas la tendencia internacional en materia de derechos humanos se ha caracterizado por enunciar y reconocer la existencia de derechos fundamentales propios, específicos y exclusivos para determinados grupos o sectores de la sociedad. Así, por ejemplo, se ha reconocido la existencia de derechos fundamentales a las minorías étnicas, las mujeres, y en lo que más nos interesa, a los niños y adolescentes. De esta manera, han surgido nuevas garantías para asegurar y aumentar la eficacia y alcance de los derechos fundamentales de esas personas en particular, como es el caso del principio del interés superior del menor.⁵⁰ Esta situación conlleva a una mayor conflictividad con el conjunto de derechos fundamentales e intereses o bienes constitucionales.

El principio del interés superior del menor responde a uno de los problemas fundamentales de la interpretación que puso ya de manifiesto Kelsen: la posibilidad de atribuir diferentes significados a los enunciados normativos, y la ausencia de metacriterios jurídicos que establezcan qué criterio debe aplicarse en cada caso (criterios interpretativos de segundo orden de preferencia o exclusión).⁵¹ De esta

⁴⁹ Chan, Gustavo, “El principio de «interés superior»: ¿concepto vacío o «cajón de sastre» del derecho penal juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil”, *Cuadernos de Justicia Juvenil*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009, pp. 56 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 56. Estamos ante un claro ejemplo en el que se otorga un mayor peso en abstracto a determinados derechos a la hora de aplicar el test de proporcionalidad.

⁵¹ Kelsen, Hans, “Prefacio. Sobre la interpretación”, *Eunomía*, estudio introduc-

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

manera, el principio del interés superior del menor no debe identificarse en el ámbito penal con el derecho a la reinserción o con el principio socio-educativo, ni con ningún otro principio o derecho fundamental, pues no se agota en estos, sino que se trata más bien de un mecanismo para dotarlos de una eficacia particular. En realidad, revela la obligación del Estado de proteger y tutelar de manera reforzada sus derechos.⁵² Estaríamos, por tanto, ante un caso de un principio especialmente protegido, o, mejor dicho, ante una norma de interpretación que otorga un mayor peso a todos los derechos fundamentales (principios o directrices) relacionados con el menor que, en el caso concreto, puedan garantizarlos en mayor medida. Así, el principio del interés superior tiene una doble dimensión: en primer lugar, estamos ante un criterio interpretativo de segundo orden de corte garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe priorizar la satisfacción integral de sus derechos; y, en segundo lugar, también ante una forma de resolución de conflictos entre derechos e interés.

Así, los derechos del menor, desde una perspectiva integral, tienen *prima facie* un mayor peso, es decir, ante una suerte mandato de ponderación u optimización asimétrico. Esto implica que, en la práctica, el interés superior del niño sea establecido a partir de la ponderación de los derechos en función de la situación y del momento, otorgando prioridad a ciertos elementos sobre otros —como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la situación familiar, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural del o los niños.⁵³

Otra dificultad en la comprensión de este principio radica en el hecho de que este puede operativizarse a través de dos formas de ponderación: el clásico principio de proporcionalidad penal y el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin perjuicio de que la doctrina ha establecido formas de integración de es-

torio y trad. de Núñez Vaquero, núm. 1, 2011, pp. 173-184.

⁵² *Ibidem*, pp. 58 y 60.

⁵³ Alegre, Silvina *et al.*, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Sistema de Información sobre la Primera Infancia en Latinoamérica*, núm. 5, 2014, p. 21.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tas maneras de ponderar,⁵⁴ la opción por una de ellas puede generar un resultado sensiblemente diferente. Pero, incluso, si optamos por aplicar el principio del interés superior del menor a partir del clásico principio de proporcionalidad penal, éste no está ausente de dificultades. Así y a la hora de ponderar los intereses o bienes en conflicto, la justicia juvenil es, sin duda, el ámbito del derecho penal donde se plantea con mayor intensidad el conflicto entre las dos grandes concepciones sobre el principio de proporcionalidad penal, ambas, a la vez, relacionadas con las diferentes corrientes sobre los fines de la pena. Por una parte, la concepción consencuentalista o utilitarista se centra en las concepciones prevencionistas de la pena, ya sea general o especial. En último término, busca, a partir de los diferentes intereses en conflicto, un beneficio social. Y, por otra parte, las concepciones deontológicas de la proporcionalidad buscan una pena racional en términos de merecimiento de pena. Esta posición entiende que la culpabilidad limitada de los menores infractores justifica una intervención penal de menor intensidad, ya sea debido a factores socio-personales, a los efectos indeseados o latentes del derecho penal o, simplemente, a la menor capacidad del menor de apreciar los efectos producidos por la comisión de un delito.⁵⁵

V. CONCLUSIONES

Como se ha intentado demostrar y explicar en este trabajo, una reconstrucción de los denominados principios y límites penales a partir de una comprensión principialista de la Constitución resulta especialmente provechosa para entender, desde una perspectiva estructural, cómo operan los principios penales en el razonamiento jurídico y, en especial, en el constitucional.

Por otra parte, una reconstrucción de los principios penales en reglas, principios y directrices desde una perspectiva estructural constituye el punto de partida a la hora de determinar, por una

⁵⁴ Lopera, *op. cit.*, pp. 497-553.

⁵⁵ Von Hirsch, Andrew, "Proportionate Sentences for Juveniles. How Different than for Adults?", *Punishment & Society*, vol. 3, núm. 2, 2001, p. 221.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

parte, cómo operan cada uno de los denominados principios penales como razones para la acción, y, por otra, cómo se manifiestan las relaciones de poder en el razonamiento jurídico.

Esta reconstrucción permite aplicar de una manera más correcta los diferentes test o juicios de constitucionalidad que tienen como referencia las dos principales formas de interpretación: la subsunción destinada para la aplicación de reglas y la ponderación reservada para los conflictos entre principios y entre principios y reglas.

Hemos añadido a la propuesta de Atienza y Ruiz Manero otra categoría conceptual: las denominadas categorías sospechosas. Quizá, desde un punto estructural, no estemos ante una nueva norma regulativa de mandato y, simplemente, estemos ante una forma de resolver un conflicto entre principios y/o reglas, pero consideramos que resulta relevante visibilizarlas ya que, como hemos visto, tienen una especial relevancia en el derecho penal.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho?, 2000, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.
- ALEGRE, Silvina *et al.*, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Sistema de Información Sobre la Primera Infancia en Latinoamérica*, núm. 5, 2014.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ATIENZA, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

- ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación", *Derecho Procesal Constitucional, Ius et Veritas*, Lima, Ediciones legales, 2011.
- BASCUÑÁN, Antonio, "Derechos fundamentales y derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007.
- BASCUÑÁN, Antonio, "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, rol no. 1683-2010)", *Estudios Públicos*, núm. 124, 2011.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- CARACCIOLO, Ricardo, "Una discusión sobre normas derrotables", *Discusiones*, núm. 5, 2005.
- CHAN, Gustavo, "El principio de «interés superior»: ¿concepto vacío o «cajón de sastre» del derecho penal juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil", *Cuadernos de Justicia Juvenil*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 85, 2015, pp. 64-75.
- FERRAJOLI, Luigi, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en PISARELLO, Gerardo y MANRIQUE, Ricardo, (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

- GARCÍA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Publiche*, núm. 3, 2003.
- GARCÍA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad”, *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Aranjuez, Universidad Rey Juan Carlos, julio de 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez, Madrid, Trotta, 1998.
- KELSEN, Hans, “Prefacio. Sobre la interpretación”, *Eunomía*, estudio introductorio y trad. de Núñez Vaquero, núm. 1, 2011.
- LOPERA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MÖLLER, Kai, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 5, 2007.
- MIR, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, 2009.
- NAVARRO, Irene, *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares, Estudios de Derecho penal y Criminología, 2010.
- NÚÑEZ, Álvaro, “Sin precedente: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, *Doxa*, Madrid, núm. 39, 2016.
- DÓNNDÓN, María M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- PEREIRA, Esteban, “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

- POZZOLO, Susana y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011.
- RATTI, Gioavanni, *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SÁNCHEZ, Fernando G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- VAN WEELZEL, Alex, *La garantía tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2001.
- VON HIRSCH, Andrew, "Proportionate Sentences for Juveniles. How Different than for Adults?", *Punishment & Society*, vol. 3, núm. 2, 2001.
- WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Public Law and Legal Theory Research Paper*, Series 06-14, 2006.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno del 4 de enero de 2011, Rol núm. 1683-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional español 167/2003, del 29 de septiembre de 2003.