

Las garantías penales como mandatos de optimización

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA

Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Eafit de Medellín, Colombia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TEORÍAS «CONFLICTIVISTAS» VS. TEORÍAS «COHERENTISTAS» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. ¿ES POSIBLE EVITAR UN USO AUTORITARIO DE LA «JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS» EN MATERIA PENAL?

I. INTRODUCCIÓN

En una primera aproximación las garantías penales pueden ser definidas como todas aquellas técnicas normativas orientadas a tutelar la libertad y otros derechos fundamentales frente al ejercicio del poder punitivo. Algunas de ellas, como la exigencia de reserva de ley o de taxatividad, tienen como fin limitar dicho poder en la fase de creación de normas penales; otras, como la prohibición de irretroactividad, el derecho a no autoincriminarse, a la defensa y en general todas aquellas vinculadas a la noción de debido proceso, se proyectan en un segundo momento de su ejercicio, el de la aplicación de las normas penales; finalmente otras, como el establecimiento de un plazo máximo de detención preventiva, representan límites a las agencias policiales a través de las cuales el poder punitivo muestra su rostro a pie de calle.

Las garantías penales son, pues, mecanismos jurídicos para proteger los derechos fundamentales que se ven comprometidos por el ejercicio del *ius puniendi*. Pero a la vez, ellas mismas constituyen derechos fundamentales, por cuanto su otorgamiento no depende de la decisión de mayorías políticas sino que viene impuesto por normas constitucionales, las cuales, a su vez, otorgan a los individuos el poder jurídico de reclamar su cumplimiento a los poderes públicos.

El derecho penal liberal tradicionalmente ha considerado las garantías penales como «límites infranqueables», auténticos muros de contención del poder punitivo que el legislador no podía traspasar so pena de inconstitucionalidad de la ley. El reconocimiento constitucional de buena parte de estas garantías ha permitido que operen como condiciones de validez sustancial de las leyes penales, de tal forma que, en presencia de leyes que infringiesen alguna de tales garantías se considera que hay lugar a un conflicto entre norma superior (constitución) y norma inferior (ley), a resolver mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias, esto es, con la pérdida de validez de la norma inferior inconstitucional. La antinomia, pues, se sustanciaba como un conflicto entre reglas.

Pero sucede que, como resultado de una serie de circunstancias que no es del caso detallar aquí y que configuran la que se ha dado en llamar la «constitucionalización» del sistema jurídico, en el razonamiento de la Corte Constitucional esta manera de concebir la relaciones entre constitución y ley en cierto modo se ha visto desplazada a favor de un entendimiento «dúctil» del Derecho en general y de los contenidos constitucionales en particular. Tal comprensión ha hecho que el juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes se torne más complejo, pues en algunos supuestos, los así llamados «casos difíciles», las antinomias entre el contenido de la ley y el de algún precepto constitucional dejan de ser tratadas como conflictos de reglas para en su lugar ser concebidos como una colisión entre principios: entre aquellos principios afectados por la norma legal, los cuales suministran razones en contra de su constitucionalidad, y aquellos que, en sentido contrario, ofrecen razones normativas que respaldan su validez constitucional¹.

Tal estrategia argumentativa supone entender a las garantías penales no ya como barreras infranqueables, como reglas inderrotables que indefectiblemente determinan la invalidez de toda norma legal que las afecte de algún modo, sino más bien como barreras flexibles y dúctiles, como principios derrotables que pueden llegar a ceder a favor de otro principio cuya satisfacción se considere prioritaria a la luz de una determinada situación.

Esta «principalización» de las garantías penales ha sido duramente criticada por muchos autores que llaman la atención sobre la relativización y consiguiente pérdida de su fuerza normativa, una vez dichas garantías son concebidas como «mandatos de optimización», esto es, como normas que reclaman la realización más alta posible de su objeto atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas. Tal forma de concebir los límites al poder punitivo, se afirma, suministra una justificación constitucional a muchos de los fenómenos actuales de expansión del Derecho penal.

En la doctrina colombiana resulta de especial interés la crítica que los profesores Iván OROZCO ABAD y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO dirigen contra la jurisprudencia de principios desarrollada por la Corte Constitucional, en muchos casos orientada a justificar la merma de resistencia normativa de los derechos fundamentales, en particular de las garantías penales, frente a los embates del eficientismo punitivo. Afirman estos autores que: *«acaso nada puede llegar a contribuir tanto a la entronización de la eficiencia como principio y como valor último del Estado y del derecho como un uso autoritario – que no garantista – de la jurisprudencia constitucional de sopesamiento de*

1. Al respecto vid. Luis PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2033, págs. 123-158.

principios»². En otro aparte de la misma obra amplían este argumento, al señalar que, concebidos como principios susceptibles de ponderación, «la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas»³.

Pero, de otro lado, es posible encontrar una recepción mucho más favorable de esta «jurisprudencia de principios» en otros ámbitos donde no se comprometen garantías penales.

Así, en primer lugar, esta misma ideología liberal que sustenta la crítica a la jurisprudencia de principios en materia penal, se muestra al mismo tiempo favorable a la idea según la cual el reconocimiento de la libertad y del derecho a un trato igual ha de ser el punto de partida de toda relación individuo estado, y toda restricción de aquellos derechos una excepción que es preciso justificar. Pero como veremos luego, cuando se quiere dar forma jurídica a esta idea, mediante la articulación de sendos derechos generales de libertad y de igualdad, la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de optimización resulta insoslayable.

En segundo lugar, buena parte de la jurisprudencia constitucional que ha favorecido la expansión y amparo de derechos sociales, bajo la figura de construcciones jurisprudenciales como el «mínimo vital», se basa en la interpretación de los contenidos constitucionales como mandatos de optimización⁴.

Finalmente, y ya en el ámbito penal, ese mismo crítico liberal de la jurisprudencia de principios sin duda se mostraría favorable a una interpretación lo más amplia posible de las normas que acogen dichas garantías, de modo tal que, por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo no sólo sea entendido en su acepción más tradicional como derecho a no ser obligado a confesar, sino también como el no ser obligado a someterse a pruebas autoincriminatorias. Asimismo se mostrará favorable a sostener, de la mano del derecho general de libertad, que ya no sólo todas las sanciones, sino

2. Iván OROZCO ABAD y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis – IEPRI U. Nacional, 1999, pág. 45.
3. *Ibíd.*, pág. 121.
4. Sobre la importancia de la teoría de los principios para el desarrollo de una teoría de los derechos sociales fundamentales vid. Rodolfo ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2001), Bogotá, Legis, 2005, págs. 307, donde se refiere a la necesidad de distinguir entre razones válidas (que fundamentan el reconocimiento de derechos *prima facie* o no definitivos) y razones válidas y suficientes (que fundamentan el reconocimiento de derechos definitivos).

también todas las prohibiciones penales, afectan ámbitos de libertad merecedores de protección iusfundamental *prima facie*, y que por tanto el legislador penal cuando tipifica ciertas conductas como delitos no se mueve en el terreno baldío de la simple libertad natural o extrajurídica, sino en el de las libertades protegidas por los derechos fundamentales, con la consiguiente carga de justificación que ello comporta.

Así las cosas, nuestro crítico liberal parecería incurrir en una postura inconsistente al celebrar, por un lado, la «ductilidad» de las normas constitucionales cuando se trata de ampliar el contenido de los derechos pero, por otra parte, en rechazarla cuando se trata de afrontar los efectos adversos que se derivan de tal ductilidad. Si estamos dispuestos a acoger una determinada teoría que nos permite interpretar las normas que consagran derechos como principios que ordenan la satisfacción más amplia posible de su objeto, a fin de reivindicar la expansión de la libertad, no podríamos desechar la misma teoría cuando en otros casos su utilización conduzca a resultados insatisfactorios. En tal caso, para no incurrir en inconsistencia, es preciso optar por una de las siguientes vías: a) abandonar la teoría en cuestión para acoger, en su lugar, un modelo teórico alternativo, o b) sin renunciar a la teoría, examinar las razones que dan lugar a tales consecuencias indeseables e intentar evitarlas utilizando las herramientas que suministra la propia teoría.

Pretendo sustentar que la segunda opción resulta preferible a la primera. Para ello es preciso, en primer lugar, poner de relieve las razones que avalan la superioridad de la teoría de los derechos fundamentales basada en su consideración como mandatos de optimización frente a otras construcciones alternativas; en segundo lugar, indagar si la propia teoría suministra elementos que permitan contrarrestar los efectos adversos de tal reconstrucción cuando se proyecta sobre el entendimiento de las garantías penales.

II. TEORÍAS «CONFLICTIVISTAS» VS. TEORÍAS «COHERENTISTAS» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta ahora me he referido a la «jurisprudencia de principios», o al entendimiento de los derechos fundamentales, como «mandatos de optimización», sin detallar exactamente los elementos que conforman tal concepción. Es necesario, ahora, entrar en dicha explicación, con el fin de identificar con claridad la teoría contra la cual dirigen sus ataques los críticos de la «jurisprudencia de principios» e intentar demostrar por qué, pese a los innegables riesgos que comporta, ella resulta una concepción teórica superior a sus rivales.

Propongo denominar «conflictivistas» a las concepciones de los derechos fundamentales basadas en su consideración como principios en el sentido de mandatos de optimización y, a su vez, llamar «coherentistas» a aquellas teorías que, en oposición a las anteriores, se oponen a la consideración de los

derechos fundamentales como mandatos de optimización, niegan la existencia de genuinos conflictos entre derechos y, por ende, la necesidad de acudir a la ponderación para resolverlos.

1. Sin duda la más completa reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales en clave conflictivista se encuentra en la obra de Robert ALEXY. El punto de partida de su teoría lo constituye la distinción entre principios y reglas, la cual, a juicio de este autor, radica en que los primeros representan *mandatos de optimización*, es decir, son «*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*»⁵; en cambio las reglas son normas que establecen una medida exacta de satisfacción, esto es, que «*contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*»⁶, con lo cual, una vez se verifica su condición de aplicación, ha de hacerse exactamente lo que en ellas se ordena, ni más ni menos.

Esta propiedad de los principios cobra sentido desde la perspectiva de un «*deber ser ideal*» (*ideales Sollen*) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan la plena realización de su objeto. Precisamente en la no incorporación de dichas condiciones radica su connotación de deber ser «*ideal*»⁷. Por el contrario las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un «*deber ser definitivo o real*»⁸.

El entendimiento de los principios como normas que postulan un «*deber ser ideal*» permite explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen, en oposición al carácter definitivo de las reglas. Tal propiedad está

5. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo «*Zum Begriff des Rechtsprinzips*», *RTh*, cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, págs. 177 – 212 (por la cual cito en adelante).
6. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 87.
7. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala ALEXY que, en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de «*deber ser ideal*» (*ideales Sollen*) entendido, en un sentido general y débil, como «*todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible*». «*Zum Begriff des Rechtsprinzips*», citado, pág. 204.
8. De ahí que afirme que «*cuando, a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no sólo un principio sino también una regla*». Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 134.

en directa relación con la anterior pues viene dada por el hecho de que «los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas»⁹, con lo cual el mandato en ellos establecido debe aún ser considerado a la luz de las circunstancias del caso a decidir y de la existencia de otros principios igualmente relevantes que imponen deberes contradictorios a fin de establecer cuál de ellos prevalece en el caso concreto: «(d) el hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para ese caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta»¹⁰, para lo cual, en la construcción de este autor, es preciso dar aplicación al principio de proporcionalidad, cuyo resultado es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso.

Ahora bien, ¿cuáles son las razones que determinan que una norma sea interpretada en uno u otro sentido? En otro trabajo, he defendido la tesis según la cual la interpretación de una norma como una regla o un principio (mandato de optimización) *no viene determinada necesariamente* (aunque sí puede verse influida de un modo importante) por la formulación lingüística de las disposiciones normativas, de modo tal que los enunciados que presenten un nivel más alto de indeterminación («se garantiza el derecho al honor») alberguen normas con estructura de principios, mientras que aquellos formulados con mayor precisión («no habrá pena de muerte») tiendan a ser interpretados como reglas. La opción entre una u otra lectura (como principio o como regla) es más bien el resultado de una convención interpretativa según la cual *cierto tipo de decisiones jurídicas*, los así llamados «casos difíciles», requieren que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un «deber ser definitivo o real», esto es, como reglas, sino como portadoras de un «deber ser ideal o *prima facie*», es decir, como principios. Mientras la primera interpretación llevaría a entender que las normas relevantes en el caso imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y que, en caso de conflicto, éste ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas, su interpretación como principios permite derivar de ellas sólo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual y resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso de acuerdo a las posibilidades tanto fácticas como jurídicas¹¹.

9. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 99.

10. *Ibíd.*, pág. 99.

11. Vid. Gloria Patricia LOPERA, «Los principios constitucionales como mandatos de optimización», en *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Medellín, Universidad Eafit – Cuadernos de Investigación, 2004, págs. 97 y ss.

Pero la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo pues, como se ha señalado con razón, «*el hecho de que una norma contenga ya todas las determinaciones en relación con los principios o las reglas que jueguen en su contra, no puede constatarse sino en concreto, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración las circunstancias particulares en que la norma debe ser aplicada*»¹². De este modo, en el juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, la interpretación de una norma iusfundamental como regla o principio sólo puede hacerse una vez considerada la relación que se plantea entre la constitución y la ley objeto de control a fin de determinar si el problema jurídico a decidir puede ser considerado cómo un *caso fácil*, caso en el cual la norma iusfundamental será entonces tratada como una *regla*, y en este caso, la contradicción que eventualmente se constate entre su contenido y el de la ley enjuiciada se saldará con la aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias; si, por el contrario, se trata de un *caso difícil*, la norma iusfundamental será tratada como un *principio* que se opone a las demás razones (de principio) que avalan la constitucionalidad de la ley enjuiciada y cuya colisión debe resolverse a través del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, hablamos de principios *sólo* cuando nos hallamos en presencia de normas que: 1) no operan en el razonamiento de modo aislado, en el sentido de que por sí solas no ofrecen fundamento a una decisión jurídica, sino que siempre lo hacen en conjunción con otras normas (otros principios) que orientan la decisión en sentido contrario, de tal suerte que el concepto de principio aparece invariablemente ligado a la idea de conflicto normativo¹³; 2) cuando para resolver dicho conflicto no se consideran de recibo los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias, basados en la anulación o excepción permanente de una de las normas en

12. Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 588.

13. En tal sentido señala Letizia GIANFORMAGGIO que «*aplicar un principio es distinto de aplicar una regla en cuanto la aplicación del principio comporta también siempre la aplicación de otro principio que se asume con aquél concurrente y relevante en la situación específica, de modo tal que la conclusión de la argumentación se deriva de las consideraciones en las cuales son tenidas en cuenta, en la situación específica, ambos principios*», con lo cual, «*en rigor, si uno de los principios concurrentes viene 'inaplicado', entonces no puede decir de ninguna manera que venga aplicado el otro principio: en realidad viene aplicada una regla*». «*L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*», *RIFD*, 1985/1, págs. 65-103, aquí pág. 91.

conflicto, y en su lugar se adopta el esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. En presencia de ambas condiciones llamamos principios a las normas involucradas en el razonamiento y las interpretamos como portadoras de deberes *prima facie* en lugar de como portadoras de deberes definitivos^{14/15}.

14. En esta dirección señala Luis PRIETO que lo que se pone de manifiesto cuando se establece un vínculo entre ponderación y principios «*no es que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios*». «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 47-68, aquí pág. 61.
15. He de advertir que la tesis que sostengo a propósito de las razones que determinan la interpretación de una norma como regla o como principio no es una reconstrucción exacta de lo que sobre este punto sostiene el propio ALEXY, cuya postura al respecto no es del todo clara. Así, por una parte, este autor sostiene una tesis fuerte de la separación entre principios o reglas según la cual toda norma es o bien un principio o bien una regla, y ha rechazado expresamente que tanto la generalidad como el carácter abierto o cerrado del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica sean elementos decisivos para interpretar una norma como principio o como regla (en tal sentido vid. del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 83 y ss; «Zum Begriff des Rechtsprinzips», citado, pág. 184; «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, B. Schilcher / P. Koller / B. C. Funk (Hg.), Wien, Verlag Österreich, 2000, págs. 31 - 52, aquí págs. 44 y ss). Por otra parte, ha admitido que la distinción entre ambos tipos de normas «*es una cuestión de interpretación*», en la que «*como siempre ocurre con la interpretación, no hay criterios que permitan en todos los casos una respuesta fácil y clara*» («Zur Struktur der Rechtsprinzipien», citado, pág. 38). Ambas afirmaciones resultan compatibles si se entiende que la norma, en cuanto atribución de a una disposición, es precisamente el resultado de la interpretación, y que sólo tras esta última se le atribuye a la norma su estructura deóntica, esto es, su carácter de *deber ser ideal* (principio) o de un *deber ser definitivo o real* (regla). De este modo, la posición de ALEXY en torno a la separación entre principios y reglas no parecería guardar diferencias significativas con la de aquellos autores que, como Letizia GIANFORMAGGIO, sostienen, en la línea de una tesis débil de la separación, que «*la diferencia entre reglas y principios emerge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación*», de tal suerte que sostener que «*una cierta disposición contiene una regla en lugar de un principio o viceversa, no significa otra cosa que sugerir prácticas interpretativo-aplicativas de un tipo en lugar de otro*». («L'interpretazione della Costituzione...», citado, pág. 72).

Sin embargo, en un trabajo que precisamente guarda relación con el tema de las garantías penales, ALEXY parece contrario a esta interpretación en clave funcional de la separación entre principios y reglas, vinculada a la consideración del caso a decidir como fácil o difícil y al tipo de razonamiento aplicativo que cada uno de estos supuestos demanda (subsunción o ponderación), y más bien pareciera entender que la consideración de una norma como principio o como regla es una propiedad altamente dependiente de la textura lingüística de las disposiciones normativas, la cual condicionaría de modo invariable sus posibles significados normativos, excluyendo que estos fuesen interpretados como portadores de deberes *prima facie* (esto es como principios), para en su lugar permitir sólo su interpretación como reglas. Así ocurriría con la prohibición de irretroactividad en materia penal establecida en el

Con esto el problema se traslada a la determinación de los criterios que permiten adjetivar a un caso como «fácil» o «difícil». Esto último ocurrirá cuando, ante un mismo caso, concurren al menos dos soluciones normativas en pugna y existan discrepancias entre los participantes en la práctica constitucional acerca de cuál de ellas debe prevalecer. Sin duda, la mayor precisión de los enunciados constitucionales es un indicio del grado de consenso logrado en una sociedad en torno a la necesidad de atrincherar ciertos contenidos constitucionales bajo la forma de reglas precisas, dotadas de validez definitiva, capaces de operar como «razones protegidas», que excluyen la deliberación ulterior por parte del intérprete acerca de si debe o no aplicarse la solución

artículo 103.2 LFB, norma que, a juicio de ALEXY, constituye el prototipo de una regla de validez estricta, frente a la cual, *«a diferencia de lo que normal y necesariamente ocurre con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna»*. («Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», trad. D. Oliver, Doxa, 23, 2000, págs. 197-230, aquí pág. 211).

Esta interpretación de la prohibición de irretroactividad como una regla tiene lugar en el contexto de la discusión acerca de si la punición de los centinelas del muro de Berlín que dispararon contra quienes pretendían cruzar la frontera amparados por causales de justificación vigentes en tiempos de la RDA infringía o no la prohibición de irretroactividad. ALEXY sostiene que no hay tal infracción, y ello sobre la base de una argumentación en la que queda claro que, pese a la identificación de la prohibición de retroactividad con una regla dotada de validez estricta, en realidad dicha norma es tratada como un principio susceptible de optimización. En efecto, este autor afirma que la prohibición de irretroactividad constituye una regla dotada de validez absoluta o estricta, pero condicionada por una cláusula de excepción que dejaría por fuera del ámbito de protección de dicha garantía aquellas situaciones en las que pretenda hacerse valer causales de justificación de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto (págs. 215 y ss). Y ello porque la prohibición de retroactividad ha de ser considerada como una regla que expresa el resultado de una ponderación efectuada por el constituyente entre los principios de seguridad jurídica, que incluye la protección de la confianza, y el de justicia material. A juicio de este autor, en situaciones normales, esto es, en el contexto de un sistema jurídico en el que rigen los principios de un Estado de Derecho, la protección de la confianza adquiere prioridad sobre las exigencias de justicia material, pero tal prioridad se invierte cuando se trata de la aplicación de causales de justificación que amparan derecho extremadamente injusto (pág. 216). Sin embargo, la posibilidad de reabrir la deliberación para llegar a invertir esta relación de prioridad y, de paso, añadir una cláusula de excepción implícita que no se infiere del tenor literal de la disposición que consagra la prohibición de irretroactividad, no supone otra cosa que «principalizar» la norma en cuestión o, más precisamente, de plantear un conflicto entre una regla y un principio. Tal conflicto se sustancia, como es sabido, a través de una ponderación en la que intervienen el principio que ofrece la justificación subyacente a la regla (en este caso la seguridad jurídica, en su vertiente específica de protección de la confianza) y el principio que se opone a su aplicación para el caso en controversia (en este caso la justicia material). En definitiva, de poco vale el empeño de ALEXY por afirmar el carácter de regla de la prohibición de retroactividad cuando ante un caso difícil está dispuesto a reabrir el balance de razones que subyace a la misma para introducir una excepción implícita hasta ese entonces no considerada. Eso, en otras palabras, significa ponderar.

prevista en ella. Así ocurre, en el caso colombiano, con las disposiciones que proscriben la pena de muerte, imponen un plazo máximo de 36 horas para poner a disposición judicial a un detenido o prohíben la retroactividad penal. Pero el que tales disposiciones sigan siendo interpretadas como reglas, en lugar de como principios que han de batirse con otras razones en el campo abierto de la ponderación, depende no tanto de la precisión del lenguaje en el que vienen expresadas, cuanto de que se mantengan vivos los argumentos que han dado lugar a considerarlas como razones excluyentes. De este modo, la «principalización» de los contenidos constitucionales hasta entonces entendidos como reglas viene a poner de manifiesto el hecho de que en la sociedad ha dejado de estar tan claro el orden de prioridades sobre el que hasta entonces se fundamentaba su interpretación como reglas inderrotables.

2. Pero la distinción entre reglas y principios, pese a ser un elemento decisivo, no es, con todo, el único sobre el que se basa la teoría «conflictivista» de los derechos fundamentales. Esta última propone una reconstrucción de la estructura normativa de los derechos fundamentales algo más compleja, que parte de distinguir entre el «*derecho fundamental como un todo*» o derecho fundamental en sentido lato, entendido como un haz de posiciones y normas adscritas a una disposición de derecho fundamental y, por otra parte, el «*derecho fundamental en sentido estricto*», que correspondería a cada uno de los significados normativos susceptibles de ser adscritos a una disposición de derecho fundamental¹⁶. Así, por ejemplo, mientras que la libertad para casarse o no casarse es un derecho fundamental en sentido estricto adscrito al artículo 42 de la constitución, el conjunto de ésta y las restantes normas que pueden ser vinculadas interpretativamente a dicha disposición (derecho a que del matrimonio se deriven plenos efectos jurídicos, a que el legislador no dicte normas que supriman dicha institución, etc.), conformarían el derecho fundamental en sentido lato o derecho fundamental como un todo.

Así pues, al interior de un derecho fundamental en sentido lato coexisten una pluralidad de posiciones y normas iusfundamentales de diverso tipo (derechos a algo, libertades, competencias), de diverso grado de generalidad (directamente estatuidas, adscritas, individuales), de diversa validez (reglas dotadas de validez definitiva, principios dotados de validez *prima facie*), que pueden ser vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental¹⁷. La coexistencia de ambos tipos de normas, reglas y

16. Sobre esta distinción vid. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 240 y ss; Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 75 y s.

17. Al respecto señala ALEXY que «no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como

principios, dentro de la estructura normativa de los derechos fundamentales suministra la clave para entender el carácter dinámico y conflictivista que asume la determinación del contenido de los derechos en el modelo de este autor.

3. En efecto, la adscripción a las disposiciones de derecho fundamental tanto de reglas como de principios permite distinguir entre el *ámbito de protección inicial* y el *ámbito de protección definitiva*, que corresponden a dos momentos distintos en la definición del contenido del derecho. En un primer momento se determina el *contenido inicialmente protegido* por el derecho, para lo cual se acoge una *teoría amplia del supuesto de hecho* que permite incluir dentro del mismo toda norma o posición que presente alguna propiedad que caiga dentro del campo semántico de la disposición iusfundamental interpretada en sentido amplio¹⁸. Así, por ejemplo, la libertad religiosa otorgaría protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto de «manifestación religiosa» interpretado en sentido amplio: desde la celebración del culto católico o evangélico hasta la actividad de una secta nudista; igualmente, al derecho a no declarar contra sí mismo cabría adscribir el derecho de los conductores a rehusar la práctica de pruebas de alcoholemia. Tal laxitud es el correlato de concebir a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, como normas que reclaman *el mayor grado de satisfacción posible*, y es precisamente la que hace posible que la concepción conflictivista esté en condiciones de reconocer sendos derechos generales de libertad e igualdad como normas de clausura del sistema de derechos fundamentales. Pero a su vez, la contrapartida de esta amplitud en la definición del contenido inicial del derecho es que el mismo sólo cuenta con validez *prima facie*, y ello es así porque en este primer

principios», reiterando más adelante que «en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como *prima facie*», *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 138, 244.

18. Conforme a una *teoría amplia del supuesto de hecho* la definición del ámbito inicial de protección del derecho se rige por las siguientes reglas: «(1) *Todo lo que presenta una propiedad que –considerada aisladamente– basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades [...]* (2) *Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias*». A la anterior se opone una *teoría estrecha o estricta del supuesto de hecho*, conforme a la cual sólo ingresarían al ámbito de protección del derecho fundamental aquellas modalidades de ejercicio típicas o que no entren en colisión con otros principios constitucionales. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 298 y ss, 312. A la distinción entre teorías amplias y estrechas o estrictas del supuesto de hecho se refieren también Luis PRIETO, «La limitación de los derechos fundamentales», citado, págs. 457 y ss; Manuel Medina, *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, págs. 54 y ss.

momento sólo se tienen en cuenta las razones a favor de la adscripción, no las que puedan oponerse a que esa protección inicial o *prima facie* adquiera carácter definitivo.

4. De ahí que sea necesario, en un segundo momento, acotar el contenido *prima facie* de los derechos para establecer qué parte del mismo ha de valer como *contenido definitivo* a la luz de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso a resolver, esto es, una vez resueltas las colisiones con otras normas del sistema jurídico que imponen restricciones al contenido inicialmente protegido. El reconocimiento de un ámbito inicial de protección tan amplio requiere pues, como contrapartida, admitir la existencia de límites externos al derecho, impuestos en virtud de otras normas constitucionales, legales, reglamentarias, por sentencias judiciales o incluso por normas de naturaleza contractual¹⁹. De este modo, la determinación del contenido del derecho que se lleva a cabo al enjuiciar la constitucionalidad de una medida restrictiva comprende dos pasos: en el primero se establece si la posición afectada por la ley enjuiciada forma parte del *contenido prima facie* del derecho, por ejemplo, si la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia forma parte del ámbito inicial de protección del derecho a no declarar contra sí mismo; en el segundo momento se determina si la limitación impuesta por la norma que obliga a la práctica de tales pruebas está justificada y, por tanto, si la posición afectada por dicha restricción queda por fuera del *contenido definitivo* del derecho a no declarar contra sí mismo o si, por el contrario, se trata de una limitación injustificada, caso en el cual se considera no como una restricción válida sino como una vulneración del derecho que, como tal, ha de ser declarada inconstitucional²⁰.

5. Así pues, para determinar si la limitación del derecho está o no justificada es preciso resolver previamente la colisión que se entabla entre las razones a favor de consolidar esa protección *prima facie* en una protección definitiva a la luz de las circunstancias del caso y las razones que, en sentido contrario, abogan por su exclusión. Mientras, en nuestro ejemplo, las primeras vienen dadas por el principio que garantiza el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, las segundas son suministradas por los principios

19. Sobre la coincidencia que suele existir entre la adopción de una teoría amplia del supuesto de hecho y una teoría externa de los límites llama la atención Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 631. Sin embargo, Martin BOROWSKI destaca que entre ambas no existe una vinculación necesaria. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden – Baden, Nomos, 1998, págs. 38, 204.

20. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, págs. 29 y ss, 100 y ss; en el mismo sentido Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 461 y ss.

sustanciales y formales que fundamentan la restricción de ese derecho mediante la obligación de someterse a pruebas de alcoholemia. Con ello, la concepción conflictivista de los derechos construye la exclusión definitiva de la protección iusfundamental como un juego de razones y contrarrazones, esto es, como el resultado de una ponderación entre principios²¹.

En síntesis, los rasgos centrales de la concepción conflictivista de los derechos contra la cual dirigen sus ataques los críticos de la «jurisprudencia de principios» son: la consideración de la estructura normativa de los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas, una teoría amplia del supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría externa de los límites y la determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de una ponderación.

Buena parte de las concepciones que se oponen a la consideración de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación se sitúan en las coordenadas de la que propongo llamar una concepción «coherentista»²², caracterizada, en contraste con la anterior:

21. Vid. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 311.
22. La que aquí denomino concepción coherentista de los derechos en realidad agrupa un conjunto heterogéneo de posturas suscritas por autores de muy diversa procedencia, como pueden serlo Jürgen HABERMAS (*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, trad. de la 4ª. ed. alemana a cargo de M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Trotta, 1998, págs. 327 y ss.), Luigi FERRAJOLI («Los fundamentos de los derechos fundamentales», *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (edits.), Madrid, Trotta, 2001, págs. 300 y ss; Alfonso GARCÍA FIGUEROA, «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en M. Carbonell y P. Salazar (edits.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005, págs. 526 y ss), Friedrich MÜLLER (*Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969; del mismo, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969), Ignacio DE OTTO («La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Lorenzo Martín – Retortillo e Ignacio de Otto, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1988, págs. 95 – 172, aquí págs. 107 y ss.), Javier JIMÉNEZ CAMPO (*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 36 y ss), Andrés OLLERO («La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal», *La Ley*, 6/1998, págs. 2247-2252), Antonio MARTÍNEZ PUJALTE (*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), Juan CIANCIARDO (*El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000), Tomás DE DOMINGO (*¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), Pedro SERNA y Fernando TOLLER (*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000), entre otros. Todos estos autores comparten, sin embargo, el rechazo a una visión conflictivista de los derechos, así como al empleo del principio de proporcionalidad y al juicio de ponderación que éste incorpora.

1) Por concebir a los derechos fundamentales como reglas dotadas de validez definitiva, lo cual, entre otras consecuencias, supone entender que toda posición perteneciente al ámbito de aplicación de una norma de derecho fundamental se beneficia de una protección plena, pero a su vez admitir que toda posición que exceda dicho contenido ha de quedar por fuera del mundo de los derechos²³.

2) Al reducir la estructura normativa de los derechos fundamentales a la que es propia de las reglas se elimina la posibilidad de establecer una distinción entre el *contenido prima facie* y el *contenido definitivo* del derecho fundamental. De acuerdo a esta concepción, sólo existiría un único ámbito normativo dotado de la validez definitiva propia de las reglas pero, como contrapartida, los contenidos que ingresan a dicho ámbito se reducen a aquellas posiciones cuya garantía no plantee conflictos con otros derechos y demás contenidos constitucionales, esto es, aquellos modos de ejercicio que estuviésemos dispuestos a poner a salvo de ulteriores limitaciones, pues de otro modo resultaría difícilmente concebible una protección tan irrestricta. Por tal motivo, la concepción coherentista de los derechos está en relación directa con una teoría *estrecha* o *estricta* del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, como la desarrollada en la dogmática alemana por Friedrich MÜLLER²⁴ o en la española por Ignacio DE OTTO²⁵.

-
23. En tal sentido se pronuncia Antonio MARTÍNEZ-PUJALTE, para quien «*mas allá de los contornos que lo delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta*». *La garantía del contenido esencial...*, citado, pág. 53.
 24. Este autor sostiene que al «*ámbito normativo*» del derecho fundamental, entendido aquí como el supuesto de hecho de la norma, sólo ingresan las modalidades «*específicas*» u «*objetivamente pertenecientes*», quedando por fuera aquellas modalidades «*no específicas*» de ejercicio del derecho. Así pues, de acuerdo a los ejemplos que propone este autor, una ley que prohibiese pintar, predicar o manifestarse en un cruce de calles, o que impidiese a los músicos percusionistas los ensayos nocturnos en un bloque de viviendas, no constituiría intervención alguna en las libertades artística, de expresión y religiosa, pues no afectaría posiciones pertenecientes al ámbito normativo de tales derechos, por lo que tales prohibiciones no estarían sometidas a reserva de ley ni tendría que superar ninguno de los controles impuestos a las normas que intervienen en derechos fundamentales. Vid. Friedrich MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, citado, págs. 64, 73 y s, 88, 100 y s; del mismo, *Freiheit der Kunst...*, citado, págs. 56, 60, 65, 124.
 25. En la doctrina española Ignacio DE OTTO participa claramente de una teoría estricta del supuesto de hecho cuando señala que «*para justificar por qué no se puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad no hace falta argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, y ello porque nadie puede considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de esta libertad*», como tampoco cabe entender, a juicio de este autor, a la propaganda comercial como un ejercicio de la libertad de expresión, o a la actividad de una secta nudista como un ejercicio de libertad religiosa. Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», citado, págs. 139, 142.

3) Esta concepción estricta del supuesto de hecho lleva aparejada una *teoría interna* de los límites o, lo que es igual, una concepción de los derechos fundamentales como derechos *ilimitables*²⁶. Conforme a esta posición, situada en el polo opuesto a la teoría externa propia del conflictivismo, la determinación del contenido del derecho implica al mismo tiempo la definición de sus límites, los cuales ya se encuentran previstos, explícita o implícitamente, en la disposición que los reconoce, debidamente interpretada en consonancia con el resto del sistema jurídico, con lo cual, como afirma Friedrich MÜLLER, «*la determinación de los 'límites' y la determinación de 'contenidos' deben decir objetivamente lo mismo*»²⁷. Pero al tiempo que se afirma que el derecho incorpora sus propios límites se excluye la posibilidad de una ulterior limitación por parte del legislador, cuya actividad en relación con los derechos fundamentales no podría consistir en la adición de nuevas restricciones a los derechos, sino en la concreción (con efectos más bien declarativos) de los límites que los derechos ya llevan consigo. Por ello, según los planteamientos de la teoría interna, propiamente no cabe hablar de límites o restricciones del derecho, sino que la actividad del legislador en relación con los derechos en realidad consistiría en una *delimitación* interna de su contenido, una concreción de los contornos del derecho que ya vendrían trazados desde su configuración constitucional²⁸.

-
26. Sobre las teorías internas de los derechos fundamentales vid., en sentido crítico, Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, págs. 31 y ss, 99 y s; *La estructura de los derechos fundamentales*, citado, págs. 68 y ss; «La restricción de los derechos fundamentales», citado, págs. 32 y s. Para una exposición detallada de diversos planteamientos pertenecientes a la teoría interna vid. Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 442 y ss.
27. Friedrich MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, citado, pág. 32 y s.
28. En tal sentido sostiene Javier JIMÉNEZ CAMPO que mientras la *limitación* consiste en la acción de establecer «*constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido*», la *delimitación* comprende «*todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*». En su opinión, este autor este último concepto resulta preferible para referirse a la ordenación legislativa de los derechos fundamentales, pues «*evita el aparente absurdo de admitir que el legislador pueda 'limitar' un derecho creado por la Constitución y soslaya, al tiempo, la insuprimible coloración axiológica de la voz 'limitación'*». *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 39. Por su parte Andrés OLLERO sostiene que «*no es lo mismo limitar que delimitar, prescribir limitaciones que describir límites inmanentes[...]* no es lo mismo definir la silueta de un cuerpo que amputarle un miembro», «La ponderación delimitadora...», citado, pág. 2248, mientras Pedro SERNA y Fernando TOLLER afirman que «*los derechos [...] no tienen ni necesitan límites externos, sino que son delimitables: a través de la tarea legislativa y de la decisión judicial es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular vendrá un ejercicio abusivo*», *La interpretación constitucional...*, citado, pág. 66.



4) De todo lo anterior resulta que, de acuerdo a la concepción coheren-
tista, la aplicación de los derechos fundamentales que tiene lugar con ocasión
del juicio de constitucionalidad de las leyes no pasa por resolver una colisión
entre el principio iusfundamental afectado por la intervención y el principio
que fundamenta dicha intervención, a fin de determinar cuál de ellos preva-
lee a la luz de las circunstancias del caso, sino por interpretar de un modo
adecuado los preceptos constitucionales para establecer cuál es el «verdade-
ro» alcance del derecho alegado y verificar si la posición afectada por la
norma enjuiciada en realidad pertenece al ámbito protegido por el derecho o
se trata sólo de un ejercicio «aparente» del mismo²⁹. Para ello básicamente
acuden a una «interpretación correctora restrictiva», que en algunos autores
aparece combinada con el establecimiento de *jerarquías abstractas* entre de-
rechos fundamentales.

En síntesis, las concepciones coheren-
tistas se caracterizan por: conce-
bir los derechos fundamentales como reglas, acoger una teoría estricta del
supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría interna de sus límites
y considerar que la determinación del contenido de los derechos es el resul-
tado de una correcta interpretación orientada a distinguir entre su contenido
«verdadero» y su contenido «aparente».

Una vez expuestos los rasgos centrales de ambas concepciones es el
momento de explicar las razones por las cuales considero preferible la re-
construcción de la teoría de los derechos fundamentales en clave «conflictivista».
Son dos las razones que fundamentan esta prioridad:

1) En primer lugar, esta postura teórica permite dar cuenta de un ele-
mento central de la filosofía liberal de los derechos, cual es el reconocimiento
de que toda disminución del ámbito dentro del cual el individuo puede optar
entre diversas alternativas de acción supone una restricción de su libertad,
que no deja de ser un mal en cuanto tal y, por ello, ha de estar sometida a una
exigencia de justificación. Una concepción conflictivista resulta más afín a
esta consideración de la libertad como punto de partida de la relación entre
individuo y estado, y de toda restricción a la misma como una excepción que
es menester justificar. Y ello porque, desde sus presupuestos, es posible ex-
tender la protección iusfundamental no sólo a las modalidades típicas de
ejercicio de los derechos, que pueden ser adscritas a una específica disposi-
ción iusfundamental, sino también a aquellas otras que suelen ser vistas como
manifestaciones de la simple libertad natural. De este modo, el ámbito de la
libertad jurídica viene a coincidir, así sea *prima facie*, con el de la libertad
natural, lo que permite hablar de un *derecho general de libertad* como nor-

29. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, págs. 31 y s.

ma de clausura del sistema jurídico³⁰, cosa que no ocurre si se asume una concepción coherentista, cuyos presupuestos le obligan a relegar todas las manifestaciones de la simple libertad a un espacio ajeno al mundo de los derechos.

2) El potenciar la exigencia de argumentación es la segunda de las razones que tornan preferible la concepción conflictivista de los derechos en relación con su contraria. Y ello porque, al expandir el ámbito de protección *prima facie* de los derechos, impone la exigencia de que toda restricción de ese contenido sea considerada como limitación de un derecho fundamental, cuya justificación depende, por tanto, de que venga respaldada en razones más fuertes que las que militan a favor de mantener la protección del derecho. Tal cosa no ocurre con las concepciones coherentistas, que suelen apoyarse en una visión optimista acerca de las posibilidades de determinar con precisión las fronteras que delimitan el espacio de cada derecho, en un acentuado cognitivismo interpretativo que lleva a subestimar la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre contenidos constitucionales y, por el contrario, a sobreestimar las posibilidades de conocer el contenido de los derechos con ayuda de los métodos tradicionales de interpretación³¹. Es así como la estrategia argumentativa de estas teorías se orienta, en el ejemplo de MÜLLER, a sostener que el derecho a la libertad artística *no comprende* el derecho a pintar en los cruces de calles o, en los que propone DE OTTO, a afirmar que la propaganda comercial *no está amparada* por la libertad de expresión, o que el derecho de huelga *no incluye* el de ocupar incondicionadamente los locales del empresario. Puede que tal estrategia colme las demandas de justificación de la decisión en los casos claros, allí donde no surge ninguna disputa interpretativa en torno al contenido protegido por los derechos, y frente a los cuales lo más probable es que se alcancen los mismos resultados a partir de los presupuestos de una concepción conflictivista o coherentista de los derechos. Pero la misma se revela manifiestamente insuficiente en los casos difíciles, aquellos en los cuales existen discrepancias sobre el alcance de los derechos que no se reducen a desacuerdos puramente lingüísticos sino a diferencias de fondo acerca de lo que debe estar permitido, prohibido u obligado en determinada situación. Divergencias que, conviene recordar, afloran en las sociedades plurales en las que se desarrollan los actuales estados constitucionales, caracterizadas por la

30. Sobre el derecho general de libertad vid. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 331 y ss; LUIS PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, citado, págs. 217-260.

31. Sobre este punto llaman la atención LUIS PRIETO, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, citado, pág. 52; Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 472.

convergencia de diversas concepciones del mundo y de lo bueno, a partir de las cuales no siempre es posible obtener pautas unívocas de interpretación de los derechos. Una estrategia de argumentación que frente a un caso difícil se limite a señalar que la posición controvertida forma parte o no del derecho alegado en modo alguno se tendrá por satisfactoria y antes bien será percibida como una «*pseudofundamentación*»³². Y en cuanto se trate de ir más allá y argumentar acerca del por qué se prefiere una determinada interpretación nos encontraremos inevitablemente abocados a emplear una ponderación para estructurar la fundamentación externa de los enunciados interpretativos por los que optemos; ponderación que en el caso de las teorías coherentistas simplemente aparece encubierta bajo el recurso a otras estrategias de interpretación, con lo cual no se hacen visibles, ni controlables, las premisas que han determinado la decisión³³.

Así las cosas, habida cuenta de las ventajas que en términos de expansión de la libertad protegida por los derechos y de racionalidad argumentativa presenta una teoría conflictivista frente a su contraria, no parece aconsejable prescindir de dicha construcción teórica para en su lugar optar por una concepción coherentista.

Con todo, la principal objeción que debe enfrentar el conflictivismo es que la concepción argumentativa que alienta puede ser un arma de doble filo para los derechos, pues al tiempo que somete toda limitación a una carga de justificación —lo que supone una valiosa garantía— también los sustrae del «coto vedado» que representa su consideración como derechos no limitables o razones protegidas, para en su lugar exponerlos al campo abierto de la argumentación. Cosa que, en principio, no ocurriría si se acoge una concepción coherentista de los derechos, según la cual, una vez definidos sus magros contornos, aquellos operarían como razones excluyentes o protegidas, cerrando así el paso a toda deliberación por parte de sus destinatarios y, con ello, a la posibilidad de establecer ulteriores limitaciones al contenido de los derechos o de exceptuar su aplicación en determinados casos.

Llegados a este punto surge la cuestión de si esta devaluación de la resistencia normativa de los derechos es una consecuencia inevitable del conflictivismo o si, por el contrario, dicha concepción teórica también ofrece elementos para oponerse a su instrumentalización en clave autoritaria.

32. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, pág. 47, quien afirma que en estos casos se producen «*fundamentaciones aparentes*» (*Scheinbegründungen*) y Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 471, quien habla de un «*déficit de fundamentación*».

33. En tal sentido vid. Hege STÜCK, «*Subsumtion und Abwägung*», *ARSP*, 84/3, 1998, págs. 405-419, aquí págs. 409, 418.

III. ¿ES POSIBLE EVITAR UN USO AUTORITARIO DE LA «JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS» EN MATERIA PENAL?

El riesgo de que una concepción conflictivista de los derechos permita subordinarlos frente a consideraciones de tipo eficientista sin duda se ve corroborado en buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional en materia penal. Precisamente en una de las sentencias en las que la Corte se decanta más claramente a favor de una concepción de los derechos fundamentales como principios que han de ser garantizados en la mayor medida posible, en oposición a una concepción coherentista («absoluta» en términos de la Corte) de los mismos, tal reconstrucción es utilizada para justificar la restricción legislativa al nombramiento de defensor durante la investigación preliminar al imputado que no ha rendido versión libre, argumentando que en este momento de la investigación penal se justificaba una restricción «leve» del derecho de defensa para garantizar la eficacia del proceso penal como un medio para acceder a la verdad, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables³⁴. Un ejemplo más dramático lo constituye el aval otorgado por nuestra jurisprudencia constitucional en la C-127/1993 (M.P. A. Martínez) a la existencia de tipos penales «dinámicos», eufemismo para justificar la constitucionalidad de los tipos penales abiertos en los que la exigencia de taxatividad cede el paso a la necesidad de eficacia en la lucha antiterrorista.

Sin embargo, lo que cabe constatar en la mayor parte de estas decisiones es que el recurso a la concepción de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación no viene seguido del respeto a las elevadas exigencias de fundamentación que supone una aplicación sistemática y rigurosa del principio de proporcionalidad para justificar la restricción de derechos fundamentales. Más bien, como han señalado con acierto OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, el recurso a la que estos llaman la «*jurisprudencia de principios*» no ha obedecido a la existencia de una línea jurisprudencial sólida y coherente, sino una muestra más del «*mercenarismo argumentativo*» de nuestra Corte Constitucional, en la que las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales generalmente funcionan sólo como estrategia de fundamentación de decisiones, cuyas motivaciones se comprenden más bien atendiendo a su «contexto de descubrimiento» que a la luz de sus justificaciones. Así, mientras se acude a una concepción conflictivista para relativizar el derecho de defensa o la garantía de taxatividad en materia penal, en las sentencias sobre aborto se acude a una concepción «absolutista» o coherentista para fundamentar un imperativo categórico de protección penal del derecho a la vida. De este modo, cabe concluir con estos autores que «*el principio de fundamentación en el que se basan los fallos* (de la Corte Constitucional) *no*

34. C-475/1997, M. P. E. CIFUENTES.

resulta de una lealtad a las premisas normativas sino (más bien) de la utilidad para justificarlos»³⁵.

No obstante, lo que cabe preguntarse es si esta devaluación de la resistencia normativa de los derechos fundamentales frente a argumentos eficientistas en materia penal es realmente una consecuencia vinculada lógica o necesariamente a su consideración como *mandatos de optimización* y a la utilización del principio de proporcionalidad, si responde a una suerte de «perversidad intrínseca» de esta estrategia argumentativa, o si, por el contrario, ella responde más bien a otro tipo de factores ligados al contexto social y a la cultura jurídica en la que se desarrolla la argumentación iusfundamental.

Luego de advertir sobre los peligros de su instrumentalización autoritaria, a renglón seguido los autores que venimos citando reconocen que no cabe atribuir a la jurisprudencia de principios «una tendencia inmanente hacia el ablandamiento de las libertades ... de los individuos frente al Estado»³⁶, sino más bien que en el caso colombiano, «en un contexto de premisas empíricas no realizadas de paz, la realización del Estado social por la vía de la jurisprudencia de principios, tiende a privilegiar (¿en una lógica de prevención y punición de la violencia?) la eficiencia sobre las garantías»³⁷. Pero no se trata de una tendencia inexorable ya que, de hecho, tal estrategia argumentativa, a partir de su concepción amplía del contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y de las rigurosas exigencias argumentativas que impone a la justificación de las medidas que intervienen en la órbita de tales derechos, también posibilita una instrumentalización garantista, al servicio de una estrategia general de reducción de la violencia punitiva, como he intentado demostrar en otro trabajo, donde pongo de relieve cómo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto ofrecen importantes posibilidades para cuestionar la validez constitucional de muchas normas penales³⁸.

Por otra parte, debe precisarse que la principal virtud de una concepción conflictivista de los derechos es que ella suministra una estructura de argumentación para encarar las disputas interpretativas que se plantean cuando se trata de establecer el contenido y alcance de los derechos en los «casos difíciles». Pero ello no significa que, de acuerdo a esta concepción teórica,

35. Iván OROZCO ABAD y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo...*, citado, pág. 155 (paréntesis fuera del texto original).

36. *Ibíd.*, pág. 45.

37. *Ibíd.*, pág. 45.

38. Gloria Patricia LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Tesis Doctoral, inédita, 2005.

todos los casos deban ser tratados del mismo modo o que ella contenga una invitación a cuestionar permanentemente la fuerza normativa de los derechos. En efecto, ha de recordarse que, de acuerdo a esta concepción, la estructura normativa de los derechos no se compone sólo de principios o mandatos de optimización, sino también de reglas dotadas de validez definitiva. Y es precisamente el entender los derechos como un entramado de principios y reglas lo que hace posible no sólo ampliar el ámbito de protección inicial de los derechos, al concebirllos como mandatos de optimización, sino también el atrincherar aquellas posiciones pertenecientes al ámbito de protección definitiva del derecho bajo la forma de reglas llamadas a operar como razones excluyentes en la deliberación.

Esto último determina que también al interior de esta teoría exista un importante espacio para los casos fáciles, aquellos en los que no existen razones válidas para poner en cuestión el alcance de un derecho, y en los que por tanto no hace falta sacar la balanza de la ponderación, o bien aquellos que en su día dieron lugar a una ponderación que fue resuelta estableciendo una regla de precedencia condicionada llamada a resolver el caso en controversia y a servir como precedente aplicable a otros casos futuros similares. De este modo, también una concepción conflictivista puede dar cuenta del hecho de que muchas garantías penales como la prohibición de irretroactividad, el establecimiento de un plazo máximo de detención preventiva o la reserva de ley en materia penal generalmente operen como reglas. Bien es verdad que, desde sus presupuestos, no es posible impedir que en algún caso el intérprete reabra el balance de razones sobre el que se apoya su consideración como reglas dotadas de validez definitiva, pero también es cierto que una aplicación consecuente de esta teoría le impone en este caso a quien pretenda reabrir dicho balance unas elevadas exigencias de justificación que se oponen a que las razones que hasta entonces han sustentado la validez definitiva de una determinada garantía penal puedan ser derrotadas por cualquier argumento. Así, aunque el principio de proporcionalidad, como ningún otro método de razonamiento jurídico, está en capacidad de suministrar respuestas algorítmicas a los casos difíciles, ello no significa que dicha estructura argumentativa sirva para justificar cualquier respuesta.

Con ello creo que el problema no radica precisamente en una «perversidad intrínseca» de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización y en el empleo del principio de proporcionalidad como criterio estructural de fundamentación de las decisiones que los afectan. Más bien que el verdadero problema consiste en la precaria resistencia normativa que en el momento actual, y no sólo en nuestro país, se reconoce a los derechos fundamentales, su clara subordinación frente a consideraciones eficientistas pretendidamente impuestas por la necesidad de luchar contra el terrorismo. Esta precaria resistencia normativa se hace explícita en el elevado

peso que en la ponderación se confiere a los imperativos de eficacia punitiva, que viene así a equiparar y contrarrestar el retórico reconocimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Pero es precisamente el empleo de esta técnica argumentativa la que permite hacer visibles y explícitas tales consideraciones, y con ello posibilita el control y la crítica de los fundamentos que acompañan tales valoraciones.

Por eso creo que la tan denostada «jurisprudencia de principios» que alienta el conflictivismo contribuye a hacer visible y, con ello, a tomar conciencia de un fenómeno importante, cual es la pérdida de significado normativo de las garantías penales, pero no constituye como tal una causa del mismo. Antes bien, tal concepción de los derechos no sólo obliga a dar buenos argumentos para justificar su limitación, sino también a mantener despiertas las razones que sustentan nuestra creencia en su mayor valor frente a argumentos que apelan a consideraciones de eficiencia punitiva, lucha antiterrorista y otros ropajes con los que suele vestirse la nuda razón de estado. Tal concepción nos recuerda algo importante y es que la fuerza de tales garantías descansa, en definitiva, en la estima que los ciudadanos tienen de sus libertades, pues como ha puesto de manifiesto lúcidamente FERRAJOLI, «*(l)a Constitución, y en general el Derecho, no (son) otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o cambios institucionales*»³⁹

39. Luigi FERRAJOLI, «El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad», trad. P. Andrés Ibáñez, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta, 1996, pág. 29.