UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

"LA INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A:

MARTÍN GUSTAVO MOSCOSO SALAS

COMITÉ TUTORAL

DR. JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA (Tutor)
DR. JUAN MANUEL VEGA GÓMEZ
DR. ELISEO MURO RUIZ

CIUDAD UNIVERSITARIA MÉXICO, D. F., 2009

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedico esta investigación doctoral a los que creen y luchan por la consolidación del Estado Constitucional Democrático Mexicano.

En memoria de Jorge Kristian Bernal Moreno. Tus ideales siguen vivos.

"LA INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL"

INTRODUCCIÓN ..... *I*

CAPÍTULO I

"EL ESTADO CONSTITUCIONAL"

I. Los sistemas normativos y su ámbito jurídico *1*
II. Estado de bienestar, Estado de Derecho y Estado constitucional: (Un análisis sistémico evolutivo) *4*
III. La corriente llamada neoconstitucionalismo *14*
IV. El Estado Constitucional: Una explicación desde sus estudiosos *28*
A. La Visión y Aportación De Peter Häberle *28*
B. La visión y aportación de Luigi Ferrajoli *31*
C. La visión y aportación de Robert Alexy *33*
D. La visión y aportación de Riccardo Guastini. *33*
E. La visión y aportación de Josep Aguiló Regla *34*
F. La visión y aportación de Gustavo Zagrebelsky *36*
G. La visión y aportación de Rodolfo L. Vigo *38*
H. La visión y aportación de Manuel Atienza *42*
I. La visión y aportación de Héctor Fix-Zamudio *45*
V. El Estado Constitucional: un análisis desde sus principales temas *48*
A. La Constitución y su fuerza normativa. *49*
B. La interpretación constitucional *56*
C. La Justicia constitucional *63*
D. Los Tribunales Constitucionales. *65*
E. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales. *68*
F. El desbordamiento de las Fuentes del Derecho *77*
G. El Tratamiento e influencia del Derecho Internacional *82*
H. Los Derechos Fundamentales *89*
I. Los Derechos Sociales *96*
J. El Juez y su legitimidad *98*
K. La argumentación jurídica y su aporte a la legitimidad del Juez *101*
L. La Democracia *110*
M. El Combate frontal a los ilícitos atípicos *113*
N. La aplicación de los Principios Jurídicos *114*
VI. Hacia un Estado Constitucional: Nuestras reflexiones *115*

CAPÍTULO II

"CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL TEMA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"

I. algunos problemas a los que se ha enfrentado el reconocimiento de los principios jurídicos *118*
A. La importancia de la superación de los dogmas reduccionistas del derecho *118*
B. La importancia de superar el desconocimiento y su subestimación *121*
C. La importancia de superar la visión monofuncionalista *122*
D. Factores obstructivos de una satisfactoria filosofía y teoría de los principios jurídicos *124*
II. Una breve aproximación al debate, Derecho y Moral a luz de sus implicaciones tanto en el concepto del Derecho,como en el reconocimiento de los principios jurídicos *126*
III.Los Principios Jurídicos vistos desde la pluriconcepcionalidad del Derecho *136*
IV. Hacia un concepto pluralista, dialéctico, integral, dinámico y armónico del Derecho que permita el reconocimiento de los principios jurídicos *175*
V. Reflexiones Finales *177*

CAPÍTULO III

"LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"

I. El surgimiento del movimiento principialista 178
II. El orígen dualista de los Principios jurídicos 183
III. Los diversos usos del término Principios jurídicos 184
IV. Principios y normas: un análisis desde las teorías fuertes y débiles que los diferencian 187
V. Los Principios jurídicos como normas deónticas a la luz de la teoría de los enunciados jurídicos de atienza y manero 191
VI. Que son los Principios Jurídicos: una aproximación desde las posturas diferenciadoras entre (Principios y Normas) (Principios y Reglas) 194
VII. Las clasificaciones de los Principios jurídicos 214
VIII. Las funciones de los Principios jurídicos 223
IX. Principios jurídicos, valores y derechos fundamentales 229

CAPÍTULO IV

"LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"

I. De la exclusiva subsunción de las reglas a la ponderación de los Principios jurídicos 234
II. Conflictos entre reglas y tensiones entre principios. (de la invalidez de una de las reglas en conflicto a la convivencia concurrente de los Principios jurídicos tensionados 241
III. La teoría del orden de los Principios jurídicos, como modelo para enfrentar sus conflictos (de nuevo sobre la existencia de la única o varias respuestas correctas para cada caso). 244
A. Orden fuerte, orden débil o topoi. Nuestra opinión. 245
IV. Las teorías formuladas para resolver tensiones, colisiones o conflictos entre Principios Jurídicos 246
V. La teoría del contenido esencial como mecanismo para demostrar que no existen los conflictos, tensiones, o colisiones entre los Principios jurídicos 252
VI. Teoría conflictivista o no conflictivista. Nuestra opinión 256
VII. Los orígenes de la ponderación 257
VIII. La Ponderación y el Principio de Proporcionalidad 260
IX. La Ponderación. (un estudio a la luz del pensamiento preponderantemente alexiano) 265
X. La fórmula de peso, como resultado del debate entre la racionalidad objetiva o irracionalidad subjetiva de la ley de ponderación 269
XI. La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales. Una explicación desde la visión de Carlos Bernal Pulido 273
XII. La explicación de Luis Prieto Sanchís, en el tema de las tensiones entre algunos derechos constitucionales estructurados como Principios jurídicos 278
XIII. La propuesta de Rodolfo Luis Vigo para resolver tensiones entre Principios jurídicos 279
XIV. El tratamiento ponderativo de los conflictos según el pensamiento de Atienza 281
XV. La crítica a los métodos para resolver Tensiones entre Derechos Fundamentales y por añadidura entre los Principios jurídicos que los reflejan. 283
XVI. Las teorías materiales y estructurales como alternativas a la Ponderación. 288
A. Teorías materiales 288
B. Teorías estructurales 289

CAPÍTULO V

"LA PONDERACIÓN COMO SUBSISTEMA

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTEGRAL"

I. Los subprincipios de Idoneidad o Adecuación, de Necesidad y el de Proporcionalidad en el sentido estricto o Ponderación, como trilogía del principio de proporcionalidad integral. 292
II. El ámbito aplicativo del Principio de Proporcionalidad. (de nuevo sobre los casos fáciles y difíciles) 302
III. La función del Principio de Proporcionalidad, un análisis desde su función como medio de control de la constitucionalidad de las leyes y actos del Estado que interviene en los Derechos Fundamentales y en los Principios que los reflejan 304

IV. Los temas inherentes al funcionamiento del Principio de Proporcionalidad desde la perspectiva de Carlos Bernal Pulido 307
V. Presencia del Principio de Proporcionalidad en instrumentos jurídicos 310
VI. Hacia un perfeccionamiento del Principio de Proporcionalidad 311
A. Tesis 313
B. Reglas 320

CAPÍTULO VI

"LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS (UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA PRAXIS JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEA) "

I. La praxis principialista en los tribunales europeos. 330
A. Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht) 330
1. Caso del Aborto. (Sentencias BverfG 39, I y BVerfGE 88,203). 330
B. Tribunal Constitucional de españa 333
1. Caso del Novelista Indiscreto 333
2. Caso de la Celda de Ponent 338
II. La praxis principialista en los tribunales de américa. 342
A. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina 342
1. Caso facturación telefónica Costosa 342
B. Corte Constitucional de Colombia 345
1. Caso del Médico Confundido 346
2. Caso de la Retención Transitoria 354
C. Corte Suprema de los Estados Unidos de América 366
1. caso roe vs. wade (de nuevo sobre el aborto) 366
D. Praxis principialista en México 367
D.1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación 367
1. Caso Requisitos para Partidos políticos 367
2. Caso Bandera 372
3. Caso Aborto 377
D.2. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 391
1. Caso Secreto Bancario vs. Fiscalización de Recursos Públicos 391
2. Caso Tabasco 398
D.3.criterios jurisprudenciales mexicanos relevantes en el tema de los principios jurídicos 405
1. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 406
2. Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 410
3. Tribunales Colegiados de Circuito 413
4. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 415
III. La praxis principialista en jurisdicciones supranacionales 418
A. Corte Interamericana de Derechos Humanos 418
1. Caso Última Tentación de Cristo; Olmedo Bustos y Otros vs. Chile 419
2. Opinión Consultiva: migrantes (los Derechos Fundamentales no tienen fronteras) 423
B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 431
1. Caso Refah Partisi y Otros vs. Turquía 432
2. Caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia 435
C. Corte Internacional de Justicia 437
1. Opinión Consultiva sobre el Muro en palestina. 437

CONCLUSIONES VI

Fuentes de información IV

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, también en la vida académica hay momentos decisivos, y uno de ellos es la elección del tema de una investigación doctoral, en nuestro caso, tal reto se convirtió en una valiosa oportunidad para demostrar que el Derecho, y más específicamente las formas en que es tratado por sus operarios, han dejado de ser las idóneas para la realidad de nuestras sociedades contemporáneas cada vez más complejas, globales y pluralistas. Así las cosas, bien podemos decir que la presente investigación, representa un modesto esfuerzo para convencer preponderantemente a los operarios jurídicos, en el sentido de que ciertos dogmas jurídicos deben ser dejados atrás, y que en cambio, existe la imperiosa necesidad de avanzar urgentemente hacia un nuevo modelo jurídico que se potencialice a sí mismo, un nuevo modelo jurídico desde donde se pueda lograr una sociedad más justa, libre, igualitaria, honesta y democrática.

Y es precisamente en la búsqueda de este nuevo modelo jurídico acorde a nuestro tiempo y problemática, o parafraseando a Ortega y Gasset "*para el Derecho y su circunstancia"*, como hemos llegado a identificar que el *neoconstitucionalismo*, en su calidad de corriente jurídica intrínseca del denominado Estado Constitucional, se presenta como la mejor opción, por eso hemos decidido investigarla, especialmente en uno de sus temas referentes, el de la interpretación, aplicación y argumentación de los principios jurídicos, no por nada Zagrebelsky ha mencionado que *"no resulta muy difícil comprender que la dimensión del Derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista"*, o como Valencia Restrepo expresa en epifonema *"Quién conoce a los principios generales domina todo el Derecho. El que los ignora nada sabe de él"*.

Realizadas estas reflexiones, es momento de hablar de la estructura de la presente investigación, que consideramos se confirmó como la idónea para comprobar nuestra hipótesis, misma que formuló: "S*i lo que queremos es vivir en un Estado Constitucional, luego entonces, es necesario interpretar, aplicar y argumentar los principios jurídicos",* esto es así, puesto que de nada nos serviría elogiar el simple hecho de contar con una Constitución, de elogiar también que

contiene variados y valiosos contenidos principialistas, si ella y sus principios no son vivientes, si ella y sus principios siguen siendo ignorados por sus operarios, si ella y sus principios no resuelven nuestros problemas. En suma, si la Constitución es el principal sitial de los principios, y si éstos a su vez, representan su contenido más valioso y esencial, el hecho de no tomarlos en cuenta representa a su vez no tomar en cuenta a la propia Constitución que los enarbola. El contenido capitular antes anunciado es el siguiente:

Un primer capítulo denominado **"EL ESTADO CONSTITUCIONAL"**, nos servirá para demostrar la ventaja que representa vivir en un Estado Constitucional, pero también, para mostrar los grandes retos que se necesitan cumplir en sociedad y gobierno para alcanzarlo, ya que sus puntos de partida y porque no, también de llegada, son temas de gran complejidad tales como la democracia, honestidad, transparencia, sometimiento de los poderes fácticos, rendición de cuentas, combate a la impunidad, justicia, igualdad, felicidad, educación, tolerancia, cultura, vigencia de los Derechos Fundamentales, rompimiento de dogmas jurídicos obsoletos, reconfiguración de la hermenéutica jurídica, desarrollo económico y social, legitimidad, replanteamiento de la soberanía, gobierno responsable, manejo integral de las variadas fuentes del Derecho, diversidad de métodos, control constitucional, Derecho justificado, globalización jurídica, argumentación, coto vedado, principios jurídicos, proporcionalidad, pluralismo, carrera judicial, carrera legislativa, servicio profesional de carrera administrativa, autónomía de los organos fiscalizadores del gasto público, entre otros, demostrándose así, la expresión de Miguel Carbonell en el sentido de que lo novedoso de este modelo estatal que se estima representa el estadio evolutivo más acabado del Estado de Derecho Democrático, no radica sólo en sus variados elementos, sino aún más, en la conjunción de ellos y en los efectos que producen al funcionar dentro del Estado, pudiéndose apreciar que el cumplimiento de cualquiera de ellos crea una especie de potencialización sobre los otros, demostrándose a su vez, que el Derecho ya no puede ser visto únicamente desde la insularidad jurídica, sino que necesita apreciarse y criticarse desde la transdisciplinariedad social. De igual forma, en este capítulo inicial analizaremos a la corriente *neoconstitucionalista*, puesto que como ya se mencionó, se ha erigido como la encargada del tratamiento jurídico del Estado Constitucional a la luz de sus diversos temas,

dejando atrás visiones que ya no se ajustan a nuestras realidades jurídicas, económicas, políticas y sociales.

Dada la complejidad del tema principialista se requirió de un segundo capítulo denominado **"ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL TEMA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"** que representa un buen punto de partida para escenificar el debate en torno al reconocimiento de los principios jurídicos, identificándose también, que las visiones reduccionistas y obsoletas de los contenidos del Derecho son responsables de su desconocimiento y consecuentemente, de su desaplicación. Asimismo, nos introduciremos al interesante debate entre Moral y Derecho *-donde al fin de cuentas radican todos los orígenes y soluciones de los problemas-* pero ésta vez, desde un ángulo que nos permita apreciar el tema principialista y sus implicaciones en el tema del concepto del Derecho, por eso alentamos una concepción pluralista, dialéctica, dinámica, integral y armónica del fenómeno denominado Derecho, donde puedan tener cabida los principios jurídicos, pero también, donde se reconozca la importancia de otros contenidos normativos y demás que se derivan del llamado Derecho vivo, como la argumentación jurídica. Lo anterior, porque estamos convencidos de que cada operario jurídico actúa desde una posición preconfigurada, así que dependiendo de la concepción del Derecho que tenga, creará, interpretará, aplicará, argumentará, investigará o enseñará al Derecho. De tal suerte, que nos urgen concepciones abiertas, plurales y dúctiles, acordes a la realidad jurídica y problemática de nuestras complejas y cambiantes sociedades, concepciones de intensa retroalimentación entre la teoría y la praxis.

En el capítulo tercero **"LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"**, relataremos el surgimiento y desarrollo del movimiento conocido como el principialismo jurídico, el debate sobre su doble origen: *iusnaturalista y positivista,* el problema de la polisemia del término principios jurídicos, sus diferencias con las reglas o normas desde el punto de vista de las teorías fuertes o débiles, ¿Cómo se clasifican?, ¿Cuáles son las funciones que realizan en el terreno creativo, interpretativo e integrador?, ¿Qué ganamos con su aplicación?, ¿Cuál es su relación con los Derechos Fundamentales y los valores?, entre otros temas.

Después de convencer sobre la existencia de los principios jurídicos y los aspectos que les dan identidad en el sistema, nos aproximaremos a ratificar que

no pueden ser aplicados exclusivamente a través de los métodos de subsunción creados para un sistema de y para reglas, y que por tanto, necesitan de métodos hermenéuticos propios a sus características. El primero que analizaremos de ellos, es el denominado como la *ponderación* o dicho con más técnica, la *proporcionalidad en sentido estricto*, de ahí que precisamente nuestro cuarto capítulo se intitule **"LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"**, también en clara alusión al método hermenéutico propio de los principios jurídicos en su calidad de puentes que nos conducen preponderantemente a los Derechos Fundamentales, un método adecuado para resolver las tensiones que se suscitan entre ellos y que sirve para lograr la convivencia concurrente sin recurrir a la tradicional exclusión del sistema como en el caso de la resolución antinómica. A fin de lograr un óptimo tratamiento del tema ponderativo, recurriremos a exponentes de la importancia de Alexy, Atienza, Bernal Pulido, Vigo y Prieto Sanchís, etc., así sirviéndonos de sus teorías como referentes, incursionamos en el tema de sus orígenes, la Ley de ponderación, la estructura de la ponderación, la fórmula de peso, el debate sobre su racionalidad, la necesidad de sus cargas argumentativas, etc., no omitiendo mostrar las críticas de irracionalidad y de amplia discrecionalidad que se le asignan, los métodos alternativos que se proponen y que dan forma a las teorías materiales y estructurales, citando como ejemplo de ellas, a la del contenido esencial del Derecho, que invoca que no todo es conflicto de contenidos, sino más bien, problemas que surgen por el indebido establecimiento de sus límites.

En el capítulo quinto abordaremos nuevamente el modelo hermenéutico de la ponderación, pero ahora visto como parte de la proporcionalidad integral, de ahí que se denomine **"LA PONDERACIÓN COMO SUBSISTEMA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTEGRAL"**, donde explicaremos que la proporcionalidad integral consiste en la superación de los test que mandan los subprincipios de*: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, cada uno con sus propios requisitos y procedimientos. De igual forma, apreciaremos que este principio triádico se aplica con gran regularidad en casos de constitucionalidad de leyes y actos, es decir, en donde interviene el poder público en la esfera de los Derechos Fundamentales del gobernado, *-lo que no obsta-,* que pueda ser aplicado en conflictos entre particulares, aunque en la

práctica es poco frecuente. Asimismo, por el gran aporte que representa, hemos decidido incluir al final de este capítulo, una serie de reglas y tesis que Bernal Pulido enuncia en aras de consolidar el uso del principio de proporcionalidad y para defenderse de los ataques de sus críticos.

Por último, a efecto de no quedarnos exclusivamente en terrenos teóricos desde los cuales los críticos nos ven como estudiosos que han caído del sueño utópico del Derecho *(que aspiran a todo y no logran nada)* hemos incluido un capítulo sexto denominado **"LA APLICACIÓN PRINCIPIALISTA EN LA PRAXIS CONTEMPORÁNEA"** en donde se analizarán una serie de casos que se han resuelto recientemente y que dejan apreciar en plenitud la gran presencia de los principios jurídicos en el Estado Democrático Constitucional y del uso de los métodos que le son inherentes, en este sentido haremos referencia a lgunas resoluciones dictadas por las Cortes de países europeos como España y Alemania, de países americanos como *Argentina, Colombia, Estados Unidos de América y México*, y algunas instancias supranacionales como la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia.

Sirva pues esta investigación como una modesta contribución al Derecho, especialmente para reivindicar sus fines, para luchar con aquellos que tratan de suplantarlos por ambiciones de poder, fama, riqueza o simplemente maldad. Así también, para alentar a iniciar un verdadero e integral cambio de la cultura jurídica nacional, para hacer saber a sus operarios que el Derecho no es un simple cúmulo normativo, sino algo vivo, dinámico y con contexto. Creemos que es hora de levantar la vista a horizontes jurídicos más avanzados, ha llegado el momento de reivindicar al Derecho y a sus operarios y de demostrar a la sociedad que el Derecho sigue siendo una valiosa herramienta en la que reside la esperanza de las futuras generaciones, donde se garantiza no sólo la supervivencia de algunos, sino, la supervivencia digna de todos.

No quisiera despedirme, sin antes agradecer a mi tutor, el Dr. Jaime Cárdenas Gracia y a los demás miembros de mi comité tutoral, los Doctores Juan Vega Gómez y Eliseo Muro Ruíz, sus valiosos consejos, y por supuesto a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, quién me ha dado el orgullo y responsabilidad de ser su alumno y profesor. Por mi raza hablará el espíritu.

CAPÍTULO I

"EL ESTADO CONSTITUCIONAL"

I. LOS SISTEMAS NORMATIVOS Y SU ÁMBITO JURÍDICO.

En la actualidad contamos con argumentos para considerar la existencia de una relación de complementariedad necesaria entre sociedad y sistema normativo, esto es así, porque se ha demostrado que dichos ordenamientos desde su precariedad inicial ya cumplían un papel decisivo en la organización social, no obstante, cuando estos se caracterizaron por fusionar indistintamente preceptos religiosos, morales, sociales y jurídicos, reminiscencias del *fas* de los latinos, el *themis* de los griegos, el *site* de los germanos y el *drama* de los hindúes, tiempos a los que se remonta la relación directa y consecuente entre la perfección de las normas y la evolución de la sociedad humana.

Estos sistemas morales, religiosos, éticos, sociales y jurídicos, pertenecientes simultáneamente a un mismo género próximo, en cuanto a la función de normar la conducta humana, se diferencian específicamente entre sí, por sus características autónomas y heterónomas en lo que se refiere a su creador; por la conducta interna o externa que regulan; por su unilateralidad o bilateralidad de los derechos y obligaciones que establecen y por la carencia de la coacción que presentan. A pesar de las similitudes y diferencias señaladas, dichos sistemas están unidos teleológicamente por el bienestar del ser humano en lo individual y de la sociedad en lo general, aún cuando entre sus medios de consecución notemos posiciones irreconciliables, como las que se derivan de temas relacionados con la eutanasia, aborto, clonación, pena de muerte, uso de anticonceptivos, regímenes de convivencia distintos al matrimonio, etc. Bobbio explica que los sistemas normativos están compuestos por reglas muy diversas, pero que todos ellos poseen un elemento común y característico que consisten en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que otros.[1]

Por lo que respecta a la aparición del sistema normativo denominado jurídico, resulta trascendental remontarnos al pensamiento de los fundadores de la antropología jurídica: Malinowski y Radcliffe-Brown. El primero de ellos, al concluir sus investigaciones en las islas Trobriand señaló que:

[1] *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. Jorge Guerrero, Colombia, Temis, 1997, p. 5.

"En todas las sociedades debe existir un conjunto de reglas demasiado prácticas para ser apoyadas por sanciones religiosas, demasiado pesadas para que su cumplimiento sea dejado a la buena voluntad de los individuos, demasiado vitales a las personas para ser aplicadas por una agencia abstracta. Este es el dominio de las reglas jurídicas, y me aventuro a anticipar, que la reciprocidad, la incidencia sistemática, la publicidad y la ambición serán considerados como los principales factores de la maquinaria compulsiva en el Derecho primitivo."[2]

El segundo de los precursores con una apreciación más fina, consideró que *"…algunas sociedades sencillas no tienen Derecho, ya que éste sólo existe en las sociedades políticamente organizadas*."[3] Recurriendo a la enseñanza de la fábula de las abejas de Mandeville, consistente en que toda sociedad se encuentra organizada bajo una autoridad, bien pudiéramos complementar que toda autoridad que organiza necesita reglas de comportamiento, dentro de las cuales el Derecho tiene gran presencia. Bajo esta tónica Heller explica que la realidad social es una actividad humana que siempre hay que ponderar como ordenada en cierto grado, de modo que sólo existe convivencia social donde se dé una masa de hombres que mantienen entre sí relaciones dirigidas mediante normas. Sin una organización de los individuos no puede haber modo alguno de trabazón social y mucho menos de grupo social. [4]

Atienza manifiesta *que "El Derecho y el Estado sólo aparecen en aquellas sociedades en las que surge un cierto tipo de conflicto social para cuya resolución o atenuación se requiere la existencia de normas cuya eficacia sólo puede asegurarla el uso masivo e institucionalizado de la fuerza física".* [5]

Rousseau en el Contrato Social, considera que el *pacto social* no serviría de nada sino se pone en movimiento para la consecución de los fines de conservación y progreso, a través de leyes: *"mediante el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; se trata ahora de darle movimiento y voluntad mediante la legislación."*[6] Otros autores como Bonnecase razonan que *"ya no se cree, como lo hicieron muchos autores desde Montaigne, que ninguna sociedad por bárbara que fuese, haya vivido`sin leyes´. No existe o no ha existido jamás una sociedad amorfa, y toda sociedad tiene sus costumbres establecidas, sus usos transmitidos y sus leyes observadas…"*[7]

---

[2] Citado por De Sousa Santos, Boaventura, *Estado, Derecho y luchas sociales*, trad. Fernando Morales, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1999, p. 68.
[3] *Ídem.*
[4] *Cfr.* Heller, Herman, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 200.
[5] Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 2007, p. 36.
[6] Rosseau, Jean Jaques, *El contrato social,* trad. Enrique López Castellón, España, Edimat, 2000, Colección de Obras Selectas, p. 74.
[7] Bonnecase, Julien, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., trad. Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogota, Temis, 2000, p. 12.

Del Vecchio, explica que la aparición fenoménica del Derecho: *"coincide con el establecimiento de una coordinación ética entre los hombres, en razón de posibilidades y necesidades recíprocas, la determinación objetiva de las exigencias y de las obligaciones que corresponden correlativamente a los varios individuos es lo que constituye el surgir del Derecho."*[8]

En esta tesitura, resulta interesante la reflexión que realiza Bobbio al explicar que: *"nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas, creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o aquella dirección. La mayor parte de estas normas [dentro de ellas las jurídicas] se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya no nos damos cuenta de su presencia."*[9]

De las opiniones vertidas sobre el tópico de los sistemas normativos, llama nuestra atención la efectuada por Cárcova, quién sostiene que en la producción de su vida social, los hombres realizan cotidianamente una enorme cantidad de actos de sentido y efectos jurídicos, los cuales en su mayoría, no son percibidos como tales, en razón de lo que comenta: *"Existe pues, una opacidad de lo jurídico. El Derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances."*[10] A manera de ejemplo, cita que las parejas generalmente adquieren pleno sentido de los alcances del matrimonio que han celebrado, cuando una crisis los pone frente al divorcio, y establece que el fenómeno conocimiento/no conocimiento del Derecho, no sólo es cuestión de ignorancia, sino de marginalidad social, por lo que varía espacial y personalmente, según el grado de desarrollo social, cultural, económico y político.

A pesar de ser siempre objeto de críticas y de subestimaciones, el Derecho sigue enfrentando y controlando múltiples conductas, que ni la Moral, la religión, la ética y la propia sociedad han podido frenar; además, el Derecho es nuestra más importante experiencia normativa, de ahí que además de proclamarse en su honor la *frase ubi homo ibi ius (donde hay hombre hay Derecho),* actualmente se reconoce su valiosa labor para la lograr la convivencia social, en la que cada persona pueda cumplir sus

[8] Del Vecchio, Jorge, *El concepto del Derecho*, trad. Mariano Castaño, Madrid, De Reus Editores, 1914, pp. 73 y s.
[9] Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho, op. cit.*, p. 1.
[10] *Cfr.* Cárcova, Carlos María, *La opacidad del Derecho,* Madrid, Trotta, 1993, *passim*; y "Las funciones del Derecho (Ponencia presentada en el coloquio internacional sobre la teoría jurídica contemporánea)", *Revista Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, México, núm. 7, 1987, pp. 77-86.

planes de vida individualmente, sin interferir con la consecución de los ideados por sus semejantes; a este respecto es menester citar la metáfora de Santiago Nino, *el Derecho, como el aire, está en todas partes*, o la expresión de Atienza "*es difícil, pensar al menos hoy, en algún tipo de relación o actividad ajena por completo al Derecho*." En suma, *"el Derecho juega un papel fundamental en nuestras vidas desde tiempo inmemorial. Subyace a muchas de nuestras conductas cotidianas y forma parte de los esquemas de los que comprendemos el mundo pasado, presente y futuro y nos permite conducirnos en él."*[11] En este sentido, el gran reto y desafío del Derecho consiste en que sea reconocido como algo valioso y que ésta valía pueda ser comprobada en todas las acciones que realizan a diario los individuos de nuestra sociedad, y en las que indiscutiblemente el Derecho estará presente, y eso sin lugar a dudas, mejor puede alcanzarse si logramos consolidarnos como un Estado Constitucional de Derecho.

II. ESTADO DE BIENESTAR, ESTADO DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL: (UN ANÁLISIS SISTÉMICO EVOLUTIVO).

Estado y Derecho son dos fenómenos íntimamente ligados, de ahí que no resulte difícil entender por qué la evolución del Estado trae consigo una necesaria evolución jurídica y viceversa, nos queda claro que desde que el hombre habita la Tierra y vive en comunidad ha tenido la necesidad de organizarse para satisfacer sus necesidades, así pudo cazar con éxito animales que lo superaban en tamaño, así pudo distribuirse el trabajo según su destreza, con todo ello, aprendió a ser más productivo; productividad que se traducía originalmente en supervivencia. Así las cosas, y sabedores de esta necesidad organizativa, el surgimiento del Estado parece presentarse como una condición obligada independientemente de que se trate de explicar a través de teorías teológicas, naturalistas, de origen violento, del pacto social, etc.,[12] o en otras palabras, *"El poder del Estado ha sido creado por la misma sociedad, como una necesidad imprescindible en las relaciones humanas. El hombre es rebelde por naturaleza y debe ser encauzado por los senderos del bien".*[13]

Como es por todos sabido, el Estado tradicionalmente se ha concebido como *"la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación y formada por*

[11] Cáceres Nieto, Enrique, *¿Que es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, México, Cámara de Diputados, UNAM-IIJ, 2000, serie: Nuestros Derechos, p. 19.
[12] *Cfr*. Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 11ª ed., México, D.F., Porrúa, 1990, pp. 155-162.
[13] *Ibídem*, p. 303.

hombres asentados en un territorio"[14] *o como "un orden jurídico de convivencia en un territorio determinado; una forma de asociación superior a todas las formas de asociación, pues supone el monopolio y exclusividad del poder coactivo."*[15] De estas y demás similares concepciones han surgido los mayoritariamente aceptados elementos constitutivos del Estado *(territorio, población y poder político)*. Y si bien esta configuración o visión estructuralista parece seguir vigente a pesar de que algunos consideran necesario incluirle otros elementos como la cultura, la democracia e inclusive el propio Derecho, no podemos decir lo mismo de los fines del Estado y consecuentemente de las funciones que tiene que realizar para alcanzarlos, éstos por supuesto que han evolucionado de manera considerable:

> *"Así se dice que Grecia fue un Estado que vivió para la realización de la belleza; que el Imperio Romano impuso un ideal de conquista de todo el orbe, que la Edad Media se inspiró en los ideales religiosos; que el Estado del Renacimiento fue un retorno a la antigüedad clásica; que en Francia el gobierno de los Luises, fueron regímenes absolutos, manteniendo la aristocracia y la oligarquía; y el Estado moderno tiene como ideal la realización del Derecho, de la justicia social y de una justa distribución de la riqueza…"*[16]

Es pues, esta constante evolución social, cultural, política y económica de la sociedad, que a su vez se refleja en su Estado, o mejor dicho, en los fines de su Estado, y son precisamente estos fines los que han permitido identificar y estudiar desde la Teoría General del Estado, los catalogados como diferentes niveles evolutivos del Estado: (primitivo, feudal, esclavista, religioso, comunista, liberal, social y últimamente regional, etc.). En suma, son los fines del Estado los que dan lugar a su adjetivo calificativo, fines estatales que debemos entenderlos como las metas que se fija un Estado para la realización de sus funciones. Al respecto Serra Rojas explica que pueden distinguirse cuatro tipos de clasificación de los fines del Estado, cada una de éstas clasificaciones considera que: **1.** El Estado no tiene ningún fin, y por tanto, el Estado es un fin en sí mismo; **2.** El Estado si realiza fines y éstos son diversos; **3.** Los fines del Estado serán de acuerdo a las necesidades de la misma sociedad; y **4.** el Estado realiza fines exclusivos y concurrentes, entendiéndose a los primeros como aquellos que las constituciones de los Estados señalan como prioridades o tareas exclusivas del Estado, y a los segundos, como aquellas finalidades en las que participan el Estado y la sociedad de modo solidario para poder llegar a la satisfacción

[14] Jellinek, George, *Teoría del Estado*, 2ª. ed., trad. Fernando de los Ríos Urruti, Argentina, Albatros, 1943, p. 133.
[15] Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 60.
[16] *Ibídem,* pp. 675 y s.

de determinadas necesidades.[17] Por nuestra parte, consideramos que el Estado no es un fin en sí mismo, sino simplemente un importante medio para alcanzar el bienestar social y si partimos que este bienestar social sólo puede lograrse en condiciones de justicia, libertad, igualdad, etc., es obvio que todas sus actuaciones deben directa o indirectamente aspirar a su logro. Asimismo, somos sabedores de la complejidad evolutiva de nuestra sociedad, y que al Estado se le encomiendan cada vez más y difíciles tareas, transitado así de una simple tarea pasiva, a una totalmente activa, aunque lo anterior, no debe entenderse en el sentido de que la sociedad misma no tiene obligaciones para conseguir su propio bienestar.

Así tenemos que a diferencia del clásico Estado Liberal que tuvo como principal finalidad la liberación de la economía preponderantemente a través de *dejar hacer y dejar pasar,* el Estado de Bienestar o de providencia[18] busca -*independientemente de garantizar los derechos individuales limitando el poder político*- lograr a través de su activismo condiciones de igualdad en la sociedad, en el entendido de que la igualdad es un vehículo que garantiza la libertad y justicia. Es importante comentar que la responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida, debe ser entendida como un derecho social y no como una caridad pública para una minoría. En este contexto resultan interesantes las palabras de Amartya Sen, al reflexionar que:

> *"…la naturaleza del Estado de Bienestar consiste en ofrecer algún tipo de protección a las personas que sin la ayuda del Estado puede que no sean capaces de tener una vida mínimamente aceptable según los criterios de la sociedad moderna…Tal como la economía de mercado funciona poniendo en sintonía a diferentes personas, pues el Estado de Bienestar hace exactamente lo mismo. Advierte que es posible que algunas personas se adentren en una situación muy difícil, por causa de enfermedad, pueden necesitar asistencia médica y aunque tengan un patrimonio suficiente, quizá no puedan permitirse pagar los gastos, según el tipo de enfermedad, o quizá se empobrezcan o pierdan el trabajo, o puede que tengan un bajo nivel salarial u otro tipo de problemas, como discapacidades de toda suerte que les impide tener una renta decente. Lo que entonces aporta el Estado es un apoyo básico para que no caiga en ese agujero de la pobreza, no se hunda en la pobreza. El Estado de Bienestar impide que alguien llegue a un Estado de Existencia que se podría calificar de vergonzoso en la sociedad moderna…"*[19]

También se ha explicado que el Estado de Bienestar Social es:

> *"…una determinada forma de organización del poder político dentro de las economías de mercado más avanzadas, que se caracteriza por una importante cobertura (prácticamente universal) de un abanico de necesidades sociales, y que es el factor clave para hacer realidad un crecimiento estable y duradero de la actividad económica, conformándose en última*

[17] *Cfr. Ibídem*, pp. 347 y s.
[18] Es preciso recordar que este tipo de Estado de Bienestar Social se basa en las ideas e influencia, entre otros, del economista británico John Maynard Keynes, con su teoría del intervencionismo gubernamental; del plan William Beveridge de un Estado de servicio social en 1942 y de las resoluciones de la OIT de 1944 en Filadelfia.
[19] Conferencia "*El futuro del Estado de Bienestar*", pronunciada en el "Círculo de Economía" de Barcelona, febrero de 1999; en *http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm. (fecha de consulta 14 Mayo 2006).*

instancia, como garante de la economía del Estado y en general del sistema de producción capitalista. De esta forma el Estado de Bienestar pretende llevar a cabo la síntesis de términos en un principio excluyentes: la libertad económica por un lado, y la igualdad y justicia por el otro… Así pues, significa una configuración institucional y basada en un compromiso de los diversos actores dentro del proceso con el pleno empleo, una política económica anticíclica, sistemas de protección y seguridad social muy amplios, provisión universal de ciertos bienes y servicios básicos, y la existencia de un esquema claro y extendido de transferencias y de mecanismos de redistribución de la riqueza nacional en pos de reducir la desigualdad económica y social de la población."[20]

Una vez que hemos explicado al Estado de Bienestar enfatizando la conducta activa que dentro del mismo tiene el poder político para con la sociedad, es preciso indicar que esta política de bienestar resulta para la mayoría identificable como la inspiración central del denominado principio de Estado Social o en términos más jurídicos del Estado de Derecho Social, aquel que vale la pena volver a comentar, surge en contraposición del Estado Liberal, y de manera más específica, aquél que surge como solución a la conducta desobligada e indiferente del Estado frente a las carencias de su pueblo que le impiden desarrollarse dignamente.

En razón de lo anterior, es sencillo detectar que nuestros complejos Estados contemporáneos han dejado atrás su indiferencia a las carencias sociales propias de un estricto liberalismo y han evolucionado reconociendo que las políticas públicas de carácter social son parte de su teleología, situación que se explica por su necesaria y racional vinculación con las nuevas generaciones de los Derechos Humanos,[21] y por el contenido axiológico que sus constituciones han adoptado.[22] No obstante, actualmente muchos expertos han advertido que existe una crisis del Estado de Bienestar, y que tiene lugar porque el Estado al asumir en extremo su papel de benefactor sin una estrategia financiera sustentable, se va irremediablemente metiendo en una bancarrota, que tarde o temprano colapsará y empeorará las cosas de los que menos tienen, para solucionar dicha situación se propone que el Estado debe buscar esquemas para concientizar y compartir esta labor con la propia sociedad, claro está, direccionando esta actividad de un simple acto de beneficencia como muchos lo conciben (gobierno y pueblo) a una verdadera labor de planeación para reincorporar a esas clases sociales a la lucha de mercado que indiscutiblemente avanza a pasos e irreversibles.

[20] *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, Tomo III, D-E, "Vocablo: Derecho", pp. 822 y s.

[21] Si bien la considerada primera generación de Derechos Humanos se centró en los Derechos Individuales, la segunda y tercera tienen un alto contenido en Derechos Sociales que sientan las bases y explican porque actualmente se ha transitado hacia un Estado de Bienestar Social.

[22] Recordemos que fue muy criticado que las Constituciones empezaran a positivar a los Derechos Humanos, o como algunos decían, a moralizarse con ellos, pues se advertía que eran tantas cargas para el Estado que serían imposibles de cumplir, no obstante, actualmente la discusión parece hasta cierto punto superada, ahora en cambio, se discute el cómo debe el Estado cumplirlos eficazmente.

Después de reflexionar brevemente sobre la evolución del Estado hacía los caminos del Bienestar Social, ahora es turno de explicar brevemente la relación de este tipo de Estado con el Derecho. Inicialmente podemos decir, que entre más activo sea el Estado a través de su gobierno, mayor será su necesidad de contar con un Derecho eficaz y eficiente, al grado tal que el Derecho se convertirá en su principal aliado para lograr sus fines, y si estos fines de los que tanto hemos hablado son justicia, libertad, igualdad, etc., resulta obvio que una de las tareas más importantes de los Estados se traduce en crear y gozar un sistema jurídico que garantice permanentemente que todas las actuaciones busquen estas metas, así las metas del Derecho se vuelven a su vez las metas del Estado.

Nuestra historia se ha encargado de enseñarnos que las tiranías han existido pero que éstas han sucumbido, y una de las razones de su caída se debe precisamente, ya sea por su irrespeto al Derecho, y otras tantas veces parafraseando a Cicerón por aplicar un falso Derecho, es decir una serie de disposiciones injustas maquilladas como Derecho. Afortunadamente con el establecimiento de la democracia y su constante consolidación, se tienen gobiernos cada vez más incluyentes y transparentes, que al menos en términos generales -aunque aún existen lamentables excepciones- han empezado a respetar al Derecho, muchos de ellos por convicción, otros por conveniencia, pero al fin y al cabo a respetarlo, siendo resultado de este proceso lo que se ha denominado primeramente como *Estado de Legalidad*, después de manera más incluyente *Estado de Derecho*, y contemporáneamente *Estado Constitucional,* términos éstos, que más que un simple adjetivo calificativo al Estado, representan todo un movimiento de acomodo evolutivo entre Derecho y Estado, movimiento que trata de responder eficazmente a las exigencias de las complejas sociedades de hoy.[23]

Al respecto de esta evolución conjunta (Estado-Derecho) Zagrebelsky comenta:

> *"El Siglo XIX es el Siglo del "Estado de Derecho" o, según la expresión alemana el Rechtsstaat. En la tipología de las formas del Estado, el Estado de Derecho, o "Estado bajo el régimen del Derecho", se distingue del Machtstaat, o "Estado bajo el régimen de la fuerza", es decir del Estado absoluto característico del Siglo XVII, y del Polizeistaat, "El Estado bajo el*

[23] No omitimos comentar que dichos términos aunque frecuentemente suelen ser usados como sinónimos, deben ser tratados con delicadeza. El término Estado de Legalidad puede tener el problema de que quién lo use, no entienda a la Ley en su sentido amplio (como todo el contenido del Derecho), sino sólo para referirse exclusivamente a la legislación, por lo que privilegiará su cumplimiento, independientemente su constitucionalidad, como podrá apreciarse este término de legalidad es propia de la visión reduccionista de que todo el Derecho estaba contenido en la Ley. El término Estado de Derecho, podemos considerar representa un estadio evolutivo del término Estado de Legalidad, ya que con su mayor apertura (de la Ley al Derecho) supera el reduccionista término *Estado de Legalidad*. Y finalmente, el Estado Constitucional, representa un grado evolutivo del Estado de Derecho, o su perfeccionamiento, término que si bien es incluyente en cuanto a velar por el cumplimiento de todo el contenido del Derecho, pudiéramos sintetizar, lo hace de una manera especial, ya que en todo momento recuerda que la Constitución es la cúspide axiologica, y por tanto, nada ni nadie está por encima de ella, salvo los propios Derechos Humanos provenientes del Derecho Internacional, que se reconocen por la misma como Derechos Fundamentales.

régimen de policía", es decir, el régimen del despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característicos del siglo XVIII… El Estado de Derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad Estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y Derecho que constituía la quinta esencia del Machtstaat y Polizeistaat, no más rex facit legem, sino lex facit regem. Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así su vitalidad. El propio Estado Constitucional, que es la forma típica de nuestro Siglo, es presentado con frecuencia como una versión particular del Estado de Derecho…"[24]

Como podrá deducirse de lo antes planteado y de manera conjunta con la realidad de nuestros Estados contemporáneos, todos ellos aspiran a ser Estados de Derecho y de esta forma se pretende dejar atrás, una tradición jurídica reducida a la Ley, en este tenor de ideas, se ha concluido que el Derecho es mucho más que la Ley, aun cuando muchos se resisten a esa evidente realidad. Pero a pesar de que el término Estado de Derecho es una frase clave y necesaria en el vocabulario del poder y por consiguiente de uso repetitivo ¿Qué es realmente un Estado de Derecho?, al respecto podemos decir que para los angloamericanos el Estado de Derecho o *(Rule of law)* es aquél:

"…cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo; este Estado de Derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el Derecho. En este sentido, el Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario (como ocurre con el llamado "Estado de Policía" que, lejos de proponerse el mantenimiento del orden jurídico, se caracteriza por otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que ésta se proponga alcanzar)."[25]

Peczenik considera que *"La idea de Estado de Derecho presupone que los ciudadanos gozan de un alto grado de seguridad jurídica, es decir, que el ejercicio de poder público está restringido por reglas jurídicas y, por tanto, es altamente predecible "...cuanto mayor es el grado de predecibilidad del ejercicio del poder público sobre las base de reglas jurídicas, tanto mejor es el Estado de Derecho…"*[26] Este mismo autor considera como sus valores*: "Igualdad ante la Ley; accesibilidad pública a las normas de decisiones jurídicas; independencia de los tribunales de justicia; responsabilidad de quienes detentan el poder; interdependencia relativa de la validez jurídica respecto a otros sistemas normativos y axiológicos y un mínimo de Derechos Humanos y políticos."*[27]

[24] Zagrebelsky, Gustavo*, El Derecho dúctil,* 3ª ed., trad. Marina Gascón, España, Trotta, 1999. pp. 21 y s.
[25] *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, *op. cit.*, pp. 828-830.
[26] Peczenick, Aleksander, *Derecho y Razón*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara. 2003, p. 129.
[27] *Ibídem*, pp. 129 y s.

Para Raz, el Estado de Derecho consiste en:

> *"...una cantidad de principios, tales como el de (nulla poena sine lege); la obligación de que las nuevas leyes sean publicadas, sean razonablemente claras y tengan efectos a futuro; la obligación de que las sentencias judiciales se ajusten a Derecho, que se emitan tras una audiencia justa y pública ante un tribunal independiente e imparcial y que estén fundamentadas y que el público tenga acceso; y algunas otras… Como muchas otras doctrinas políticas, el Estado de Derecho puede tener distintos significados y justificaciones morales en distintos países precisamente debido a que varía en cuanto a sus detalles, y a que prospera en una variedad de entornos políticos y culturales…"*[28]

Para Heller:

> *"Sólo en el Estado de Derecho con división de poderes existe una conexión entre la legalidad y legitimidad, y esa conexión es tanto una conexión formal como material y de técnica de organización… Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una especie de predestinación metafísica, sean Derecho justo. Por ese motivo la legalidad del Estado de Derecho no puede sustituir a la legitimidad…"*[29]

Kelsen consideraba que el término Estado de Derecho no era el más adecuado, su comentario se refería a que *"...Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho"* y por tanto *"la expresión es pleonástica"*[30]; comentaba además que *"…en los hechos es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquél que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica…"*[31]

Ferrajoli explica que el término Estado de Derecho puede denotar dos cosas distintas, en su sentido lato llamado, débil o formal designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la Ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos previamente establecidos, por lo que en este sentido, son considerados Estados de Derecho al estilo alemán del *Rechtsstaat*, todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales siempre que los poderes públicos tengan una fuente y forma legal. En un segundo sentido, denominado fuerte o sustancial, Ferrajoli designa en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están vinculados a la Ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos, por lo que al estilo predominantemente italiano que ha adoptado esta concepción restringida, son Estados de Derecho, aquellos ordenamientos en los que todos los poderes incluido el legislativo están vinculados al

[28] Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, Colección Filosofía del Derecho, p. 395.
[29] Heller, Herman, *Teoría del Estado, op. cit.*, p. 239.
[30] Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 12ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002, pp. 314 y s.
[31] *ídem.*

respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los Derechos Fundamentales. Significados que como bien sigue explicando Ferrajoli en el análisis, corresponden a dos modelos normativos diferentes, el modelo paleo-iuspositivista del Estado Legislativo de Derecho o Estado Legal, que surge con el nacimiento del Estado Moderno como monopolio de la producción normativa, y el modelo neoiuspositivista del Estado Constitucional de Derecho o Estado Constitucional, producto a su vez de las Constituciones rígidas aparecidas después de la Segunda Guerra Mundial. Modelos que reflejan experiencias diferentes y que a su vez son fruto de un cambio de paradigma tanto en la naturaleza y estructura del Derecho, en la naturaleza de la Ciencia Jurídica y en la jurisdicción.[32] Así también, comenta Ferrajoli que:

> *"Es oportuno precisar que "Estado Constitucional de Derecho" y Estado de Derecho, en sentido fuerte, no son términos sinónimos. El Estado de Derecho en sentido fuerte implica que simplemente la Ley, más en general la producción jurídica, están de hecho -aunque no de Derecho- subordinadas a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes; y esto obviamente puede suceder, como demuestra la experiencia inglesa en ausencia de una Constitución formal, porque tales principios están social y culturalmente arraigados. El nexo biunívoco, hoy prácticamente generalizado entre Estado de Derecho en sentido fuerte y constitucionalismo, reside en el hecho de que las Constituciones rígidas han positivado aquellos principios, confiando la sujeción de ellos de los poderes públicos, no simplemente a su espontáneo respeto por parte de los jueces y los legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones."*[33]

Nosotros partiremos de que contemporáneamente se reserva esta expresión a aquellos Estados que cumplen ciertas exigencias. Al respecto, Jaime Cárdenas y María de la Luz Mijangos, consideran que las categorías básicas o iniciales son:

> *"…la limitación y control del poder, su origen en la soberanía popular y, su destino los Derechos Fundamentales… Como desde hace tiempo se dijo, Estado de Derecho no implica sólo que el Estado produzca y tenga leyes o normas, pues un Estado dedicado a la producción normativa, sin límites de poder, sin base en la soberanía y sin Derechos Humanos, no es un Estado de Derecho… La pura legalidad no implica que haya Estado de Derecho."*[34]

En adición, los autores antes referidos realizan un interesante recorrido por la evolución del Estado de Derecho, explicando que el Estado de Derecho del Siglo XVIII se afirmó como un Estado basado en la primacía incondicionada en la Ley, como un

---

[32] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho* (ponencia presentada en el seminario *Cambio de Paradigma en Filosofía*, fundación Juan March), trad. Pilar Allegue, Madrid, 3 al 5 de abril de 2001, *Vid.* también en Neoconstitucionalismo(s), Carbonell, Miguel (*Coord.*), 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 13 y s.
[33] *Ibídem,* p. 14.
[34] Cárdenas Gracia, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de Derecho y corrupción*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 159 y s.

entramado institucional limitado en el seno de leyes emanadas de la voluntad de asambleas representativas que tenían como destinatario a un ciudadano abstracto, en el cuál las leyes eran estables y generales, se elaboraban parlamentariamente partiendo de la igualdad formal de los ciudadanos, en el que la racionalidad estatal era formal y en donde el proceso argumental era deductivo y subsuntivo. Respecto al Estado de Derecho del Siglo XIX, éste pensaba en una sociedad homogénea (sociedad burguesa) donde el dueño del Derecho fue el Legislador, donde los otros poderes tradicionales eran meros aplicadores mecánicos, en donde el Código Civil se erigió como la Constitución, donde los Derechos Humanos fueron elitistas y excluyentes. Mientras que el Estado de Derecho del Siglo XX se configuró más allá de simples derechos civiles y políticos, que permitió tratar al ciudadano por parte del Legislador desde la óptica de su condición cotidiana de ser humano que vive, trabaja, se enferma, envejece y establece diversificadas relaciones jurídicas. En suma, como un Estado de Bienestar o Estado Social, preocupado ahora por los derechos económicos, sociales y culturales, que atiende a una sociedad heterogénea, en donde se exige al Estado un protagonismo económico, un Estado en donde para interpretar tiene que fortalecer la funcionalidad y teleología de las normas, un Estado en donde surgen necesariamente Tribunales Constitucionales y en donde los principios constitucionales comienzan a romper paradigmas del positivismo jurídico.[35]

En este contexto, Salas Villalobos expresa que:

> *"…el Estado de Bienestar trata entonces, de llevar a más miembros del pueblo su manto benefactor pero no solo con medidas políticas y legales sino con una aplicación de la Ley, y más aún, de la Constitución misma pues es en ella donde se consagran los principios rectores del Estado. Los principios que consagran las Constituciones toman principal relevancia y a la luz de ellos se debe interpretar la Ley, viendo en esta tarea una forma de llevar a cabo la tarea de servir a las necesidades del pueblo."*[36]

Lo anteriormente expuesto ratifica que el Estado evoluciona constantemente, que las tareas de bienestar social que hoy porta como estandarte sólo pueden ser logradas al configurarse dentro del ideal de Estado de Derecho, o con más delicadeza radica en la situación donde los juristas tienen un papel preponderante para su planeación y cumplimiento.

Para concluir este apartado sólo resta comentar, que en los últimos tiempos dentro del estudio mismo del Estado de Derecho, y debido al gran énfasis que se le ha dado a la Constitución, son variadas voces las que alientan que la única forma de lograr una

[35] *Cfr. Ibídem*, pp. 160 y s.
[36] Salas Villalobos, Sergio, *El control judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2006, p. 5.

vida digna en todos los sentidos, es haciendo cumplir los valiosos contenidos constitucionales, posición que ha desembocado a la aparición de la expresión Estado Constitucional, expresión que bien puede entenderse como un perfeccionamiento del Estado de Derecho, o en palabras de Zagrebelsky como una de sus versiones, sin lugar a dudas, representa el cimiento idóneo en donde puede edificarse sólidamente el modelo de Estado que hoy buscamos, un Estado de Bienestar Social. Por eso no es erróneo ni aventurado decir que gran parte del éxito de nuestros Estados contemporáneos depende del estado de constitucionalidad que logren construir.

En esta tesitura, resulta valioso diferenciar las características inherentes del clásico Estado de Legalidad, en comparación con las que presenta contemporáneamente el Estado Constitucional, y darnos cuenta que éste último puede considerarse como una evolución del mismo.Y es que si para el Estado de Legalidad es fundamental el cumplimiento de la norma-Ley; para el Estado Constitucional existen muchos temas adicionales, tales como el cumplimiento de las demás normas del sistema, pero especialmente, la justicia y la legitimidad del propio sistema, asuntos éstos últimos, que dependen en gran medida de la instauración de un gobierno limitado y el respeto a los derechos individuales básicos.[37]

Ruipérez, explica que:

> *"nos encontramos con que resulta, a todas luces evidente que el constitucionalismo aparece inescindiblemente unido al principio democrático, que se erige de manera inconcusa en el punto de arranque y fundamento último de la nueva forma de organización política del Estado. Precisamente en esta circunstancia se encuentra la esencial y trascendental diferencia entre el Estado Constitucional y las distintas formas en que el Estado, como unidad organizada de decisión y acción política, se manifestó desde su nacimiento en el Siglo XV hasta los procesos revolucionarios liberal-burgueses. Y es así mismo, en esta circunstancia donde radica la verdadera esencia de la Constitución."*[38]

Este mismo autor, nota que si en el Estado Constitucional, la Constitución es el tema relevante, sólo cabe hablar de ella en sentido moderno, es decir, cuando es el pueblo el que la establece y sanciona. En tal sentido nos muestra que la única conclusión que con lógica jurídica y política ha de tenerse en cuenta es que: *"El Estado Constituciónal es la creación de la voluntad de un pueblo que se sabe soberano y que, por ello mismo, se entiende como único sujeto legitimado para decidir cómo quiere ser gobernado".*[39] Por último, de la obra del profesor Ruíperez podemos extraer algunos sucesos que

[37] *Cfr.* Rodríguez Zepeda, Jesús, "Estado de Derecho y democracia", *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, IFE, México 2000, núm. 12, pp. 20-30.
[38] Ruipérez, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización (Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado Constitucional Democrático y Social)*, México, UNAM-IIJ, 2005, pp. 74 y s.
[39] *ídem.*

bien pueden ser considerados trascendentales para llegar al Estado Constitucional: El primero de ellos que nos remonta al propio pacto social; un segundo que nos sitúa en el hecho soberano de darse una Constitución; un tercero basado en la proclamación y puesta en marcha de la división de poderes; el de la diferencia de poder constituyente y constituido; una Constitución rígida; un instituto eficaz que salvaguarde la propia Constitución, procediéndose, si no es así, a la anulación de la actuación legislativa de los poderes constituidos ordinarios.[40]

III. LA CORRIENTE LLAMADA NEOCONSTITUCIONALISMO.

Bernal Pulido señala que Susanna Pozzolo es la pionera en la utilización del concepto neoconstitucionalismo, ya que lo empleó desde 1988 dentro de su ensayo intitulado *"Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional".*[41] Acudiendo a esta obra, nos percatamos que la la profesora de la Universidad de Génova, lo utilizó de la siguiente forma:

> *"Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, y sólo en parte a Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica."*[42]

Para la profesora Pozzolo, las características de esta corriente se sintetizan en:

> ***1) Principios versus normas.*** *Con esta formulación me refiero a la expresión de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del «todo o nada», según el cual son aplicables al caso concreto sólo prima facie. Distintas son las conceptualizaciones de estos estándares normativos, pero, en general, son vistos como valores morales positivizados. Respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general, y en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel*

[40] *Cfr. Ibídem*, pp. 88-109.
[41] Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación contitucional", trad. Josep Vilajosana, en Revista *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 339-353. También puede consultarse en el sitio de Internet *http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf (Consultada el 24 de marzo de 2007).*
[42] *Ibídem,* p. 340.

de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del propio documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica. Eso vale, en primer lugar, como recomendación dirigida al Juez constitucional, para el que se sugiere el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia. Pero, más en general, y también para ordenamientos en los que se cuenta con un órgano concentrado para el juicio de constitucionalidad de las leyes, esta tesis tiende a sugerir una interpretación de la Constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias."[43]

2) Ponderación versus subsunción. *Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios. En efecto, ligada a la tesis de los principios se encuentra una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas. Los principios necesitarían un método llamado ponderación o balanceo. Esta técnica interpretativa consta principalmente de tres pasos:* ***a)*** *en primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes;* ***b)*** *en segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso;* ***c)*** *en tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. O sea, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el Juez individual."*[44]

3) Constitución versus independencia del Legislador. *Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la Ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la «materialización» o «sustancialización» de la Constitución. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la Constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales. Esto, no ya en el sentido kelseniano según el cual la Constitución constituya una suerte de «marco» en el cual el Legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas. Sin embargo, el «contenido sustancial condicionante» cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el Derecho Natural. Derecho Natural, primero, Derecho Constitucional, ahora, Derecho, en todo caso, que el Legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La Ley, pues, cede el paso a la Constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales."*[45]

4) Jueces versus libertad del Legislador*. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Al Juez, la supuesta presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la Constitución sitúa*

[43] *Ídem.*
[44] *Ídem.*
[45] *Ibídem,* p.341.

en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el Juez interpretaba/aplicaba el Derecho independientemente del valor justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del Derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el Juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.[46]

En este mismo ensayo, donde se usó primigeniamente el vocablo *neoconstitucionalismo,* Pozzolo comenta que la corriente neoconstitucionalista se basa en un criterio prescriptivo, superando con ello el dogma descriptivista del positivismo clásico:

"Siguiendo esta línea doctrinal, también la ciencia jurídica debe asumir responsabilidades morales. No puede limitarse a una descripción del Derecho. Si hiciera esto último, en efecto, no sería de ninguna utilidad para la práctica jurídica, ya que no podría proveer un esquema conceptual de justificación de las decisiones. La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma constitucional; modelo en el que «Constitución» denota un conjunto de reglas jurídicas positivas consideradas respecto a las demás reglas, superiores o fundamentales. El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. Si la ciencia tiene la tarea de reformular y reconstruir el ordenamiento jurídico, ayudando de este modo a los juristas prácticos a solucionar los problemas que surgen de la interpretación y la aplicación del Derecho, debe usar conceptos normativos, conceptos que sin ser formulados en una perspectiva descriptiva tomen en consideración el contenido obligatorio del Derecho."[47]

Adicionalmente, Pozzolo comenta que el término neoconstitucionalismo ha entrado ya en el léxico de los juristas hace poco tiempo, y que si bien no tiene un significado unívoco, ha logrado una gran aceptación; además explica que frecuentemente es empleado como la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político y antipositivista, también nos explica que el argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización de un catálogo de Derechos Fundamentales y de la justiciabilidad de la Carta Fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto y que el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado Constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y Moral, en fin propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el Derecho real, pretendiendo poder alcanzar el ideal jurídico a través de lo que podría llamarse una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del Derecho Constitucional positivo. Asimismo, continúa diciéndonos que la argumentación anti-iuspositivista del neoconstitucionalismo *grosso modo*, se apoya en los cambios

[46] *Ídem.*
[47] *Ibídem*, p.344.

estructurales que han llevado al Estado Constitucional a modificar el Estado de Derecho, o mejor dicho, al Estado Legalista decimonónico, ahora este nuevo modelo ha introducido una Constitución que subordina a la Ley y que junto a los criterios de validez formal ha sumado los criterios de validez material capaces de condicionar la actividad legislativa incluso en sus contenidos y no sólo en sus formas. De igual forma deja en claro que en el Derecho del Estado Constitucional, el uso de la fuerza no sería uno de los elementos definitorios, sino sólo un elemento accesorio, lo que si lo definiría en cambio, sería el contenido de justicia que expresa a través de la carga axiológica que posee y que tiene como fundamental tarea la de desarrollar el bien común. De ahí que el neoconstitucionalismo entiende que el contenido de justicia es interno al Derecho, y que los principios axiológicos han dejado de situarse en el limbo de proclamaciones políticas sin incidencia jurídica práctica hasta convertirse cada día más en serio en objetivos a perseguir por los poderes públicos. En suma, Susanna Pozzolo comenta que el Derecho del Estado Constitucional formado también y sobre todo por principios, no sería apto para la aproximación rígida y poco dúctil del método iuspositivista, que finalizaría por desatender las exigencias de justicia sustancial que la realidad práctica del Derecho llevaría en sí mismo. En razón de lo anterior, el Estado Constitucional dúctil por naturaleza tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos, a una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, lo que permitiría potencializar las exigencias de justicia que cada caso lleva consigo.[48]

Prieto Sanchís, después de explicar que con la voz *neoconstitucionalismo*, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas, por cierto cada vez más difundidas en la nueva cultura jurídica, se usan ya sea para encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho que designa el modelo institucional de una forma de organización política; ya sea para explicar las características de dicho modelo; y finalmente, para hablar de la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada[49] y explicar que como tipo de Estado de Derecho, el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales antes separadas:

[48] *Cfr*. Pozzolo, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, Neoconstitucionalismo(s), *op. cit*., pp. 187-210.
[49] *Cfr*. Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2007, Serie Derechos y Garantías, núm. 5, pp. 110 y s.

"…una que concibe a la Constitución como regla del juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de lo individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco Democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida… La segunda tradición, en cambio, concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas del juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad de las relaciones laborales, etc... De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía constitucional y una correlativa desconfianza ante el Legislador… De la segunda tradición se hereda sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: Una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al Legislador sino a los jueces."[50]

También comenta que:

"…no cabe duda que el Estado Constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo… hay, al menos, dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho… El primero es la fuerte 'rematerialización' constitucional… La Constitución ya no sólo limita al Legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones, por cierto, de forma no suficientemente unívoca ni concluyente. El segundo elemento, y quizás más importante, es lo que pudiéramos llamar el desbordamiento constitucional, esto es la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución, a través del Legislador, sino que lo hacen directamente, y en la medida, en que aquélla disciplina de numerosos aspecto sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional."[51]

En otra valiosa aportación, Prieto Sanchís enfatiza que el constitucionalismo europeo de la posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que para muchos no sólo encarna una forma política inédita, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, por supuesto que se refiere al neoconstitucionalismo. Adicionalmente hace notar que dicha singularidad bien puede resumirse en un constitucionalismo de los derechos, o en otras palabras, el fenómeno de las *Constituciones materiales y garantizadas*, materiales porque presentan un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación *(valores, principios, derechos o directrices)* pero de un idéntico sentido al decir todas al poder

[50] *Ibídem*, pp. 112-114. *Vid.* también Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.
[51] *Ibídem*, pp.118 y s.

como se organiza y que es lo que puede y a veces debe decidir; garantizada porque su protección o efectividad se encomienda a los jueces, o dicho de otra manera, porque en el sistema existen normas secundarias de organización y procedimiento destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a Derechos.

Aunado a lo anterior, Prieto Sanchís hace notar que no menos importantes resultan para matizar el neoconstitucionalismo otras características, tales como la omnipresencia de la Constitución, es decir, que tiene una fuerza de irradiación o de saturación de principios y derechos en todo el sistema, al grado de que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o contradice; la presencia de una Constitución abierta y pluralista que no establece en caso de conflictos de su contenido condiciones de procedencia fijas; la utilización de la ponderación como método aplicativo de la Constitución para cada caso concreto; la necesidad de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el entendido de que no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, lo que significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a los contenidos constitucionales. Por último, concluye que el Estado Constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aún contradictorias concepciones ideológicas, preservando siempre los derechos de los individuos y de los grupos minoritarios, en otras palabras, el Estado Constitucional Democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del Legislador, pero también reservarse a la esfera de lo inaccesible por la mayoría, con esto tenemos que hay que ponderar dos principios en pugna: *el principio de la democracia*, pues ningún ámbito queda por completo sustraído a la concepción de la mayoría; y *el principio de la constitucionalidad o de la defensa del individuo* incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda tampoco absolutamente al arbitrio de la política.[52]

Comanducci después de explicar que el neoconstitucionalismo puede ser visto como una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del Derecho, hace una segunda acepción para describir los elementos estructurales del sistema jurídico-político que son descritos y explicados por el neoconstitucionalismo como teoría o que satisfacen los requisitos del neoconstitucionalismo como ideología.

Expone el profesor Comanducci que el neoconstitucionalismo a diferencia del constitucionalismo *-que por cierto no tiene una distinta propuesta teórica para destrozar*

[52]*Cfr.* Prieto Sanchis, Luis, "El constitucionalismo de los Derechos", trad. Manuel Ferrer Muñoz, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, pp. 213-235.

la hegemonía positivista-, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también como una teoría concurrente a la positivista. Así las cosas, las diversas formas de neoconstitucionalismo contemporáneo detectadas por este autor son: **1.** *Neoconstitucionalismo teórico.* Como teoría del Derecho aspira a describir los logros de la constitucionalización (resalta por ejemplo, el catalogo de Derechos Fundamentales que posee, la presencia omnipresente de principios y reglas, y las pecularíedades de la interpretación y de la aplicación de las normas, es decir, representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional, en particular a sus postulados que hoy se ven insostenibles: el Estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo. **2.** *Neoconstitucionalismo ideológico.* Este modelo no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación, subrayando particularmente de los mecanismos de tutela de los Derechos Fundamentales, considera que en los ordenamientos constitucionales democratizados se desarrolla una conexión necesaria entre Derecho y Moral, por lo que se ve proclive a entender que puede subsistir una obligación Moral de obedecer a la Constitución, poniendo énfasis en la distinción entre Constitución y Ley y la forma específica de interpretar cada una de ellas. **3.** *Neoconstitucionalismo metodológico.* Sostiene la tesis, al menos respecto al Derecho constitucionalizado donde los principios y los Derechos Fundamentales constituirían un puente entre Derecho y Moral que existe conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y Moral.[53]

Comanducci considera que la interpretación constitucional es uno de los temas importantes en el Estado Constitucional y advierte que según sea lo que se entienda por Constitución, es decir, por su objeto, se derivarán diferentes modos de entender su interpretación. Los cuatro modelos que hoy en día cree pueden distinguirse son los siguientes: **1.** El modelo axiológico que la concibe como orden: Constitución no hace referencia directa a normas sino indirectamente, acá directamente designa un orden, una estructura de la sociedad y/o del Estado que genera normas que son fundamentales. **2.** El modelo descriptivo como orden: Designa como Constitución una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder sociales y políticas. **3.** El modelo descriptivo que lo considera como norma: Designa a un conjunto de reglas jurídicas positivas consuetudinarias expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales. **4.** El modelo axiológico de la

[53]*Cfr.* Comanducci, Paolo, "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", *trad.* Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit*., pp. 82-87.

Constitución concebido como norma: Posee la misma designación que la anterior, salvo que a este se le adiciona la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico, que lo hace un valor en sí misma.[54]

Martínez Zorrilla entiende al neoconstitucionalismo, como *"un conjunto de cambios y transformaciones en los textos constitucionales en las últimas décadas, (o redondeando en el último medio Siglo), que han conllevado también una importante transformación en el papel desempeñado por ésta en el conjunto del ordenamiento, además de ciertos cambios importantes en el plano institucional, como se manifiesta por ejemplo, en el margen de libertad del Legislador o en el papel de los jueces"*[55] Además resalta, que el Estado Constitucional responde en gran medida, al cambio constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, ya que si bien en las Constituciones europeas anteriores de éste movimiento bélico se constituían como la pieza clave de mayor jerarquía y el escenario en donde se establecía el contenido institucional y procedimental, fue hasta después de éste lamentable suceso cuando empezaron no sólo a incorporar contenidos sustantivos en forma de Derechos, valores, principios, bienes o fines entre otros, sino también, se luchó para que fueran auténticas normas jurídicas y no sólo declaraciones de buenas intenciones.

García Figueroa, detalla como rasgo de la teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo, que si bien Bentham dijo que el ser del Derecho es distinto en varios países, actualmente ese ser es cada vez más semejante debido al fenómeno de la constitucionalización y la vinculación del Derecho a su dimensión ideal de deber ser, lo que se explica por el papel que juega la Constitución y su contenido iusfundamental en los actuales sistemas jurídicos, mismo que ha llegado a condicionar intensamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar nada menos que una nueva teoría del Derecho aún por definir, pero cuyo presupuesto sería el paradigma del constitucionalismo y el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, se advierte que esta nueva concepción de un Estado Constitucional se integra por una serie de teorías aparentemente dispersas pero que convergen sin violencia en una nueva actitud hacia el Derecho, presidida por cierto neorrealismo y cierto neoiusnaturalismo.

Dentro de esta pluralidad de teorías que encuentran escena en el Estado Constitucional, García Figueroa contempla, entre otras, a la *teoría de la argumentación*

[54] *Cfr.* Comanducci, Paolo, "Modelos de Interpretación de la Constitución", *trad.* Manuel Ferrer Muñoz, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005, pp. 469-499.
[55] Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa,* Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho, pp. 59 y s.

jurídica y Moral (de Alexy), el ideario garantista (de Ferrajoli), muy a menudo incorpora las objeciones (de Dworkin) o las correciones (de Coleman, y Walluchow) al positivismo (de Hart) y casi siempre tiene buen respaldo entre teóricos de los Derechos Fundamentales (de Peces-Barba) y de la dogmática constitucional (de Zagrebelsky). De ahí su éxito entre filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho. Este mismo autor, considera que el término genérico constitucionalismo o con tratamiento más preciso neoconstitucionalismo, responde a la intención de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad la teoría o el conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas. Respecto al desarrollo del constitucionalismo esboza que se ha influenciado por un aspecto material que consiste en la consabida recepción en el sistema de ciertas exigencias de la Moral crítica bajo la forma de Derechos Fundamentales; un aspecto estructural o funcional que tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales (principios) y el tipo de argumentación que éstas fomentan; un aspecto político: que replantea la relación de fuerzas de los poderes del Estado. Por último el autor de mérito, reconoce que el éxito actual del nuevo paradigma constitucionalista se explica por su oportunidad ante las nuevas circunstancias jurídicas, históricas y sociopolíticas. En cuanto a las jurídicas, al ofrecer una cobertura más amplia propia de los rasgos propios de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Desde el tema histórico, cabría afirmar que mientras el argumento de la injusticia es minimalista ya que pretende expulsar sólo las normas extremadamente injustas, el argumento de los principios presenta una virtualidad maximalista ya que pretende expandir el ordenamiento jurídico hacia un ideal, pretende optimizar las posibilidades morales del ordenamiento jurídico una vez garantizado un mínimo ético. Y desde el punto de vista socio-político, el constitucionalismo respondería mejor a las necesidades de sociedades política y culturalmente plurales. Por último, se reflexiona que mientras el positivista se concentró en el ser del Derecho frente al iusnaturalismo que lo había confundido con su deber ser, en los actuales Estados Constitucionales, el tema es *"qué puede llegar a ser el Derecho argumentativamente."*[56]

Otras aportaciones valiosas en el tema del Estado Constitucional, las realiza Mauro Barberis al explicar que el término neoconstitucionalismo reenvía evidentemente al término constitucionalismo, que éste aparece con el ataque del positivismo jurídico

[56]*Cfr.* García Figueroa, Alfonso, "La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.,* pp. 159-186.

capitaneado por Ronald Dworkin; que el neoconstitucionalismo se distingue precisamente del iuspositivismo inclusivo en cuanto hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria entre Derecho y Moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional, y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo.[57]

En este contexto del Estado Constitucional, Dworkin reflexiona que éste, es una etapa que rompe con la clásica influencia del positivismo y sus postulados de tratamiento. Así expresa que:

> *"No obstante, la influencia política del positivismo juridico ha caído en picada en las últimas décadas y ya no es una fuerza importante ni en la práctica ni en la educación jurídica. El gobierno se ha vuelto demasiado complejo para ajustarse a la austeridad del positivismo. La tesis de que el Derecho de una comunidad consiste meramente en los mandatos explícitos de los cuerpos legislativos parece natural y oportúna cuando los códigos legales explícitos pueden plantearse y proporcionar todo el Derecho que una comunidad necesita. Cuando el cambio tecnológico y la innovación comercial dejan sin embargo atrás el suministro del Derecho Positivo, como pasó de forma creciente en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, los jueces y otros funcionarios jurídicos deben recurrir a principios más generales de estrategia y equidad para adaptar y desarrollar respuestas jurídicas.La mayoría de académicos asumieron que, si realmente se necesitaba una Teoría General del Derecho, ésta debía ser más sutil que el positivismo jurídico…"*[58]

Carbonell manifiesta que el neoconstitucionalismo entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado Constitucional contemporáneo, puede ser analizado desde tres distintos niveles. El primer nivel pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial; en un segundo nivel para referirse a las consecuencias de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, relevantemente en lo que concierne a la práctica jurisprudencial de muchos tribunales; y en cuanto al tercer nivel, en los desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, suponiendo aportaciones de frontera que no sólo explican el fenómeno jurídico sino también lo crean. Carbonell advierte que lo novedoso de este modelo no radica en sus elementos, sino en la conjunción de ellos y sus efectos que pueden verse en el propio funcionamiento del Estado Constitucional y que los problemas que debe resolver el neoconstitucionalismo son la interpretación de las normas constitucionales,

[57] *Cfr.* Barberis Mauro, "Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral", *trad.* Santiago Sastre Ariza, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.,* pp. 259-278.
[58] Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortíz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2007, pp. 230 y s.

el uso del Derecho Comparado por los jueces supremos, el lugar de los Derechos Fundamentales, su proyección a las relaciones entre particulares, el alcance de los derechos sociales, el impacto de la globalización en la constitucionalización, el papel del Estado y la libertad de expresión, etc.[59]

Aragón comenta que la idea de Constitución es más antigua que su concepto, pero que sólo en la Constitución de los modernos, a diferencia de la Constitución de los antiguos, es en donde puede decirse aparece la verdadera o genuina Constitución y su correspondiente y genuino Estado: El Estado Constitucional, mismo que supone una nueva forma política histórica que viene a sustituir al anterior Estado Absoluto de la Europa continental, y que necesitó un proceso de ruptura para emanar pero que ahora permite evolucionar sin necesidad de enfrentamiento bélico. Asimismo, este autor nos dice que los Derechos Humanos como limitantes materiales del poder aparecen desde el nacimiento mismo del Estado Constitucional y se colocan como el núcleo del concepto de Constitución, y que si bien la distinción entre el poder constituyente y poder constituido, el de la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder, se erigen como notas características del Estado Constitucional, sin lugar a dudas la más definitoria de todas ellas, es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que sólo un pueblo libre es soberano, el único modo de garantizarlo es asegurando los Derechos Fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes. Derechos que se contienen en una Constitución entendida como norma jurídica jurisdiccionalmente aplicable que debe ser entendida una jurídificación de la democracia. Este mismo autor, entiende por constitucionalismo en sentido amplio, la teoría o la práctica del Estado Constitucional y detalla que para el constitucionalismo se requiere: La existencia de instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución; una cultura constitucional, pues la constitucional democrática descansa no sólo en las garantías políticas y jurídicas, sino, sobre todo, en las garantías sociales, lo que se traduce en la aceptación popular de la Constitución, de forma que la educación constitucional se presenta como condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo; se necesita un cambio de actitud del modo de hacer política que obliga a los actores políticos a aceptar las reglas del juego y conducir las contiendas políticas por los cauces de la Constitución, ya que difícilmente habrá Estado Constitucional sin una constitucionalización de ola política; una constitucionalización de la cultura jurídica, constitucionalizando el Derecho para hacer que la Constitución como

[59] Carbonell, Miguel, "El Neoconstitucionalismo en su laberinto", en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, pp. 9-15.

Derecho rija para todos y en todos los lugares; desarrollar el Derecho Constitucional para ser su fuente de inspiración; crear los profesionales jurídicos técnicamente preparados para cumplir las exigencias constitucionales; potencializar la capacidad evolutiva de las constituciones vía interpretación para adaptarlos a las circunstancias cambiantes; mentalizarse para la vigencia expansiva del constitucionalismo transnacional.[60]

Bernal Pulido, advirtiendo que el término neoconstitucionalismo es extremadamente difícil, y por lo tanto, no se puede hablar de una versión estándar del mismo, que sintetice lo acaecido en tantos países, en tantos años, y por tantos puntos de vista, y que lo ha llevado a ser una especie de cajón de sastre, comenta que se considera por algunos que el núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo, a saber puede caracterizarse porque los Derechos Fundamentales de la Constitución son principios y que se aplican judicialmente mediante la ponderación.[61]

Manuel Atienza, analizando que el Derecho evidentemente ha sufrido grandes transformaciones, y que el modelo positivista ya no puede responder a ellas, comenta que las nuevas concepciones jurídicas dentro del Estado Constitucional -que pudieramos nosotros identificarlas como neoconstitucionalistas- poseen rasgos comunes estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del Derecho, éstos son los siguientes[62]:

1) *La importancia otorgada a los principios como ingredientes necesarios -además de las reglas- para comprender la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico;*

2) *La tendencia a considerar las normas-reglas y principios no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico;*

3) *La idea de que el Derecho es una realidad dinámica que consiste -no tanto o no tan sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, también en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimietos, valores, acciones, agentes, etc;*

4) *Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación, es que es vista más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho;*

5) *El debilitamiento entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctrico de la teoría y de la Ciencia del Derecho que no puede reducirse ya a discursos meramente descriptivos.*

---

[60] *Cfr* Aragón Reyes, Manuel, "La Constitución como paradigma", en *Ibídem*, pp. 29-40.
[61] *Cfr.* Bernal Pulido, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo,* en *ibídem*, p. 301.
[62] Atienza Manuel, *"El Derecho como argumentación*", en la obra coordinada por Rodolfo Vázquez y Ruth Zimmerling, publicada con motivo de la ceremonia "Catedra Ernesto Garzón Valdés 2003", México, Distribuciones Fontamara, ITAM, INACIPE y otros, 2004, pp. 124-126.

6) *En el entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y Derechos establecidos en la Constitución;*

7) *La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas-de sujeción del Juez a la Ley- pues la Ley debe ser interpretada de acuerdo a los principios constitucionales;*

8) *La tesis de que entre el Derecho y la Moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco, incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter Moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter Moral;*

9) *La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la Moral y la política.*

10) *Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino la práctica (no sólo sobre medios, sino sino tambien sobre fines).*

11) *El debilitamiento entre las fronteras entre el Derecho y el no Derecho;*

12) *La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones -y por tanto, en el razonamiento jurídico- como característica esencial de una sociedad democrática;*

13) *Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integralidad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso; y*

14) *La consideración de que el Derecho no sólo es un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada Moral social, sino a una Moral racionalmente fundada, lo que lleva también en cierto modo a a relativizar la distinción entre Moral positiva y Moral crítica.*

La corriente crítica también ha dedicado tiempo en analizar al fenómeno neoconstitucionalista, así García Amado explica que el neoconstitucionalismo podría sintetizarse en las siguientes tesis:

a) *La Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica, la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica;* ***b****) Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística;* ***c)*** *Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados;* ***d)*** *Los jueces y en particular el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleva al cabo dicha maximización;* ***e)*** *Consiguientemente, tanto el Legislador, como, principalmente los jueces tienen acceso al contenido de esos textos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos;* ***f)*** *Este entramado doctrinal tiene como trasfondo político la*

creciente desconfianza frente al Legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura.[63]

Ahora bien, las críticas formuladas en contra del neoconstitucionalismo y que tratan de denunciar sus desventajas, son principalmente las siguientes: **1.** En el neoconstitucionalismo existe una fuerte discrecionalidad, los intérpretes hacen que la Constitución diga lo que quieren que diga y no lo que realmente dice. **2.** Manifiesta que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los Derechos Fundamentales. **3.** La ponderación es utilizado por los Tribunales Constitucionales no para fundamentar sus fallos, sino para aparentar una fundamentación de lo que quieren ellos decidir; **4.** La ponderación da aparente legitimidad al activismo judicial cuando realmente resulta violatorio de las competencias del Legislador; ***5.*** El activismo judicial es incompatible con la democracia y el Estado de Derecho; **6.** Desaprovecha la subsunción e interpretación sin necesidad de ponderación, como método que ofrece una fundamentación racional y que sí evidencia la verdadera elección del Juez; **7.** Al tratar de encontrar con la ponderación el punto de optimización de los derechos, aparenta que el sistema es coherente y completo y que para cada caso hay una solución correcta; **8.** No reconoce la existencia de principios implícitos; puede abusar en el control de constitucionalidad de las leyes en detrimento de los otros poderes.[64]

En razón de lo anterior, García Amado concluye que:

"…me parece que muchas de las tesis del llamado constitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos, como tan perspicazmente vio Kelsen, siempre tan denostado por sus colegas más ambiciosos…"[65]

A manera de reflexión final, no cabe duda que la corriente jurídica llamada *neoconstitucionalista* o bajo el nombre de *neoconstitucionalismo,* es la idónea para entender al Estado Constitucional, para saber ¿Cómo opera?, pero también para establecer ¿Cómo debiera operar?, venciendo así, a los análisis simplemente descriptivistas, que si bien ayudan a entender un sistema jurídico, poco hacen para potencializarlo, al no criticar y desenmascar lo que debiera cambiar en aras de su mejor

[63] García Amado, Juan Antonio, "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en *Ibídem,* pp. 239 y s.
[64] *Ibídem*, pp. 237-264.
[65] *Ibídem*, p. 264.

funcionamiento y el cumplimiento de sus fines. Es tiempo decambiar, de los ojos descriptivistas a visiones valorativas y propositivas, obviamente argumentadas.

IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UNA EXPLICACIÓN DESDE SUS ESTUDIOSOS.

Anteriormente se mostró en términos de la teoría del Estado, la evolución del Estado Liberal al Estado de Bienestar Social, cada uno con sus propias críticas. Asimismo, se analizó la transición jurídica de un Estado de Legalidad a uno de Derecho, y últimamente debido al énfasis constitucional, del Estado de Derecho al llamado Estado Constitucional, como se ha dicho, para muchos el estadio más acabado del Estado de Derecho.

En consecuencia, de la importancia cada vez más creciente del Estado Constitucional, *(también bautizado como Estado Democrático Constitucional, o Estado de Derecho Democrático)* y al cumplimiento de sus exigencias, especialmente en la actividad jurisdiccional superior, su estudio se ha vuelto una necesidad para los juristas, sin su estudio *-aun crítico-* simplemente no pueden ni podrán comprender el cambio evolutivo del Derecho, y en consecuencia, sus actuaciones se verán fuera de realidad, incongruentes con las decisiones judiciales superiores, es decir, quedarán en un mundo jurídico descontextualizado, sin respuestas a los problemas modernos, sin argumentos para defender su actuación. No obstante, la creciente pronunciación de diversos autores sobre el Estado Constitucional, creemos que contemporáneamente, los juristas ideológicamente más sobresalientes son los siguientes:

A. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE PETER HÄBERLE.

Si hemos de hablar del Estado Constitucional resulta necesario referirnos a Peter Häberle, uno de sus principales ideólogos, por lo que hemos sintetizado su pensamiento dentro de la teoría del Estado Constitucional en los siguientes puntos, que nos presentan una perfecta representación de lo que es y busca el Estado Constitucional:

- *El concepto de Estado Constitucional une al Estado y a la Constitución."*[66]
- *El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división*

[66] Häberle, Peter, "El Estado Constitucional Europeo", *Revista cuestiones judiciales*, México, núm. 2, 2003, pp. 2-8, en *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art4.htm. (Consultada el 15 de junio de 2006).*

de poderes, por los Derechos Fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la intendencia de los tribunales; hay buenas razones para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior la Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia…[67]

- *En el Estado Constitucional se requieren instrumentos y procedimientos gracias a los cuales la Constitución se adapte en forma flexible, como instrumento público, a los acontecimientos de la época, sin detrimento de su sentido: a saber como estímulo y límite…*[68]
- *La Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir incluye a la sociedad constituida. Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (tolerancia).*[69]
- *La división de poderes como principio constituyente se convierte en tarea de la política jurídica.*[70]
- *Las opiniones y prácticas, que no son jurídicas en sentido estricto, en la sociedad constitucional… contribuyen a la conformación de la sociedad abierta.*[71]
- *Siguiendo la filosofía del 'espíritu abierto' [Popper], la Constitucionalización permite la apertura hacia adelante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias [apertura hacia atrás] y abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia.*[72]
- *A favor de la dignidad de la persona obliga al grado máximo de tolerancia-la que permite la plenitud de la interpretación-claro está con ciertos límites de tolerancia, que se hacen tanto más indispensables cuanto más se convierte la tolerancia en parte integrante del consenso constitucional básico, el cuál difícilmente se puede formalizar como tal en términos jurídicos… [constitucionales.]*[73]
- *La lista de temas del Estado Constitucional está abierta…en un mundo de transformación cambian también los temas constitucionales…*[74]
- *El tema del Estado Constitucional toca al mismo tiempo a la ratio y la emotio, e implica el principio de esperanza. Tanto la teoría de la Constitución como el tipo del 'Estado Constitucional deben conceder al ser humano espacio para un 'quantum de utopía', no sólo en la forma de ampliación de los límites de las libertades culturales y su promoción [¡también de las religiones!], sino incluso de una manera más intensa, en la medida en que los textos constitucionales normen esperanzas [por ejemplo, la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda, que constituyan por lo menos "deseos de utopía" concretos]. El principio de Esperanza [E Bloch]…el "principio de responsabilidad" [H. Jona]) como por ejemplo, en la protección del medio ambiente, estimulan una fructífera evolución constitucional, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable. En la medida en que los textos constitucionales se encuentren fundamentalmente apartados de las utopías en su dimensión jurídica, por su naturaleza propia así deban mantenerse, pueden, no obstante, ser utopía en algunas de sus partes. El principio de Estado Social era un pedazo de utopía en la época de H. Heller (1930) y también lo fue inicialmente en 1949 la Ley Fundamental de Bonn."*[75]
- *Debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado Constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. Al mismo tiempo la concepción culturalista de las Constituciones gana en capacidad de convicción: La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas*: *para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico un 'mecanismo normativo', sino también expresión de un estadio de*

---

[67] Häberle, Peter, *El Estado Constitucional, trad.* Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, 2003, p. 3.
[68] *Ídem.*
[69] *Ídem.*
[70] *Ibídem,* p. 4.
[71] *Ídem.*
[72] *Ídem.*
[73] *Ídem.*
[74] *Ibídem*, pp. 6 y s.
[75] *Ibídem,* p. 7.

desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo espejo de su patrimonio cultural fundamento de sus esperanzas…[76]

Asimismo este autor en otra de sus obras reivindicaría que la Constitución al ser cultura, significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. [77]

- *La calidad de una Constitución en el Estado Constitucional se mide por las funciones que aquélla debe desempeñar y por la posición y los valores reales y vividos que ha adquirido en una sociedad abierta. Entre las funciones de la Constitución se pueden mencionar: no permitir que haya más Estado del que la Constitución misma constituya; ser estímulo y límite…; ser norma y tarea; limitar al poder Estatal y al social; garantizar un proceso político libre; así como ser un proceso público (lo que se expresa por ejemplo, en los votos particulares de los jueces constitucionales, los cuáles pueden desplegar fuerza normativa con el tiempo… Pero sobre todo, la Constitución tiene que ser cultura, como forma marcada que se desenvuelve de manera vital… En mi opinión, la Constitución no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano.* [78]
- *El mercado no es la medida de todas las cosas, ni es la medida del ser humano. El homo economicus es una figura artística desviada, la imagen del ser humano del Estado Constitucional no es idéntica a la del maximizador racional. El ser humano vive también de su emotio y no sólo piensa en la utilidad económica; el gen cultural de la humanidad no es una magnitud que pueda reducirse solamente a lo económico.*[79]
- *Se trata de que los Tribunales Constitucionales sean precursores y se ganen la confianza a través de resoluciones inteligentes, sobre todo, en lo que respecta a los cuestionamientos de la democracia.* [80]
- *En referencia al paradigma de la mesa redonda 'En el Estado Constitucional' son útiles las teorías del contrato social, ante todo en la variante de Kant, como piedra de toque de la razón, o también en la versión de John Rawls ('el velo de la ignorancia') siguen siendo útiles en el Estado Constitucional. Nosotros tenemos que construir la Constitución, así como al Derecho y al Estado en cuanto aspectos particulares de ella, 'como si' descansaran sobre un contrato de todos con todos (en el sentido de Locke). El pacto constitucional de los padres peregrinos del Mayflower, el juramento de 'Rütli' en Suiza (1291), y los posteriores desarrollos del modelo contractual, son acontecimientos reales y afortunados, que nosotros tenemos que integrar en el concepto de Constitución con siempre renovada tolerancia y entendimiento de todos. La democracia de concordancia suiza o el federalismo recurren al modelo de contrato más fácilmente que el Estado Nacional Centralizado. Y, sin embargo, una idea ha saltado como una chispa del annus mirabilis de 1989: el paradigma de la 'Mesa Redonda'. Inventado (quizás debería decirse: descubierto) por la Solidarios de Walesa, este paradigma ha escrito historia mundial y ha hecho historia constitucional, en la transición de los sistemas totalitarios a la sociedad abierta del Estado Constitucional. Por todas partes se llega a la Mesa Redonda, últimamente quizás en Codesa, Sudáfrica. La Mesa Redonda puede fundamentarse en la teoría constitucional, inordinarse a la ciencia de la cultura y legitimarse en el discurso teórico del consenso. La Mesa Redonda simboliza una comunidad política en la que muchos coexisten en pie de igualdad, unos con otros. La igual distancia y proximidad de todos los miembros, la reconstrucción del diálogo de unos con otros, rompe con las estructuras totalitarias de poder. Es la mejor transposición visual del igualitario "entenderse y tolerarse" que caracteriza a las Constituciones pluralistas. El círculo y la mesa (redonda), esa metáfora podría considerarse algo así como un 'gen cultural' de la humanidad.*[81]
- *La Constitución del pluralismo debe ser reivindicada hoy especialmente en tres campos: en el ámbito nacional, en la exigencia de federalización o de regionalización y en la apertura*

[76] *Ibídem*, p. 5.
[77] *Cfr.* Häberle, Peter, "El Estado Constitucional Europeo"*, Revista cuestiones judiciales*, *op.cit.*, pp. 2-8.
[78] Valadés Diego y Fix-Fierro Héctor, "Entrevista con Peter Häberle", en *Conversaciones académicas con Peter Haberle*, *trad*. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, febrero de 2003, pp. 165 y s.
[79] *Ibídem*, p. 177.
[80] *Ídem.*
[81] *Cfr.* Häberle, Peter, "El Estado Constitucional Europeo", *Revista cuestiones judiciales*, *op. cit.*, pp. 3-6.

de todos los Estados Constitucionales hacia la comunidad internacional ('Estado Constitucional cooperativo').[82] *Además en torno a las perspectivas del Estado Constitucional Europeo y su espíritu inclusivo comenta que: 'La representación del Estado Constitucional europeo' no puede ser única: una nueva forma de 'eurocentrismo'. No puede hacerse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes. Así, deben conservarse los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica. También debe intentarse el diálogo con los países islámicos. La 'universalidad' de los Derechos Humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La 'paz perpetua' en el sentido de Kant y (aquí necesita la sociedad abierta 'utopías concretas') permanece como un proyecto obligado. En el Estado Constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.*[83]

- *Respecto a las minorías, aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, etcétera, de las minorías pertenece, en mi opinión, al nivel de crecimiento actual del Estado Constitucional y tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos.*[84]
- *En materia de Interpretación constitucional, considera como principios de ella, el de unidad de la Constitución, el de concordancia práctica, el de interpretación conforme, y el favorable a los Derechos Humanos.*[85]

B. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE LUIGI FERRAJOLI.

Refiriéndose al Estado Constitucional de Derecho y al constitucionalismo rígido, comenta que éste movimiento ha logrado transformaciones que pueden ser percibidas en la nueva realidad jurídica, mismas que podemos sintetizarlas de la siguiente manera: **La primera** se refiere a las nuevas condiciones de existencia y validez de las normas. *"Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no sólo de la forma de producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales."* [86] **La segunda,** atiende al hecho de que cambia el estatuto espistemológico de la ciencia jurídica.

"…la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto en el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que pone también éstas prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la Ciencia Jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas."[87]

---

[82] *Ibídem*, pp. 8-11.
[83] *Ibídem*, pp. 21-24.
[84] *Ibídem*, pp. 10-14.
[85] *Cfr.* Häberle, Peter, *Métodos y principios de la interpretación constitucional*, *trad.* Hector Fix Fierro, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, Tomo I, *op. cit*., pp. 673-700.
[86] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho (ponencia presentada en el seminario Cambio de Paradigma en Filosofía", fundación Juan March, del 3 al 5 de abril de 2001 Madrid), *trad.* Pilar Allegue. *Vid.* también la obra colectiva N*eoconstitucionalismo(s),* Carbonell, Miguel (Coord.), *op. cit.,* p. 18.
[87] *ídem.*

La **tercera** concierne en que se altera el papel de la jurisdicción:

> *"…aplicar la Ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la Ley misma que el Juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica…"*[88]

Como **cuarta** transformación tenemos la subordinación de la Ley a los principios constitucionales lo que *"equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa"*[89]*,* en torno a estos cambios paradigmáticos comenta que *"…de este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado Constitucional de Derecho. Ésta ya no es sólo (de mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados…"*[90] Otro dato interesante de la obra de este autor italiano, es que contempla la difícil pero realizable tarea de un Estado de Derecho Internacional, argumentando que esta categoría puede llevarse a cabo con la anuencia de los países más poderosos del orbe.[91] Es importante también comentar que para Ferrajoli, una tal dimensión sustancial del Estado de Derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia, y esto es así, porque la constitucionalización rígida de los Derechos Fundamentales sirven para injertar una dimensión sustancial no sólo en el Derecho sino también en la democracia. Así las cosas, considera necesario dentro del Estado Constitucional, no sólo garantizar una democracia formal *(la que hace referencia al qué y cómo de las decisiones)* sino también una democracia sustancial (que se refiere al qué no puede decidirse ni siquiera por la mayoría, o puede ser decido por cualquier mayoría, en suma la que encarna la esfera de lo indecidible o decidible). Asimismo, apunta como rasgo del Estado Constitucional, que éste se vuelve escenario de la constante pugna entre el ser y el deber ser del Derecho, lo que se materializa en la aparición de un sistema con alto grado de antinomia y de lagunas, pero más que una preocupación para el autor en

[88] *Ibídem,* pp. 18 y s.
[89] *ídem*, p. 19.
[90] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4ª Ed., trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p. 67.
[91] *Ibídem*, pp. 148-177.

comento, este escenario: *"es la condición previa del Estado Constitucional de Derecho como la dimensión sustancial de la democracia".*[92]

Ferrajoli concluye que el constitucionalismo puede concebirse como un sistema de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y especialmente por los principios y los Derechos Fundamentales en ellas establecidos a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. Y que es precisamente esta transformación de un nuevo modelo de Derecho aunado a una consolidación de la democracia, lo que ha fructificado en el Estado Constitucional de Derecho, un cambio del que la cultura jurídica y política aún no ha tomado plena conciencia, y del que todavía estamos lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía. [93]

C. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE ROBERT ALEXY.

Para Alexy el Estado Constitucional Democrático se inspira en 6 principios: dignidad humana, libertad, igualdad, los relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, el democrático y el social.[94] En su concepto de validez del Derecho, oponiendo el legalismo sobre el constitucionalismo caracteriza el cambio en cuatro fórmulas: ***1****. Norma en vez de valor;* ***2****. Subsunción en vez de ponderación;* ***3****. Independencia del Derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución;* ***4.*** *Autonomía del Legislador democrático dentro del marco de la Constitución, en lugar de omnipotencia del judicial apoyada en la Constitución*.[95]

Asimismo, este autor ha dedicado gran parte de su obra a tratar temas que pueden ser considerados de primer plano dentro del Estado Constitucional, éstos son los relativos, a los Derechos Fundamentales, los principios que los encarnan, la proporcionalidad como método de resolución de conflictos entre principios, argumentación, etc.

D. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE RICCARDO GUASTINI.

Este autor considera una lista no exhaustiva de 7 condiciones que al menos, un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado impregnado de normas constitucionales:

---

[92] *Ibídem*, pp. 23-25.
[93] *Cfr*. Ferrajoli, Luigi, "Sobre los Derechos Fundamentales", trad. Carbonell, Miguel, en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, *op. cit*., pp. 71-89.
[94] *Cfr.* Alexy, Robert, "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático", trad. Alfonso García Figueroa; en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 311
[95] *Ídem.*

1. *Una Constitución rígida. Así pues cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional. La Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta.*[96]

2. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque este formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución.*[97] *A grandes rasgos se pueden distinguir tres modelos: el control a posteriori in abstracto sin efectos generales, control a priori in abstracto y el control a posteriori con efectos generales.*

3. *La fuerza vinculante de la Constitución. No de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o de su contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante susceptible de producir efectos jurídicos.*[98]

4. *La sobreinterpretación de la Constitución. La Constitución puede ser interpretada -o más bien sobreinterpretada- de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando una Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de Derecho Constitucional… No existe Ley que pueda escapar al control de la legitimidad constitucional.*[99]

5. *La aplicación directa de las normas constitucionales.... en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier Juez en ocasión de cualquier controversia, de ahí que no sólo se puedan ser usados por las cortes constitucionales.*[100]

6. *La interpretación conforme a las Leyes. La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la Ley con la Constitución… El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una Ley que, de otra forma, debería ser declarada constitucional.*[101]

7. *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Esta depende de diversos elementos, dentro de ellos,: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces y la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos…*[102]

En otra de sus obras Guastini, aclara que los Estados Contemporáneos necesitan una *"Constitución viva"* lo que denota el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política.[103]

E. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE JOSEP AGUILÓ REGLA.

Este autor destaca las siguientes características del Estado de Derecho Constitucional:

[1] *Los Estados Constitucionales se caracterizan por contar con una Constitución rígida o formal y ello implica siempre –como mínimo- una diferencia de grado ante las otras fuentes del Derecho.*

---

[96] Guastini Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", trad. José María Lujambio, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 51.
[97] *Ibídem,* pp. 51 y s.
[98] *Ibídem*, p. 53.
[99] *Ibídem*, p. 54.
[100] *Ibídem*, p.55.
[101] *Ibídem*, p. 57.
[102] *ídem*.
[103] *Cfr.* Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", *trad.* Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s), op. cit.,* pp. 15-27.

[2] *Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. Se trata, pues, de Constituciones constitutivas y regulativas. Así incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que desde el constitucionalismo se consideran legítimas, es decir idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad) las formas de acción política propias del Estado Democrático y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la exclusión política). Pero también, la Constitución del Estado Constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que esos valores y fines se han incorporado a la Constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las Constituciones han incorporado los derechos y principios liberales y los derechos y principios del Estado Social.*

[3] *La Constitución que responde a los lineamientos normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado Constitucional formal debe ser aceptada como si contuviera el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de Estado Constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental. Es decir para hablar de Estado Constitucional, la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tienen que ser usada desde los cánones del constitucionalismo.*[104]

También comenta que resulta relevante mostrar que dentro del constitucionalismo y de los Estados Constitucionales se produce una cierta evolución que consiste en pasar de interpretar los derechos y los principios constitucionales como exigencias que centralmente le imponen límites negativos a las acciones política y jurídica legítimas, a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas.[105]

Nos parece que esta última afirmación de Aguiló Regla, es fundamental para ver el grado de evolución que se pretende hacer notar en un Estado Constitucional de Derecho, pues saben que no basta poner Derechos Fundamentales como límites al poder público legitimado, sino lograr que los hagan parte de la política y cultura misma, con el objeto de hacer una clara defensa de los derechos de los ciudadanos. Así nos expresa Aguiló que la Constitución en un Estado es en cierta forma la fuente misma del Estado Constitucional de Derecho, al decir: *"Esta evolución tal vez podría resumirse en la fórmula de la consideración de la Constitución como límite al orden jurídico a la consideración del orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales"*[106] Asimismo, expone que en términos generales suele considerarse que la Constitución democrática y regulativa *(propia del Estado Constitucional)* tiene que ser abierta para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo. En este sentido también explica, parece

[104] Aguiló Regla, Josep, L*a Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá, Palestra-Temis, 2004, pp. 50-52.
[105] *Ibídem*, p. 56.
[106] *Ibídem*, p. 57.

ser que la Constitución abierta tiene que ser una Constitución relativamente imprecisa.[107]

F. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE GUSTAVO ZAGREBELSKY.

El paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional en la visión de Zagrebelsky, representa todo un cambio genético del Derecho, al expresar que: *"…si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado Constitucional actual, se advierte que más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho,"*[108] muestra en su famosa obra el *"Derecho Dúctil"*, que las transformaciones que hoy representan la formula del Estado Constitucional, son entre muchas otras las siguientes:

> ***1.*** *Supremacía Constitucional. La Ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución.*[109]
>
> ***2.*** *Completa sujeción de los órganos de Estado al Derecho. Con ello se realiza de la forma más completa posible el principio de gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres. En esta sujeción se incluye al poder legislativo.*[110]
>
> ***3.*** *Identifica a los verdaderos Estados de Derecho Constitucional. Perfecciona la distinción de Estados de Derecho, antes demasiado simplista y carente de contenido, bajo el que cualquier Estado por sólo tener un orden jurídico y por el simple hecho de cumplir la Ley, sin importar su contenido axiológico, podía ser un Estado de Derecho. Con esta nueva cultura no sólo se debe cumplir la norma, sino también cuestionar su legitimidad axiológica constitucional.*[111]
>
> ***4.*** *Coherencia intrínseca del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, deben expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario, se ocasionaría una suerte de guerra civil en el Derecho vigente, paso previo a la anarquía en la vida social.*[112]
>
> ***5.*** *De la aparente sociedad homogénea a la realmente heterogénea. En el Estado Constitucional, se deja atrás una sociedad política monista o monoclase y se apertura el Derecho a una heterogeneidad política antes neutralizada, sitiada y sin expresión en los contenidos del Derecho ni en los fines del Estado.*[113]
>
> ***6.*** *La crisis de la generalidad y abstracción. La generalidad y abstracción empieza a reducirse, esto con motivo de los postulados del Estado Social en donde se admite la diversificación de los grupos sociales y sus distintas y peculiares necesidades y Derechos.*[114]
>
> ***7.*** *En la actividad del jurista. Se pasa de un mero servicio a la Ley inspirada en buscar la voluntad del Legislador a una actividad que pretende resolver eficaz y eficientemente los casos que la realidad presenta.*[115]

---

[107] *Ibídem*, p.135.
[108] Zagrebelsky, *El Derecho dúctil, op. cit.,* p. 34.
[109] *Cfr*. *Ibídem*, pp. 33 y s.
[110] *Ibídem*, p. 34.
[111] *Ibídem*, pp. 22-24.
[112] *Ibídem*, pp. 30 y s.
[113] *Ibídem*, pp. 29-32.
[114] *Ibídem*, pp. 29 y s.
[115] *Ibídem*, p. 33.

8. *La heterogeneidad del Derecho. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado Democrático y Pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en el ordenamiento jurídico. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el Derecho que exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia jurídica a sectores anteriormente abandonados.*[116]

9. *Pluralidad de Fuentes. A razón del reconocimiento del pluralismo político-social, los ordenamientos actuales también son el resultado de una pluralidad de fuentes que provienen de distintos grupos y sus realidades. Estas nuevas fuentes necesitan a pesar de sus diferencias unirse a los principios y valores constitucionales.*[117]

10. *El Legislador en el Estado Constitucional. El Legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como parte del Derecho, y no como todo el Derecho. Pero pueden pretender tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su Derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Esto logra la presencia de un verdadero Estado Constitucional Democrático.*[118]

11. *Los jueces en el Estado Constitucional. Hoy ciertamente los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho desconocida anteriormente, pero los jueces no son los señores del Derecho en el mismo sentido que lo fue el Legislador en el pasado Siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derechos y justicia (control de constitucionalidad). El Derecho en el Estado Constitucional no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.*[119]

12. *Los principios y su coexistencia. Los Estados Constitucionales no deben aspirar a un solo principio o valor absoluto, sino a los muchos principios y valores que coexisten preferentemente en sus Constituciones y que conforman la convivencia social. De ahí la importancia de lograr el máximo cumplimiento de cada uno de ellos. Esta pluralidad y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hacen que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia de su ponderación.*[120]

Como podrá observarse, Zagrebelsky insiste en la necesidad de superar la cultura del legalismo por el constitucionalismo, concluyendo que *"Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de éste carácter esencial del Derecho de los Estados Constitucionales actuales, quizá podríamos usar la imagen de ductilidad, ya que ella representa las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal."*[121] Asimismo, es consciente refiriéndose a este nuevo modelo y a sus exigencias que, *"se podría decir simplificadamente que aún no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas"* de ahí la necesidad de esforzarnos para alcanzarlo y perfeccionarlo.

En otra valiosa intervención Zagrebelsky no pierde oportunidad en reafirmar el papel trascendental de los que identifica como los guardianes de las constituciones democráticas, es decir, de los jueces constitucionales. Así también, reflexiona que las normas de la Constitución no deben ser interpretadas como un simple contrato, como

[116] *Ibídem*, pp. 36 y s.
[117] *Ibídem*, pp. 40 y s.
[118] *Ibídem*, p. 153.
[119] *Ídem.*
[120] *Ibídem*, p. 125.
[121] *Ibídem*, pp. 14 y s.

una decisión administrativa y ni siquiera como una Ley emanada de voluntades políticas contingentes, es así, porque la carta fundamental requiere especificidad interpretativa, ya que la interpretación de la Constitución es un acto de adhesión o de ruptura respecto a tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las que las constituciones forman parte. Asimismo, Zagrebelsky advierte la conveniencia y relevancia de que los jueces usen el Derecho Comparado ya que explica que cuando la jurisprudencia nacional utiliza las jurisprudencias supranacionales no presupone la existencia de una preponderante dimensión de Derecho supra-constitucional, asimismo, insiste que estamos hablando no de un caballo de troya sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, a través del cuadro de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico. Es como recurrir a un amigo con gran experiencia para resolver un problema difícil, permitiéndonos pensar mejor, evitar desvelos innecesarios, extender nuestra perspectiva, enriquecer nuestras argumentaciones, poner bajo la luz puntos de vista que quizás de otro modo serían ignorados. Por último, reflexiona Zagrebelsky: *"El Derecho Comparado sirve como un espejo que me permite observarme y comprenderme mejor" y "como regla general la Constitución viviente gusta más a quién trabaja para la extensión de los derechos y menos a quién opera en dirección opuesta…"*[122]

G. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE RODOLFO L. VIGO.

Este profesor argentino comenta que para completar la transición cultural de un Estado de Ley a uno de Derecho, es necesario lograr evolucionar en los siguientes apartados dentro de la cultura jurídica, a pesar de la presencia de ciertas nostalgias decimonónicas que tratan de contener éste cambio irreversible comprobable en nuestra realidad.

1. Del normativismo al principialismo. Una de las claves para entender el nuevo escenario es precisamente prestar atención no sólo a las normas y a la visión jurídica exclusivamente normativista del modelo decimonónico, sino también a los Principios Jurídicos y cómo ellos empiezan a ser invocados recientemente. Los principios son Derecho concentrado que puede justificar a diferentes normas, y por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas. Al

[122] Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces Constitucionales", trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, pp. 91-104.

respecto cabe reconocer que la constitucionalización, la consagración y operatividad de los Derechos Humanos que muestran los actuales Estados, han sido una fuente importante para potenciar a los principios, dado que ellos encontraron en su cobertura el modo del reconocimiento de su vigencia por parte de los juristas. Sólo si sabemos más de los principios sabremos más del Derecho, y éstos pueden ser un instrumento insustituible para ordenar y justificar todas las respuestas.[123]

2. De la validez jurídica a la validez ética. La moralidad o eticidad bajo el rótulo de los principios, de los Derechos Humanos, del Derecho Natural, de la justicia u otros nombres, significa en el Derecho un coto vedado o indisponible que resiste lo que las autoridades establezcan o reconozcan. Por eso si no ampliamos la comprensión del Derecho a aquella juridicidad intrínseca, *per se, o propio vigore*, corremos el riesgo de confiar en la validez jurídica de ciertas normas jurídicas vigentes, que sin embargo, luego se descubre que no lo eran en razón de exigencias jurídicas que no habían sido consideradas y que resultan violentadas por las mismas, como ejemplo la experiencia alemana.[124]

3. Del sistematicismo jurídico a la tópica. A los operadores jurídicos seguramente no les cuesta mucho constatar que la realidad jurídica poco tiene que ver con aquel hermoso sistema jurídico diseñado a la luz de sus cinco exigencias (*unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía)*, ya que no es fácil establecer donde empieza y termina el Derecho *(pensemos en los Derechos Humanos implícitos)*, cuál es su jerarquía *(llamemos la atención de la costumbre y jurisprudencia constitucional),* su coherencia *(antinomias jurídicas)*, su completitud *(lagunas jurídicas)*, economía (uso reiterado sin beneficio de los mismos significados en distintos niveles). En definitiva, la pretensión del jurista será más modesta y se contentará con un sistema tópico o de principios o un sistema flexible, poroso o débil que es puesto a prueba en cada caso y, donde sólo desde una mirada diacrónica, se pueden perfilar los criterios que definen un sistema modesto que se confirma o se corrige frente a la solución que brinda a los problemas jurídicos que van apareciendo.[125]

4. Del legalismo al constitucionalismo. Dejando atrás el viejo modelo jurídico paleopositivista o decimonónico, la Ley es objeto de un control de su validez determinado por el contenido de la Constitución, la que encarna el *higher law*. La constitucionalización del Derecho supone que cualquier especialista está interpelado siempre de manera directa o indirecta por la norma fundamental y el jurista debe

[123] *Cfr.* Vigo, Rodolfo Luis*, De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 4-6.
[124] *Ibídem*, pp. 6 y s.
[125] *Ibídem*, pp. 7 y s.

buscar siempre en ella la respuesta jurídica que necesita. Es cuestión, pues, de tomar a la Constitución en serio. Este nuevo Estado configurado implica afirmar la soberanía de la Constitución más que la propia soberanía Estatal, y promover un constitucionalismo que además de regir en el Derecho Público, alcance al Derecho Privado, y un constitucionalismo que se extienda a lo internacional. [126]

5. Del cientificismo a otros saberes jurídicos. No se trata de olvidar y marginar la Ciencia Jurídica, sino de reivindicar a lo otros saberes jurídicos, en particular al iusfilosófico y al jurisprudente como modos de alcanzar la integralidad del saber jurídico, con sus conexiones y correcciones. El reductivismo cientificista le sustrae a la razón los fundamentos y los fines del Derecho como la resolución concreta de problemas jurídicos. Así, el poder termina dominando el contenido del Derecho y se remite a un diálogo de debates y propuestas entre sordos. Aquellas sentencias que se apoyan en valores o que reivindican una solución racional y razonable para el caso en concreto requieren para ser argumentadas y comprendidas de una perspectiva cognoscitiva superadora del reductivismo cientificista decimonónico.[127]

6. De la nómina exhaustiva de las Fuentes del Derecho a su desbordamiento. Actualmente es necesario dejar atrás la visión de que todas las fuentes del Derecho se centraban en la Ley, de modo que las restantes se definían en relación y coherencia con la misma; así se reconocía validez a la costumbre jurídica supletoria e interpretativa pero se le negaba la derogatoria; a los principios sólo se les admitía en supuesto de imperfección legal y a la jurisprudencia con mucha dificultad se la podía reconocer en cuanto fuera reiterada y del Máximo Tribunal. Y es que resulta demasiado evidente cuanto Derecho está vigente y que estrictamente no ha emanado del Estado, e incluso que éste se resiste a reconocerlo; que también hay Derecho proveniente de los espacios jurídicos comunitarios o internacionales, que además, hay Derecho en los otros poderes del Estado especialmente en toda la administración, y todo aquél que proviene de la sociedad y sus integrantes.[128]

7. Del juridicismo a su superación. Hoy parece bastante claro que para reconocer y operar con el Derecho se necesita de muchos otros saberes que no son jurídicos. Es muy difícil, por no decir imposible, intentar comprender y prácticar el Derecho autistamente, o sea sin conexiones con las otras dimensiones de la realidad social y cultural, dígase Economía, Política, Religión. Exagerando uno diría que hay demasiado

[126] *Ibídem*, pp. 9 y s.
[127] *Ibídem*, pp. 10 y s.
[128] *Ibídem*, pp. 11 y s.

Derecho en nuestras facultades y poco de los otros saberes que necesitamos, pues se sigue pensando en el proyecto de Derecho incontaminado kelseniano. [129]

8. De la seguridad jurídica a la justicia. El Derecho está compuesto inexorablemente con la justicia del caso o la justicia del bien común, y una seguridad jurídica construida sobre violaciones graves a la justicia resulta desde el Derecho injustificable racionalmente. No es que se renuncia a la previsibilidad, pues ella es un buen antídoto contra la arbitrariedad y una conquista de la modernidad. De lo que se trata es que una seguridad jurídica supere el umbral de la injusticia extrema. El Derecho nazi proveía seguridad jurídica pero su injusticia lo invalidaba raigalmente.[130]

9. De la irrelevancia y facilidad de la actividad judicial a su complejidad y trascendencia. Si bien puede avalarse la estructura silogística judicial del modelo jurídico tradicional la misma remite a un saber práctico y no teórico. Y ello supondrá una calidad muy diferente en orden a su objeto, certeza, presencia axiológica y método. Otro aspecto a destacar es el requerimiento de la dimensión retórica o de lógica formal o material en el razonamiento judicial como una exigencia que pesa sobre el Juez, en tanto el Juez además de dar una solución justa debe ser persuasiva si pretende una más fácil aceptabilidad de los destinatarios.[131]

10. Del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico como saber práctico. El reino de los valores ya no queda sumido en la subjetividad o la irracionalidad, sino es posible justificar racionalmente decisiones o postulados en aquel terreno. Propuestas sustanciales o procedimentales se hacen cargo de juicios valorativos o normativos de validez intersubjetiva u objetiva. El Derecho es beneficiado de manera directa por este movimiento y así los juristas encuentran respaldo para mantener la ancestral práctica de criticar y de argumentar en torno a normas, o sea una perspectiva de protagonista y no sólo de observador.[132]

11. De la soberanía nacional al Derecho globalizado y supranacional. Debemos dejar atrás la visión de vincular todo el Derecho al poder de la decisión Estatal de una nación. Las fronteras nacionales son fácil y permanentemente superadas por la producción normativa comunitaria o transnacional, no sólo ya la última palabra la dicen nuestros jueces, sino otras instancias internacionales (ejemplo: la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos). Cuanto más alejados estemos del Derecho Comparado o de los Derechos nacionales de nuestra región, menos posibilidades

[129] *Ibídem*, pp. 12-14.
[130] *Ibídem*, pp. 14-16.
[131] *Ibídem*, pp. 16 y s.
[132] *Ibídem*, pp. 17 y s.

tendremos de comprender agotadoramente el Derecho en sintonía con la cultura jurídica actual, y nos limitaremos a carecer de miradas prospectivas.[133]

12. De la visión mágica del lenguaje a sus complejidades. En el Siglo XIX no existía la conciencia de los inconvenientes del lenguaje, y por eso se apostaba ingenuamente al método gramatical como vía para garantizar la voluntad del Legislador. No fue hasta el Siglo XX en donde la analítica tomó en cuenta sin llegar a grandes logros, al lenguaje y a sus dificultades en el plano semántico (de las palabras con las cosas), sintáctico *(de las palabras entre sí)* y pragmático *(de las palabras con sus usuarios)*. En cambio, el nuevo modelo jurídico requiere dejar atrás el uso del lenguaje (cómo pueden y como quieren) que tienen los actores jurígenas promoviendo regulaciones en el terreno lingüístico. La racionalidad lingüística integra la racionalidad del Derecho y en consecuencia, la preocupación por ésta conlleva a la de aquella. De ese modo si los juristas recurrimos a la misma palabra para hablar de cosas diferentes, o con distintas palabras hablamos de lo mismo, son muy pocas las posibilidades que el mensaje sea comprendido por sus destinatarios.[134]

13. De la enciclopedia a la unidad del Derecho. La formación del jurista se convertía en miradas sectoriales o vinculadas a las ramas, una era civilista otro penalista, etc. pero esa preocupación centrada en los adjetivos terminaba prescindiendo o despreciando la preocupación por el sustantivo o sea por el Derecho sin más. Lo que ahora se requiere es la formación de completos juristas de amplio dominio de comprensión del fenómeno jurídico.[135]

14. Del Derecho como fin del Derecho como medio para el hombre y la vida. Nuestro futuro y sobre todo la calidad humana del mismo, está cada vez más ligado a esos increíbles poderes que movidos por la lógica de su propio interés pueden carecer de límites, y he aquí la fortaleza del Derecho para evitar desmanes y afirmar el servicio al hombre al que desde siempre y para siempre están convocados el Derecho y sus operadores. Lo contrario, termina siendo patológico o incomprensible en cuanto supone vocaciones suicidas o masoquistas.[136]

H. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE MANUEL ATIENZA.

Un jurista que no puede quedar relegado en el tema del Estado Constitucional es sin lugar a dudas Manuel Atienza *-quien en variadas ocasiones se hace acompañar*

[133] *Ibídem*, pp. 19 y s.
[134] *Ibídem*, pp. 20 y s.
[135] *Ibídem*, pp. 21 y s.
[136] *Ibídem,* pp. 23 y s.

intelectualmente por Juan Ruiz Manero- dicho autor español enfatiza que en el Estado Constitucional o también denominado como Estado de Derecho Democrático, existe una vinculación con la idea de que éste ofrece mayores posibilidades de argumentación que otro tipo de organización del poder, por lo que se encarna como el sometimiento del Estado, del poder a la razón, y no de la razón al poder, situación que conecta con las sociedades democráticas avanzadas y su constante aspiración de otorgarle una importancia creciente a la motivación (justificación mediante argumentos).[137] Dentro de las contribuciones que éste autor ha realizado y que ayudan a la consolidación del Estado Constitucional, podemos destacar las siguientes:

1. Ha pugnado por una introducción amplia del Derecho y los saberes jurídicos que permitan comprobar el carácter complejo multiforme de lo jurídico en las sociedades contemporáneas.[138]

2. En aras de una Teoría General del Derecho y a la consolidación del principialismo, ha desarrollado un análisis estructural de los enunciados jurídicos en su calidad de unidades elementales del Derecho, en donde reconoce no sólo la existencia y contribución funcional de las reglas, sino también junto a ellas de los principios y valores.[139]

3. Ha reconocido que los Jueces no sólo aplican reglas, sino también principios y que la aplicación de dichos principios supone una operación de ponderación.[140]

4. Que la ponderación de los principios fundamentales requiere más que nunca de la argumentación y que además, la argumentación representa una clave esencial para entender a fondo muchos problemas de la teoría del Derecho y para actuar con sentido en el contexto de las diversas prácticas jurídicas de los Estados Constitucionales.[141]

5. Explica que el tipo de jurista que precisa el Estado Constitucional de Derecho, requiere, entre otras capacidades, la de detectar y reaccionar frente a la forma peculiar de atentado contra el Derecho que suponen los ilícitos atípicos (abuso del Derecho, fraude a la Ley y la desviación del poder).[142]

6. Ha notado el nivel de complejidad de los temas del Estado Constitucional y demostrado que éstos sólo pueden ser eficazmente resueltos por un modelo que deje

[137] *Cfr*. Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004, Núm. 91, Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, pp. 94 y s.
[138] *Vid*. Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho, op. cit*.
[139] *Vid*. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2a ed., España, Ariel Derecho, 2004.
[140] *Vid*. Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.
[141] *Vid.* Atienza Manuel*, El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2003.
[142] *Vid.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2ª.ed., Madrid, Trotta, 2006.

atrás el formalismo legalista y que permita una aplicación de los principios y una argumentación racional.[143]

7. Es insistente en denunciar que el positivismo jurídico en sus distintas variantes (excluyente, incluyente y axiológico) es incapaz, *-reconociendo sus aportes-* de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado Constitucional. Lo que obedece a que el positivismo tiene una pretensión descriptiva que deja afuera la dimensión valorativa además de una incapacidad para otros aspectos relevantes del razonamiento jurídico, en suma comenta que el positivismo jurídico ha agotado su ciclo histórico al no reconocer al Derecho como una práctica social compleja.[144]

8. En el tema de los jueces y en aras de su legitimidad, ha participado junto con Rodolfo Vigo en la elaboración del Código Iberoamericano de Ética Judicial donde ha procurado en todo momento que dentro de su contenido se establezcan sendos principios de actuación de los jueces, con la firme idea de hacer realidad los desarrollos teóricos para consolidar al Estado Constitucional. *Estos principios necesarios en el Juez del Estado Constitucional son: Imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.*[145]

Como podrá deducirse estas son sólo algunas de las múltiples contribuciones al Estado Constitucional emitidas desde la Universidad de Alicante, y si bien todas son interesantes llama la atención a los fines de esta investigación, la necesidad de reconocer y aplicar los Principios Jurídicos y la necesidad de argumentar cada decisión donde sean usados, lo que sin lugar a dudas llama más que al protagonismo al compromiso de los juzgadores.

A mayor detalle de la aportación de Atienza en el tema del Estado Constitucional, reflexiona que: *"…por Estado Constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino en el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en el sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene:* ***a)*** *un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos Estatales;* ***b)*** *ciertos Derechos*

[143] *Vid.* Atienza Manuel, *Bioética, Derecho y Argumentación*. *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Lima/Bogotá, Temis/Palestra, 2004.
[144] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Revista Isonomía (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)* México, ITAM, núm. 27, 2007, pp. 7-28.
[145] *Vid. Código Iberoamericano de Ética Judicial*, Argentina, Talleres gráficos la Ley, 2006.

Fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) y ***c)*** *mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes."* [146]

Otro interesante dato que advierte el profesor de Alicante, es que en el Estado Constitucional no existen poderes ilimitados, y por consiguiente:

> *"No basta con referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado Constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal-legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado Constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos".*[147]

Por supuesto, Atienza también advierte que un rasgo en el Estado Constitucional, lo constituye el factor pluralismo de la sociedad.

I. LA VISIÓN Y APORTACIÓN DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO.

Dentro de la gran producción jurídica que Fix Zamudio ha realizado a lo largo de sus más de 50 años dentro de la investigación jurídica, se encuentran valiosos estudios en los temas de Derecho Constitucional, juicio de amparo, justicia constitucional, Metodología Jurídica, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Comparado, entre otros, mismos que sin lugar a dudas, han contribuido a la meta de perfeccionar el Estado Constitucional"[148] Así las cosas, a nuestro juicio, las contribuciones más importantes en aras del Estado Constitucional de Fix Zamudio son las siguientes:

1. Llamó la atención en la necesidad de realizar estudios panorámicos de la justicia constitucional, y no sólo reducir su estudio en el juicio de amparo, ya que existen otros medios reconocidos constitucionalmente que tienen una importante función para lograr el reestablecimeinto del orden constitucional desconocido o violado.[149]

---

[146] Atienza, Manuel, "El Derecho como argumentación", en la obra publicada con motivo de la ceremonia "Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003", op. cit., p. 75.
[147] *Ibídem*, pp. 75 y s.
[148] Una interesante recopilación bibliográfica de Fix Zamudio puede ser consultada en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Aportaciones de Fix-Zamudio, en la obra colectiva "Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional", en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar *(Coord.)*, México, UNAM y otros, pp. 206-210.
[149] *Cfr.* Fix-Zamudio, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Méxicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, IIJ, 1992, pp.107 y ss.

2. Se constituyó como promotor de la creación de los organismos de defensoría de los Derechos Humanos nacionales y estatales y es uno de los principales ingenieros en la búsqueda de su perfeccionamiento estructural-jurídico.[150]

3. Se sumó a la lucha académica para que los derechos políticos fueran considerados como Derechos Humanos al igual que los civiles, y por ende defendidos procesalmente.[151]

4. Es uno de los más importantes estudiosos de la joven disciplina conocida como Derecho Procesal Constitucional.

> *"…Afirmamos que esta disciplina es relativamente novedosa, puesto que con anterioridad si bien se habían analizado los instrumentos de tutela de las normas constitucionales, no se había intentado la construcción de conceptos, principios e instituciones que abarcan todos los instrumentos, predominantemente procesales, que se han establecido para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales…"* [152]

5. *En el tema de los Tribunales Constitucionales, necesarios en todo Estado que se dice Constitucional, los ha entendido como "Los organismos judiciales especializados en la solución de conflictos que surgen por la aplicación directa de las disposiciones de carácter constitucional".*[153] Asimismo, ha estudiado la influencia del modelo "europeo" o "austriaco" en América Latina, sin afectar la tradición americana, (sin producir incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o en su caso, por la Corte o Tribunal supremo).[154]

6. En cuanto al tema de si los *Tribunales Constitucionales, deben situarse dentro o fuera del Poder Judicial, ha comentado que "Lo cierto es que el sector del poder del Estado en que se encuentren situado, no influye decisivamente en sus funciones de solución de procesos constitucionales, ya que su actividad de intérprete último de la carta fundamental les otorga autonomía constitucional, aún cuando la misma no se encuentra expresamente reconocida…"*[155]

7. Sobre la naturaleza de estos organismos especializados denominados Tribunales Constitucionales, ha reflexionado sobre que:

---

[150] *Cfr.* Fix-Zamudio Héctor, *El Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos en México, protección jurídica de los Derechos Humanos*, México, CNDH, pp. 217-223.

[151] *Ibídem,* pp. 239 y ss. Es importante comentar que en México, se considera que resultado de esta lucha, se concretó en la creación del juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos como un mecanismo paralelo al juicio de amparo.

[152] *Cfr.* Fix-Zamudio. "Significado actual del control constitucional"*, en la obra colectiva El significado actual de la Constitución*, UNAM, IIJ, México, 1998, p. 234.

[153] Fix-Zamudio, Héctor, "Tribunales Constitucionales", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2002, pp. 879-884.

[154] *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en América Latina", *Estudios jurídicos en homenaje Don Santiago Barajas Monte de Oca*, México, UNAM-IIJ, 1995, p. 60.

[155] Fix-Zamudio, Héctor, "Organismos jurídicos especializados", en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, y otros, 2002, p. 235.

"…un sector de la doctrina ha considerado que tienen naturaleza de Legislador negativo, otros juristas los caracterizan como organismos políticos, y algunos estiman que configuran un nuevo poder del Estado, que llega inclusive a considerarse como soberano, continuador del constituyente. Lo cierto es que ya sea que dichos organismos se encuentren situados fuera o dentro del poder judicial, por ser los intérpretes finales y definitivos de los valores, principios y normas constitucionales, puede afirmarse que deben considerarse como "órganos autónomos constitucionales", que conocen y resuelven jurídicamente conflictos de carácter político (ya que ambos conceptos no son incompatibles), por lo que superan su adscripción, y se convierten en independientes de los órganos tradicionales del poder del Estado".[156]

8. *Respecto al tema de la legitimidad democrática expresa que "…se puede afirmar que la legitimidad de origen de dichos organismos jurisdiccionales radica en los rigurosos procedimientos de selección y designación de los jueces constitucionales y la de ejercicio está vinculada con la sensibilidad jurídica, política y social de dichos jueces".*[157]

9. Sobre la interpretación constitucional, su importante misión de ir adaptando un texto a las nuevas realidades del país, de acuerdo con el conjunto de factores socioeconómicos y políticos que van cambiando en la propia comunidad, es decir, tienen la convicción de adecuar el deber ser al ser del texto constitucional a la realidad, para evitar brotes violentos, que al final de cuentas traen aparejada una ruptura del orden jurídico ante la fuerza de la realidad. En aras de la cultura de interpretación constitucional ha sugerido medidas como: consolidar en las facultades y escuelas de Derecho el estudio de la materia teoría de la Constitución; cursos constantes de interpretación constitucional; que en las dependencias oficiales se establezcan cursos permanentes sobre la Constitución y su interpretación, a fin de ser real la promesa de cumplirla, que fuera un requisito de la burocracia, conocimientos elementales de la Constitución; la existencia de una difusión en medios de comunicación para ilustrar sus principios esenciales.[158] Como podrá observarse para este jurista, la enseñanza del Derecho, *(el cómo se enseña)* tiene una función preponderante en la posibilidad de consolidar al Estado Constitucional.

10. Ha insistido en que para el Estado Constitucional, resulta vital la defensa de la Constitución, pero entendida ésta en un sentido amplio:

"La defensa de la Constitución como concepto genérico debe considerarse no sólo como el conjunto de medios jurídicos procesales para prevenir la infracción o para restaurar las normas fundamentales, sino también para la evolución de dichas normas a fin de adaptarlas a

[156] *Ibídem*, p. 234.
[157] *Ibídem*, p. 236.
[158] *Cfr.* Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 420-438.

los acelerados cambios sociales de nuestra época, y de manera recíproca, para modificar la realidad política, económica y social, de acuerdo con las disposiciones programáticas o de principio de los ordenamientos fundamentales."[159]

11. En torno al debate de una nueva Constitución o la conservación de la promulgada, se ha pronunciado a favor de la segunda corriente, pero enfatizando que para contar con una Constitución material, es necesario no sólo actualizarla, sino realizar una verdadera renovación de la Constitución. Una de sus propuestas y que gira en torno a las normas calificadas como leyes orgánicas, constitucionales, estatutarias, complementarias, es:

"Evitar hasta donde sea posible, que se incorporen al texto constitucional disposiciones de carácter reglamentario, que extienden en forma exagerada los preceptos fundamentales y producen inestabilidad ya que se requiere modificarlos de manera constante debido a la necesidad de cambiar normas de detalle...Tenemos la convicción de que un análisis sereno y meditado permitirá a los constitucionalistas formular soluciones para corregir los graves defectos de nuestras numerosas reformas constitucionales, con graves errores de técnica legislativa, pero que tienen consecuencias prácticas muy nocivas. Creemos que una de las instituciones que puede mejorar algunos de estos defectos es la de las normas intermedias entre las constitucionales y las legislativas ordinarias…"[160]

V. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE SUS PRINCIPALES TEMAS.

Si bien con lo que hemos expuesto, el lector se ha acercado aunque sea de manera ciertamente difusa, a la gran variedad de los asuntos propios del Estado Constitucional, comprobando la idea de Miguel Carbonell en el sentido de que, *precisamente la riqueza de los temas del Estado Constitucional es lo que lo hace especialmente importante*, a continuación realizaremos un acercamiento a los principales contenidos de algunos de estos temas, recordando en todo momento la advertencia häberliana de que la lista de los temas del Estado Constitucional está abierta, ya que en un mundo de transformación cambian también los temas constitucionales.

Por lo demás, entre más avancemos en el desarrollo de estos temas dentro de nuestro país, mayor serán las probabilidades de éxito para vivir y convivir dentro de un Estado Constitucional.

[159] Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección Derecho, Administración y Justicia*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, p. 118.
[160] Fix-Zamudio, Héctor, "Leyes orgánicas", en la obra colectiva *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999, pp. 227 y s.

A. LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA.

La Constitución es indudablemente el principal rasgo del Estado Constitucional,[161]a tal grado que sea considerada el cimiento donde se edifica este nuevo tipo de Estado, para muchos la versión más acabada del Estado de Derecho. Así las cosas, el principal reto para todo Estado que aspire a ser Constitucional se centra ya no sólo en poseer una Constitución *-formalmente hablando-*, sino en el éxito que este tenga en lograr su aplicación, obviamente entendemos por Constitución, aquella que cumple con las pretensiones de validez y legitimidad, en otras palabras, la que aparte de organizar al poder, garantiza el cumplimiento de los Derechos Fundamentales. Y es precisamente en la búsqueda de cumplir con esta misión, lo que ha llevado a acuñar términos tales como *Constitución con fuerza normativa, Constitución viviente, Constitución real, Constitución jurisdiccionalmente aplicable, Constitución activa, Constitución normativa, Constitución positiva, Constitución eficaz, Constitución útil, Constitución cumplida, Constitución efectiva,* etc. y que no hacen más que imprimir la importancia de su dimensión aplicativa. En este tenor de ideas Karl Loewenstein distinguía entre Constituciones normativas, nominales y semánticas, las primeras consideradas como las que se aplicaban; las segundas las que aspiraban a ser practicadas y las terceras las que sólo se vanagloriaban de estar en el papel pero no tenían aplicación alguna a la realidad.[162] Lucas Verdú diferencia entre "*tener una Constitución" -desde el punto de vista formal-* y "*estar en Constitución",*[163] de manera similar Aguiló Regla aporta que *"Un sistema jurídico-político tiene una Constitución" cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y "vive en Constitución cuando esos ideales son practicados."*[164] Carpizo reflexiona en el sentido de que la Constitución real en un país de Constitución escrita no es ni la realidad ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren. La realidad *-el ser-* determina la norma en cuanto realmente acontece algo que puede estar o no de acuerdo con la norma, pero esta a su vez influye y determina a la realidad en cuanto a varios preceptos suyos se van imponiendo sobre ese ser y van alcanzando vigencia preceptos que solo eran ideales. La norma puede ir más allá de la realidad, forzar a ésta para lograr que se adecue a ella, pero con un límite, que nunca trate de violentar esa realidad en nada que infrinja la libertad, la dignidad y la igualdad humana. Así, la Constitución de un país es un eterno duelo entre el ser y deber ser, entre realidad y

[162] *Cfr.* Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, *trad.* A. Gallego, Barcelona, Gedisa, 1982, pp. 216-218.
[163] *Cfr.* Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 43-47.
[164] Aguiló Regla, Josep, L*a Constitución del Estado Constitucional*, *op. cit.,* p.42.

norma, es la perpetua adecuación entre un folleto y la vida o de la costumbre con la vida.[165] Al respecto Rodolfo Vigo expone: "*No caben dudas que entre el ejemplo o modelo previsto en el texto constitucional y las operaciones efectivamente realizadas, hay una distancia, la que incluso es posible que nunca se transite, dejando a la Constitución como un mero proyecto o posibilidad.*"[166]

Bidart Campos explica que la Constitución como norma y como Derecho está investida de fuerza normativa, pero para desplegarla requiere alcanzar eficacia.

> *"Si con una palabra pudiéramos señalar ¿Cuál es la desembocadura de la fuerza normativa impresa en el Derecho de la Constitución?, diríamos con la mayor aproximación, que esa palabra es eficacia. Cuando se la emplea adjetivada se intenta clasificar las normas de la Constitución en normas 'absolutamente eficaces', 'plenamente eficaces', 'relativamente (o restringidamente) eficaces', 'relativamente eficaces por dependencia de complemento y desarrollo legislativo' y se buscan ejemplos, pero siempre sin renunciar a la noción motriz de que la fuerza de la Constitución, a través de cualquiera de las categorías con que se subdivida la eficacia, está dirigida a lograrla para no frustrarse. Cuando se frustra, la supremacía de la Constitución queda en entredicho."*[167]

También compartimos la idea de que la aplicabilidad de la Constitución radica en gran medida en el reconocimiento que tengamos de ella en su carácter de norma jurídica, lo que bien puede complementarse con lo que Manuel Aragón llama una constitucionalización de la cultura jurídica.

Asimismo, consideramos que existen grandes escenarios donde se debe avanzar para vivir constitucionalmente. Estos escenarios, que se complementan perfectamente, entre otros, son los que tienen que ver con los temas relativos *a: **1.** Los contenidos de la Constitución; **2.** La irradiación de los contenidos constitucionales en el sistema jurídico; **3.** El conocimiento constitucional de la sociedad o cultura constitucional de la sociedad; **4.** La aplicación por parte de los operarios jurídicos de los contenidos constitucionales*.

En cuanto al primer escenario, que pudieramos también llamar de la forma de creación de los contenidos constitucionales, es importante realizar una urgente revisión integral de ellos, o de manera más directa, es necesario con urgencia realizar una verdadera depuración del contenido constitucional, al respecto proponemos la necesidad de iniciar un estudio detallado de cada uno de sus contenidos y someterlos a un test, de cuyo resultado dependa si debe o no permanecer en este sitial jurídico. Asimismo, compartimos la idea de que en ella sólo deben situarse los contenidos

[165] *Cfr.* Carpizo Jorge, *Estudios constitucionales*, México IIJ-UNAM, 1983, pp. 51-53.
[166] Vigo, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, p.106.
[167] Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 522.

relevantes del sistema *(valores, principios, Derechos Fundamentales)* mientras que las reglas que se derivan de ella deben cumplir su función desde otra posición jerárquica-normativa de menor sitial. Con estas acciones se evitaría que la Constitución fuera constantemente reformada en detrimento de su estabilidad y con las consecuencias que ella produce, puesto que consideramos que para que una Constitución sea conocida, valorada y cumplida, necesita de cierta estabilidad, más aun cuando la gran mayoría de estas reformas, obedecen a contenidos que ni siquiera deberían estar en la Constitución, son pues, reglas maquilladas de constitucional, sin serlas realmente de fondo. No estamos en contra de que nunca se transforme la Carta Magna a las circunstancias cambiantes, pero creemos que esto puede lograrse a través de su interpretación, y sólo cuando sea necesario racionalmente se introduzcan o retiren contenidos de ella, necesitamos pues, ser más cuidadosos en los procesos de reforma constitucional, procesos que como en todo Estado que se dice Estado Constitucional, tienen que estar bajo un control formal y material.

Diego Valadés explica que la conciencia constitucional está erosionada y que algunos factores para esta situación, precisamente tienen que ver con la extrema volatilidad de las normas constitucionales *"…muchas de estas reformas fueron derogadas cuando apenas transcurría el período previsto para que entraran en vigor, de manera que se les sustituyó antes que llegaran a estar vigentes; otras han estado en vigor pero nunca se les ha aplicado; unas más se han caracterizado por su casuismo, de suerte que más que disposiciones constitucionales parecen normas reglamentarias."*[168] Asimismo, cuestiona que muchas reformas han sido promovidas para transformar en norma suprema o que realmente es una política gubernamental, lo que da la impresión que *"…la Contitución es un instrumento al servicio del poder, y no una garantía de libertad, seguridad, justicia frente al poder."*[169]

En razón de ésta problemática, sostenemos que la aplicación de los principios de la técnica legislativa,[170] pueden darnos grandes resultados, sin embargo, también creemos que ésta necesita complementarse con características que son propias de la Constitución, se necesita ser siempre diferenciador de las circunstancias e implicaciones de una Ley en relación a las de la Constitución,[171] es decir, se necesita

[168] Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 186 y s.
[169] *Ibídem*, p.187.
[170] Conocedores de la importancia que representa cuidar los contenidos del sistema jurídico, muchos estudiosos han contribuido en el desarrollo de la técnica legislativa, muchas de estas aportaciones pueden apreciarse en las obras siguientes: *Elementos de técnica legislativa*, Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana T. *(Coord.)*, México, UNAM-IIJ, 1999, y *Algunos elementos de técnica legislativa*, Muro Ruiz, Eliseo, México, UNAM, IIJ, 2006.
[171] En el Estado Constitucional, se hace relevante la diferenciación entre la Constitución y la Ley. En este sentido, Vigo en su obra Interpretación Constitucional ya citada, ha postulado que: La Constitución posee una calidad

una técnica legislativa-constitucional, o mejor aún, una técnica jurídica especializada para los diseños de los contenidos constitucionales.

En este mismo tenor de ideas, Eliseo Muro expone que:

> *"…una mala arquitectura o diseño constitucional puede generar conflictos u obstaculizar la gobernabilidad, por lo que el rendimiento de un sistema democrático depende de la coherencia entre las estructuras que lo componen. Luego es en la Constitución política en donde se establecen las reglas del juego político, cuál es la naturaleza y alcance de los controles y equilibrios entre los actores políticos institucionales, los límites y la extensión de la actuación del Estado, la conformación de los partidos políticos, el sistema electoral, la división de poderes, etcétera. En este sentido, las Constituciones se parecen a las máquinas, a mecanismos que deben funcionar y producir algo. Por ello, es importante poner atención a las estructuras constitucionales, pues es ahí donde se determinan las reglas e incentivos para la conducción de la vida política…"*[172]

A manera de apunte final de este apartado, en el que se ha admitido la importancia del contenido constitucional para lograr su efectividad y que es necesaria una revisión integral de cada uno de los contenidos constitucionales para saber si deben o no seguir ocupando éste máximo nivel jurídico, es momento de reflexionar sobre si necesitamos una nueva Constitución o basta con una reforma integral de la misma. Nosotros creemos que una nueva Constitución, independientemente del carácter simbólico, ayudaría potencialmente a su cumplimiento, obviamente el gran reto es la legitimidad formal y sustancial, tanto de sus contenidos como de los que los escribirán. En este sentido, creemos que entre más avancemos en el terreno de la ciudadanización de los temas políticos, mayormente estaremos preparados para este gran reto. Aunque suene muy directo, existen voces autorizadas que creen que la Constitución muchas veces da más problemas que soluciones, que ha dejado de ser útil, que no responde a su nueva realidad, etc., en otras palabras, que es o puede convertirse, por algunas partes de su contenido, en un primer obstáculo en sí mismo para consolidar el Estado Constitucional. [173]

---

axiológica mayor que el de una Ley, pues contiene gran cantidad de principios; la Constitución refleja el orden histórico de la sociedad, la Ley no; la Ley es un momento ordinario de la vida política, mientras que la Constitución es una excepción de ella; la Ley expresa la lucha política de la sociedad, la Constitución en cambio, expresa el consenso y cooperación de toda la sociedad en un momento social; la Ley expresa la mayoría legislativa, la Constitución la mayoría del pueblo; la Ley puede ser criticada, desde la Constitución, pero nunca una Constitución puede ser criticada desde una Ley; la Ley se aprueba por mayorías simples, la Constitución por altas mayorías; Por su parte Dworkin en la obra *"Los Derechos en serio"* también citada, en este tema diferenciador, ha comentado que en virtud del test de origen o (*Pedegree*) desde donde los evalúa Dworkin, la validez de la Ley, se condiciona en virtud de que se hayan cumplido cabalmente los procedimientos destinados a su creación y que sea emitida por una autoridad competente para ello, mientras que la validez de la Constitución no se condiciona a nada sino a su propio contenido.

[172] Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa, op. cit.,* pp. 36 y s.

[173] Es importante comentar que en el caso mexicano, existe un consenso en la necesidad de realizar una revisión integral a la Constitución, unos optan por una nueva, otros por una reforma integral. Testimonio de este debate puede verse en la obra *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM-IIJ-, 1999.

Otro problema recurrente que impide la vigencia de un Estado Constitucional, se localiza en la aparición de poderes fácticos, representados por las televisoras, los partidos políticos, organizaciones empresariales, sindicatos, etc. que no están sometidos por el poder público, y cuyas actuaciones se realizan en aras de sus intereses y no del bienestar social, y lo que es peor aún, muchas veces son estos poderes fácticos los que imponen la agenda legislativa de un país, obviamente la agenda que más les conviene a su crecimiento económico, aprobando normas por conveniencia, aspecto que como bien lo menciona Cárdenas Gracia *"no sólo provocan el decrédito de la política, del Congreso y de los legisladores, sino que ponen a su vez en tela de juicio la representación política"*[174]

Respecto al segundo escenario, *"la irradiación de los contenidos constitucionales en el sistema jurídico"*, en pocas palabras significa ajustar los contenidos jurídicos a la consecución de los valores constitucionalidades, o en palabras de Nino, hacer de la Constitución la carta de navegación de un país, y yo agregaría, la carta de navegación de toda la embarcación llamada Derecho. Y aún cuando es reconocida la jerarquía constitucional como cúspide del sistema jurídico, muchas veces existe un desapego de la normatividad inferior en sus designios axiológicos. Ya Ferrajolli se preocupaba por la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel Constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores el que comporta el riesgo de hacer de ella una mera fachada con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. De hecho, de este fenómeno divergente nace uno de los fundamentos de su teoría garantista.[175] Es importante reconocer que dentro del propio sistema jurídico se han realizado interesantes mecanismos para lograr esta unidad de contenido, así nacen los procesos de revisión constitucional, en México por ejemplo, surge la acción de inconstitucionalidad, que mucho aporta declarando a una norma general fuera del marco constitucional.

En lo conscerniente al tema que relaciona Constitución y sociedad, coincidimos con Bidart Campos, respecto a que la fuerza normativa de la Constitución requiere una infraestructura social de apoyo, que le transmita legitimidad sociológica o en palabras de la Corte colombiana una función pedagógica constitucional.

> *"Parecerá que estamos afirmando una necedad, o una utopía, porque es verdad que existe una generalizada erosión de la conciencia constitucional en términos de Loewenstein. Pero*

[174] *Vid.* Cárdenas Gracia, Jaime, Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias, México, 2006, UNAM-IIJ, Serie Doctrina Jurídica, núm. 343.
[175] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal),* prólogo de Norberto Bobbio, *trad.* Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 851.

no es necedad. Tener conciencia de que la Constitución es la base del orden jurídico, y la fuente suprema de mismo, resulta indispensable. Por supuesto que no se ha de pretender que se la conozca norma por norma, ni artículo por artículo, ni que todos sean expertos en interpretarla. Lo que queremos decir cuando hablamos de actitud y predisposición favorables alude a una especie de sentimiento racional que, aunque difuso, inocula en la sociedad la conciencia de que "hay Constitución", de que ella obliga, y de que hay que acatarla."[176]

Otro factor que afecta al poco conocimiento de la Constitución, radica en que su inestabilidad y cambio ha impedido la sedimentación de las normas. Los individuos y la sociedad se encuentran imposibilitados para conocerla a fondo. En palabras de Valadés "*Así sea anecdótico, vale decir que es difícil que una persona que no sea un profesional del Derecho tenga a la mano un ejemplar actualizado de la Constitución. Esto ha hecho de la norma suprema algo distante e inabordable por desconocido, ajeno a la vida cotidiana".*[177] Y por supuesto ni que decir cuando el propio texto constitucional se encuentra casi de manera nula traducido y difundido en lenguas indígenas, a pesar de las grandes composiciones étnicas de los Estados, como es el caso de nuestro país, México.

En parecido sentido Gerardo Laveaga expone que:

"La manera y la amplitud con las que se difunda la cultura de la legalidad pueden servirnos, por lo tanto, como referencia para distinguir un régimen legítimo de uno que no lo es. Cuando el Derecho es producto del consenso, cuando la Ley se aplica de forma equitativa, cuando el Derecho no sólo es accesible al mayor número de personas sino que, en efecto, se cumple, y cuando las normas jurídicas son claras y breves, es más fácil alcanzar los niveles de conformidad, obediencia y participación social que determinan la legalidad de un régimen y el orden que lo mantiene… Cuando, en cambio, las leyes no son producto del consenso, cuando la Ley se aplica de modo inequitativo, cuando las normas no suelen aplicarse tal y como están concebidas, cuando son oscuras, la divulgación jurídica presenta innumerables dificultades..."[178]

Por último, para avanzar en el terreno de la aplicación por parte de los operarios jurídicos de los contenidos constitucionales, ésta no sólo depende de la voluntad de aplicación de ellos a la realidad, sino también versa en cómo se aplican estos contenidos, y ello depende en gran medida de una técnica jurídica adecuada, así se requiere por ejemplo, la utilización de un método interpretativo especializado, del que no abundaremos pues será tratado en el apartado siguiente; se requiere un conocimiento sistémico de las consecuencias sociales, políticas y económicas que se encuentran inmersas en los temas constitucionales, se requiere de saber como argumentar desde la Constitución, etc, es decir, el escenario puede verse afectado ya

[176] Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, op. cit.*, p. 523.
[177] Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, *op. cit.*, p.187.
[178] Laveaga, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999, p 105.

no por la voluntad sino por la capacidad, de ahí la importancia de una capacitación constante de los operarios jurídicos, y más aún de los que con sus resoluciones trascienden a la esfera social. Aun cuando nos referimos a los operarios jurídicos, la responsabilidad de cumplimiento constitucional se hace extensivo a todos los operarios gubernamentales, es decir hay que transformar el juramento constitucional, de un mero acto protocolario, a una responsabilidad de gran trascendencia y orgullo, en otras palabras debe pasar de ser simple discurso a acción racional. Una gran parte de la pérdida de prestigio popular de la Constitución proviene del escaso o nulo respeto de quienes, por ejercer el poder, debieran ser los primeros responsables. Así se menciona que: *"La falta de escrupulosidad constitucional en quienes gobiernan causa escándalo. ¿Cómo exigírseles que la cumplan en lo que a los derechos y bienestar de los gobernados se refiere, si ellos empiezan a falsearla, violarla o prescindirla a su gusto y antojo, según sus convicciones oportunistas?"*[179] En razón de esto último, indiscutiblemente la corrupción representa una barrera a la fuerza normativa constitucional, de ahí que también sea trascendente una campaña frontal de combate a la corrupción.[180]

Autores como José Da Silva concluyen que todas las normas que integran una Constitución tienen naturaleza jurídica; todas las normas constitucionales están dotadas de eficacia jurídica y son inmediatamente aplicables en los límites de esa eficacia; que las leyes complementarias de la Constitución de carácter normativo, son de jerarquía intermedia entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias; que las normas constitucionales, sin distinción están dotadas, en definitiva, de una eficacia superior a todas las demás normas, se trata de una eficacia abrogativa de las normas inferiores incompatibles, y constructiva del ordenamiento jurídico sucesivo; que desde el punto de vista de su eficacia y aplicabilidad, las normas constitucionales deben ser consideradas bajo tres aspectos: **a)** Normas constitucionales de eficacia plena: son las que que recibieron del constituyente normatividad suficiente a su incidencia inmediata, es decir, no necesitan de providencia normativa ulterior para su aplicación. **b)** Normas constitucionales de eficacia contenida: también recibieron del constituyente normatividad suficiente para regir los principios que conocían, pero preven medios normativos no destinados a desarrollar su aplicabilidad, si no al contrario, permitiendo limitaciones a su eficacia y aplicabilidad. **c)** Normas de eficacia limitada: en general, no

[179] Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, op. cit*., p. 524.
[180] Por lo que resulten interesantes las obras que tratan el fenómeno de la corrupción, como por ejemplo la de Cárdenas Gracia Jaime y Mijangos María de la Luz, *Estado de Derecho y corrupción*, op. cit. y otros aportes tales como el tema de los ilícitos atípicos expuesto por Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, en la obra de ese mismo nombre citada en este trabajo.

recibieron del constituyente normatividad suficiente para su aplicación, dejándose la tarea de completar los principios o esquemas planteados al Legislador ordinario. Acá se sitúan las programáticas, mismas que condicionan la actividad de los órganos del poder público, indican el sentido de los fines sociales y del bien común que deben guiar al intérprete y el aplicador del Derecho.[181]

Por último, basta recordar que:

> *"La Constitución no sólo es la norma superior sino que contienen un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo "quién" y "cómo" se manda, sino también "que" puede y no puede mandarse. La Constitución limita la Ley, y por tanto, las mayorías legislativas y sociales. La Constitución establece el coto vedado por donde nadie, ni aun las mayorías electas democráticamente, pueden aventurarse. El Estado Constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trata de una concepción de Constitución normativa exigente, pues acerca a la Constitución a cualquiera, coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella…"*[182]

B. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Como podrá observarse a lo largo de lo redactado en el presente capítulo, hemos sostenido que una de las características del Estado Constitucional radica en la aplicabilidad de su Constitución, y eso trae implícita la necesidad de su interpretación, en este sentido, resulta fundamental primero distinguir entre la interpretación que la Ley requiere, de la que peculiarmente requiere la Constitución.

Guastini considera que las peculiaridades de la interpretación constitucional se sitúan en los agentes de la interpretación *(control difuso concentrado)*, las técnicas interpretativas *(ponderación)* y los problemas propios *(tratamiento del preámbulo)*. Así por ejemplo, en cuanto a los problemas y técnicas interpretativas comenta que es bien difundido que la Constitución rechaza la interpretación literal. Así pone de manifiesto que:

> *"Las disposiciones constitucionales están redactadas en un lenguaje extremadamente vago: son propiamente hablando, principios más que normas o reglas específicas… Por otro lado los principios o pueden ser entendidos a la letra: la interpretación literal de un principio*

[181] *Cfr*. Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. Nuria González Martín, México, UNAM-IIJ, 2003, pp. 251-253.
[182] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, México, UNAM-IIJ, 2007,* pp. 119 y s. Serie Doctrina Jurídica, Num. 210.

no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptito y de convertirlo, así, en inutilizable para la aplicación del Derecho…"[183]

En este sentido Manuel Atienza ilustra que:

"…la interpretación constitucional es, así una interpretación superior a las de las otras normas; o si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiariedad que tienen las Constituciones en relación con los otros materiales jurídicos en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad..."[184]

Manuel Aragón en cuanto a la interpretación constitucional, explica que la gran cuestión reside en que los criterios de la Ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la Constitución, más aun cuando una Constitución que se dice democrática contiene una serie de cláusulas materiales de valor, mismas que requieren una interpretación valorativa para encontrar un tratamiento adecuado.[185]

Rodolfo L. Vigo, comenta que el modelo legalista concibió que la teoría de la interpretación y sus fuentes reconocidas oficialmente fueran de conformidad al código civil. Modelo que entraría en crisis con el reconocimiento de la Constitución como una norma-fuente, demostrando inmediatamente que el modelo legalista de la interpretación de Savigny pensada para el Derecho privado no era el adecuado para la Constitución, desde ese momento y hasta nuestros días formular y consolidar una adecuada teoría de la interpretación constitucional, se volvió una necesidad apremiante. No obstante lo anterior, muchos juristas advierten que el desarrollo del tema de la interpretación constitucional no ha sido tratado acorde con su importancia -*incluso por los propios constitucionalistas*- y éste es un problema que infiere directamente con la realidad operativa de la Constitución en nuestra sociedad, es decir, representa uno de los graves problemas del Estado Constitucional. Lo que no significa que muchos juristas visionarios hayan dejado de contribuir en este tema; dentro de las loables contribuciones podemos comentar las siguientes:

Vigo considera que la interpretación de la Constitución:

[183] Guastini Riccardo, *Estudios sobre Interpretación Jurídica*, 6ª ed., trad. Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 121.
[184] *Ibídem*, pp. 105-193. Este tema también es tratado por Vigo en la obra, *De la Ley al Derecho, op. cit.*
[185] *Cfr.* Aragón, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

"…tiene en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución. Sirviéndonos del cuadro conceptual anterior, optamos por hablar de la interpretación 'de' la Constitución y de la interpretación 'desde' la Constitución, respectivamente. En el primer caso, se trata de atribuir un significado jurídico al texto de la misma, de modo de reconocer cuál es la conducta a la que está obligando, prohibiendo y permitiendo; esa versión tiene relativa importancia pues donde se vislumbra toda la importancia de la interpretación constitucional no es de sino desde, o sea cuando a través de ella se busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra no constitucional, o entre aquella y un determinado comportamiento u omisión…"[186]

Asimismo, comenta que la interpretación constitucional reúne ciertas directivas a las que debe sujetarse su intérprete: **1.** Optimización de la eficacia jurídica de la Constitución. **2.** La sistematización de la Constitución. **3.** La Constitución como parte del sistema jurídico. **4.** Fidelidad no estática al poder constituyente **5.** Contenido y proyecciones políticas **6.** Contenido axiológico **7.** *Self-restraint* **8.** Fundamentación apropiada y trascendencia de los considerandos **9.** Apertura al Derecho Comunitario e Internacional **10.** Medir las consecuencias del resultado interpretativo **11.** Estabilidad relativa de los precedentes constitucionales.[187] Además reflexiona sobre su necesidad en el sentido de que:

"…los más importantes cambios que se perciben en la realidad jurídica requieren una atalaya apropiada, no siendo la mejor aquella instalada en alguna rama infraconstitucional. Es indudable que el higher law nos coloca en un punto privilegiado para observar panorámicamente el fenómeno actual del Derecho que se expresan con nombres variados y redundantes: Derechos Humanos universales; principialismo, moralismo, cotos jurídicamente vedados [Garzón Valdez], funcionalismo, Derecho preventivo y premial [Bobbio] judicialismo, desbordamiento de las fuentes del Derecho [Perez Luño], globalización, quiebra del sistema jurídico tradicional, argumentación jurídica, deslegitimación de la autoridad…"[188]

Olano García, quién considera que la interpretación constitucional *tiene como objetivo fundamental el que la Constitución tenga vigencia efectiva, adquiera estabilidad y permanencia en el tiempo, y por añadidura, que sea acatada y respetada por gobernantes y gobernados.* En un interesante análisis de la Jurisprudencia colombiana, identifica como principios de la interpretación constitucional colombiana neoconstitucionalista, los siguientes: Armonización concreta; efectividad Constitucional; eficacia integradora de la Constitución; Igualdad ante la Ley y los privilegios; incongruencia constitucional; interpretación en base a jerarquía; de concordancia práctica; de la Constitución como norma fundamental; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional; de la dignidad humana como

[186] Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pp. 83 y s.
[187] *Ibídem*, pp. 105-193. *Vid.* también la obra de Vigo, *De la ley al Derecho*, *op. cit.*
[188] *Vid.* "Prólogo" de Vigo, Rodolfo Luis, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, p. XXIII.

cláusula de interpretación; de la interpretación conforme; de motivación adecuada; de realidad constitucional; de permanencia constitucional; prevalencia de justicia material; de presunción de validez y constitucionalidad de las normas objeto de control constitucional; de prevalencia del Derecho sustancial; de proporcionalidad; de respeto al precedente; de respeto por el pluralismo jurídico; de respeto por los Tratados Internacionales; de supremacía constitucional y de su fuerza vinculante; de unidad constitucional; *in dubio pro libertate*; del conservacionismo del Derecho. Asimismo, con gran vinculación en este tema interpretativo, muestra una lista de los más importantes principios interpretativos de los Derechos Humanos según la obra doctrinal-jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los que sin lugar a dudas complementan una sólida interpretación constitucional ya que recordemos nuestra norma magna los reconoce plenamente. Estos principios son los siguientes: Accionabilidad; exigibilidad; expansibilidad; fundamentalidad; humanidad; imperatividad o *ius cogens*; incondicionalidad; invisibilidad, irretroactividad-retroactividad, necesidad (inalienabilidad); prevalencia; *pro homine*; razonabilidad; transnacionalidad; y universalidad.[189]

Ferrer Mac-Gregor expone que para el intérprete constitucional, la hermenéutica jurídica clásica continúa siendo útil, aunque insuficiente. Actualmente, por ejemplo, se han adicionado a los métodos de Savigny *(gramatical, lógico, histórico y sistemático)*, el teleológico o finalista, la ponderación y el método comparativo, con independencia de los que se requieren en materia de los Derechos Fundamentales, electoral, etc. De igual forma, enfatiza que los criterios o principios hermenéuticos para interpretar a la Constitución usados por la magistratura son: Los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de eficacia integradora, de razonabilidad de fuerza normativa, de interpretación conforme, etc. Tampoco este autor mexicano, omite manifestar y reconocer la trascendencia de los principios interpretadores de los Derechos Fundamentales: *pro homine*, *pro libertatis*, de universalidad, progresividad, etc.[190]

Carmona Tinoco considera dentro de los aspectos sobresalientes de la Interpretación constitucional, que ésta se justifica por el tipo de normas a las que se dirige, que todos pueden interpretar la Constitución, pero la judicial especializada es la de mayor relevancia; siendo que son tres las funciones esenciales de ella: **1.** Orientar a los órganos de Estado y particulares dirijan su actuación a la interpretación

[189] *Cfr.* Olano García Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 137-202.
[190] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional, op. cit.,* nota introductoria.

constitucional realizada por los jueces; **2.** Actualizar y adecuar sus preceptos a la realidad social cambiante sin necesidad de modificarla; **3.** Una función de control, que mantiene en sus competencias a los órganos de gobierno y garantiza el cumplimiento de los Derechos Fundamentales de la persona consagrados en la Constitución. Carmona Tinoco no desaprovecha la oportunidad para comentar que debido a la gran trascendencia de los casos que tienen que resolver, especialmente el Juez intérprete de la Constitución, además de tener una sólida preparación, debe tener la cualidad de ser especialmente sensible para apreciar la realidad económicas, política, social y cultural en que se halla inmersa la Constitución, lo que se vincula con adecuados procedimientos de nombramiento y capacitación.[191]

Segundo Linares Quintana en materia de interpretación constitucional, rechaza toda pretensión de pureza metodológica que imponga al interprete el uso exclusivo y absoluto de un método determinado a la manera de recetas o fórmulas matemáticas, por el contrario defiende la idea de amplia libertad del intérprete para escoger y utilizar los diversos procedimientos que conoce la técnica constitucional. Esta pluralidad metodológica a juicio del autor en análisis, es la vía para desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional al momento en que es interpretada, sin perder de vista su necesaria congruencia con los grandes fines que la misma Constitución busca (criterio teleológico), siendo los principales la garantía de libertad y dignidad humana, justicia, igualdad, armonía y bienestar general, en breves palabras *"que haga posible el cumplimiento integral de los fines del individuo y el Estado."*[192]

Nieto Castillo consciente de que el Derecho es un fenómeno social susceptible de ser interpretado y por lo tanto concebido como una determinada construcción de una comunidad lingüística que proporciona significados dinámicos a cada uno de sus elementos. Partiendo de una visión garantista, democrática, con reconocimiento de la pluralidad social (sociedad abierta) enfatiza la importancia de interpretar la Constitución para maximizar el ejercicio de los Derechos Fundamentales, no obstante no comparte la visión reduccionista de un poder concentrado para tal labor interpretativa, por el contrario, coincide en el pensamiento de permitir una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución (control difuso):

> *"…la interpretación constitucional ha sido un asunto cerrado a los intérpretes constitucionales jurídicos cuando en realidad corresponde a una actividad social, que entre*

[191]*Cfr*. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), interpretación constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 281-317.
[192]*Cfr.* Linares Quintana, Segundo V., "La interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *interpretación constitucional,* Tomo II*, op. cit., pp.* 759-778.

más plural sea, más abiertos serán sus criterios. Ésta es la tesis de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, integrada por las funciones estatales, por los participantes no necesariamente de carácter Estatal (partes, expertos, peritos, el espacio público pluralista (medios de comunicación, partidos políticos, sociedad civil) y la teoría del Derecho Constitucional."[193]

Pérez Royo manifiesta que todas las reglas tradicionales de la interpretación jurídica son necesarias para interpretar la Constitución, pero que no son suficientes, ya que en la Constitución hay muchos preceptos imposibles de interpretar a partir de ellas. Por lo que la teoría de la interpretación constitucional ha diseñado como solución un método específico denominado como tópico, mismo que surge como resultado de la confluencia de tres circunstancias en la operación de interpretar la Constitución: **1.** su estructura normativa peculiar; **2.** la remisión legislativa para crear Derecho; **3.** la existencia de un límite impreciso que estudia el Tribunal Constitucional, es decir, hablar del método tópico representa la solución a la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la configuración del Legislador y la posibilidad de control del mismo por el Tribunal Constitucional, se trata pues, de un método que está determinado por la interacción Política y Derecho, tal como está institucionalizada en la Constitución democrática (parlamento y Tribunal Constitucional).[194] De manera muy parecida el profesor alemán *Thomas Wurtenberger* piensa que:

"Quién por medio de la interpretación dispone sobre la Constitución, puede dominar la política de una manera considerable. Cuanto más extensivamente se interprete la Constitución, tanto más se estrechará el campo de juego político y tanto más se llegará a los conflictos con la libertad de conformación política del Legislador democráticamente legitimado. Por ello la interpretación constitucional es un problema de la fijación de fronteras entre el Poder legislativo y el Judicial, entre la pretensión de validez del principio democrático y el Derecho deducido de los Principios Jurídicos supremos de la Constitución."[195]

Schmill y Cossío Díaz aceptando que el Derecho es un orden dinámico de normas y reconociendo la pluralidad de significados que estas pueden tener, comentan que cabría preguntarse en que consiste la individualización de uno de ellos y el desechamiento de los otros. En razón de lo anterior, coinciden en que resulta útil conocer y aplicar las éticas weberianas a la función interpretativa jurídica, mismas que son relevantes aplicativamente porque nos permiten comprender dos posibles maneras de concretar o interpretar las normas jurídicas, atendiendo a las motivaciones o

[193] Nieto Castillo, Santiago, "Interpretación jurídica electoral", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional, op. cit.*, p. 864.
[194] Pérez Royo, Javier, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.)*, interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 895-900.
[195] Wurtenberger, Thomas, "Interpretación del Derecho constitucional", *trad*. Joaquín Brage Camazano, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.) *interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 1370.

concepciones del mundo de los titulares de los órganos jurídicos. La primera de ellas, es la interpretación en la *ética de la convicción,* "*Quien actúa desde una ética de la convicción, tiene que darle a las normas jurídicas una interpretación que permita la realización de los valores que él postula…"*[196] La segunda de ellas es la ética de la responsabilidad:

> *"quién actúa conforme una ética tal tiene que interpretar, si es congruente, a las normas jurídicas desde un punto de vista instrumental y empírico. Preferirá aquella individualización de la norma aplicable que genere el menor daño posible y, en caso de que las circunstancias lo permitan, que produzca algún beneficio. Por lo tanto, el intérprete del órgano del Estado, tiene que llevar a cabo dos funciones de importancia extraordinaria:* ***1.*** *Establecer el conjunto de interpretaciones posibles de la norma que le exige cumplimiento, y* ***2.*** *Determinar las consecuencias probables de cada una de esas posibles interpretaciones, sin que de ninguna manera queden excluidas las consideraciones de justicia y moralidad que puedan tener."*[197]

Juan Vega Gómez apunta que la crítica a los métodos tradicionales de la interpretación tienen como objetivo demostrar que estos mecanismos en ocasiones son insuficientes para interpretar la Constitución, así las cosas, explica que el realismo puede sintetizar las rebeliones contra el formalismo en el sentido de que las normas y su certeza no son lo único que se debe considerar en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, sino que éstas adquieren sentidos dentro de los contextos sociales, políticos y económicos del momento. Para el jurista en análisis, existen tres alternativas viables para llegar a buenas interpretaciones constitucionales y que corresponden a la participación del Juez en el desarrollo el Derecho. La primera alternativa corresponde ver a las labores interpretativas como una novela en serie, es decir, que es escrita por diversos autores, y que cada uno ellos se dedica a escribir un capítulo, y por ende, cada autor debe ser respetuoso con el guión previo o en otras palabras, con sus antecedentes; la segunda alternativa consiste en la interpretación crítica, la que simplemente recomienda tomar la relación entre Derecho y Política en serio, discutiendo abiertamente las diferentes visiones que existen para alcanzar una sociedad justa e igualitaria; la tercera alternativa viable es la denominada como visión pragmática, misma en que se recomienda no tomar en serio y de manera aislada los textos, códigos y disposiciones legales pues no servirán como medios para alcanzar interpretaciones viables. Distintamente se propone valorar mucho más el presente, las necesidades actuales y del futuro sin estar anclados en decisiones anteriores. Dentro

[196] Schmill Ordoñez, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.) *Interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, 1073.
[197] *Ibídem*, p. 1077.

de la alternativa pragmática analizada Vega Gómez observa viable un pragmatismo crítico, mismo que comenta:

> *"Se trataría, pues, de un pragmatismo crítico que se ubica en los contextos y ve hacia el futuro resaltando las dimensiones de poder-lenguaje y el carácter disputado del Derecho para escuchar a grupos marginados, incluirlos dentro de las discusiones constitucionales, valorar las interpretaciones y guiarlas hacia la igualdad y carácter social del Derecho. Esto no implica,…descuidar la dimensión individual de la libertad en las Constituciones, sino balancear debidamente para sopesar qué conviene en determinado momento."*[198]

A pesar de la gran coincidencia doctrinal y jurisprudencial de que la interpretación de la Constitución es peculiar y distinta a la de la Ley, existen autores que piensan distinto, uno de ellos es Tamayo y Salmorán, quién considera que insistir en el uso de métodos de interpretación constitucional diferentes a los de la interpretación jurídica es una falacia cualitativa*. "Considerar en forma distinta los materiales jurídicos, en razón de que poseen una diferente dimensión, provocaría que existieran tantas Ciencias del Derecho como fenómenos jurídicos se presentan, situación que parecería absurda como imaginar una ciencia del león, una ciencia de la hormiga, de una pulga."*[199]

C. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Una buena parte de la doctrina coincide en que la Constitución viviente depende de ciertas garantías constitucionales de la que está dotada por su propia naturaleza y relevancia. Las garantías sociales, que tiene que ver con su reconocimiento y aceptación como norma fundamental, es decir con la creación de una cultura constitucional; las garantías políticas, que se refiere a los medios excepcionales que tiene el poder para hacer frente a los ataques que reciba para desestabilizarla, el uso pues, de la fuerza pública para lograr su perdurabilidad; y las garantías jurídicas, que permiten evitando la ruptura social, el cambio de su contenido de manera pacífica. Asimismo, es una de estas garantías jurídicas la labor de los jueces en torno a que se cumplan los mandatos constitucionales.[200] Y es precisamente en esta última modalidad donde puede ubicarse de cierto sentido a la justicia constitucional. Inicialmente y ante la necesidad de evitar confusiones terminológicas, acudiremos al pensamiento de Fix-Zamudio quién comenta que aunque pareciera ser que los téminos control, jurisdicción

---

[198] Vega Gómez, Juan, "Seguridad jurídica e interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.) interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit*., pp. 1327.
[199] *Cfr.* Tamayo Salmorán, Rolando, "La interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.) interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.*, p.1187.
[200] *Cfr.* Mora-Donato, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, IIJ, 2002, pp.69-72.

y justicia, todos con el adjetivo constitucionales, son usados indistintamente para referirse a la materia de este apartado, cabe aclarar que tienen connotaciones distintas. El término control, es genérico y abarca todo tipo de sistemas para revisar el ejercicio de autoridad que tienen los órganos del poder en cualquier país democrático, dichos controles pueden ser políticos, judiciales o jurisdiccionales. Mientras que el término jurisdicción constitucional, se refiere a lo estrictamente procesal, es decir al control procesal constitucional. Por su parte, el término justicia constitucional, es un control que examina las facultades de los órganos del poder y los resultados de los ejercicios de éstas facultades en el marco de la separación del ejercicio del poder y bajo la figura de los *checks and balances,* pero encomendados a órganos jurisdiccionales o inclusive algunos administrativos que colaboran con ellos. Y si bien el término justicia constitucional es el tradicionalmente usado en Europa, no se opone a la disciplina denominada Derecho Procesal Constitucional promovida en México. Así las cosas, la justicia constitucional es el contenido o el objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional.[201] Al respecto de la relación entre Derecho Procesal Constitucional y justicia constitucional ha expuesto:

> *"A nuestro modo de ver resulta preferible, por su vinculación con los estudios de teoría o Doctrina General del Proceso o del Derecho Procesal, el nombre de Derecho Procesal Constitucional, para sustituir la que se ha utilizado hasta ahora de justicia o Jurisdicción c*
> *Constitucional, para designar a la disciplina científica que analiza de manera sistemática las garantías constitucionales, entendidas no como equivalentes de Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, sino como los instrumentos jurídicos predominantemente procesales que se utilizan como medios para la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas de carácter constitucional…"*[202]

Prieto Sanchís, expone que *"La justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y que ésta última requiere a su vez una determinada concepción de interpretación y aplicación del Derecho."* [203]

Hechas estas acotaciones terminológicas, podemos decir, que los instrumentos de justicia constitucional representan un baluarte del Estado Constitucional, ya que permite examinar cómo ejercen su poder los órganos del Estado, lo que resulta primordial para determinar la validez o invalidez de sus actos. Asimismo, a efecto de ilustrar, de manera más sencilla en que consiste la justicia constitucional, diremos, por

[201] *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Panorama de la justicia constitucional", conferencia magistral dictada en la Cd. de México, el 3 de febrero de 2009 dentro del Seminario, *Reforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
[202] Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, Colección Derecho, Administración y Justicia, p. 116.
[203] *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 94.

ejemplo que son instrumentos de ella, el juicio de amparo (*en sentido estrictamente constitucional y no de casación*), las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales de los ciudadanos, el juicio poítico, el juicio constitucional para revision de resoluciones y actos de autoridades electorales locales. Asimismo, existe una fuerte corriente para incluir dentro de los medios de justicia constitucional, a los organismos públicos de los Derechos Humanos, independientemente de sus características no jurisdiccionales.[204]

En este sentido, vemos que la justicia constitucional tiene como objeto dar las garantías jurisdiccionales para que los órganos del poder se mantengan actuando dentro de un marco que respete y garantice los Derechos Fundamentales otorgados por la propia Constitución. Para el caso mexicano Fix Zamudio, a efecto de diseñar mejores sistemas que garanticen el cumplimieto de los Derechos Humanos, propone para el juicio de amparo **a)** Reconocer para efectos del juicio de amparo que las garantias individuales y sociales, también abarcan a los derechos nacionales de fuente internacional, es decir a los derechos que provienen de los tratados de fuente internacional y, por lo tanto, debieran ser protegidos; **b)** Instaurar la declaración *erga omnes*; **c)** El reconocimiento del interés legítimo indirecto que protege los intereses difusos; **d)** Una ampliación del concepto de autoridad para reconocer poderes privados. Asimismo, propone eliminar la facultad de investigación de la Corte, ya que considera es una función de los organismos en Derechos Humanos.

D. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

Es contemporáneamente aceptado que en un Estado Constitucional se necesita ejercer un control de constitucionalidad, y que éste permite garantizar la supremacía constitucional, ahora el debate es quién debe ejercerlo. En este tenor de ideas, se han buscado diversos mecanismos para ejercer tal control de la constitucionalidad vía jurisdiccional, entendido este como *"el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones al poder,"*[205] o *"un control de la regularidad o control de la conformidad de los actos de los poderes constituidos con la Constitución."*[206] Los sistemas más difundidos para tales fines, especialmente el de atacar normas inconstitucionales, son el *sistema difuso* (americano), en el cuál, el poder de control corresponde a todos los

[204] Se recomienda leer el análisis evolutivo de cada uno de estos instrumentos de justicia constitucional en Fix-Zamudio, *La justicia constitucional, op. cit.*, pp.107-196.
[205] Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, IIJ UNAM, 2002, p.121.
[206] Covián Andrade, Miguel, *El Control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado*, México, CEDIPC, 2001, p. 25.

órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de las causas de su competencia, en otras palabras, este medio surgido del famoso caso *Marbury vs Madison,* consiste en el reconocimiento a los juzgadores, sea cual sea su categoría, de no aplicar las leyes secundarias que consideren contrarias a la Constitución, al menos en el caso concreto ya que no tiene efectos *erga omnes,* aunque esta barrera se supera de algún forma con el principio del *stare decisis.* El *sistema concentrado* recomendado por Kelsen, denominado también austriaco o simplemente europeo, que se concentra en un órgano jurisdiccional solamente.[207] No se omite manifestar que éste último puede depositarse dentro del Poder Judicial o fuera de él.

Como podrá apreciarse, este control se inspira doctrinariamente en la consideración de que el control de la constitucionalidad de las leyes, por su importancia, debe resolverse por jueces dotados de un conocimiento jurídico, de un prestigio y de una independencia superiores a lo jueces ordinarios.[208] Diferenciando el modelo concentrado del difuso, Favoreau diría *"lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un Tribunal especialmente creado para ese fin."*[209] Por último el *sistema mixto* que armoniza el modelo difuso y concentrado, Fix-Zamudio ha explicado que: *"El modelo 'europeo' o 'austriaco' se difundió en los últimos años ampliamente en América Latina y alcanzó un importante vigor, sin afectar esencialmente la tradición americana, es decir sin que se hubiese producido incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o en su caso, por la Corte o Tribunal supremo."*[210]

Actualmente se percibe una fuerte corriente en la mayoría de los países hacia el modelo de la existencia de un Tribunal especializado, es decir, sobre la existencia de Tribunales Constitucionales.

El Diccionario Jurídico Mexicano, explica que los Tribunales Constitucionales son: *"Los organismos judiciales especializados en la solución de conflictos que surgen por la aplicación directa de las disposiciones de carácter constitucional".*[211]

Asimismo, Fix Zamudio muestra que existen dos enfoques para determinar la naturaleza de los Tribunales Constitucionales. El primero, de carácter formal, considera como tales a los organismos generalmente situados fuera de la esfera del Poder

[207] *Cfr.* Capeletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 60 y ss.
[208] Covián Andrade, *El control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado, op cit.*, pp. 42 y s.
[209] Favoreau, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 15.
[210] *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina"*, Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Motes de Oca*, México, IIJ-UNAM, 1995, p. 60.
[211] Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales Constitucionales*, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM-Porrúa, México, 2002, pp. 879-884.

Judicial, que resuelven de manera exclusiva las controversias de carácter constitucional. El segundo, de carácter material, también se califica como constitucional a los tribunales de mayor jerarquía que poseen la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental.

Ferrer Mac-Gregor, en una explicación *lato sensu*, considera que: *"Entendemos por Tribunal Constitucional a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del Poder Judicial independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normatividad constitucional."*[212]

Desde ésta óptica podemos afirmar que el Tribunal Constitucional es el órgano especializado, independientemente de que se ubique dentro o fuera del Poder Judicial, con facultad expresa en la Constitución, para conocer y resolver los conflictos en materia constitucional y que tiene como finalidad, proteger a la Constitución, así como asegurar su exacto funcionamiento y su debida observancia; garantizar el respeto y control entre los poderes constituidos y entre éstos y los Derechos Fundamentales del individuo y fungir como intérprete supremo de la Constitución.

Por último, Giancarlo Rolla nota que entre la Constitución democrática y Derechos Fundamentales de la persona, se establece una relación dialéctica según la cual, por un lado, la Constitución constituye la base de su reconocimiento y de su tutela; por otra parte, el disfrute de los Derechos Fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado democrático de Derecho. Asimismo, también comenta *que "la justicia constitucional es parte de la relación entre Constitución y Derechos Fundamentales, creando una especie de triángulo equilátero, que une tres características del constitucionalismo contemporáneo: principio de legalidad, garantía de los Derechos Fundamentales y la justicia constitucional."*[213]

Como reflexión final de este apartado, sería importante reflexionar en un serio debate académico-jurisdiccional, sobre la conveniencia de crear un verdadero Tribunal Constitucional, que en su seno sólo atienda cuestiones exclusivamente constitucionales, mientras que se reserve a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la resolución de aspectos inherentes a la legalidad.

[212] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2000, p. 67.
[213] Rolla, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y justicia constitucional*, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM-IIJ, 2002, p.130.

E. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.

Como es bien sabido, la realidad avanza con mucha mayor velocidad que el Derecho, de ahí que uno de los grandes retos de este último, consista en acortar esta distancia para muchos de carácter ineludible. Esta misión, de contar con un Derecho que dé soluciones a los problemas que emergen de la realidad, se realiza de dos formas, vía intepretación y resolución de casos con métodos evolutivos y vía la modificación del sistema normativo. La primera vía corresponde preponderantemente a los jueces, mientras que la segunda, independientemente que sea propuesta por el ejecutivo, corresponde al Legislador. En este apartado, nos referiremos a ésta última, y más específicamente, analizaremos el tema de la reforma constitucional, y la gran discusión que existe en torno a que si una reforma constitucional, pudiéndose considerar la máxima expresión del poder legislativo, puede ser decretada inválida o constitucional, ya sea de forma o fondo por el juzgador. Como bien podrá apreciarse, es un escenario en los que se recrea el debate entre democracia y jurisdicción, entre Legislador y Juez, entre voluntad popular y Constitución, entre politica y Derecho, o cómo bien se dice de manera más técnica, este debate se centra en la posibilidad del Máximo Tribunal de declarar inconstitucionales reformas a la Constitución, lo que implica a su vez, determinar si el órgano judicial revisor de la Constitución tiene límites en cuanto que es un poder constituido.

Las respuestas a esta encrucijada jurídica, puede sintetizarse en tres posiciones: Por una parte, tenemos a los que consideran que la reforma constitucional no debe estar sujeta a ningún tipo de control constitucional, ni debe tener límites, porque es un acto emanado del poder constituyente, así que no puede revisarse ni en su fase procedimental ni en su contenido. Cabe señalar que ésta posición, es cada vez más débil en la cultura jurídica contemporánea.

Una segunda posición es aquella que establece que, si bien una reforma no debe ser objeto de control constitucional en cuanto a su contenido, si es susceptible de ser revisada en cuanto si se apegó o no al procedimiento expresamente establecido en la propia norma constitucional.

> *"En estas coordenadas nuestro planteamiento es que el Poder constituyente derivado o poder de reforma de la Constitución carece de límites jurídicos o positivos autónomos en el plano interno que sean justiciables, salvo el límite procesal o adjetivo de un procedimiento*

especial con quórum ordinario y extraordinario estatuido….nos lleva a concluir que es un control preventivo o represivo según el caso y facultativo de constitucionabilidad circunscrito a los vicios de forma y no a los vicios de materia o de competencia. Admitir un planteamiento distinto…Importaría hacer de la Judicatura constitucional un órgano más del Poder Constituyente, llamado a aplicar supuestos límites materiales "explícitos" o "implícitos" a dicha potesta. Es un control que en caso de establecer una inconstitucionalidad de forma, da origen a una "tentativa constitucional" de reforma y nunca un control sobre la reforma constitucional promulgada mediante Ley."[214]

Otro argumento que se sostiene para objetar la existencia de límites materiales de la reforma constitucional es que:

"Precisamente en una democracia constitucional el Tribunal Constitucional es el custodio o guardían de la Constitución, es decir, de la expresión máxima de autodeterminación política de una comunidad, pero no de sustituirlo de ésta en el ejercicio del Poder Constituyente originario y/o derivado. La Constitución vigente es en fruto del Poder Constituyente originario y/o derivado, y a su guarda se sitúa el Tribunal Constitucional. Un refuerzo de este rol de guardían de la Constitución, pero no de Poder Constituyente constituido permanente, es el self restraint o autolimitación del poder del propio Tribunal Constitucional, empleando la doctrina de las "cuestiones politicas" como decisiones no justiciables. En suma, la racionalización del poder político que se produce en una democracia constitucional impide por una razón de sistema del orden político-institucional, es decir la inserción del Tribunal Constitucional en el arreglo institucional de Estado y su régimen político, que éste se transforme en una parte o pieza del Poder Constituyente derivado… La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los limites entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticiamente soberano a quién es únicamente custodio de la Constitución."[215]

Y por último, la posición que reúne a los que piensan que una reforma constitucional es suceptible de control constitucional no sólo en cuanto a su procedimiento de reforma sino incluso de su contenido, es decir, su contenido debe ajustarse a ciertos parámetros o referentes que la misma Constitución posee y que son considerados más valiosos que otros, así pues, estos referentes por así decirlo, se sitúan en la cúspide intraconstitucional, algunos de ellos son los llamados Derechos Fundamentales, *ius cogens*, etc. y que como se puede dilucidar, provienen de compromisos ratificados con la comunidad internacional. Se argumenta a favor de esta posición que:

"En muchas democracias consolidadas europeas y aun latinoamericanas no resulta extraño para los juristas e incluso para los ciudadanos que ciertas normas constitucionales tengan una posición preferente respecto a otras normas de la misma Constitución. A estas normas de gran relevancia se les conoce como cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas y tienen un lugar privilegiado sobre el resto de los ordenamientos jurídicos. Es tal la importancia de estas cláusulas, también llamadas decisiones políticas fundamentales, que la Constitución establece que para reformarlas se requiere de un procedimiento más rígido, más

[214] Zúñiga Urbina, Francisco, *Control de la constitucionalidad de la reforma constitucional*, Revista Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, noviembre, Año/Vol. 4, número 2, pp. 431-433.
[215] *Ibídem*, p. 433.

calificado, que el empleado para reformar el resto de las normas constitucionales. Cuando hay cláusulas pétreas o intangibles, no hay duda de que las reformas constitucionales no pueden ir en contra de los sentidos o significados de las primeras. Si la reforma constitucional incide en el contenido esencial de las normas intangibles, el Tribunal Constitucional, o en su caso el Tribunal Supremo, puede declarar inconstitucionales esas modificaciones." [216]

Pedro Salazar, después de ilustranos respecto a que en el Siglo XVII se alzaron voces que cuestionaron la legitimidad de los constituyentes para imponer su voluntad a generaciones futuras a través de un documento constitucional rígido, y que después estos reclamos pudieron apaciguarse con la facultad de reforma, comenta que:

"…la teoría constitucional dominante quiere que ciertos contenidos de la Constitución sean definitivamente intocables. Se trata de aquellas disposiciones que consagran a los Derechos Fundamentales y que las más de las veces están formuladas mediante principios abstractos de contenido impreciso e incierto. Constitucionalistas autorizados, como Ernesto Garzón Valdés y Luigi Ferrajoli, sostienen que dichos principios, junto con los que dan sustento a la forma de gobierno democrática, constituyen una especie de "coto vedado" o de "esfera de lo indecidible" ante las decisiones colectivas. Esto implica, simple y llanamente, que los ciudadanos (su mayoría o la unanimidad de los mismos) no pueden adoptar decisiones que restrinjan o supriman esas fórmulas que recojen bienes valiosos. Los principios constitucionales fundamentales llegaron para quedarse. Esto, entre otras cosas, porque aunque parezca paradójico, constituyen los presupuestos que hacen posible la democracia. Incluso algunos teóricos argumentan que proteger con rigidez absoluta ciertos principios constitucionales es un 'vinculo preventivo que se autoimpone la comunidad para no perder el rumbo con decisiones equivocadas"[217]

No obstante que lo citado de la obra de Salazar Ugarte daría la idea de cierta contundencia para preferir esta posición sobre las demás, este mismo autor advierte que el problema de esta posición, gira en torno a la múltiple labor interpretativa que realizan los jueces constitucionales sobre los contenidos materiales de la Constitución, inclusive lo que para otros es un coto vedado. Como podrá observarse una de las preocupaciones de este investigador, consiste, usando sus palabras, en que por edificar el Estado Constitucional, podemos desfondar a la democracia.

"El problema, me parece, es que el exceso de poder marea y los ministros de la Corte son prácticamente inmunes a los controles democráticos. Si lo que aspiramos a consolidar es un Estado Democrático de Derecho, entonces, debemos fortalecer la capacidad de decisión de las instituciones representativas. Y ello no implica restarle importancia a la labor de los encargados de la justicia constitucional, pero sí supone restarle protagonismo. El papel de los "jueces constitucionales", debe ser subdiario y secundario: están ahí para garantizar que el juego se desarrolle en el marco de las reglas, no para dictarlas. De lo contrario, además de cuidarnos del político demagogo o lider carismático, tendremos que resguardarnos del jurista

[216] Cárdenas Gracia, Jaime, "La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales", *Revista mexicana EMEEQUIS*, 17 de marzo de 2008, p. 28.
[217] Salazar Ugarte, Pedro, "Justicia constitucional y democracia: El problema de la última palabra", en Vázquez, Rodolfo *(Comp.)*, *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, Nexos, 2007, pp. 41 y s.

educado que, desde la silla de un Tribunal, esquiva la mirada para ocultarnos sus ambiciones de poder…"[218]

Por nuestra parte, creemos que en un Estado Constitucional tiene que existir un control amplio e integral de la constitucionalidad de todos los actos y en general, de todas las normas, incluidas aquellas que intentan ser constitucionales. Y decimos, lo anterior, porque creemos que el poder reformador de la Constitución se encargó a un órgano constituido, que no se asemeja al constituyente original, así que como todos los órganos constituidos para ejercer el poder, tiene límites de forma y fondo, los primeros de carácter procedimental, los segundos, los principios que dotan de sentido a la propia Constitución y bajo los que se concibe nuestro proyecto nacional. En este sentido, aceptamos que existen jerarquías intraconstitucionales. No hacerlo así, comentaría Cárdenas Gracia, *"implicaría aceptar que algunas reformas constitucionales pueden defraudar los significados más relevantes de la Constitución, o en otras palabras, que puede haber reformas a la Constitución que sirvan en los hechos para realizar fraudes constitucionales"*[219] Siendo esto así, Cárdenas acepta que ante la no existencia expresa de los controles de la constitucionalidad del órgano reformador de nuestra norma máxima, descansan en los límites formales *(entendidos como procedimentales)* y los materiales (explícitos -*entendidos como causas de intangibilidad que no tenemos en México*- y los implícitos).

Asimismo, no hay que perder de vista que existen una serie de Tratados Internacionales debidamente ratificados, en los que se plasma la idea de que en toda Constitución existen contenidos de mayor relevancia que otros. Así por ejemplo, tenemos a la propia Convención Americana sobre los Derechos Humanos que dispone en su artículo 27 que incluso en el caso extremo de que un Estado suspenda las obligaciones contraidas por esta Convención de manera temporal, ésta situación no autoriza la suspensión de los derechos relativos a *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y de retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derechos políticos; ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

Miguel Carbonell, calificando al tema de este apartado como medular del Estado Constitucional, reflexiona que el poder reformador sí es susceptible de control

[218] *Ibídem*, pp.49 y s.
[219] Cárdenas Gracia, Jaime, *La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, op. cit.*, p. 28.

constitucional, ya que no es de modo alguno un poder constituyente originario, analiza también que el controlador debe verificar los limites formales explícitos que la Constitución se da para ser cumplidos en su reforma (quórum, votación, etc.). Asimismo, asume la posición no sólo de que es factible controlar el contenido de las reformas constitucionales, sino además que es una obligación normativa que encuentra sustento en la sentencia de la Corte Intermericana de Derechos Humanos, dictada en febrero de 2001, en el caso *Olmedo Bustos y Otros vs Chile*, el famoso caso conocido como la "Última Tentación de Cristo", sentencia que reescribio la jerarquia normativa para aquellos países que han suscrito la Convención y que forman parte de la Jurisdicción de la Corte, al enunciar que aunque en una Constitución se tenga una norma, si esa norma es contraria a la Convención Americana, el país está obligado a modificarla. En otras palabras, la Convención Americana para decirlo claro, se vuelve un referente de contenido de las Constituciones de los países miembros, espíritu que se recoge en el artículo 2 de la Convención, al estipular que *"si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de ésta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."*[220] *Como podrá apreciarse, esto sin lugar a dudas* abre una puerta para el control sustantivo de la reforma constitucional. Sin embargo, advierte que este debiera proceder sólo en casos donde la violación del contenido de la reforma constitucional fuera flagrantre y evidente en contra de la Convención Americana. [221]

Diego Valadés después de reflexionar sobre la complejidad del tema de la reforma y control constitucional, ya que trae implicaciones en los temas más profundos de la teoría constitucional, tales como: supremacía constitucional, división de poderes, positividad de la norma, naturaleza representativa del Estado, separación de poderes y precisar que este tema puede vanguardistamente ser encuadrado en el debate entre función judicial y democracia, entre justicia constitucional y ejercicio democrático del poder. Comenta que para algunos países como los Estados Unidos de Norteamérica, este es un tema explorado jurídicamente ya que desde 1791 resolvieron asuntos que

[220]Convención Americana de Derechos Humanos, en la página *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html. (Consultada el 16 marzo de 2008).*

[221] Carbonell, Miguel, información recopilada de su participación en la mesa "Naturaleza y alcances del poder de reforma constitucional", dentro del Seminario r*eforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, realizada en el IIJ el 4 de febrero de 2009.

girban en torno a este tema, mismo que fue evolucionando jurisprudencialmente.[222] Obviamente, existen países de los que no puede decirse lo mismo, ya que su involucramiento en el tema es reciente, porque no se había dado la oportunidad de ser tratado, porque el partido granmayoritario en el poder no lo necesitaba, o porque los jueces no quisieron o evadieron su responsabilidad de adentrarse en el mismo.

En el caso mexicano por ejemplo, existen algunos precedentes paradigmáticos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que conviene comentar: Al resolverse el amparo en revisión 1334/98 el 9 de septiembre de 1999, admitió que cuando se impugna un proceso de reforma constitucional, lo que en realidad se pone en controversia no es la Constitución misma, sino los actos del procedimiento legislativo que culmina con su reforma. De ahí, que estimara que cabía la posibilidad de ejercer un medio de control constitucional en contra de esos actos, en el supuesto de que la autoridad jurisdiccional detectara que los protagonistas de los mismos no se ajustaron a las formas o esencias consagradas en la mecánica del procedimiento de reforma. En síntesis, se sostuvo que no podía impugnarse, mediante un juicio de amparo, el contenido de alguna disposición constitucional, pero que sí era posible dirigir una demanda de garantías en contra del procedimiento reformatorio. El criterio anterior quedó reflejado en la tesis aislada siguiente:

> ***"REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS.*** *El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a Derechos Fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado."*[223]

[222] Valadés, Diego, conferencia magistral dictada en el *Seminario reforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, realizada en el IIJ de la UNAM, el 4 de febrero de 2009.

[223] Tesis P. LXII/99, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, página 11. Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999, once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

El 6 de septiembre de 2002 al resolver el Pleno por mayoría de 8 votos la Controversia Constitucional 82/2001, cambió de criterio, sosteniendo que el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, porque *"lo encuentra en sí mismo"*. El criterio dio lugar a la siguiente tesis de jurisprudencia:

> ***"PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.*** *De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía."*[224]

La última actuación de nuestro máximo Tribunal vía la facultad de atracción, que consideramos se convertirá en paradigmática, y en la que afortunadamente corrige al menos de alguna forma, el camino hacia el Estado Constitucional, es la sentencia dictada a finales del 2008 con motivo a la resolución del amparo de revisión 186/2008, y que se promovió ante el desechamiento que hizo el Juez de Distrito de la demanda de amparo interpuesta en contra de la adición del penúltimo párrafo al Apartado A del artículo 41 y la derogación del tercer párrafo del artículo 97 del Constitución, conocida como la reforma electoral. Es importante comentar que esta sentencia independientemente de que fue en su redacción muy cautelosa al centrar la discusión exclusivamente sobre la procedencia o no del juicio de amparo, deja claramente sentado que el amparo es un medio de control para las reformas constitucionales y que toda reforma puede ser susceptible de control formal o de procedimiento. Asimismo, contiene argumentos que abren la puerta hacia la futura aceptación de límites materiales de control, es decir, al control del contenido material de la reforma *(implícito y explícito)* y que sin lugar a dudas, en breve habrá ocasión de ser tratados en un nuevo caso que se le presente y en el que esperamos, la Corte se ubique en la altura

[224] Jurisprudencia P./J. 39/2002, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, septiembre de 2002, página 1136. Controversia constitucional 82/2001. Ayuntamiento de San Pedro Quiatoní, Estado de Oaxaca. 6 de septiembre de 2002. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Eva Laura García Velasco.

de aceptar estos límites materiales de control. Algunos argumentos de esta relevante sentencia se transcriben a continuación:[225]

…no existe una norma constitucional o legal que prohíba expresamente la procedencia de un Juicio de Amparo contra un decreto de reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aceptando entonces que el poder reformador es un poder limitado, se identifican diversos tipos de límites, entre los que destacan los explícitos (o cláusulas de intangibilidad) e implícitos. Los primeros, como su nombre lo indica, quedan establecidos en el propio texto constitucional y tienen un doble significado jurídico y político: jurídico, en tanto que se entiende que el texto constitucional está compuesto por dos clases de enunciados normativos: unos de mayor jerarquía que forman lo que se conoce como "supralegalidad constitucional" y otros de menor jerarquía; político, porque se supone que en el texto constitucional se funden en uno solo los conceptos de legitimidad y legalidad. Los límites implícitos, por el contrario, no se encuentran en el texto constitucional, sino que su existencia sólo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución. Estos límites implícitos se obtienen básicamente de la aceptación de dos principios fundamentales: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes. A partir de tales principios se entiende que cualquier reforma atentatoria contra alguno de ellos tendría que interpretarse, necesariamente, no como una modificación del ordenamiento constitucional, sino como una auténtica destrucción del mismo. No obstante lo anterior, la obtención racional de los límites implícitos no es un asunto apacible. Tradicionalmente, solían invocarse para ello los esquemas del iusnaturalismo racionalista que llegó a considerar, sin más, que los derechos naturales tenían un valor absoluto y, por tanto, inalcanzable por cualquier texto legal positivo.

El principio jurídico de supremacía constitucional impone, entonces, el reconocimiento de unos límites implícitos formales que se centran básicamente en las propias normas reguladoras del procedimiento de reforma; por su parte, el principio político de soberanía popular condiciona la obligada aparición de unos límites implícitos materiales, cuya fundamentación y desarrollo han de ser deducidos, desde la lógica de la legitimidad, como correlato necesario de los valores materiales en los que se basa la idea del moderno Estado Constitucional. Los límites implícitos formales resultan, en su proyección normativa, perfectamente delimitables en las disposiciones reguladoras del procedimiento de reforma. En cambio, los materiales son más difíciles de identificar en tanto que se corresponden con un número más o menos variable de contenidos que se suponen aceptados como base axiológica del Estado (la esencia de los Derechos Fundamentales, el principio democrático, la división de poderes, el poder constituyente del pueblo, entre otros).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece límites explícitos o cláusulas de intangibilidad, pero sí implícitos. De éstos, al menos podemos identificar los formales que se contienen en el artículo 135 constitucional, referido al procedimiento de reforma. Con lo dicho hasta aquí, es posible admitir que se trata de un poder limitado, pues no puede ser, sin más, identificado con el poder constituyente originario. Los límites que pueden ser inmediatamente identificados son, se ha dicho, de tipo formal, lo que se traduce en que cualquier reforma que del texto constitucional se intente ha de respetar estrictamente el procedimiento establecido. Los límites materiales del poder reformador, si se aceptaran, tendrían que ser definidos por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación y en todo caso estaría relacionado con la garantía de los derechos y con la división de poderes.

En suma: las posibilidades de actuación del Poder Reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último, porque el poder de reforma que tiene la competencia para modificar la Constitución, pero no para destruirla. Con lo dicho hasta aquí, se está en condiciones de concluir que, si el Poder Reformador es un poder limitado y sujeto necesariamente a las normas de competencia

[225] La sentencia puede ser vista en el sitio oficial de la Corte, en *http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/ (Consultada el 3 de junio de 2006).*

establecidas en el texto constitucional, entonces es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquéllos actos reformatorios que se aparten de las reglas constitucionales. Es decir, cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional en contra de la posible violación a las normas del procedimiento reformatorio.

Góngora Pimentel comenta por su parte que:

"En un principio consideramos como notoriamente improcedente que un individuo quisiera impugnar, mediante juicio de amparo, una reforma constitucional. Sin embargo, con posterioridad, en 1997, la Suprema Corte de Justicia tomó la determinación de que no era notoriamente improcedente analizar la constitucionalidad de una reforma. Así, se tomó el criterio de que el órgano revisor de la Constitución también estaba integrado por órganos constituidos y por tanto eran autoridades que debían respetar en todo momento las garantías individuales. En esta ocasión, los vicios de forma alegados no llegaron a tener la entidad suficiente como para declarar la nulida de de la reforma constitucional, sin embargo, se abrió la posibilidad de proceder a su estudio. Recientemente, aunque ya no en amparo sino en acción de inconstitucionalidad, se sostuvo el criterio de que es posible que mediante este control abstracto de la inconstitucionalidad se controle la reforma constitucional, habiéndose llegado a analizar el fondo, sólo que respecto de una Constitución estatal. Como pueden, ustedes observar, el tema de control de la reforma constitucional es un tema apasionante en donde independientemente del debate académico, que es amplio, los criterios jurisdiccionales no han tenido una linea uniforme. Si acaso. Existe uniformidad en cuanto a la posibilidad de que los vicios formales o procesales de las reformas constitucionales sean objeto de control constitucional. En donde no existe tal uniformidad, en cambio es respecto de los vicios de fondo, sobre todo en las razones que hasta el momento se exponen para negar este tipo de control."[226]

A manera de sintetizar este tema-apartado, en el Estado Constitucional, toda norma es sujeta de control constitucional, incluso la reforma constitucional. Así como, todo acto tiene límites, incluso el poder reformador de la misma, o en palabras de Ruíperez, *"ocurre que para alcanzar el correcto y ponderado funcionamiento del Estado Constitucional, es menester que el propio principio de rigidez se encuentre debidamente asegurado. Y es que de nada serviría establecer un procedimiento específico, especial y, usualmente más agravado que el legal constitucionalmente previsto para actuar sobre la legislación ordinaria, para llevar a cabo la modificación formal de la Constitución, si no se establece junto aquél, algún mecanismo que garantice que la actuación de los poderes se va a desarrollar con total respeto al texto constitucional. Aparece, de esta suerte, el instituto de control de constitucionalidad."*[227] También, explica que la finalidad de este instituto de control, no puede ser otra que lograr que todas las modificaciones de la Constitución que no

[226] Góngora Pimentel, Genaro, "El control de la reforma constitucional", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coord.), Tribunales y justicia constitucional, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 246.

[227] Ruíperez, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización (Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado Constitucional Democrático y Social, op. cit.*, p. 104.

puedan ser entendidas, y admitidas, como supuestos de mutación constitucional por desapegarse al propio contenido constitucional sean anuladas.

F. EL DESBORDAMIENTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

El intérprete jurídico: ya sea un Juez o cualquier abogado, debe encontrar la respuesta jurídica a una pregunta concreta, dicha pregunta sería ¿Cuál es el *status* deóntico jurídico sobre una determinada conducta? La respuesta jurídica que debe dar el intérprete -sobre si esa conducta es lícita, obligada o permitida por el Derecho- debe buscarla en distintos lugares jurídicos, si quisiéramos decirlo en una terminología clásica: el jurista debe ir a buscar la respuesta al problema planteado en las diversas fuentes del Derecho. Es así como la materia regulatoria *–entendida como el lugar a donde se dirige el jurista (los intérpretes) a buscar la respuesta jurídica al problema planteado*- coincide con el tema de las llamadas fuentes del Derecho. Y si bien, lo que acabamos de decir parece no ser novedoso, la novedad radica en el sentido de que las fuentes del Derecho se han ampliado notablemente o en términos de Pérez Luño, estamos presenciando un desbordamiento de ellas. Ahora el operador jurídico tiene más y mejores alternativas de solución que las que el Estado legalista-civilista le configuraba.

En cuanto al tema del desbordamiento de las fuentes del Derecho, sabemos que la concepción moderna de las fuentes del Derecho viene de Savigny en su obra fundadora de la Ciencia Jurídica moderna que es *“Sistema de Derecho Romano Actual”.* Es precisamente en la obra mencionada en donde Savigny plantea su concepción *hidrológica* del Derecho (*donde se apela a la idea de que el Derecho surge de un manantial)*. Recordemos que Savigny nos dice que el Derecho es el *“espíritu del pueblo”* de donde surge el Derecho consuetudinario, pero al momento de surgir el Derecho es caótico y por ello hay que transformarlo y convertirlo en Ley para que luego al ser aplicado lo apliquemos con exégesis pura y dura. Podemos apreciar que Savigny decía que la interpretación jurídica textual, es reconstruir el pensamiento del Legislador *in situ* en la Ley. Al respecto nos dice Manuel Atienza en su introducción al Estudio del Derecho que a los abogados se nos ha enseñado tradicionalmente a través del tiempo a desentrañar el sentido de la norma.

La concepción decimonónica de las fuentes del Derecho enseñaba que el Derecho deriva en una nómina mínima o muy reductiva, exhaustiva y jerárquica de las fuentes del Derecho. Es mínima porque tradicionalmente se circunscribe al Derecho como

producto de la Ley y la Costumbre; en cuanto a la jurisprudencia ésta poco pudo irse posicionando pero siempre fue vista con sospecha. Así podemos decir que las fuentes del Derecho en un sistema de corte decimonónico se podrían limitar a la Ley, Costumbre y Jurisprudencia; desde ésta perspectiva se hace patente la pobreza de las fuentes del Derecho y que contrasta con las fuentes del Derecho que se manejan en el sistema jurídico diseñado para el Estado Constitucional. Exhaustiva porque se enuncian todas las reconocidas, es jerárquica porque la Ley es superior a la Costumbre y ni que decir de la Jurisprudencia basada en la interpretación literal. Sin embargo, esta concepción decimonónica del Derecho y sus fuentes empieza a ser cuestionada a raíz de que la Constitución empieza a ser tomada jurídicamente en serio y se le posiciona en el lugar correcto, es decir, en el lugar que ocupa el Derecho más alto *(el higher law).* Y si bien este reconocimiento Constitucional ya posicionaba a la Constitución como la fuente del Derecho más importante en jerarquía y calidad del sistema, éste escenario se potenciaría majestuosamente con el reconocimiento de los Principios Jurídicos, cada Principio Jurídico sería una verdadera fuente para los interpretes, de aquí en adelante el modelo decimonónico había sido superado o al menos se había demostrado su ineficacia para el modelo constitucional que se proyectaba el Estado Constitucional.

Otro motivo de la crisis de las fuentes decimonónicas, y consiguientemente del desbordamiento del que hablamos, se da en virtud de los crecientes instrumentos de carácter internacional o regional, firmados por los Estados, los que por su contenido sustantivo (principalmente Derechos Fundamentales) e inspirados en el principio de *pacta sunt servanda,* vienen a ser obligatorios jurídica y moralmente (Declaraciones, Convenciones, Cartas, Tratados, Protocolos, etc.). Al respecto, cabe recordar que también se encuentran establecidos organismos supranacionales que emiten decisiones vinculantes, no podemos olvidar por ejemplo que la última palabra no la tiene ya ni siquiera la SCJN, sino la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en temas de su incumbencia.

El Estado Constitucional, también reconoce y le da la importancia debida a las fuentes provenientes de la Costumbre Internacional como el *Ius cogens* y a la *lex mercatoria*. El *Ius Cogens* puede definirse *como "el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en las hipótesis de que las partes quisieran excluirlas"*[228] ó como *"un*

[228] Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico),* 2ª ed., México, UNAM-IIJ, 2003, pp. 5 y s.

sistema normativo de carácter internacional que pretende que cada Estado asuma una serie de normatividades de índole fundamental desde el punto de vista del hombre como asociado de ese Estado. Son normas inviolables, garantistas y fundantes."[229]

El profesor Hernán Valencia Restrepo comenta del *ius cogens* que:

> *"La comunidad internacional reconoce ciertos principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y corresponden a principios morales fundamentales: esos principios interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a un Estado o grupo de Estados, sino que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Incluyen la prohibición del uso o la amenaza de fuerza y agresión, la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, la discriminación racial, el terrorismo o la toma de rehenes. La observancia de tales principios, firmemente arraigados en la convicción jurídica de la comunidad de Estados, se reclama de todos los miembros de esa comunidad y su violación por un Estado cualquiera afecta a todos los demás. De ahí se sigue que ya no es suficiente condenar su violación flagrante por acto unilateral; es también necesario establecer por anticipado la sanción preventiva de la nulidad absoluta respecto de uno de sus actos preparatorios, a saber, la conclusión de un Tratado por el cual dos o más Estados contemplan la ejecución de actos que constituyen la violación de uno de esos principios fundamentales. La función del ius cogens es así proteger a los Estados contra acuerdos convencionales que se celebren en desafío de ciertos intereses y valores generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto: asegurar el respeto de esas reglas generales de Derecho cuya inobservancia afecta la esencia misma del sistema jurídico internacional."*[230]

En este tenor de ideas, se hace notar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) ha positivizado explícitamente una noción de *ius cogens*, al decir en su artículo 53 que los*: "Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general ('ius cogens'). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".* Asimismo, comenta que e*l artículo 64 de la misma Convención dispone: "Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general ('ius cogens'). Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*[231]

En otro tema, refiriéndonos a la *lex mercatoria*, como fuente de los Estados Constitucionales, diremos que es aquella que:

---

[229] Ramírez Gronda, Juan D. y Cossío, Carlos, *Diccionario jurídico*. 3ª ed. 1985.
[230] Valencia Restrepo Hernán, "La definición de los principios en el Derecho Internacional contemporáneo", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, No. 106, enero-junio de 2007, pp. 95 y s.
[231] *Ídem.*

"…convoca a los usos profesionales, codificados o no, a Principios Generales del Derecho, a Principios Generales del Derecho Internacional, a reglas inspiradas directa o indirectamente en la equidad o bien, a principios comunes a los sistemas de conflicto implicados. Se considera que la lex mercatoria es la propia Ley de las relaciones económicas, Landó y Goldman sostienen que la lex mercatoria es un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de fuentes distintas que nutre continuamente las estructuras legales y la actividad específica de los operadores del comercio internacional. El propio Goldman insiste en que se trata de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman a así mismo precisan, e incluso elaboran para ellos. Algunos principios de ella son los de: presunción de competencia profesional, vigor del principio Pacta Sunt Servanda, exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses, presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales, deber de cooperación entre las partes, etc.".[232]

En este mismo rubro del comercio internacional, tampoco en el Estado Constitucional debe ignorarse la importante producción jurídica proveniente de los organismos supranacionales de origen comercial y la aplicación de sus instrumentos sustantivos y adjetivos en los países contratantes. Así tenemos a la Organización Mundial del Comercio, *(OMC)*, cuya labor actual preponderantemente proviene de las negociaciones de la llamada Ronda Uruguay, y de anteriores negociaciones celebradas en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). La OMC se ha dado a la tarea de crear un sistema internacional de comercio sólido y próspero que ha contribuido al logro de un crecimiento económico mundial sin precedentes. En otras palabras, la OMC sirve de foro para la negociación de acuerdos encaminados a reducir los obstáculos al comercio internacional y a asegurar condiciones de igualdad para todos, y contribuye así al crecimiento económico y al desarrollo. Asimismo, la OMC ofrece un marco jurídico e institucional para la aplicación y la vigilancia de esos acuerdos, así como para la solución de las diferencias que puedan surgir de su interpretación y aplicación.[233] Patiño Manffer agrega que los objetivos que motivaron a la Comunidad Internacional en la creación de la OMC son básicamente los siguientes:

*"**a)** Sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos*

[232] *Vid.* Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, "La moderna lex mercatoria y el comercio internacional", *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 26, Agosto, 1998, pp. 42-56 y Faya Rodríguez, Alejandro, "La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances, Jurídico", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana, 2004, núm. 34, pp. 45-58.

[233] Información obtenida en el sitio de la OMC *http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm (Consultada el 12 de enero de 2008).*

*mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico… **b)** Que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico; y **c)** Preservar los principios fundamentales y a favorecer la consecución de los objetivos que informan el sistema multilateral de comercio."*[234]

De igual forma en el Estado Constitucional, son respetados los demás organismos y normatividades específicas provenientes de Tratados Regionales en materia Comercial, como por ejemplo en nuestro país, aquellos que provienen del TLCAN. Tema comercial que adquiere relevancia, si consideramos que en el Estado Constitucional Democrático se requiere necesariamente de una justicia social, y que uno de los caminos más eficaces para conseguirla consiste en "*diseñar y ejecutar una política comercial moderna en la que se privilegie el crecimiento, la generación de empleos, la inversión productiva, la producción para la explotación de mercancias y en la que la apertura comercial se administre inteligentemente*"[235] *o en otras palabras de Patiño Manffer:*

"La justicia como valor esencial del Estado Democrático moderno, debe garantizar la igualdad de oportunidades que ofrece el libre comercio del mundo globalizado, mediante una administración inteligente, que maximice los beneficios a la comunidad, a través del crecimiento y desarrollo de la industria competitiva, generación de empleos, inversión productiva y exportaciones. El Estado está obligado a realizar dichas acciones, con un esquema de igualdad de derechos y libertades, en el que se facilite el acceso de todas las personas a la justicioa social, sólo entonces, nuestro país dejará promesas y aspiraciones para constituirse en una sociedad justa y democrática."[236]

En nuestro país, también se reconoce a los usos y costumbres indígenas como una fuente del Derecho importantísima para resolver los conflictos civiles, penales, laborales, electorales, en donde participa la población étnica que se reconoce constitucionalmente. Creemos que se ha avanzado al respecto, pero aun tenemos mucho por hacer, y eso en gran medida depende de superar la visión decimonónica de las fuentes del Derecho, ni que decir, de la serie de instrumentos administrativos que hoy son una fuente importante de regulación, y para los que no existía cabida en un modelo para y por el Legislador. También durante el Estado Constitucional la doctrina y

[234] Patiño Manffer, Ruperto, "Creación de la organización multilateral de comercio (OMC)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXVII, Número 81 septiembre-diciembre Año 1994. en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art6.htm. *(Consultada el 16 de enero de 2008).*
[235] Patiño Manffer, Ruperto, "La justicia social como valor del Estado Democrático moderno en un mundo globalizado de libre mercado -El caso México-, Serie Estudios Jurídicos, Num. 65, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, p. 22.
[236] *Ibídem*, p. 23.

su potencial desarrollo académico se vuelve un factor orientador de las decisiones judiciales, que coadyuva en los procedimientos para interpretarlas y argumentarlas. El Derecho en el Siglo XIX lo hacía el Legislador y el Juez aplicaba lo dado solamente declarando el Derecho en cada caso. Para el Siglo XX aparece el Estado de Bienestar, al cual le debemos toda la riqueza del Derecho Administrativo y además en la última parte del Siglo XX y en el Siglo XXI se avizora con mayor fuerza el Poder Judicial. Así pues podemos resumir, que el Siglo XIX fue protagonista de la creación del Derecho el Poder Legislativo; en el Siglo XX el protagonista de la creación del Derecho es el Poder Ejecutivo y en el Siglo XXI se avizora el Estado Constitucional de Derecho y con ello la función creadora del Juez al decir el Derecho y proteger la Constitución, lo que también dimensiona, la labor jurisdiccional supranacional.

Es por lo planteado con anterioridad, que se trata de buscar cuales son las fuentes del Derecho que obedecen a una realidad tangible o por lo menos que concuerde con la situación actual. Una de las concepciones de las fuentes del Derecho moderna es la de Aarnio *que nos dice que las fuentes del Derecho son los argumentos usados por los jueces para dictar sentencias válidas.*

Esta concepción de las fuentes del Derecho, no es de la escuela sociológica norteamericana que nos dice que el Derecho es lo que los jueces dicen que es el Derecho. Lo que quiere decir, es que cuando los jueces tengan que resolver tienen que apelar a argumentos o justificaciones jurídicas. Los jueces no crean los argumentos para decir el Derecho, sino los interpretan, usan y los retoman de los instrumentos jurídicos dados.

G. TRATAMIENTO E INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

En el apartado anterior, hemos expuesto que la producción jurídica del Derecho Internacional ha contribuido al desbordamiento de las fuentes del Derecho conocidas clásicamente, ahora nos ocuparemos de demostrar como todos estos materiales jurígenas se han vuelto trascendentales para los operarios jurídicos del Estado Constitucional.[237] De ahí que resulte válida la reflexión que entre más desconozcamos la producción jurídica del plano internacional y el manejo de las instancias supranacionales que se crean en ese contexto, menos podremos avanzar hacia el Estado Constitucional.

[237] En el último capítulo de la presente investigación se comprobará como los Tribunales acuden de manera frecuente y creciente a buscar soluciones jurídicas en la normatividad internacional y en las instancias supranacionales.

En este tenor de ideas, uno de los temas más apasionantes para los estudiosos del Derecho Internacional Público, radica sin duda en la forma de tratar tanto al sistema jurídico nacional como al internacional. Como es por todos sabido, existen dos teorías clásicas que tratan de dar la respuesta. La teoría dualista que proclama que ambos sistemas jurídicos aun cuando suelen contactarse, son independientes y que tienen ámbitos de aplicación distintos, y la teoría monista que defiende la postura de que ambos forman un único sistema, ya sea con su vertiente de primacia del Derecho Internacional sobre el Derecho Nacional o viceversa. Becerra Ramírez por su parte, llama la atención sobre el tema de la recepción del Derecho Internacional y comenta al respecto que:

> *"En efecto, la práctica internacional reconoce dos tipos de recepción del Derecho Internacional:* ***transformación****, sostenida por los simpatizantes de la posición positiva dualista. Esta concepción parte de la premisa de que el Derecho Internacional y Derecho Interno, al ser dos sistema jurídicos distintos que operan separadamente, postula que el Derecho Internacional, para que tenga efectos internamente dentro de la jurisdicción doméstica debe, expresa y específicamente ser transformada, en norma de Derecho Interno por medio de un acto del aparato legislativo, es decir por medio de una Ley. Esta doctrina ha sido transformada hasta considerar que la ratificación es un acto de la soberania Estatal y que es un acto válido de transformación. En cambio, la doctrina de* ***incorporación****, postula que el Derecho Internacional es parte del Derecho Interno sin necesidad de la interposición de un procedimiento constitucional de ratificación."*[238]

Y si bien el tema-debate antes planteado, pareciera ser exclusivamente del mundo doctrinario-jurídico, la paulatina apertura de los países hacia el exterior y sus constantes y, porque no decirlo, necesarias relaciones con otros países, empezando con temas como la economía y continuando con la seguridad, la paz, la ecología, y tantos más que han surgido y surgirán, demostraron una realidad muy diferente, lo que implicó que el tratamiento del Derecho Internacional, se convirtiera en un tema obligado para todos los países, y en específico, vital para el accionar de los operarios jurídicos, es decir, para legisladores, jueces, administradores públicos, litigantes, etc., y con esto, no cabe duda que el concepto de soberanía tendría que reconfigurarse y entender que *"…la soberanía del Derecho Internacional implica, la existencia de una pluralidad de Estados soberanos que afirma su soberanía entre sí. Esta soberanía, que debe ser confirmada constantemente, no excluye la posibilidad de vinculos internacionales y en consecuencia, la posibilidad de una legalidad y legitimidad internacionales."*[239]

---

[238] Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho Internacional Público, Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-IIJ Porrúa, Tomo X, p. 39.

[239] Mansilla y Mejia, María Elena, "Existencia del Derecho Internacional y la solución de controversias", en *Temas del Derecho Internacional*, México, SEGOB, 2006, Orden Jurídico Nacional, p. 18.

Esta constante apertura que han experimentado los países, y sus frecuentes relaciones en diversos temas, trajeron como natural consecuencia el afán de que se establecieran las reglas del juego, siendo una de las más importantes dentros de las fuentes del Derecho Internacional, los Tratados,[240] pero también se hizo necesario poner reglas del juego sobre el cumplimiento *in genere* de lo mismos, así las cosas, en búsqueda de la inspiración preambular de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, que estableció *"crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional…",*[241] *se* realizó la famosa Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en la que los países firmantes, entre ellos México, reconocieron "*la función fundamental de los Tratados en la historia de las relaciones internacionales", "la importancia cada vez mayor de los Tratados como fuentes del Derecho Internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales"* y afirmaron "*…que las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales, deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional."*[242] Además esta convención obiga a los países firmantes en su numeral 26 en obvia alusión a la *pacta sunt servanda* que: "*Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."* Asimismo, en su artículo 27 que se refiere al tema del Derecho Interno y la observancia de los Tratados menciona que *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."* Solo resta comentar que el citado artículo 46 dispone que*: "**1.** El hecho de que el conocimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno; y **2.** Una violación es manifiesta si*

[240] Es importante precisar que a pesar de que los Tratados, quizás debido a su positividad y reconocimiento por el Derecho Interno de cada Estado, parece ser la fuente del Derecho Internacional más conocida, existen otras que cumplen una importante labor tales como la costumbre Internacional, los principios generales del Derecho, las resoluciones de los organismos internacionales, la doctrina y la equidad, mismas que son reconocidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[241] *Vid.* Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, visible en la página de la ONU *http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm (Consultada el 17 de febrero de 2008).*

[242] *Vid.* Preámbulo de la Convención de Viena, consultable en la página de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México *http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHO%20DE%20LOS%20TRATADOS.pdf (Consultada el 14 de marzo de 2009).*

resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe". Como podrá apreciarse, el cumplimiento de los tratados por los contratatentes es la regla, so pena de la responsabilidad internacional ha que haya lugar; mientras que su incumplimiento sólo puede ser justificado y ser excluyente de responsabilidad internacional, cuando se demuestre evidentemente una afectación a una norma fundamental, las que si bien no sólo pueden estar en la Constitución, suelen preponderantemente situarse en ella.

En este sentido, los países han tenido que ajustar sus sistemas jurídicos al influyente Derecho Internacional, en el que cada día se encuentran más inmersos, así han creado las formalidades para la celebración de Tratados (firmas, ratificaciones, inscripciones e inclusive, como en México, una Ley sobre la Celebración de Tratados), han tenido que pronunciarse sobre la jerarquía de los mismos a fin de evitar antinomias jurídicas; han tenido que reconocer la existencia de instancias de última decisión supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo; e inclusive han tenido que modificar diversas normatividades que podían desapegarse a los compromisos internacionales adquiridos vía Tratados.

En el caso de México, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el 133 constitucional en el año de 2007, fijó la siguiente tesis aislada, que incide directamente en la obligación aplicativa de los Tratados al ubicarlos en un segundo plano de jerarquía:[243]

> ***TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.*** *La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los Tratados Internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los Principios de Derecho Internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del Derecho, se concluye que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de Derecho Internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de Derecho Interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.*

Cabe resaltar que independientemente de esta interpretación clarificadora de la Corte, coincidimos con la reforma consitucional propuesta por Becerra Ramirez de que *"En principio, los Tratados deberían ser aprobados por el Congreso, eso sería sano y*

[243] Registro No. 172650, Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007; Pág. 6; Tesis aislada: P. IX/2007 Materia(s): Constitucional.

fortalecería la democracia, además, con eso se daría pie a considerar que los Tratados prevalecen frente a la legislación interna después de la Constitución."[244]

Asímismo, los Tribunales Colegiados de Circuito han empezado a definir el criterio de tratamiento del Derecho Nacional y del Supranacional, como se demuestra en la siguiente tesis del 2007.[245]

> **"TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA**. *El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la Comunidad Internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el Derecho Nacional o Interno y el Derecho Internacional o Supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del Derecho, se encuentran los tratados o convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toman en cuenta asuntos de Derecho Internacional, por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un Tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión "la Ley Suprema de toda la Unión", es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el Presidente de la República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la Convención Internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del Derecho Internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de Derecho Internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de Tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del Derecho Internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio Tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del Derecho Internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se está ante el procedimiento ordinario en el que nuestro país advierte no sólo la necesidad de observar el contenido del Tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el Tratado en cuestión, incorporar dicha norma internacional al Derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario, esto es, al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el Tratado."*

Insistimos en que los Estados en uso de su soberanía, han tenido una gran apertura internacional y su testimonio más revelador son los múltiples tratados firmados y ratificados, más los que se seguirán acumulando gobierno tras gobierno. Pero el reto del Estado Constitucional no sólo radica en vanagloriarse por el número de los Tratados existentes, sino velar por su pleno cumplimiento, más aun cuando gran cantidad de los mismos se refieren al tema de los Derechos Fundamentales, y por ende se encuentran llenos de Principios Jurídicos. Esta tarea que demanda el Estado Constitucional, se complementa con la sapiencia del país para elegir, en uso de su soberanía, que Tratados se deben y cuales no aceptar independientemente de las presiones de las potencias, en la determinación de hacer válida la figura de la denuncia o retiro si el Estadono se considera capaz de cumplira lo qe se comprometio. En

[244] Becerra Ramirez, *Derecho Internacional*, *op. cit.,* p. 46.

[245] Registro No. 171888; Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007; Página: 2725; Tesis: I.3o.C.79 K; Tesis Aislada; Materia(s): Civil, Común.

México, indiscutiblemente debemos ocuparnos para conocer más el contenido de nuestros Tratados,[246]de realizar campañas académicas para enseñar su importancia, y por supuesto, para privilegiar su aplicación.

Carmona Tinoco analizando el tema de los Tratados, Pactos, Protocólos o Convenciones que conforman el Derecho internacional de los Derechos Humanos comenta que:

> *"…el desarrollo de los mecanismos internacionales de protección dejan actualmente sin sentido la idea de que lo relacionado con los Derechos Humanos es un asunto que compete exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados y, además introduce un cambio significativo con relación al carácter de la persona como sujeto de Derecho internacional. Si tomamos en cuenta que además de los instrumentos internacionales, la mayoría de las constituciones de los Estados contemplan o hacen referencia a los Derechos Fundamentales, podemos afirmar que los Derechos Humanos constituyen el plano en el que convergen el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, por lo que es un punto de contacto necesario entre ambos".*[247]

Asimismo, contextualiza que: *Si bien los Tratados son internacionales por cuanto a su origen, y tal vez por los compromisos que se adquieren con respecto a otros Estados y organismos internacionales, al momento de ser incorporados al ordenamiento tienen la misma posibilidad de ser aplicados como cualquier otra norma de la Constitución, de la Ley, de un reglamento o de una jurisprudencia obligatoria…"*[248] De la cita anterior, puede demostrarse que existe una obligación de aplicar los Tratados por los órganos jurisdiccionales, es más, ellos representan la mejor garantía de su cumplimiento, ya que en cada una de sus decisiones pueden obligar a su observancia y castigar su violación.

Por otra parte, Gerardo Pissarelo desde el estudio del fenómeno de la globalización y sus efectos en el constitucionalismo y los derechos, comenta que resurge con más fuerza que nunca la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, mismo que no se trata de un mero cosmopolitismo fugitivo dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos clásicos del Estado Constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del Derecho que permita la posibilidad de interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer una rígida subordinación de unos frente a otros. A juicio del autor en análisis, esta propuesta favorecería la convivencia multicultural a la vez que permitiría orientar las

[246] En abril de 2009, la Secretaria de Relaciones Exteriores de México registra 673 tratados bilaterales y 628 multilaterales. Consulta realizada en *http://www.sre.gob.mx/tratados/Default.htm. (Consultada el 21 de marzo de 2009).*

[247] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales", en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ricardo Méndez Silva, *(Coord.)*, México,UNAM y otros, 2002, p. 182.

[248] *Ibídem*, p.185.

técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en un sentido que ayudaría a ofrecer respuestas internacionales a problemas internacionales, además que permitiría tomar en serio a los instrumentos internacionales suscritos y supondría hacerlos valer en serio como clave de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo en las actuaciones de las potencias que violan los principios básicos de justicia, democracia y libertad. Asimismo, Pissarelo explica que para la realización de este proyecto de constitucionalismo mundial garantista, mismo que de cierta manera comenta, se encuentra esbozado parcialmente en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se requieren de las siguientes exigencias: **1.** Un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas, dirigido a suprimir las ilegitimas desigualdades socio-económicas entre clases, géneros, etnias, regiones y naciones. **2.** Un contrato global para la paz, tolerancia y el diálogo entre culturas, necesaria para promover una paz duradera no sólo entendida como la ausencia de guerra, sino además como la promoción positiva de las garantías sociales y materiales que mantengan las eventuales tensiones entre los pueblos en los límites de una multidiversidad plural, alejada de una mutua supresión. **3.** Un contrato planetario sobre desarrollo sustentable, este acuerdo debería hacer reflexionar de una vez por todas, sobre la irracional explotación de los recursos naturales que ha realizado el hombre sobre la biosfera. **4.** Finalmente, los contratos anteriores deberían venir supeditados y garantizados por la efectiva puesta en marcha de un control global democrático para un régimen político internacional. Como podrá apreciarse, esta visión trataría de limitar la soberanía nacional de los Estados, incluyendo a los poderosos, mediante la nacionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por un lado, y la internacionalización de garantías jurisdiccionales contra las violaciones a la paz exterior, por otro.[249]

Solo resta comentar, como bien diría Valencia Restrepo que los Principios Jurídicos constituyen sin lugar a dudas una de las fuentes formales generales del ordenamiento internacional, reconocimiento al que han sido elevados desde 1945 por el numeral 38, ord. 3° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, y que precisamente, estos principios se basan en los valores fundamentales y sociales de la comunidad internacional, mismos que crean la comunidad internacional, que la fundan o constituyen (son sus valores creativos, constitutivos o constitucionales), sin los cuales no podría subsistir. De esta guisa se presentan los valores de humanidad o dignidad de

[249] *Cfr.* Pisarello Gerardo, *Globalización, Constitucionalismo y Derechos*, en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo, op. cit.,* pp.159-170.

la persona humana, de la vida, de la justicia, de la paz y la seguridad internacionales, de la libre determinación de los pueblos, de la no intervención en la jurisdicción interna de los Estados, de la cooperación, de la solidaridad, de la salubridad del medio ambiente. Asimismo, se pregunta el maestro colombiano ¿Qué sería de la comunidad internacional, si sus miembros no respetaran la dignidad de la persona humana, su vida, o en la que no se practicára la justicia, la paz y la seguridad internacionales, la no intervención en la jurisdicción interna de los Estados, la cooperación, la solidaridad, o no se contara con un medio ambiente sano? Y se responde diciendo, que sin su respeto se llegaría en ella a la guerra de todos contra todos *(bellum omnium contra omnes)*, y a una complejidad y fragmetación de la comunidad que la conduciría a su extinción. *Contrario sensu*, los principios no pueden ser valores secundarios ni individuales. La preexistencia de los valores fundamentales y sociales de la comunidad internacional tiene dos alcances: **1°** Que ellos existen antes que tal comunidad los haga bilaterales, jurídicos, los juridice, juridifique o los positivice; **2°** Que ellos no han sido creados, sino descubiertos por la misma. [250]

H. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sin lugar a dudas, el tema de los Derechos Fundamentales representa el punto medular del Estado Constitucional. *"El Estado Constitucional contemporáneo solo puede moverse en una sola dirección que conduzca a la adopción de nuevas garantías para los Derechos Fundamentales… en el sentido de protegerlos procesalmente frente a la acción del propio Estado o, incluso, de otros particulares, y también las de orden preventivo y promocional, para crear las condiciones estructurales que, en palabras de Morelos, 'moderen la opulencia y la indigencia'..."* [251]

Para Robert Alexy una respuesta simple ante la pregunta ¿Qué es un Derecho Fundamental?, visto a éste como un todo, sería que *un Derecho Fundamental es un haz de posiciones iusfundamentalistas* y para resolver que es lo que reúne a esas posiciones individuales en un Derecho Fundamental, también sencillamente responde *"su adscripción a una disposición de Derecho Fundamental" estando precisamente estas disposiciones reconocidas en los catálogos reconocidos que contienen Derechos*

[250] *Cfr.* Valencia Restrepo, Hernán, *La definición de los principios en el Derecho Internacional contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.
[251] Valadés, Diego, *Consideraciones sobre el Estado Constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza*, México, UNAM-IIJ-, 2002, p. 8.

Fundamentales.[252] En refuerzo de lo anterior, y con evidente influjo Alexiano, Bernal Pulido contempla en sentido lato a los Derechos Fundamentales *"como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de Derecho Fundamental".* Asimismo, Bernal Pulido advierte que para mejor comprensión de esta definición se deben analizar separadamente los tres elementos que componen nuclearmente esta definición: las disposiciones, las normas y las posiciones del Derecho Fundamental: Así tenemos que son *disposiciones* de esta especie, todos los enunciados de la Constitución que tipifican Derechos Fundamentales; son normas de Derecho Fundamental, el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de Derecho Fundamental, y p*osiciones iusfundamentales*, a las relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado, donde existe un sujeto activo, un pasivo y un objeto que representa una conducta de acción u omisión, ya sea ordenada, prohibida o permitida por una norma de Derecho Fundamental, o una sujeción correlativa a una competencia estatuida por una norma de ésta índole, respecto a éste último elemento se comenta que con bastante frecuencia cuando los operadores jurídicos se refieren a los Derechos Fundamentales, en realidad hacen alusión a las posiciones de Derecho Fundamental, como por ejemplo: el reclamo de un ciudadano para poder emitir juicios sobre temas políticos sin censura, es una posición iusfundamental establecida por una norma iusfundamental adscrita al articulo 6 de nuestra Constitución mexicana.[253] Asimismo, en otra intervención académica Bernal Pulido expresa que *"los Derechos Fundamentales están presentes en todos los ámbitos de la vida. Protegen nuestra libertad para movernos, expresarnos, pensar, creer; nos garantizan la satisfacción de las necesidades básicas y el ejercicio efectivo de las prerrogativas políticas que tenemos como ciudadanos, y aseguran que recibamos un trato igual por parte del Estado."*[254]

Reconstruyendo lo anterior, podemos decir que los Derechos Fundamentales son *un haz de* relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado, donde se prescribe una conducta de acción u omisión, ya sea ordenada, prohibida o permitida por el conjunto de significados prescriptivos vinculados interpretativamente a los enunciados de la Constitución que los tipifican.

---

[252] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 240-245.
[253] *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales,* 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 82-85.
[254] *Vid.* Bernal Pulido en la presentación que realiza del libro *La estructura de los Derechos Fundamentales* de Martín Borowski, *trad.* Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, núm. 25, Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, p.15.

Para Medina Guerrero son entendidos *como "un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares"*[255] ó en expresión de Aguiar de Luque, "*los Derechos Fundamentales son los que constituyen básicamente un Derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de actuación de los poderes públicos."*[256]

Por ejemplo para Jiménez Campo, el artículo 53 de la Constitución española, específicamente en sus numerales 1 y 3 contienen los elementos o criterios necesarios para reconocer lo que es en el ordenamiento Español un Derecho Fundamental, y que aunque no sea expresado debe de ser prefigurado, dicha dispersión terminológica comenta el autor analizado, no sería ningún problema si nuestras Constituciones clarificaran cuales son los Derechos Fundamentales que contienen, pero se presentan dispersos con nombres distintos, lo que no quiere decir que no puedan ser reconducidos a un *genus común*. Lo cierto es que reconstruyendo una definición a partir del numeral constitucional citado, Jiménez del Campo opina que por la cultura política y jurídica en la que la Constitución se inscribe, *los Derechos Fundamentales son los reconocidos o creados directamente por la propia norma constitucional, y que corresponden, sin más condiciones, a toda persona o, cuando menos, a cualquier ciudadano, porque se afirmarían y garantizarían frente a cualesquiera pretensiones adversas, aunque estuvieran revestidas, incluso, de la forma de Ley, y en fin, porque darían fundamento a la vida comunitaria en su conjunto.*[257]

Para Sánchez González, los Derechos Fundamentales son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana. Así también, observa que el número de Derechos Fundamentales, actualmente considerados como no plenamente absolutos,[258] se ha multiplicado legalmente, puesto que además de las clásicas libertades negativas, propias de la autonomía de la persona, las normas nacionales y supranacionales han recogido en sus sistemas minuciosas declaraciones que incluyen nociones de la denominada cuarta generación (derechos de la personalidad, económicos, sociales, culturales, etc.), nuevos derechos que a juicio de este autor son

[255] *Ídem.*
[256] *Ídem.*
[257] *Cfr.* Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales, concepto y garantías,* Madrid, Trotta, 1999, pp. 17 y ss.
[258] Hay que recordar que a diferencia de la tradición liberal, que consideraban a los Derechos Fundamentales como absolutos e ilimitados, en la actualidad, se coincide en que son limitables y que precisamente una de las formas de limitarlos válidamente es motivándolos a través del principio de proporcionalidad.

en realidad, carencias de ciertos bienes que se consideran básicos para conservar la vida humana o mejorarla (la salud, vivienda, medio ambiente, servicios, que las procuran, etc.) que hablando con rigor, son necesidades que, por el ferviente deseo de que sean satisfechas, se califican erróneamente de Derechos Fundamentales o Derechos Humanos. Además explica que en razón de lo anterior, estamos viviendo una especie de inflación de los Derechos Fundamentales que puede llevar a devaluarlos, y reflexiona que para que sean efectivos probablemente sea necesario que no sean demasiados. Por último, en el tema de su indeterminación conceptual y los problemas de su localización, comenta que aunque se ha dicho en España, que el Constituyente dejó en manos del Tribunal Constitucional elaborar una teoría jurídica de los Derechos Fundamentales acorde a la Constitución, su labor no ha ayudado en clarificarlos, por el contrario los ha confundido y ha establecido nuevos Derechos Fundamentales difícilmente considerados como tales.[259]

Por su parte Ferrajoli, propone la siguiente definición teórica, puramente formal o estructural:

> *"Son 'Derechos Fundamentales' todos aquellos Derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del 'status' de personas, ciudadanos, o personas con capacidad de obrar; entendiéndo por 'Derecho subjetivo', cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas…"*[260]

Siguiendo a Alexy, Mendoza Escalante, coincide en que los Derechos Fundamentales representan posiciones jurídicas, entendiendo por posición la relación jurídica establecida entre tres elementos: un titular, un objeto y un destinatario, misma que se deriva de la existencia de una norma iusfudamental. También explica que los Derechos Fundamentales presentan variadas posiciones que pueden ser reconducidas a tres tipos: derechos a algo, libertades y competencias.[261] A mayor reforzamiento, acudiendo directamente a la clásica obra la *"Teoría de los Derechos Fundamentales"* de Robert Alexy, encontramos que son Derechos a algo, aquellos cuya fórmula reza: *a* tiene frente a *b* un Derecho *G*.[262] Son Derechos de libertad, aquellos que se expresan

---

[259] *Cfr.* Sánchez González Santiago, "Lección VII: Los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978", en Sánchez González Santiago *(Coord.)*, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 17 y s.

[260] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4ª *ed., trad.* Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p. 37.

[261] *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor,* Perú, Editorial Palestra, 2007, pp. 36 y s.

[262] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* pp. 186-209.

de la siguiente forma: *x* es libre (no libre) con respecto a *y* para hacer *z* o no hacer *z*.[263] Y los Derechos de competencia, que son designados con expresiones como poder, poder jurídico, autorización, competencia y se caracterizan porque todos los demás candidatos a realizarlas son menos adecuados que uno.[264]

Miguel Carbonell, ha escrito que *"son Derechos Fundamentales, aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado: tales Derechos son Fundamentales…"*[265] Adicionalmente, comenta los Derechos Fundamentales están ahí por alguna razón o razones, misma que habría que rastrear en la Historia, Economía, Política, Sociología, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos, ya que explica Carbonell, que reducirlos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos, que tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales ha sido reconocida.

Para Borowski, uno de los discípulos de Alexy, los Derechos Fundamentales pueden ser analizados desde 3 conceptos: formal, material y procedimental. El primer concepto posible, ***el formal***, delimita a los Derechos Fundamentales a partir del criterio de pertenecer a un catalogo de derechos incluidos en la Constitución. Sin embargo, este puede ser criticado porque existen Derechos Fundamentales estatuidos fuera de los catalogo de Derechos Fundamentales de la Constitución. El segundo concepto, ***el material***, mismo que concentra la mirada en el hecho de que los Derechos Fundamentales son un intento de transformar los Derechos Humanos en Derecho positivo, o en caso de los Derechos Fundamentales nacionales, un intento para transformarlos en Derecho Constitucional. Esta teoría material explica Borowski, presupone dos tipos de relaciones entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, la primera variante dice que los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos transformados en Derecho Constitucional positivo. De acuerdo con esta posibilidad, sólo puede considerarse como contenido de los Derechos Fundamentales a aquella sustancia normativa que antes del proceso de transformación ya formaba parte del contenido de los Derechos Humanos y que aún lo hace. Por su parte el segundo tipo de relación, más débil, explica que los Derechos Fundamentales son

[263] *Ibídem*, pp. 214-227.
[264] *Ibídem*, pp. 227-239.
[265] Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México,* México, IIJ-UNAM, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Serie Doctrina Jurídica, núm. 185, 2004, p. 2.

aquellos que se han admitido en la Constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los Derechos Humanos. Por último, en el **procedimental,** lo decisivo implica si los Derechos son tan importantes como para que la opción entre garantizarlos o no garantizarlos pueda ser confiada a las mayorías parlamentarias ordinarias, es decir, se refiere a quién puede decidir acerca del contendido de los derechos; el Constituyente o el Legislador ordinario, cabe aclarar que en este modelo se relacionan de algún modo los criterios formales y materiales.[266]

Otras valiosas explicaciones para entender la teoría de los Derechos Fundamentales, son efectuadas por Castillo Córdova, para quién resulta básico diferenciar los términos Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Subjetivos, Libertades Públicas, Derechos Constitucionales, etc. En este sentido, explica que algunas expresiones de las mencionadas tienen en común, que son términos más bien históricos cuya formulación se liga inmediatamente al hecho de que representan en sentido amplio a una cierta ideología sobre los derechos del hombre, al respecto comenta que *"…la expresión Derechos Naturales o Derechos Morales son de significación iusnaturalista, mientras que las expresiones como derechos públicos subjetivos o libertades públicas, vienen ligadas prácticamente con corrientes filosóficas de índole positivista."*[267] Sin embargo, también explica que no todas suponen una alusión a una determinada ideología, ya que en vez de situarse en el plano del discurso del debate filosófico, se recrean en la práctica jurídica y judicial, perteneciendo a ésta especie, las expresiones Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales, las que a juicio del autor referido, pueden diferenciarse de la siguiente forma:

> *"…la expresión Derechos Humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión Derechos Fundamentales, estaría reservada para aludir a los Derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas, la Constitución, y que gozan de una tutela jurídica reforzada…En un segundo plano de diferenciación, los Derechos Humanos sólo son criterios morales, sin ninguna connotación jurídica y, consecuentemente sin la capacidad de vincular u obligar jurídicamente…la expresión Derechos Fundamentales se reserva para hacer referencia al contenido de las exigencias morales a las que se hacía referencia con la expresión Derechos Humanos, y que han sido recubiertas de todas las características y formalidades jurídicas, de modo que las hacen plenamente exigibles en el ámbito jurídico positivo. En otras palabras, se puede decir que son Derechos Humanos positivados dentro de un concreto ordenamiento jurídico."*[268]

---

[266] *Cfr.* Borowski, Martín, *La estructura de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* pp. 33-37.
[267] Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General*, Lima, Palestra, 2007, p. 72.
[268] *Ibídem*, pp. 76 y s.

Ahora bien, establece que son Derechos Constitucionales, un conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidos y garantizados dentro de la Constitución como tales, obviamente podríamos pensar que son lo mismo los Derechos Fundamentales y los Derechos Constitucionales, no obstante, los diferencia aclarando que:

> *"Existen casos en los que esta coincidencia no es plena. Ello ocurre cuando por una decisión del poder constituyente no todos los Derechos Constitucionales son fundamentales, es decir, cuando al interior de una Constitución se reconocen a la persona una serie de derechos y sólo algunos de ellos son calificados de fundamentales de manera que se crea una suerte de división de los derechos: los constitucionales fundamentales y los constitucionales no fundamentales o constitucionales a secas."*[269]

En este mismo análisis, Castillo Córdova propone una definición nuclear de los Derechos Constitucionales, expresando que

> *"…son manifestaciones de valores y Principios Jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana, dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo Moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el campo de lo jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es."*[270]

En otras palabras, también considera a los Derechos Constitucionales,[271] como *"aquellas concretas expresiones de dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas jurídicamente, que han sido recogidas -expresa o implícitamente- en la norma constitucional, y que vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su existencia y actuación"*[272] Por último, y con el afán de clarificar las distintas expresiones de los derechos, explica que los derechos sociales *"son aquellas facultades dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económicos-sociales, es decir con*

[269] *Ibídem*, pp. 80 y s.
[270] *Ibídem*, pp. 104 y s.
[271] Es importante tener presente que los Derechos constitucionales son clasificados en la doctrina en tres grupos: 1. El criterio material los agrupa según su contenido y objeto (Derechos de libertad, Derechos civiles, Derechos políticos y Derechos sociales); 2. El criterio formal los agrupa según los mecanismos constitucionalmente previstos para asegurar su ejercicio y vigencia (Derechos constitucionales fundamentales y no fundamentales); 3. El criterio de su naturaleza jurídica, los agrupa según la naturaleza de las relaciones que genera (Derechos de libertad y Derechos de prestación).
[272] Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos constitucionales, op. cit.,* pp. 111.

una posición o ubicación depreciada con sus estándares de vida, no acordes a la dignidad humana."[273]

Pérez Tramps, enuncia que: *"si bien es verdad que los Derechos Fundamentales lo son por estar reconocidos en la Constitución, también lo es que la Constitución los recoge, precisamente, por tratarse del reflejo jurídico de los valores éticos de la libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática; es por eso por lo que los Derechos Fundamentales no pueden entenderse sin Constitución ni la Constitución sin Derechos Fundamentales."*[274]

Como apunte medular en la presente investigación, podemos adelantar que los Principios Jurídicos *-al menos en su sentido estricto o fuerte-* se constituyen como verdaderos reflectores de los contenidos de los Derechos Fundamentales y por tanto, entre mayor interpretación, aplicación y argumentación desde los principios tengamos, más factible será la realidad aplicativa de los Derechos Fundamentales. De ahí que Bernal Pulido reconozca como rasgo del neoconstitucionalismo que "*los Derechos Fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los Derechos Fundamentales en toda su entidad."*[275]

A manera de reflexión final, si la base del Estado Constitucional lo representan los Derechos Fundamentales (entendidos éstos en esencia como Derechos Humanos transformados al Derecho Constitucional positivos) los Principios Jurídicos a su vez, representan la base aplicativa de los Derechos Fundamentales, de tal suerte que no puede hablarse de una dogmática adecuada de los Derechos Fundamentales, sin una adecuada teoría de los principios, o repitiendo las palabras de Alexy, sobre la necesidad de una teoría de los principios como preludio a la comprensión de los Derechos Fundamentales.

I. LOS DERECHOS SOCIALES.

Christian Courtis coincide en que uno de los grandes temas del Estado Constitucional es el de los Derechos Sociales, y reconoce que el gran desafío ahora, es el que denomina *"el carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales" que tiene que ver con que los derechos sociales están declarados como tales, pero hay una*

[273] *Ibídem*, p. 132.
[274] Pérez Tramps, Pablo, "La interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), Interpretación constitucional*, *op. cit.,* p. 906.
[275] Bernal Pulido, Carlos, "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit*., p. 304.

escasa labor de construcción sobre cuál es su contenido, su titular, su alcance y sus herramientas de protección.[276] De hecho, hay quienes ponen en duda que los derechos sociales sean Derechos Fundamentales, y consideran que darles ese reconocimiento pone en peligro el prestigio de los Derechos Fundamentales, especialmente en lo concerniente a su realidad aplicativa.

El profesor argentino Gil Domínguez dentro del estudio que realiza aproximándose al Estado Constitucional a la luz de la teoría general de los derechos colectivos, ha formulado las siguientes conclusiones: **1.** El neoconstitucionalismo alude a una nueva cultura jurídica, ya sea en forma de modelo de Estado, a una teoría del Derecho, a una ideología o filosofía política que justifica el paradigma propuesto o a una dimensión filosófica-jurídica; **2**. El Estado Constitucional de Derecho, la faz estructural está compuesta por los siguientes elementos: a) carácter normativo de la Constitución; b). supremacía constitucional; c) eficacia y aplicación directa; d) garantía judicial; e) presencia de un denso contenido normativo (principios, Derechos, directrices); f) rigidez constitucional y g) impregnación del sistema por las normas constitucionales; **3.** En un Estado Constitucional de Derecho, la eficacia es una condición de validez de las normas constitucionales; **4.** La eficacia del sistema descansa primero en el cumplimiento espontáneo, hecho que deriva del sentimiento constitucional o de la cultura constitucional, y sólo cuando este primer nivel falla, se acude al sistema de garantías instaurado; **5.** El ámbito de validez sustancial está constituido por los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos subjetivos y colectivos; **6.** Cuando los Derechos entran en conflicto requieren ser ponderados; **7.** En este Estado el principio de proporcionalidad estructura el procedimiento interpretativo, contenido y los límites de los Derechos; **8.** En un Estado Constitucional de Derecho el éxito de la interpretación judicial de la Constitución, tanto en la determinación como en la ponderación de las normas constitucionales, radica en garantizar la coexistencia plural de valores de una comunidad heterogénea en sus planes de vida e ideales de excelencia humana. Por ello los que ejercen la potestad del control constitucional deben ser idóneos, independientes y virtuosos entre los virtuosos; **9.** Se reconoce junto a los derechos individuales clásicos, la existencia y necesidad de garantizar a los derechos colectivos entendidos éstos en el contexto de la pluralidad de los que lo disfrutan, por su característica insuceptible de apropiación individual; **10.** No existe una precedencia condicionada entre los derechos subjetivos y los colectivos, porque ambos

[276] *Cfr*. Courtis, Christian*,* "Los Derechos sociales en perspectiva"*,* en Miguel Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s), op. cit.,* pp. 185-212.

detentan *a priori* la misma jerarquía por lo que requieren de la ponderación; **11.** Los derechos subjetivos y los derechos colectivos son categorías normativas con distintas características pero ambos coadyuvan a la coexistencia en el marco de una sociedad pluralista significada por espacios individuales y situaciones colectivas. **12.** En un Estado Constitucional de Derecho, el máximo grado de garantía esta representado por el reconocimiento positivo *(expreso o implícito)* a todos los titulares del derecho colectivo, cuya finalidad es la defensa objetiva de la fuerza normativa de la Constitución, de la facultad de promover una acción colectiva en los supuestos de acciones u omisiones violatorias de la legalidad electoral.[277]

J. EL JUEZ Y SU LEGITIMIDAD.

Y si bien hemos hablado de que el Estado Constitucional, descansa en importante medida en la actuación del Juez, es obvio que necesitamos trabajar para tener jueces legitimados, si bien no jueces Hércules, sí jueces surgidos por méritos propios y no o conveniencias políticas, jueces comprometidos con la justicia y la honradez, jueces comprometidos con la construcción de un país mejor. Y si es deseable contar con jueces legítimos en el Estado Constitucional, esta dimensión se hace especialmente -*sine qua non*- en los jueces constitucionales, es decir, los jueces constitucionales, sobre todas las cosas deben predicar pulcramente con el ejemplo legítimo a seguir, más aún cuando se les cuestiona por no proceder de procesos democráticos claros y contundentes y limitar la función de los que si son resultado de ellos. En este sentido son los jueces constitucionales aquellos que con su legitimidad formal y sustancial pueden superar y clausurar ciertos dogmas tradicionalistas positivistas y replantear temas como la certeza y seguridad jurídica.

Una importante corriente enfatiza que un Juez es tan legítimo como sea su respeto a los Derechos Humanos. Otros enfatizan su legitimidad dependiendo de su aporte en el fortalecimiento de la democracia. Otros dependiendo del respeto a las garantías procesales. Otros su carrera judicial. Otros con su honestidad. Otros con el respeto que muestra a los otros poderes. Otros su proceso de selección, etc. Carlos S. Nino expone que para que el Juez constitucional sea legítimo debe realizar tres tareas: Evitar que el Poder Judicial sea diferente a otros poderes o sectores sociales poderosos; que el Poder Judicial haga una interpretación constitucional basada en la autonomía personal

[277] *Cfr.* Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos,* Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 235-248.

y que rechace normas perfeccionistas, y que la interpretación constitucional posibilite las condiciones de un proceso democrático que genere situaciones de deliberación y participación social en la adopción de decisiones con respeto a los Derechos Fundamentales. [278]

Alexei Julio Estrada, estima que uno de los temas de los jueces del Estado Constitucional, es la forma en que debe de contribuir para romper el dogma de que los Derechos Fundamentales han sido concebidos inicialmente para operar sólo frente a lesiones iusfundamentales provenientes de los poderes públicos y lograr que sean respetados también en el ámbito de las actuaciones privadas.[279]

Roberto Gargarella propone para obtener la legitimidad democrática del Juez: el reenvío del Poder Judicial al legislativo para que considere y razone nuevamente sobre su decisión; un cambio en la vinculación entre minorías sociales y el Poder Judicial mediante mecanismos procesales de acceso a la justicia adecuados y que den participación en las deliberaciones de temas relevantes; y un cambio en el modelo de democracia representativa.[280] Jaime Cárdenas considera que no debe perderse de vista que en el terreno la legitimidad mucho puede y debe hacerse a través de los autogobiernos del Poder Judicial, para garantizar la independencia, el estatuto de jueces, y con ello la legitimidad democrática. Por lo anterior, es importante que los Consejos observen a menos los siguientes puntos: **1.** Su integración sea preponderantemente del Poder Judicial y se realice por métodos democráticos y transparentes con total apertura a la sociedad; **2.** Duración no condicionada a los otros poderes; **3.** si existen miembros fuera del Poder Judicial demuestren solvencia jurídica; **4.** un presupuesto acorde y fuera de negociación política; **5.** Decisiones a puertas abiertas; no interferir en la independencia del Juez y sujetarse a las reglas de motivación adecuada en la aplicación de sanciones, etc.[281]

Atienza hace notar que una vía que ha podido ayudar en el terreno de la legitimidad, es el hecho de que el estamento judicial -aunque se refiere al caso español *mutatis mutandis* también se aprecia en México- ha cambiado de manera bastante radical en los últimos años, ya que lo que era un modelo homogéneo de jueces, ha abierto sus puertas a la heterogeneidad. También la apertura a los medios de comunicación ha puesto al Juez en el centro de los reflectores lo que lo involucra aun más en la

[278] *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.*, pp. 172-178.
[279] Julio Estrada, Alexei, "Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales", en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, pp.121-157.
[280] *Cfr.* Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.
[281] *Cfr*. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* pp. 183 y s.

responsabilidad de su actividad, hoy pudiendo ser ésta juzgada por un auditorio universal. Asimismo, Atienza considera también que la legitimidad del Juez depende de sus virtudes judiciales, es decir, de sus rasgos *(templanza, prudencia, honestidad, capacidad argumentativa, ética judicial, etc.),* de carácter que se forman a través del ejercicio de su profesión, si a su vez, se tiene cierta disposición para ello.[282]

Lawrence G. Sager en su excelente obra "El Juez y democracia", hace notar que contemporáneamente existe un interesante debate sobre el papel del Juez en el Estado Constitucional, si el Juez o los Tribunales se limiten a hacer efectivos los juicios normativos expresados por otros *(constituyente-Legislador)*, lo que denomina Sager, *(el modelo de agencia),* o por el contrario, se desea que recurran a sus propios juicios normativos acerca del contenido y alcance de los principios fundamentales de justicia (*El modelo de colaboración)*. Por su parte rechaza el modelo de agencia considera que el modelo necesario para el Estado Constitucional es un modelo de colaboración, aquél en que los jueces no son meros agentes de las autoridades políticas, sino colaboran con ellas mediante sus juicios, convirtiéndose en una empresa combinada de colaboración que se endereza en la búsqueda de satisfacer los principios fundamentales de justicia. Recapitulando la exposición de Lawrence G. Sager, podemos decir que apuesta por una modalidad de colaboración que le da la bienvenida a los juicios normativos de los Tribunales de justicia al interpretar y aplicar los principios morales enunciados en el texto constitucional, y que no circunscriben tales principios a la mera salvaguarda y promoción de las condiciones democráticas que dan legitimidad al régimen de la mayorías.

Concluimos este tema expresando que si bien en el Estado Constitucional los jueces parecen ser los grandes protagonistas, esto no significa de ninguna manera que no deban respetar a los otros poderes y sus funciones, ni que se sientan señores del Derecho a la vieja usanza del Legislador en la época pasada. O en términos de Zagrebelsky:

> *"Hoy ciertamente los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del Derecho en el sentido que era el Legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, Derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado Constitucional y cualquier "señor del Derecho" hay una radical incompatibilidad. El Derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser del cuidado de todos."*[283]

[282] Atienza, Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación, op. cit.*, pp. 119-151.
[283] Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 153.

K. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU APORTE A LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ.

Por nuestra parte, independientemente de coincidir con casi todas las posturas que aportan ideas para contar con jueces legítimos, enfatizamos el papel que juega en la justificación racional de las decisiones jurídicas la argumentación jurídica. Nuestra postura se sustenta en que al ser el Derecho producto de la teoría del conflicto social, el Juez tiene y debe erigirse como un hombre solucionador de conflictos, y si éstos se resuelven mediante decisiones, claro está, que estas necesitan legitimarse de manera sustancial vía la argumentación, de ahí que la argumentación del Derecho sea el pilar que sostiene al final de cuentas al edificio denominado Estado Constitucional. La argumentación se vuelve el arma más poderosa para atacar las críticas de sus postulados, para romper la idea de temible subjetividad que se ha endosado, para legitimar en cada fallo la antidemocracia de algunos de sus operadores más importantes, los jueces. En este sentido la teoría de la argumentación sigue buscando valiosos mecanismos para acercarse a la racionalidad y disminuir en lo posible a la subjetividad. Así diversos juristas han enfatizado que la *Argumentación es Derecho* [284] o que *el Derecho es argumentación*[285] y si bien como explica Atienza, el Derecho no puede por obvias razones naturalmente reducirse a argumentación, es claro que el enfoque argumentativo del Derecho puede contribuir de una manera decisiva a una mejor práctica jurídica. Más aun cuando en el Derecho -*cabría decir*- hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones *(particularmente cuando proceden de órganos públicos)* puedan presentarse de una manera desnuda, desprovista de razones.[286]

En este sentido la argumentación se posiciona como la actividad de generar y producir razones para justificar pretensiones, pretensiones de Derecho. De esta manera podemos darnos cuenta que la actividad de argumentar, ya no es hoy en día, la clásica lógica-deductiva, esto es la teoría de la subsunción o aplicación de los silogismos, ahora es necesario -como se ha ido demostrando a lo largo de toda esta investigación- dar mayores razones para fundar nuestras decisiones.[287]

Dentro de las teorías más sobresalientes y que son utilizadas por los Tribunales tenemos las siguientes:

---

[284] *Vid.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, *op. cit.*
[285] *Vid*. Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación, op. cit.*
[286] *Ibídem*, p. 62.
[287] *Vid*. Atienza Manuel, *Las razones del Derecho*, *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Theodor Viehweg, no sólo se ha posicionado como uno de los primeros en alzar la voz sobre la importancia de la argumentación jurídica, sino también, porque desde 1953 propuso una teoría argumentativa misma que se centraba en hacer notar la relevancia de los *topoi* (lugares comunes) como puntos de partida del razonamiento jurídico.

> *"Cuando se analiza más de cerca el Estado actual de la discusión, es aconsejable recordar, una vez más, que la tópica constituye un elemento esencial de la retórica… Los topoi están más bien al servicio de un uno del lenguaje que primariamente guía un comportamiento. Con su ayuda, se puede poner de manifiesto como funciona in praxis el lenguaje cuando uno pasa del aspecto no retórico del lenguaje al retórico… El paso de la retórica elimina algunas dificultades que surgen del intento estéril de escapar a la situación pragmática en la que siempre se habla. Los topoi son justamente adecuados para iluminar esta situación del discurso que, de otra manera, es difícilmente aclarable. Cumplen funciones de directrices en la acción lingüística. Funcionan en el lenguale como avisos operativos, como fórmulas detectoras, estímulos mentales, incitaciones creativas, propuestas de entendimiento, directrices linguísticas para la acción, etc. Nótese que los topoi son ofrecidos, aceptados o rechazados por los hablantes que conversan o discuten entre sí, a fin de lograr una opinión compartida. De esta manera posibilitan una creación comunicativa recíprocamente controlable. A tal fin, tienen que evitar reducciones y preparar adecuados campos de acción, conservar, crear, eliminar criterios… quizá el trabajo mental que los topoi abren y guían pueden aclararse de alguna manera reformulándolos como invitaciones. Por ejemplo 'Mira si se dan p.q (…)', 'Piensa que r no esta dada (…)', 'Recuerda el caso similar s. (…)'."*[288]

Atienza comenta que *"los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad, o que al menos, imponen la carga de la argumentación a quién los cuestiona"*[289] Asimismo, expone que el problema que enfrentan es la ausencia de una jerarquización entre sí, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos, estos llevarían resultados diferentes.

Chaim Perelman, por su parte, se ha enfocado a la nueva retórica, en partircular, a temas sobre el discurso propiamente dicho, la forma de hacerlo de decirlo, la importancia de convencer, el lenguaje empleado en el contexto adecuado, pero sobre todo, lo que lo distingue teóricamente, es rescatar la importancia del auditorio, mismo que debe ser tratado desde su universalidad. Algunas de sus ideas son las siguientes:

> *"En lugar de fundamentar nuestras teorías filosóficas en verdades definitivas e indiscutibles, tomaremos como punto de partida el hecho de que los hombres y los grupos humanos se adhieren a toda clase de opniones con una intensidad variable que sólo se puede conocer a ponerla a prueba… El sentido común opone regularmente los hechos a las teorías, las verdades a las opiniones, lo que es objetivo a lo que no es, señalando por consiguiente qué opiniones se han de preferir antes que otras, ya se fundamente o no esta*

[288] Viehweg, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. Jorge Seña, España, Gedisa, 1997, Colección: estudios alemanes, pp. 198 y s.
[289] Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho, op. cit.,* p. 34.

preferencia en criterios aceptados por lo general… Sólo la existencia de una argumentación, que no sea apremiante ni arbitaria, le da un sentido a la libertad humana, la posibilidad de realizar una elección razonable. Si la libertad fuera solamente la adhesión necesaria a un orden natural dado previamente, excluiría cualquier posibilidad de elección; si el ejercicio de la libertad no estuviera basado en razones, cualquier elección sería irracional y se reduciría a una decisión arbitraria que se efectuaría dentro de un vacio intelectual."[290]

Santiago Nieto comenta que para Perelman, la lógica jurídica es una parte de la retórica, en razón de que el Derecho no es una lógica formal, sino argumentativa.[291] Para ejemplificar lo anterior se puede plantear que la lógica formal trataría de resolver toda controversia por medio del silogismo y la subsunción, otorgando el carácter de válida a una conclusión en la medida en que sus premisas fueran validas. La lógica retórica trataría de mostrar no la validez de las premisas, sino el carácter aceptable de su decisión (no responde a un silogismo, sino a una concatenación de argumentos).

Lógica formal	*Lógica retórica*
Premisa mayor = válida Premisa menor = válida Conclusión = válida	Premisa mayor = aceptable Premisa menor = aceptable Conclusión = aceptable

Otro autor, de suma importancia contemporánea en el terreno de la argumentación jurídica es Robert Alexy, específicamente por su método procedimentalista *del discurso práctico racional*, algunas de sus reglas son las siguientes:[292]

Reglas fundamentales:

- *Ningún hablante puede contradecirse.*
- *Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo creé.*
- *Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes.*
- *Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.*
- *Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.*

Reglas de razón:

- *Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiuquen el rechazar una fundamentación.*
- *Quién pueda hablar puede tomar parte en el discurso.*

[290] Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca románica hispánica, Madrid, Gredos, 1989, pp. 768-772.
[291] *Cfr*. Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral: Una propuesta garantista,* México, IIJ UNAM, 2003, p. 89.
[292] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad.* Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, Serie Derecho y la Justicia núm. 14, pp. 283 y ss.

- *Todos pueden problematizar cualquier aserción.*
- *Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.*
- *Todos pueden expresar sus opiniones, deseos, necesidades.*

Reglas de carga de la argumentación:

- *Quién pretende tratar una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.*
- *Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.*
- *Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.*
- *Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.*

Reglas de fundamentación:

- *Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.*
- *Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben ser aceptadas por todos.*
- *Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.*
- *Las reglas morales que sirven de base para las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una prueba moral no pasa semejante prueba:a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido su justificación, o b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se puede aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.*
- *Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante denben pasar la prueba de su formación histórica-individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificantes.*
- *Hay que respetar los límites realmente dados.*

Reglas de transición:

- *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico)*
- *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.*
- *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.*

Otros autores como han empezado por explicar las concepciones de la argumentación, a *saber la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática.*

La concepción formal define al argumento y la argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones. Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido

de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional aunque no necesariamente. A los lógicos formales les interesan, sobre todo, los esquemas de argumentos que se expresan en el lenguaje artificial. El lenguaje artificial y las reglas formales de la lógica pueden aportar a la argumentación criterios de control formal a los argumentos, pero son insuficientes para producir bases de control material sobre los razonamientos.[293] Para la concepción formal, las premisas y la conclusión son enunciados no interpretados o, si se quiere, interpretado en un sentido puramente abstracto.[294]

La concepción material, propia de la tópica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones. Raz señala que la principal tarea de la razón práctica es establecer que tenemos razones para actuar, cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquellos que debemos hacer, tomando todo en consideración. En la concepción material interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir del punto de vista interno del intérprete.[295] En la concepción material, las premisas y la conclusión son enunciados interpretados, esto es, enunciados aceptados por el que argumenta como verdaderos o correctos. [296]

La concepción pragmática o dialéctica considera a la argumentación como interacción lingüística. La argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico. Algunas de las teorías, como la de Alexy (que veremos más adelante), destacan principalmente la parte procedimental del proceso, y otras se interesan también por el resultado, los elementos que integran el razonamiento, la manera de distinguir entre argumentos fuertes y débiles, o las falacias que deben ser conocidas y eliminadas en la argumentación. En síntesis, en la concepción pragmática o dialéctica tiene lugar destacado el aspecto pragmático del

[293] *Cfr*. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 21.
[294] Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, *op. cit.,* p. 89.
[295] *Cfr*. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 21.
[296] *Cfr*. Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación, op. cit.,* p. 91.

lenguaje, por lo que es inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan, Inferir consiste en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso para cada participante en el proceso argumentativo.[297]

Las premisas y las conclusiones en la concepción pragmática de la argumentación no son ni enunciados sin interpretar, ni enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados aceptados.[298]

Atienza concluye que el Derecho es un claro ejemplo de empresa racional en la que las tres concepciones o dimensiones aparecen combinadas de manera que, en el razonamiento jurídico, no se puede prescindir de ninguna de ellas. Cada una de esas tres concepciones está íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos: *la certeza, con la concepción formal; la verdad, con la concepción formal; y la aceptabilidad y el consenso, con la concepción pragmática*. Asimismo, comenta que aunque la argumentación jurídica, hablando en general, consista en una combinación peculiar de elementos provenientes de esas tres concepciones o dimensiones de la argumentación, eso no impide que dentro de la misma, puedan distinguirse diversos campos *(diversas perspectivas)* en los que una u otra de esas concepciones juega un papel preponderante. Así cita por ejemplo, que la argumentación de los abogados parece ser esencialmente de carácter dialéctico. La concepción formal se presta bien para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del Derecho; y la concepción material constituye el núcleo de la argumentación –*la justificación*- que llevan a cabo los jueces. Finalmente, expone que la aceptación es, por supuesto, un criterio importante, pero no es (o no necesariamente) el criterio último: las sentencias deben estar motivadas conforme a Derecho, o sea, siguiendo criterios de racionalidad característicos de la teoría de las fuentes, de la teoría de la interpretación, de la validez, *etc.*[299]

Neil MacCormick señala que los jueces no gozan de la discrecionalidad, pues están sometidos a los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Estos elementos son lo que aportan el carácter racional y justificable de la decisión.[300]

Habermas reflexiona en torno a la teoría de la acción comunicativa, que patrocina que *"Los argumentos son razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez entablada con un acto de habla constatativo o un acto de*

[297] *Cfr*. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 22.
[298] *Cfr.* Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación, op. cit.,* p. 92.
[299] *Ibídem*, pp. 95-98.
[300] *Cfr.* Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, *op. cit.*, p. 97.

habla regulativo y que mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos."[301]

Además Habermas continúa diciendo que:

> *"El concepto de argumento es de por sí de naturaleza pragmática: Qué sea una <<buena razón>>, es algo que solo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir, en la aportación que, conforme a las reglas de ese juego argumentativo, esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no. El concepto de una racionalidad procedimental, extendida a la dimensión pragmática que representa una regulada competición entre argumentos y regulando intercambio de argumentos, permite entonces complementar las propiedades semánticas de las razones mediante las propiedades (que indirectamente contribuyen a constituir la validez) de un dispositivo o medio (el discurso), que es donde puede actualizarse el potencial de motivación racional que las buenas razones comportan."*[302]

En esta tesitura, también importante resulta, el comentario de Pere Fabra, en el sentido de que uno de los grandes aportes Habermasianos en el terreno de la argumentación se basa en su postulado teórico de la pretensión de validez de los actos del habla. Al respecto el investigador Pere Fabra comenta:

> *"Con el planteamiento de Habermas éste éxito, es decir, la aceptación de la oferta de habla por parte del oyente, no tiene que basarse ya en la pura facticidad de la convención lingüística vigente o de un contexto normativo determinado (para lo que sería suficiente con el entrenamiento adecuado en la convención correspondiente), sino que se puede hacer depender de un acuerdo "racionalmente motivado", es decir fundamentado en razones."*[303]

Y así podiamos enunciar otras teorías de la argumentación que requerirían una investigación independiente. Sin embargo, creemos que los estudios en la materia teoría de la argumentación jurídica aun continúan siendo muy escasos en comparación con la trascendencia que representan en el Estado Constitucional, situación que se agrava cuando apenas las facultades de Derecho han optado por incluir a la argumentación jurídica como una materia necesaria y obligatoria.

Maria José Añon y Pablo Miravet profundizan sobre la relación que existe entre argumentación jurídica y Estado Constitucional:

> *"…la Constitución del <<Estado Constitucional>> no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos Estatales, sino la existencia de ciertos contenidos [los Derechos Fundamentales] que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. El Estado <<Constitucional>> se contrapone así al Estado <<legislativo>>, puesto que ahora el poder del Legislador [y el de cualquier órgano estatal] es*

[301] Habermas, Jürgen*, Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso,* 4ª Ed., *trad.* Manuel Jiménez R, Madrid, Trotta, 2005, p. 297.
[302] *Ibídem*, p. 299.
[303] Pere, Fabra, Habermas, *Lenguaje, Razón y Verdad, (los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas)*, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, Colección Filosofía y Derecho, p. 124.

un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad [al órgano competente] y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también [siempre] un control en cuanto al contenido. El Estado Constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica [que la requerida por el Estado liberal de Derecho]. En realidad, el ideal del Estado Constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado Constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo del Estado Constitucional."[304]

Stephen Toulmin, si bien, no realiza propiamente un análisis especializado de la teoría de la argumentación jurídica, ha realizado interesantes exposiciones de la forma en que los hombres piensan y argumentan, lo que puede resultar valioso para la teoría de la argumentación.

Así las cosas, circunscribe al hombre como alguien que necesita de la práctica de argumentar, es decir, dar razones a otros, de todo lo que hace o se piensa o se dice, y para tales efectos, el hombre recurre al denominado uso argumentativo del lenguaje, y la forma de emplearlo se traduce en una aceptación o rechazo de nuestras razones en las que se funda nuestra pretensión. Algo relevante en la teoría de este autor, lo es sin lugar a dudas, la explicación de que en un argumento -entendido éste como un tramo de razonamiento-, se pueden distinguir siempre cuatro elementos: **La *pretensión*** *(significa el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación)*, **las razones** (*como los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate)* **la garantía** *(enunciados generales que autorizan el paso de las razones a la pretensión, es decir, son reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otro, o también considerada como la instancia que permite la combinación de las razones)* y **el respaldo** *(es el campo general en donde está presupuesta la garantía propuesta, es el campo que sirve para demostrar que es superior a otras garantías*).[305]

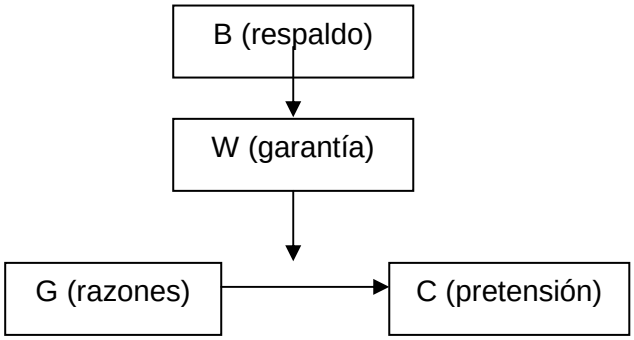
Algunas reflexiones de la teoría de Toulmin son:

"…Supongamos que hemos hecho una aseveración, comprometiéndonos, como consecuencia, con la afirmación que cualquier aserto necesariamente conlleva. Si se pone en duda la afirmación, debemos ser capaces de apoyarla; esto es de probarla y demostrar que estaba justificada… Evidentemente puede que no consigamos que quien la puso en duda

[304] Añon Maria José y Miravet Pablo, *Derechos, justicia y Estado Constitucional un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2005, p. 1.
[305] *Vid*. Toulmin Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones península, 2003. Asimismo, ampliamente recomendable la simplificación explicativa en Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho, op. cit.,* pp. 81-102.

llegue siquiera a estar de acuerdo sobre la pertinencia de esos hechos, en cuyo caso nos veremos obligados a refutar su objeción con un argumento preeliminar… Quiza no requiere que nosotros añadamos más información factual a la que ya hemos proporcionado, sino que se nos pida que indiquemos qué tienen que ver los datos que hemos ofrecido con la conclusión que hemos sacado. La pregunta, formulada de manera coloquial, sería entonces, no ¿con que más cuentas?, sino ¿Cómo has llegado hasta ahí? Presentar un conjunto determinaado de datos como base para una conclusión concreta supone comprometernos a dar cierto paso, de modo que la pregunta versa entonces sobre la naturaleza y justificación de ese paso. Suponiendo que topemos con este nuevo desafio, lo que hay que hacer es no dar nuevos datos, puesto que éstos se pueden poner en tela de juicio inmediatamente como sucedió con los anteriores, sino proposiciones de un tipo bastante diferente: reglas, principios, enunciados, etc. que nos permitan realizar inferencias en lugar de agregar información adicional…"[306]

Estos cuatro elementos de los argumentos pueden representarse de acuerdo con el siguiente esquema:



En suma, creemos que la legitimad del Juez aumenta o disminuye en cada uno de sus fallos, de manera más especifica en la capacidad argumentativa que muestra al resolver cada uno de ellos. Coincidente con el punto de que la argumentación es una importante unidad de medición de la legitimidad democrática del Juez, Cárdenas señala "*En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones jurídicas, debo decir que para algunos, coincido con ellos, el termómetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del Poder Judicial y del Juez de la constitucionalidad viene determinado por la calidad justificatoria de sus decisiones. La argumentación debe ser elevada en el Poder Judicial a un rango nunca antes tenido."*[307]

Asimismo, es importante conocer que en el Estado Constitucional al no haber poderes ilimitados, ni siquiera el del Legislador, todo debe ser argumentado, toda decisión debe ser justificada en el plano racional. Todo con la razón nada por la fuerza, ni siquiera del Estado, no hay pues, en el Estado Constitucional práctica jurídica sin

[306] *Ibídem*, pp.132 y ss.
[307] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 196.

argumentación. Y esa es precisamente una de las grandes y beneficiosas transformaciones del paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional.

L. LA DEMOCRACIA.

Si bien es cierto que uno de los requisitos básicos para la práctica de la democracia es una Constitución normativa, lo es también que uno de los requisitos para contar con una Constitución normativa es la democracia. Así tenemos que:

> *"La Constitución normativa requiere no solo de elementos jurídicos para ser tal, sino de elementos políticos, en primerísimo lugar la existencia de un régimen democrático que sirva de sustento al entramado constitucional, la legitimidad o aceptación social y política de la Constitución por parte de los actores nacionales, la lealtad de los ciudadanos y las autoridades para con la Constitución, y una orientación hacia los elementos cambiantes de la sociedad y su modo específico de funcionamiento en el marco de una comunidad pluralista."*[308]

De esta forma, Constitución y democracia se erigen como fenómenos que se encuentran condicionados en éxitos y fracasos según su funcionamiento. A mayor democracia mayor fuerza normativa y visceversa. Pero cabe agregar que la democracia que necesita el Estado Constitucional necesita entendérsele en su sentido jurídico institucional y ético.

> *"El primero el más común, al grado de que se manifieste que democracia sin adjetivos se entiende como democracia política, bien entendida como la reducción de las múltiples voluntades de millones de personas a un único comando, que la denota como una forma de gobierno; el segundo que obedece a un estilo de vida, un modo de vivir y convivir en una sociedad caracterizada por una igualdad de condiciones y guiada preponderantemente por un espíritu basado en un ethos igualitario."*[309]

Otra visión de la democracia que consideramos compatible con el Estado Constitucional, es aquella expuesta por Ferrajoli, que la trasciende de su significado formal y le incorpora contenidos sustanciales. Este autor italiano explica que la democracia formal o política, es aquella basada en el principio de mayoría como fuente de legalidad, encargada de establecer las reglas de quién puede y sobre cómo se debe decidir (*forma de gobierno*), mientras que la sustancial refleja más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos, en este sentido su teoría del garantismo es basada en la maximización de las libertades y en la

[308] Cárdenas Gracia, Jaime, "Cuatro Reflexiones en torno a una Nueva Constitución", *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM- IIJ, 1999, p. 66.
[309] Sartori, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?,* 2ª ed., *trad.* Miguel Ángel González Rodríguez, México, Nueva Imagen, 1997, p. 3.

minimización de los poderes, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, es para el autor en análisis el rasgo más característico no formal sino estructural y sustancial de la democracia, concluyendo que el principio de democracia política, relativo a quien decide, se encuentra subordinado al plano axiológico de la democracia sustancial, relativo a qué no se debe decidir y a qué es lícito dejar de decidir, aún cuando la mayoría opine lo contrario.[310]

Jaime Cárdenas y María de la Luz Mijangos, comentan que:

> *"En el nuevo Estado Constitucional de Derecho se replantea la noción de democracia basada exclusivamente en la noción de regla de las mayorías y se insiste en el papel limitador y de control al poder que ejercen unos Derechos Fundamentales garantizados por el Juez Constitucional, muchas de las categorías jurídicas se reformulan, tales como la legalidad, la división de poderes, el control de la constitucionalidad, la estatalizada y la coactividad del Derecho. De la interpretación de las normas se pasa a la argumentación y de aquí a la hermenéutica. Este nuevo Estado tiene retos nunca antes planteados. Se le exige mucho porque mucho es el reclamo ciudadano y la fortaleza de la sociedad. Puede ser traicionado por los grandes intereses económicos, tanto nacionales como transnacionales, por los medios de comunicación electrónica y, por los propios partidos políticos. La manera de enfrentar esos retos es propiciando una arquitectura constitucional sólida orientada toda ella a garantizar como nunca antes los Derechos Humanos…"*[311]

Cossio Díaz resalta como una de las características del Estado Constitucional, la relativa a mantener un diálogo permanente con la sociedad, especialmente en el sentido de interesarla en las cuetiones jurídicas. Así opina que:

> *"Esta es la paradoja de nuestro tiempo: para que la democracia se realice es necesaria la Constitución, y para que ésta se realice plenamente es necesario un órgano que, actuando con una racionalidad distinta a la política, garantice su observancia…La forma de establecerles límites, se insiste, es mediante la construcción de mecanismos que obliguen a sus integrantes a mantener un diálogo con la sociedad: Amicus curiae, análisis de las sentencias, explicitación de los supuestos de resolución, formulación de debates, etc. En una sociedad poco interesada como la nuestra, la Suprema Corte no sólo debe estar dispuesta a participar en tales actividades, sino que debe fomentarlas de forma particular."*[312]

Manuel Aragón opina que *"… sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente el poder."*[313]

Otros autores como Owen Fiss, consideran que la Constitución del Estado Constitucional, no es un documento testamentario que distribuye a las generaciones

---

[310] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, 2ª. ed., *trad.* Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 1997, pp. 855-866.
[311] Cárdenas Gracia, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de Derecho y corrupción*, op. cit., pp. 161 y s.
[312] Cossío Díaz, José Ramón, *Sobre* "Jueces y Política", en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Corte, Jueces y Política*, *op. cit.,* p. 95.
[313] Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, IIJ, México 2002, p.11.

futuras trozos de propiedad en forma de Derechos, sino más bien debe considerarse como una carta de buen gobierno que establece las instituciones de gobierno y las normas, estándares y principios que deben controlar tales instituciones. Una nota que no pasa desapercibida en la obra de este autor, es la reiterada denuncia que realiza sobre los monopolios en la información que hoy existen, por lo que reconoce que una de las funciones trascendentales en el Estado Constitucional contemporáneo, radica en la función gubernamental de introducir en la agenda los temas que son sistemáticamente ignorados y subestimados, y permitirnos oír las voces y opiniones que de otra manera serían silenciadas o apagadas.[314]

Eloy García expresa que:

> "…e*n el Estado Constitucional Democrático, en resumidas cuentas, la legitimidad democrática se expresa y comprende en la Constitución. Para la idea de legitimidad constitucional-democrática, la Constitución es mas que un texto escrito, más que una norma jurídica, más que un código de Derechos y deberes, la Constitución es la democracia misma… y de la lealtad que le demuestren gobernantes y gobernados depende, en último extremo, la posibilidad que la democracia sea real y no una mera anunciación de principios."*[315]

A manera de síntesis, la democracia es un tema relevante en el Estado Constitucional, pues les otorga legitimidad a los operarios gubernamentales y esta legitimidad incide en el cumplimiento de todo el Derecho. De ahí que se entienda que muchos países que aun presentan déficit democrático tengan problemas para consolidar un Estado Constitucional. Así las cosas, el Estado Constitucional, o mejor dicho de una Constitución válida *-formal y sustancialmente hablando-* sólo puede situarse en un Estado Democrático *-formal y sustancialmente hablando-* y su consolidación dependerá directamente de su evolución democrática. Es por ello, que en los regímenes del Estado Constitucional, existan figuras como el plebiscito, el referendum, la iniciativa popular, las elecciones periódicas, transparentes y confiables, la rendición de cuenta y acceso a la información, el juicio político, campañas reguladas, la democracia interna en organizaciones *(partidos políticos y sindicatos)*, la libertad de pensamiento y expresión, etc. Asimismo, esta íntima y recíproca relación Constitución y democracia, queda también comprobada cuando se plantea que: "*Para consolidar la democracia es necesario que el poder tenga una nueva fisonomía que su ejercicio se ajuste a otras pautas y que los ciudadanos tengan la certidumbre de poder controlarlo.*

---

[314] *Cfr*. Fiss, Owen, "Por qué el Estado", trad. Jorge Malem Seña, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, *op. cit.,* pp. 105-115.

[315] García, Eloy. *El Estado Constitucional ante su momento maquiavélico,* México, Cuadernos Civitas, 2000, p. 94.

Se trata que en nuestro sistema constitucional no subsistan lagunas ni persistan inercias que alimenten el ejercicio autoritario del poder."[316]

Después de dejar en claro la relación directa y de complementariedad que existe entre la democracia y Derecho, y de concluir, que la cultura jurídica se soporta en gran medida en cimientos democráticos, se demuestra plenamente que muchas de las soluciones que buscan los juristas trascienden al plano jurídico y se sitúan en el plano democrático, y es ahí precisamente, donde los juristas deben aprender a ir a buscarlas, es decir, muchos de los problemas jurídicos, son realmente problemas democráticos, y si lo que queremos es democracia, debemos terminar con la visión reduccionista de que la democracia sólo es votar y elegir, ya que como explicaría Sartori: *"es obvio que las elecciones no instituyen un régimen democrático. Las elecciones son una condición pero no suficiente, de democracia."*[317] Asimismo, resulta interesante la reflexión de este filósofo italiano que reconoce que el problema de la democracia, no está en sí misma, en el modelo, sino en sus operarios.De ahí que mencione que*"…tenemos que distinguir entre la máquina y los maquinistas. Los maquinistas son ciudadanos, y no son nada del otro mundo. Pero la máquina es buena. Es más, en sí misma es la mejor máquina que se ha inventado…Yo no creo que la democracia necesite importantes innovaciones estructurales. Lo que me preocupa son los maquinistas…"*[318]

M. UN COMBATE FRONTAL A LOS ILÍCITOS ATÍPICOS.

Hemos dicho que el Estado Constitucional de Derecho, tiene que ser un sistema que reaccione también a formas peculiares de atentados contra el Derecho que suponen los ilícitos atípicos *(abuso del Derecho, fraude a la Ley y la desviación del poder)*.[319]

Atienza y Manero establecen que: *"Si los ilícitos son conductas contrarias a normas de mandato y estas últimas pueden ser reglas o principios. A lo que se pretende la tesis de este trabajo que a los actos opuestos a las reglas se les puede llamar ilícitos típicos, mientras que los que se oponen a principios serían ilícitos atípicos."*[320] Es decir, se presenta un ilícito atípico cuando una conducta aparenta ser lícita por cumplir las exigencias de una regla, sin embargo, y en razón de su oposición a algún o algunos principios esta conducta después de su análisis exhaustivo se convierte en ilícita.

---

[316] Valadés Diego, *Constitución y Democracia, op. cit*., 190.
[317] Sartori, Giovanni*, La democracia en 30 lecciones, trad.* Alejandro Pradera, México, Taurus, 2009, p.108.
[318] *Ibídem*, p.144.
[319] *Vid.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *ilícitos atípicos*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 2000.
[320] *Ídem,* p. 25.

Agustin Squella, explica que *"Los ilícitos atípicos son acciones que, prima facie, están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas."* [321] Asimismo, que el cambio de status deóntico *(el paso de permitido a prohibido)*, tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que pueden distinguirse las siguientes formas y mecanismos para ampliar el campo de lo ilícito.

> *"El cambio de status deóntico se produce en los supuestos de analogía legis, por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación de sus razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado. En los supuestos de analogía iuris, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes".* [322] *"El segundo tipo de mecanismos al que obedecen el abuso del Derecho, el fraude de Ley y la desviación de poder, opera de la siguiente manera, el punto de partida no es la existencia de una laguna normativa sino de una premisa expresa, la acción esta permitida en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio en su status deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permitida resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso y en ese balance se exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso."* [323]

N. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Los Principios Jurídicos no sólo son un tema relevante en el Estado Constitucional, bien pudieramos decir, que ellos hacen posible avanzar en los demás temas que lo caracterizan. No obstante lo anterior, nos percatamos que son un tema poco conocido para todos los operadores jurídicos, no se sabe de su existencia, o si se sabe, se desconoce que tratamiento darles. Son estas pues, las razones que justifican porque decidimos adentrarnos a su estudio en esta investigación, misma que tratará de demostrar nuestra hipótesis de trabajo, en el sentido de que la interpretación, aplicación y argumentación desde los Principios Jurídicos son un factor clave en todo Estado Constitucional, es más, creemos que sin interpretación, aplicación y argumentación desde los Principios Jurídicos no podemos hablar sustancialmente de la consolidación de un Estado como Constitucional. Por obvias razones, al ser los principios y su tratamiento, el tema central de esta investigación, remitiremos al lector a los siguientes capítulos, no sin antes adelantar por lo menos que los principios son clave para entender el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional.[324] De tal

[321] Squella, Agustín, *Sobre el razonamiento jurídico*, Chile, Universidad de Valparaíso, p. 345.
[322] *Ibídem*, p. 346.
[323] *Ídem.*
[324] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* pp. 119 y s.

suerte que se han convertido en la dimensión jurídica idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista y compleja, en una especie de sentido común del Derecho, o como Valencia Restrepo diría en epifonema "*Quién conoce a los principios generales domina todo el Derecho. El que los ignora nada sabe de él".*[325]

Concluyendo, diremos que no visualizamos un Estado Constitucional sin aplicación principialista, ya que ello se traduciría en un Estado sin Derechos Fundamentales, lo que a su vez implicaría un Estado sin respeto a los Derechos Humanos, ni a los Valores, situación que significaría algo así, como olvidarnos de los propios fines del Derecho, de olvidarnos y dejar a un lado lo que en última instancia justifica y legitima su existencia misma y dar paso en lugar de estos fines intrínsecos a otros fines externos como el poder, la fama o la riqueza, que tanto daño nos provocan.[326]

VI. HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL: NUESTRAS REFLEXIONES.

Si alguien me preguntara ¿Qué se necesitaría para que en su país exista un Estado Constitucional? Sin lugar a dudas, le contestaría que necesitaría entre otras cosas: *legitimidad de sus gobernantes, reconocimiento de los Derechos Humanos y Fundamentales; Constitución viviente, reconocimiento de valores y principios constitucionales, normatividad infraconstitucional conforme a la Constitución, legisladores estudiosos que antepongan los intereses nacionales a los de grupo, jueces preparados que se seleccionen y asciendan por méritos propios, servidores públicos que conozcan la Constitución y realmente la respeten en cada uno de sus actos como están acostumbrados a jurar, compromiso de la sociedad con el gobierno, democracia formal y sustancial, reconocimiento de la pluralidad, tolerancia, reconocimiento de las minorías, control de la constitucionalidad, educación, cultura, honestidad, transparencia, interpretación del Derecho, un concepto del Derecho armónico, real aplicación, validez formal y sustancial del Derecho, equilibrio de poderes, ponderación, proporcionalidad, enseñanza del Derecho acorde a la realidad, respeto, argumentación, civilidad, reconocimiento del fenómeno globalizador, respeto a la diversidad de pueblos originarios, evitar la impunidad, premiar la honestidad, inclusión de grupos marginados, equilibrio de las condiciones socioeconómicas de la gente; manejo de los recursos*

[325] Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho,* 3ª. ed., Colombia, Temis, 2005, p.545.
[326] *Vid.* "Prólogo" realizado por Rodolfo L. Vigo en la obra: *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, de Sergio Iván Estrada Vélez, 2ª. Edición, Colombia, Universidad de Medellin, 2006, p 10.

naturales de manera sustentable; un Poder Judicial independiente; medios de acceso a la justicia eficientes; combate frontal a la corrupción y deshonestidad; una aceptación a la crítica y al debate racional, medios de comunicación objetivos, partidos políticos comprometidos, sociedad informada, elecciones limpias, sindicatos democráticos, combate a la burocracia, aplicación real de la técnica legislativa, justicia, libertad, igualdad, respeto a las relaciones privadas, compromiso ético, aceptación de la conexión Derecho y moral, control de las actividades de los poderes fácticos, organización democrática de los organismos internacionales, reconocimiento a las diversas fuentes del Derecho, solución de controversias, respeto a las decisiones de los órganos supranacionales, cumplimiento de los tratados y demás instrumentos internacionales, bienestar social, Escuelas y Facultades de Derecho de alto rendimiento, respeto a la dignidad humana; entender el thelos del hombre, entre otros tantos temas. Como podrá advertirse, el realizador de la pregunta quedaría tan asombrado con semejantes respuestas, a tal grado que pensaría inmediatamente que vivir en un Estado Constitucional es imposible. Sin embargo, yo le replicaría que tengo plena confianza en que es alcanzable, difícil pero alcanzable, un reto que sin lugar a dudas trasciende al propio gobierno, ya que necesita de la colaboración social, es más yo diría la conciencia de todos gobernantes y gobernados.

En esta perspectiva, México se sitúa en un momento histórico, para consolidarse como un verdadero Estado Constitucional, tenemos que reconocer que mucho se ha hecho, pero que aun tenemos mucho por hacer. Por último, dirigiéndonos a todos aquellos que estamos en un anhelo utópico inalcanzable, debo recordarles que si bien aceptamos la difícil empresa que esto representa en esfuerzo y que será difícil verlo reflejado inmediatamente, también somos testigos que la historia ha demostrado que muchas de las cosas que se veían inalcanzables empiezan hoy a ser realidades, lo mismo se pensó del derecho a la huelga, de la abolición de la esclavitud, de la libertad de expresión, de la independencia, elecciones libres, Derechos Humanos, libertad de imprenta, etc. No se omite manifestar que por la gran carga axiológica de estos temas, los mismos jamás serán finitos, siempre habrá algo que hacer pero al menos -*y me refiero especialmente a nuestros pueblos latinoamericanos*- debemos sentar las bases para crear el escenario donde serán tratados los temas complejos que nuestra realidad demanda, e indudablemente el mejor escenario es el del Estado Constitucional. Es importante recordar que una de las características de este Estado es la inexistencia de temas tabúes -*todos los temas pueden ser tratados*- afortunadamente la consolidación de muchos Estados Constitucionales, ha permitido el estudio de estos temas y la

aplicación de criterios que los vivifican jurisprudencialmente en la resolución de casos. Otros tantos, los que apenas luchan por consolidarse, apenas definen su situación respecto a esta problemática. En este sentido, la apertura hacia la existencia de estos temas, se vuelve por así decirlo, un buen termómetro para saber el grado de evolución hacia una cultura constitucional.

CAPÍTULO II
"CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL TEMA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS"

I. ALGUNOS PROBLEMAS A LOS QUE SE HA ENFRENTADO EL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

El camino del reconocimiento principialista no ha sido nada fácil, en este sentido, pueden detectarse fácilmente una serie de resistencias a su aceptación jurídica. A continuación, explicaremos los que consideramos los principales frentes de batalla que han tenido que librar en aras de su reconocimiento.

A. LA IMPORTANCIA DE LA SUPERACIÓN DE LOS DOGMAS REDUCCIONISTAS DEL DERECHO.

Desde nuestra percepción, dos son los escenarios reduccionistas de la concepción del Derecho, los responsables del complicado y lento camino que se tuvo que recorrer para el reconocimiento de los Principios Jurídicos y que repercuten en su pragmatismo jurídico: El primero de ellos, es el ***dogma avalorativo del Derecho,*** mismo que mal inspirado por la antagónica lucha entre *naturalismo vs positivismo*, hizo que algunos estudiosos correligionarios de la teoría que triunfaba en esa época, llegaran consciente o inconscientemente por soberbia ideológica a extremos de rechazar contenidos axiológicos del Derecho por considerárseles como *iusnaturalistas*. Dicha tendencia histórica y desafortunada provocaría más tarde, que los principios como resultado de su importante contenido valorativo fueran considerados como pertenecientes al campo de la moral, y por tanto desterrados del Derecho, situación que trajo aparejada un oscurantismo jurídico, puesto que se producen normas sin referentes axiológicos.

El segundo de los escenarios se representa por el ***dogma reduccionista-reglista*** mismo que se inspira en la creencia de que todo lo que se contenía en el Derecho era irreductiblemente reglas, y por tanto, el Derecho era visto como un simple conjunto de reglas. Sin embargo, sería la propia teoría del Derecho, la que demostraría que las reglas no son los únicos componentes del Derecho, sino que a su lado, coexisten otros modelos como el de los Principios Jurídicos, perfectamente diferenciables entre otras características, por su estructura morfológica, su método hermenéutico, su modelo aplicativo, su dimensión de peso. Ronald Dworkin considerado como el padre de los

principios, es el que detona en 1968 esta discusión, al publicar su famoso estudio sobre el modelo de las normas, en donde ataca a los modelos positivistas que no reconocen a los principios, puesto que para ellos, las únicas normas jurídicas son las reglas. Dworkin dirige sus críticas contra los modelos de Austin y Hart, sobre el análisis del primero, manifiesta irónicamente que es apreciable por su simplicidad, pues al concebir a la obligación como el resultado de una sumisión a la amenaza de la fuerza, omite aspectos medulares como las actitudes que adoptamos hacia el Derecho, lo que Dworkin ejemplifica con el distingo entre las órdenes del Derecho y las órdenes generales de un gángster, pues sólo los mandatos del Derecho poseen un sentimiento de obligatoriedad y no así las que provienen del facineroso, ya que una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona tiene el uso de la fuerza física, sino porque ese sujeto debe tener autoridad para dictar la norma y esa autoridad sólo puede provenir de otra norma aceptada por la propia comunidad a la que rige. En cuanto al estudio de Hart, a éste le reconoce una substancial evolución en referencia al modelo de Austin, pues resuelve muchos de sus problemas y rescata a la teoría del Derecho de sus errores, lo que en gran medida se debe gracias a la distinción realizada entre normas que aseguran Derechos o imponen obligaciones a los miembros de una comunidad, a las que llama primarias y las que estipulan cómo y por obra de quienes se pueden formar, reconocer, o extinguir las normas primarias, a las que identifica como secundarias o reglas de reconocimiento. No obstante, este avance epistemológico no fue suficiente para evitar las críticas dirigidas a la teoría de Hart por su omisión de no incluir pautas distintas a las reglas, tales como los principios, de ahí que Dworkin concluya que el positivismo fue concebido *como un modelo de y para un sistema de normas de esa especie*.[327] Como podrá observarse, la teoría de Dworkin se erigió como un catalizador para replantear el concepto del Derecho y consecuentemente, reflexionar de nuevo sobre su composición, función y finalidad.

Tamayo y Salmorán, también critica la reducida visión que afectó a la teoría contemporánea y a su definición de Derecho, explicando que la imagen imperativa desde la cual fue creada, llevó a muchos autores a restringir el fenómeno jurídico únicamente a normas que imponen deberes y a explicar todas las manifestaciones del fenómeno en términos de obligaciones, inadvirtiendo facultades y derechos.[328]

Zagrebelsky, reconoce a los principios desmarcándose de una visión acotada a las reglas al expresar: *"Si el Derecho actual, esta compuesto de reglas y principios, cabe*

[327] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, *trad*. Marta Guastavino, España, Planeta Agostini, 1993, pp. 65-72.
[328] *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM, IIJ, 1994, p. 64.

observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y justicia son prevalentemente principios… Por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley".[329]

Una visión original, es la manifestada por Rodolfo Vigo, quien apunta que *"…el modelo decimonónico adoptó como estructura típica y específica del Derecho a la norma, de manera que se definía autoritariamente un supuesto o hipótesis fáctica a la que se imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos."* [330] Igualmente, este autor argentino expresa que las características básicas de la norma son: **1.** Que define hipótesis y consecuencias, y **2.** Que mandan algo definitivo, de modo que una conducta agote su exigencia. Asimismo, realiza una aseveración diferente a la gran mayoría al manifestar que:

> *"…tanto los principios como las normas operan en el Derecho como reglas o mensuras o medidas jurídicas en tanto pueden emplearse a los fines de determinar si una cierta conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. En consecuencia, en nuestra terminología llamamos al género `reglas jurídicas, que está compuesta por las especies de los principios - fuertes y débiles- y de las normas…"*[331]

De lo anterior, se colige que éste autor argentino, está de acuerdo con que el Derecho se compone preponderantemente de reglas, empero, aún cuando aparentemente comparte la visión reduccionista, la gran diferencia es que reconoce a los Principios Jurídicos como una especie del género regla.

Jaime Cárdenas se une a las críticas efectuadas a la visión reduccionista de las reglas al exteriorizar que:

> *"…las normas jurídicas, no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas, no todas son deónticas, ni todas son reglas, no todas expresan normas, no todas tienen que ver con la acción, y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto es sin descontar la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídico es una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica, y si debe ser obedecida o preguntarnos cuales son las razones para obedecerla…"*[332]

Con base a las posturas de algunos de los estudiosos que hemos analizado en líneas precedentes, se ha fortalecido la visión amplia y plural del Derecho posicionándose en el escenario jurídico contemporáneo, y cada vez son más los

---

[329] Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 3ª ed., España, Trotta, 1999, pp. 109 y s.
[330] Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 4.
[331] *Ibídem*, p. 84.
[332] Cárdenas Gracia, Jaime, "Los principios y su impacto en la interpretación", *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2002, pp. 91 y s.

juristas que dejando atrás obsoletas ideas *reduccionistas*, reconocen en el Derecho, no sólo la existencia de contenidos distintos a las reglas, sino también, de otros contenidos distintos de las normas que cumplen un papel significativo en su funcionamiento. De esta forma se ha renunciado a una insularidad del Derecho, lo que ha contribuido a ampliar la visión de los horizontes del Derecho, mucho más allá, de donde se pensaba que llegaban.

B. LA IMPORTANCIA DE SUPERAR EL DESCONOCIMIENTO Y SU SUBESTIMACIÓN.

Valencia Restrepo comenta que el destino de los principios, pese a su inconmesuable importancia, ha sido paradójicamente ya sea un total desconocimiento o un olvido insuperable, acompañado en ambos casos por menosprecio. También hace notar que tales actitudes subestimativas se deben a dos causas. La primera de origen doctrinal, por una exigua y casi inexistente bibliografia principialistica. La segunda, de raíz jurisprudencial, consistente en el escasísimo empleo de los principios por los funcionarios. En torno a la primera comenta desde la perspectiva colombiana, por cierto, muy parecida a la perspectiva mexicana:

> *"..Por lo que conocemos, únicamente hay en la literatura jurídica vernácula opúsculos monográficos sobre los principios, pero referidos sólo a a ramas específicas del Derecho o a nomoaruías especiales, como la constitucional en sentido estricto o a la contratación administrativa, pero no a una nomoarquía general. Apenas en manuales de iufilosofía y de dogmática jurídica, se encuentran referencias sistemáticas y tan suscintas, que no ofrecen una concepción cabal o completa de los principios. Situación casi identica –aunque no tan deprimente –se da en otros países de habla hispana. En otras latitudes, empero, el panorama no es desolador. La bibliografía principialista ha venido conociendo un incremente siempore creciente, particularmente a mediados del siglo xx, en países como Italia, Francia, Alemania, Austria, Suiza y las naciones que se afilian al common law, cuales como el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia."*[333]

En lo referente a la causa subestimativa de origen jurisprudencial, comenta desde el panorama colombiano que *"la nuestra ha sido una jurisprudencia anquilosada y anquilosante, en más de 150 años de existencia, ha habido poquísimas referencias a los Principios Generales del Derecho. Qué diferencia abismal con la jurisprudencia foránea que, aliméntándose de los principios, se ha convertido en el motor del remozamiento del Derecho Objetivo.*[334]

[333] Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho, op. cit.,* pp. 49 y s
[334] *Ibídem*, pp. 50 y s.

Para superar tal escenario Valencia Restrepo llama la atención sobre la imperiosa necesidad de colmar el vacio bibliográfico y promover la actividad jurisprudencial inspirada en principios, para que ella se torne "*el expediente actualizador del orden jurídico nuestro, como corresponde a la civilización de la tercera ola, de una sociedad postcapitalista o de la posmodernidad".*[335]

Coincidimos con el autor en análisis, la necesidad de una enseñanza principialística o como él le llama "nomoárquica" *(combinación de nombres helénicos que significa* ***nomos:*** *Derecho y* ***archai*** *principios)* autónoma como una materia del plan de estudios de las Facultades de Derecho, Y una orientación investigativa en los seminarios de tesis y comités tutorales. Pero agregaríamos a su propuesta, una instrucción, capacitación y exigencia del uso de los principios, no sólo obligada a los operarios de la actividad jurisdiccional, si no a todos los servidores públicos en sus distintos ámbitos y niveles de competencia (ejecutivos, legislativo, organismos constitucionales autónomos, etc.).

C. LA IMPORTANCIA DE SUPERAR LA VISIÓN MONOFUNCIONALISTA

Otro factor que sin lugar a dudas contribuyó y contribuye al movimiento del reconocimiento principialista, es aquella que responde a una visión monofuncionalista, es decir, a los principios se les ha encasillado y reconocido únicamente en su dimensión funcional integrativa, cuando también contribuyen de gran manera en la labor ***creativa e interpretativa*** del Derecho. El profesor Valencia Restrepo indica que esta sobrevaluación de la función integrativa se debe a que: ***1.*** *Ella es la más conocida de sus funciones;* ***2.*** *Cronológicamente, la primera función, que Constituciones y códigos han asignado a los principios, ha sido la integrativa;* ***3.*** *Es la única función reconocida por el iusposituvismo.*[336]

Asimismo, el profesor colombiano comenta en crítica a esta visión limitativa de las funciones principialistas que los principios creativos e interpretativos son normas más importantes que las subsidiarias, puesto que devienen incluso de fuentes anteriores a la Ley y la Costumbre; ademas que:

> "*La eficacia de los Principios Jurídicos es muy superior a la de una norma subsidiaria. Es fundamental para el Derecho Positivo en cada uno de sus aspectos: constituye la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas… Para el mismo Esser, los principios que informan el ordenamiento total no se constituyen en*

[335] *Ibídem,* p. 52.
[336] *Ibídem,* p. 11.

una fuente de conocimiento adicional y subsidiaria, sino esencial… Son más importantes y determinantes las funciones creativa e interpretativa (y ante todo la primera), que la integrativa. Ello es de tal manera que los principios tienen presencia y fisonomías propias, independientemente de la función integrativa, Por donde es inexacto afirmar que "precisamente cuando aquella (la Ley) falta es cuando éstos (los Principios Generales) adquieren presencia y fisonomía propia."[337]

Influencia de esta inclinación positivista que reconoce a los Principios Jurídicos exclusivamente desde su función integrativa o supletoria, la podemos presenciar en el propio sistema jurídico mexicano, ya que su artículo 14 constitucional establece que: *"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de ésta se fundará en los Principios Generales del Derecho." Asimismo, el numeral 19 del Código Civil Federal dispone que: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica. A falta de Ley se resolverán conforme a los Principios Generales del Derecho."* En este sentido, pareciera verse a los principios exclusivamente funcionales en caso de la existencia de lagunas legales, dejando a un lado sus mejores potencialidades de actuación (creativa e interpretativa), situación que debemos corregir urgentemente.

Zagrebelsky comenta que generalmente el alcance funcional de los principios resulta cercenado por consecuencia de una simplificación típicamente positivista, la que si bien admite la importancia que desempeñan los Principios Jurídicos en el ordenamiento jurídico en el terreno de la *función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas*, también considera que deben ser utilizados, sólo cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida, ya sea por lagunas o antinomias. En este sentido, comparto plenamente las críticas formuladas por Zagrebelsky a esta visión tradicionalista, que trata de relegar la actuación fundamental de los principios en el escenario jurídico, a una intervención meramente accidental y accesoria. Estas críticas en esencia exponen que:

"…esta concepción no sólo es parcial, como se dirá de inmediato, sino que encierra además la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido -los principios- una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor -las reglas-. Esto deriva del prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que sólo es necesario como "válvula de seguridad" del ordenamiento… Si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros a una mera función accesoria de las segundas… Los

[337] *Cfr.* Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho*, *op. cit.,* p.10.

principios como se ha dicho, no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una "toma de posición" conforme con su ethos en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad."[338]

D. FACTORES OBSTRUCTIVOS DE UNA SATISFACTORIA FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Adicionalmente a lo redactado, Valencia Restrepo nota la existencia de ocho factores que han impedido la estructuración de una satisfactoria filosofía y teoría general de los Principios Jurídicos; en tal sentido entre más rápido los remediamos más pronto avanzaremos hacia la consolidación principialista. [339]

1. **Su visión ahistórica.** Debido a que los principialistas carecen de una visión histórica, puesto que se limitan a estudiar unas o varias épocas o segmentos de ellas. Parece que los estudiaran desprendidos del tiempo y del espacio, como si fueran figuras geométricas y no de la forma en que debieran ser tratadas en su calidad de entidades jurídicas problemáticas, aporéticas, heurísticas o ageométricas.
2. **Su enfoque unifuncional o la sobrevaloración de su función integrativa.** Como ya se advirtió, desde siempre se ha iniciado y se continúa iniciando el estudio de los principios, a la luz de una única función, la integrativa. Pero resulta más lamentable que se le prosigue y termina sin una alusión siquiera de las otras dimensiones (creativa e interpretativa).
3. **El difundido desconocimiento de su naturaleza jurídico-filosófica.** Se desconoce la cualidad dualista de los principios y su dialéctica. Mientras la iusfilosofía los universaliza, la Ciencia Jurídica los particulariza. Así muchos que los tratan ofrecen una concepción trunca ya que a veces sólo ven el aspecto filosófico y callan o soslayan el jurídico o viceversa. Así las cosas, debemos comprender los cuatro elementos que atañen y destacan de su naturaleza jurídica: Que son normas jurídicas, imperativas, implícita o explíctamente positivas y que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento. Mientras que corresponden a su aspecto filosófico, considerarlos objetos culturales, objetos axiológicos, normas fundamentales, normas universales, normas tópicas y normas axiológicas.

[338] Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, op. cit.,* pp. 117 y s.
[339] *Ibídem,* pp. 5-52.

4. **Las insuficientes soluciones del iusnaturalismo individualista y del iuspositivismo.** Desde el punto de vista iusnaturalista es insuficiente, ya qe impide a sus cultores una teoría general de los principios y se ha centrado en una filosofía ahistórica, apriorística y férreamente axiomatizante, desprendida, por tanto, hora del tiempo y del espacio, hora de los problemas concretos del Derecho, y estructurada, en consecuencia como una ciencia exacta, a imagen y semejanza de la geometría. Insuficiente a sí mismo se presenta la solución positivista, porque les ha impedido a sus adeptos una filosofía principial *(esta es para ellos algo metajurídico)* y se ha reducido a una teoría general estrictamente formalista.
5. **Su pretendida índole axiomática o deductiva.** El método axiomático resulta opuesto al tópico consistente no en puras deducciones presuntamente necesarias, sino en un proceso analítico y casuísta, que procura hallar respuestas a un círculo determinado de problemas concretos mediante el repertorio de *tópoi* o lugares comunes, revelados por la experiencia con la ayuda de la retórica. Esto es así porque los casos son variados, contingentes y no se amoldan a figuras inespaciales e intemporales ni a simetrías aritméticas preconcebidas e invariables. Y como el Derecho tiene por fin y objeto regular las relaciones intersubjetivas, no pueden ser un órden normativo axiomático ni una ciencia exacta, sino problemática, como lo son aquellas.
6. **Su recóndita polisemia.** No se han tratado con una diferenciada polisemia, se confunden sus diferentes definiciones y clasificaciones.
7. .**Su indistinción original.** Se debate sobre su origen o sólo iuspositivista o solo iusnaturalista, cuando en realidad existen y subsisten en las dos dimensiones.
8. **El no señalamiento de las vías descubridoras y enumerativas de principios ni de métodos para obtenerlos y aplicarlos.** Se ha guardado silencio en torno a que los principios se obtienen por vía legal, jurispudencial o doctrinal y que obtenido el principio por cualquiera de estas vías, con la ayuda de la inducción, la intuición emotiva y el sentido común se le aplicará al caso concreto por deducción.

II. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL DEBATE, DERECHO Y MORAL A LUZ DE SUS IMPLICACIONES TANTO EN EL CONCEPTO DEL DERECHO COMO EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Uno de los debates clásicos de la Filosofía del Derecho, es sin lugar a dudas, la relación existente entre Derecho y Moral, tema que será de sumo provecho abordar en la presente investigación, si bien no de manera exhaustiva puesto que dicho análisis sería suficiente para otra investigación, sí con la intención de recrear el escenario argumentativo desde donde se desarrolla, y a partir de él, emitir algunas reflexiones sobre el impacto de éste debate filosófico en la forma de concebir al Derecho y en su consecuente repercusión en la lucha por el reconocimiento de los Principios Jurídicos.

Para abordar el primer objetivo planteado resulta casi obligatorio como marco referencial, establecer que con sus respectivos matices, dos son las tesis protagonistas del debate sobre la relación Derecho y moral, la tesis de vinculación y la tesis de separación. De igual forma, resulta conveniente desde este momento romper con el dogma de que ambas teorías en cualquier plano son irreconciliables, ya que como explica Garzón Valdez: *"…la polémica entre ambas no se refiere a la relación empírica del Derecho y Moral: ningún partidario de la tesis de separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre el Derecho y la Moral"*[340] Afirmación que delimita adecuadamente este debate filosófico y nos permite sintetizarlo en lo correcto o incorrecto de introducir o vincular contenidos morales al momento de dictar el concepto de Derecho, y por ende, el hecho de tomarlos en cuenta al comprender el fenómeno jurídico.[341]

Con respecto a la tesis de vinculación, podemos resumirla en la postura de que sólo puede ser considerado Derecho o para algunos Derecho Válido o Derecho Deseable, aquél que cumple con ciertos requisitos emanados por una dimensión de carácter Moral, mismos que representan específicamente el centro de la discusión del debate antes planteado. Como se ha advertido con anterioridad, estas corrientes presentan matices y por tanto distintos niveles de intensidad vinculatoria entre Derecho y Moral. Dentro de estos matíces o niveles de intensidad, por ejemplo, tenemos a la versión

[340] Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y Moral", en Vázquez, Rodolfo *(Comp.)*, *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo,* España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho, p. 19.

[341] Es importante destacar que dichos contenidos morales son utilizados frecuentemente para calificar la propia validez del Derecho, situación que nos conlleva irremediablemente al debate añejo entre el ser y el deber ser protagonizado por el Iuspositivismo y el Iusnaturalismo.

dura o fuerte de Cicerón, San Agustín o Francisco Suárez, quiénes tajantemente coinciden en que no puede ser visto como Derecho: lo que no es justo y honesto, por tanto, si unas normas son injustas o corruptas, éstas no deben ser consideradas como tal, y en consecuencia no existe obligación de obedecerlas; [342] como podrá deducirse dentro de esta corriente fuerte de vinculación, no puede existir contradicción entre las normas jurídicas y morales, ya que es precisamente esta afinidad y congruencia donde radica su aceptación como Derecho válido y su garantía de obediencia. Asimismo, tenemos otras versiones más débiles de vinculación, como la manifestada por Tomás de Aquino en su *Suma Teológica*, al indicar que aun cuando la Ley sea injusta no pierde su validez jurídica, pero recalca que esta injusticia afectaría directamente el grado de deber moral de su obediencia hasta desaparecerlo por completo.[343]

Hart, por su parte, se refiere a que las razones que pueden tenerse para obedecer al Derecho provienen desde dos puntos de vistas: uno interno y otro externo, siendo precisamente el primero, aquél que puede ser identificado con una dimensión de moralidad. "*…el uso por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, distinto a las expresiones desde el punto de vista externo y esa actitud trae aparejada un vocabulario característico.*"[344]

En contraposición a este punto de vista interno de aceptación compartida de validez, existe un punto de vista externo, caracterizado por el observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros las aceptan. En complemento Hart también explica que:

> *"La existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que una sociedad en la que hay Derecho está compuesta por aquéllos que ven sus reglas desde un punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de los que los funcionarios les harán si desobedecen…"*[345]

Dichos razonamientos de Hart le hacen concluir que*: "A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral no quiere decir más que esto: que*

[342] El lector podrá apreciar en el apartado donde se trata la pluriconcepcionalidad del Derecho, que esta postura de alta intensidad de la corriente vinculatoria es común en los filósofos exponentes del iusnaturalismo.
[343] En este sentido Tomás de Aquino, distingue las leyes perfectas de las imperfectas, siendo las primeras las que existen y cumplen con ideales de justicia, mientras que son imperfectas las que existen, pero por corrupción de la Ley son injustas.
[344] Hart, H.L. A., El *Concepto de Derecho*, *trad.* Genaro Carrió, 2ª. ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2004, pp. 127 y 128. Para mayor profundidad es recomendable complementar estas ideas con los capítulos VI, VIII y IX.
[345] *Ibídem*, p. 249.

un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos… a las exigencias de justicia y de la Moral".[346] Al respecto Garzón opina al hablar de la teoría hartiana que:

> *"Dado que las razones para obedecer el Derecho sólo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista interno implicaría una adhesión a las normas del Derecho por razones Morales. El punto de vista interno podría ser traducido, pues sin inconveniente semántico como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista Moral, de por lo menos los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico existe…"*[347]

Joseph Raz en su teoría jurídica resalta como parte de la naturaleza del Derecho a la *pretensión de legitimidad*, que puede ser entendida en la capacidad que tiene el Derecho de poseer autoridad. Raz comenta al respecto que: *"El Derecho se presenta como un conjunto de patrones autoritativos y requiere de todos aquellos a los que se aplica que reconozcan su validez"*.[348]

Dentro de este contexto, Juan Vega demuestra que el Derecho no puede ser una fuente de razones independientes de la moralidad:

> *"Al hablar de una autoridad legítima, para Raz las directivas que emite esta autoridad tienen que girar en torno a razones que ya se nos aplican, el Derecho precisamente da certeza sobre las inquietudes que tenemos sobre ciertos temas de moralidad, y la respuesta que el Derecho proporciona a estos dilemas tiene que girar en torno a las consideraciones producto de las mismas....Tratándose de una autoridad legítima, ésta se va a limitar a expedir directivas que reúnan estos requisitos. Una autoridad legítima sólo tiene sentido desde ciertos principios Morales que le dan dicha legitimidad, y esta autoridad legítima se va a dedicar a expedir directivas -entre otras cosas- sobre asuntos y razones que ya se aplican a los sujetos…"*[349]

Robert Alexy, introduce la idea de *pretensión de corrección* como un elemento necesario en todo concepto del Derecho dentro del marco de su teoría del discurso, explicando que esa pretensión de corrección tiene como argumento fuerte una pretensión de justicia. Dicha idea la explica a través de dos ya clásicos ejemplos para la teoría jurídica: si una asamblea constituyente aprueba un artículo primero que estableciera *X es una república soberana, federal e injusta* o un Juez al dictar una sentencia señala que *el acusado es condenado falsamente a prisión perpetua*, es obvio que en ambos casos existe una falla que atenta a la razón y la lógica, y es precisamente en estos casos donde opera la pretensión de corrección o de justicia como un calificador de la validez de las normas y acciones jurídicas, puesto que éstas

---

[346] *Ibídem*, p. 255.
[347] Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y Moral", en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *op. cit.*, p. 22.
[348] Raz Joseph, *La autoridad del Derecho, ensayos sobre Derecho y moral*, 2ª ed., *trad.* RolandoTamayo y Salmorán, México, UNAM-IIJ, 1985, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 62, p. 51.
[349] Vega, Gómez, Juan, "El positivismo excluyente de Joseph Raz", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-IIJ, núm. 110, mayo-agosto, 2004, p. 730.

deben ser siempre congruentes con aspectos de justicia, así las cosas, cuando las normas o acciones derivadas de ellas traspasan un cierto umbral de injusticia pierden su carácter jurídico, por eso la importancia de que esta pretensión nos conduzca implícita o explícitamente a entender que el Derecho necesita una congruencia de justicia que tiene implicaciones de índole moral y por tanto, los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos.[350] Alexy también argumenta al respecto que:

> *"Si el Derecho necesariamente se conecta con una pretensión de corrección, el Derecho consiste en algo más que en la pura facticidad del poder, órdenes respaldadas de amenazas, hábito o coerción organizada. Su naturaleza no sólo comprende un lado fáctico o real, sino también una dimensión crítica o ideal. Esta tesis del carácter doble del Derecho, tiene consecuencias trascendentes para el viejo debate acerca si hay algún tipo de conexión necesaria entre Derecho y Moral…"*[351]

En otra valiosa intervención académica, Alexy después de afirmar de que existe un núcleo de Derechos Humanos Básicos que poseen validez eterna para todos los seres humanos independientemente del tiempo y del espacio, sostiene la tesis de que: *"…las normas jurídicas debidamente promulgadas y socialmente eficaces que son incompatibles con el núcleo de los Derechos Humanos Básicos son extremadamente injustas y, por tanto, no son Derecho…"*[352]

Ya adentrados en la famosa frase inspirada en Radbruch; *"La injusticia extrema no es Derecho",* debemos comentar que éste sigue siendo uno de los temas centrales en la teoría del Derecho, que por cierto se patrocinan en el contenido de justicia intrínseco que debieran tener las normas. Así los partidarios de este lema llaman a considerar a la justicia la medida indisponible de la validez de todo orden, decisión o disposición autorativa.[353]

Carlos S. Nino, aborda esta temática mediante lo que llama una relación de identidad de caso entre Moral y Derecho, explicando que algunas normas morales son normas jurídicas del tipo justificatorias. A mayor detalle explica: *"…con esto tenemos la conclusión aparentemente paradójica de que las normas jurídicas se identifican como tales por su derivación en el razonamiento práctico de juicios de índole Moral. Si un*

---

[350] Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, *trad.* de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 41 y ss.

[351] Alexy, Robert, "*Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: La crítica de Bulygin",* en *La pretensión de corrección del Derecho: La polémica sobre la relación entre Derecho y Moral, trad.* Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 18, p. 95.

[352] Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Eduardo R. Sodero y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, Colección Filosofía, Derechos y Sociedad, Núm. 6, p. 76.

[353] *Cfr.* Vigo Rodolfo (Coordinador), *La injusticia extrema no es Derecho, de Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea.

juicio que deriva lógicamente de un juicio moral, también lo es, de aquí se sigue que las normas jurídicas entendidas como proposiciones justificatorias, son un caso especial de juicios morales".[354] Complementando explica que *"...creo que esto constituye una demostración de que las normas jurídicas que establecen derechos solo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicios morales puesto que derivan de un juicio Moral que legitiman a cierta autoridad y de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad".*[355]

Neil MacCormick deja ver que todo sistema jurídico en un sistema democrático debe caracterizarse en una fundamentación moral limitada basada en *deberes de justicia*, los cuales permiten sostener que el Derecho al regular la exacción y vindicación de tales deberes tiene una función moral.[356]

Ronald Dworkin desde su teoría holística y *reconstructivista*, critíca la separación entre Derecho y Moral, considerado como postulado central del positivismo, señalando que el razonamiento jurídico depende del razonamiento Moral y por ende existe una clara vinculación entre Derecho y Moral, más cuando se tratan de resolver casos difíciles por parte de los jueces.[357] Digno de énfasis resulta la postura de este autor norteamericano que intentando una tesis conciliatoria con el positivismo distingue dos escenarios **1.** El preinterpretativo y **2.** El interpretativo y justificatorio del Derecho, el primero de ellos meramente descriptivo que puede identificar al Derecho sin referencia a la moralidad, pero el segundo que invariablemente implica un juicio que proporciona respaldo Moral al Derecho establecido.[358]

En otra de sus valiosas obras Dworkin, comenta que:

> *"Hasta el momento mi discusión no ha puesto en entredicho la idea tradicional de que los términos "Moral" y "Derecho" aluden a realidades intelectuales en principio distintas, aunque puedan tener interdependencias varias. Ahora quiero sugerir que este entendimiento tradicional que nos insta a trazar relaciones entre dos campos intelectuales independientes es insatisfactorio. Con otra topografia intelectual podríamos hacer mejor las cosas: podríamos entender que el Derecho no es algo distinto de la Moral sino una parte de ésta. Ésta es la forma en la que entendemos la teoría política: como una parte de la moral entendida en términos más amplios, pero distinguible y con su propio fundamento porque es aplicable a unas estructuras institucionales específicas. Podríamos pensar en la teoría del Derecho como una parte especial de la moralidad política, caracterizada por un ulterior refinamiento de las estructuras institucionales… el giro que propongo organizaría nuestra materia de una forma más traslúcida. Nos incentivaría a ver los problemas iusfilosóficos como cuestiones morales sobre cuándo, en que medida y por qué las decisiones colectivas dotadas de autoridad deben tener la última palabra en nuestras vidas. Ya no dudaríamos de que la justicia*

[354] Nino, Carlos, Sobre los Derechos morales, España, *Doxa,* núm. 7, 1990, p. 320.
[355] *Ibídem*, p. 321.
[356] *Cfr.* MacCormick, Neil, *En contra de la ausencia de fundamento moral*, en Vázquez, Rodolfo, *(comp.)*, *Derecho y moral, op. cit.,* pp. 160-183.
[357] Vid. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio, op. cit.*
[358] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *trad.* Claudio Ferrari, España, Gedisa, 2005, pp. 57 y ss.

desempeña un papel a la hora de determinar qué dice el Derecho y podríamos concentrarnos en la tarea más importante y compleja de determinar cuál es concretamente su papel."[359]

Por otra parte, existen juristas que critican a la tesis de vinculación independientemente de sus matices y sostienen y defienden la tesis de separación, los argumentos utilizados se dirigen principalmente en que aceptar tal vinculación conllevaría a introducir criterios de validez ajenos al Derecho,[360] o a supeditarlo a razones de fe o a propiciar una inseguridad jurídica, obviamente nos referimos a pronunciamientos en su mayoría defendidos por *iuspositivistas*, cuya bandera reside en que el Derecho es ser, sin importar su deber ser, efectividad o contenido axiológico, de ahí que renuncien a cualquier criterio de validez que tenga algún rastro de moralidad. Algunos de los juristas más representativos de esta corriente igualmente con diversos matices en sus teorías cada uno, son el propio Kelsen, Eugenio Bulygin, Hoerster y Caracciolo.

Bulygin por ejemplo, si bien aclara que las relaciones fácticas entre Derecho y Moral no están en duda, rechaza la vinculación conceptual, especialmente ante la problemática Moral Positiva y Moral Ideal, puesto que las creencias pueden ser falsas. Al efecto enuncia:

"Concuerdo en que si X cree que una norma es moralmente obligatoria, esto significa que esa norma está éticamente justificada, esto es, que es correcta conforme a lo que él cree, es la moral ideal. (No habría ninguna contradicción en afirmar `La norma no es generalmente considerada moralmente correcta´, pero en realidad es moralmente incorrecta). Por lo tanto, de lo que se trata aquí no es de moral positiva, esto es de los valores que de hecho son aceptados por una sociedad determinada, sino de lo que las autoridades y funcionarios creen que es moralmente correcto en el sentido ideal."[361]

Francisco Laporta lanza como su principal crítica a la corriente vinculadora entre Derecho y Moral, que dicha conexión se encuentra comprometida con una visión autoritaria de la Moral. Al respecto comenta que la frase *"Esto es Derecho válido pero es inmoral" (cito de memoria)* no tiene tacha alguna de contradictorio porque desde él no hay una conexión conceptual entre Derecho y Moral y aquel iusnaturalista como observador externo que niega esta conclusión entra de lleno a un camino que lo

[359] Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, *trad.* Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortíi de Urbina Gimeno, Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho, pp. 44 y s.
[360] Postura defendida por Kelsen en su teoría pura del Derecho al tratar metodológicamente de limpiar al Derecho de sus impurezas y de cuya problemática solo puede escapar a través de su norma presupuesta hipotética.
[361] Bulygin, Eugenio, "Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral", en Vázquez Rodolfo *(Comp.*), *Derecho y moral*, *op.cit.,* p. 222.

conduce a una aporía, ya que su propuesta de comprender al Derecho moralmente se salda con la necesidad de aceptar una moralidad incomprensible.[362]

Ulises Schmill, por su parte, acepta la posibilidad de encontrar una relación externa entre los dos órdenes normativos, sin que esto implique la subordinación del positivismo al iusnaturalismo o la coordinación de ambos en un orden normativo superior. En la misma tónica, observa que si fuera posible constatar la existencia de una moralidad uniforme en una sociedad determinada, ésta al fijar un marco interpretativo reduciría la textura abierta de las normas, funcionando como un elemento extraordinario más no único que disminuiría la incertidumbre dentro del Derecho.[363]

Así las cosas, después de concluir esta especie de escenificación del debate entre Moral y Derecho, mismo que pone en la mesa de discusión los principales argumentos de cada jurista dentro de cada corriente y el grado de intensidad que imprime a su pensamiento sobre el tema, es momento de tomar postura y reflexionar sobre el impacto de éste debate en el concepto de Derecho y en el reconocimiento de los Principios Jurídicos.

En primer lugar, ratificamos lo manifestado referente a que toda concepción de Derecho trae incorporados ciertos criterios de validez, desde la posición más positivista que vela por la autoridad emisora, la coacción o el procedimiento de creación; la iusrealista que se preocupa por su eficacia; o la iusnaturalista que ve la axiología de sus fines, etc.

En segundo lugar, creemos en la relación entre Derecho y Moral, no sólo desde la obvia dimensión fáctica, sino también desde el punto de vista que se relacionan débilmente en el plano conceptual, puesto que desde la Moral al Derecho se le establecen criterios de validez, mismos que de no ser cumplidos provocan una afectación de su propia naturaleza y potencialidad, haciéndolo un sinsentido aunque no podamos negar su existencia.

Dicha postura se ve reflejada en la concepción armónica que proponemos, puesto que para nosotros no es aceptable la frase *X es Derecho pero es injusto ó X es Derecho aunque sea inmoral, en pocas palabras debe haber necesariamente una dimensión cumplimentada de deber ser y no una simple simulación formalista.* Al sostener lo anterior, sabemos que la crítica más común que podemos recibir de los estudiosos de la corriente de separación conceptual, radica en que no sabemos que es

[362] Laporta, Francisco, "Derecho y Moral: Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derecho y Moral*, *op.cit.*, pp. 247-264.
[363] *Cfr.* Schmill, Ulises, "Derecho y Moral: una relación externa", en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derecho y Moral*, *op.cit.,* pp. 265-290.

la Moral ideal, puesto que no existe un consenso en todos los sistemas, y que la Moral positiva puede ser contraria a ella, otros hablan de una Moral crítica, sin embargo, nuevas teorías como la de Habermas por citar una de ellas, nos ayudan a explicar que el ser humano en su calidad de entidad racional puede a través de la teoría del discurso acercarse a estándares aceptables de lo que es la justicia, lo injusto, lo Moral e inmoralmente aceptable. De esta forma, nos aventuramos a reformular el iuspositivismo, dado que nuestra postura ve a la Moral, más allá de un simple enjuiciador externo ético del fenómeno jurídico, puesto que reconoce su protagonismo en el uso de los principios para resolver casos complicados, que son cada vez más comunes en las sociedades en que vivimos.

En éste sentido, consideramos que también existe una relación necesaria y consecuente entre los resultados del debate Moral-Derecho y los Principios Jurídicos, porque ese es precisamente el escenario que sirve como fuente de los argumentos ya sea para su desconocimiento o reconocimiento. De tal forma que desde ese presupuesto se pueda entender que muchos de los obstáculos a los que se enfrentaron y enfrentan los Principios Jurídicos -*si no es que todos*- provienen del debate jurídico sostenido entre positivistas y iusnaturalistas. Obviamente ambas corrientes han evolucionado de las posturas irreconciliables del pasado a posiciones más amigables contemporáneamente, de acuerdo a nuestro criterio, los escenarios que podemos notar en la literatura jurídica y que han impactado directamente en los Principios Jurídicos, son los siguientes:

El más antiguo que se caracteriza por un claro distanciamiento entre Derecho y Moral, se remonta al destronamiento de la corriente iusnaturalista, donde el iuspositivismo tradicional reverencialmente legislativo, se apropió del escenario jurídico y por ende, estableció ciertos medios de defensa para mantenerse y evitar el resurgimiento iusnaturalista, uno de ellos bien puede traducirse en una cierta desconfianza a los contenidos axiológicos traducidos en un deber ser, por tal motivo, se llegó a proclamar que era Derecho aquel que satisfacía aspectos formalistas, sin importar si eran justos o no, bajo esta tesitura, cualquier norma o actuación jurídica que se fundara con argumentos axiológicos era visto bajo la sospecha de un ataque iusnaturalista, por eso hablar de Principios Jurídicos en ese momento era hablar de criterios extrajurídicos provenientes de una dimensión de moralidad, de ahí que estuvieran censurados puesto que su aceptación implicaría un reconocimiento de la Moral como arte del Derecho, al mismo tiempo que se traduciría en un campo propicio para la discrecionalidad judicial.

Un segundo escenario caracterizado por una cierta aproximación entre Derecho y Moral, está estrechamente ligada a la consolidación del constitucionalismo, específicamente a factores como el reconocimiento de que la Constitución es la piedra angular del sistema jurídico y al convencimiento de que la Constitución es superior a las otras normas, pero el más importante indudablemente, tiene que ver con que la misma, es dotada de importantes cargas axiológicas, lo que bien puede denominarse como el fenómeno de una positivización axiológica, con tal carácter la Constitución y el sistema jurídico que gobierna distensionan en buena medida el debate Moral y Derecho, puesto que muchos de los contenidos morales cuya aplicación era el centro de la discordia, ahora se encuentran positivados. Este segundo escenario, es de suma importancia para los Principios Jurídicos, puesto que marca el inicio por la lucha de su reconocimiento, sin embargo, sólo se aplican los expresamente establecidos, por lo que cualquier principio que se enuncie sin estar contemplado se considera proveniente de la Moral.

El tercer escenario, caracterizado con una mayor apertura y suma de adeptos de la corriente vinculatoria, se inicia a partir de la consolidación de la actividad judicial, especialmente con el reconocimiento de la teoría interpretativa del Derecho, y es que precisamente, no es sino desde la actuación judicial en la resolución de casos difíciles cuando se ha podido determinar que los Principios Jurídicos no sólo son los que expresamente se contienen principalmente en las constituciones o de las otras disposiciones que derivan de ella, sino aquellos otros que son resultado de un ejercicio racional de interpretación armónica e integral del *ethos* del sistema jurídico y que por tal motivo se encuentran implícitos. Este a nuestro criterio, es el camino en el que ahora nos situamos, y que podemos decir de manera irreversible, apunta hacia la constante consolidación del reconocimiento y potencialidad práctica de los Principios Jurídicos, por lo que es tarea de todos, académicos, investigadores, estudiantes, jueces, legisladores, e inclusive de nuestra propia sociedad, aparentemente ajena al Derecho, transitarlo con la prisa que requieren nuestras necesidades de justicia, igualdad, libertad y democracia.

Actualmente, el debate iuspositivista- iusnaturalista y consecuentemente, el debate entre Derecho y la Moral, parece haber tenido un importante acercamiento gracias a la teoría del positivismo jurídico incluyente, lo que sin duda, favorecerá el campo principialista. A mayor detalle sobre el positivismo incluyente, quien mejor que Waluchow para explicarla:

"Una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de Moral política, es decir, la Moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y su actividad y producto -por ejemplo, las leyes- pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas. La Moral política en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de las legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria. Al proponer tal rol central para la Moral política en las determinaciones del Derecho, el positivismo incluyente corre el riesgo de confundirse con una versión de la teoría iusnaturalista, convirtiéndose así, en una contribución más al caos en que la teoría del Derecho parece hallarse sumida. También espero poder mostrar cómo esta confusión puede evitarse sin renunciar a las tesis centerales positivistas tales como Bentham, Austin y Hart, todos, como sostendré se adhieren al positivismo incluyente.[364]

Asimismo, Waluchow resume al positivismo jurídico incluyente como aquél que está diseñado "…*para mostrar que hay una teoría positivista que yace a mitad del camino entre el positivismo excluyente de Raz y la teoría del Derecho (natural) como integridad de Dworkin… Encontrar esta región intermedia… Creo que en algún lugar entre los puntos de vista de Raz y Dworkin se encuentra el positivismo jurídico incluyente, una teoría del Derecho viable e iluminadora.*"[365]

Bautista Etcheverry recuerda que las críticas de Dworkin al positivismo jurídico, hicieron regresar a la moral a la arena del debate filosófico jurídico; ya que contribuyeron a reintroducir el debate sobre el papel de la Moral en el Drecho, siendo precisamente ese el contexto de donde surge el positivismo incluyente, como un intento positivista de superar estas críticas. Asimismo, sintetiza las principales tesis del positivismo incluyente de la siguiente forma:

- *Es conceptualmente viable que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas.*
- *Existen diversas versiones del positivismo incluyente: a) Aquella que sostiene que la regla de reconocimiento puede incorporar estándares morales sólo como condición necesaria de validez jurídica (Waluchow). Esta versión sugiere que para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida su contenido debe ser consistente con el grupo de normas morales incorporadas. En definitiva, que un estándar Moral opere como un componente como un componente necesario de validez significa que toda norma, para ser jurídicamente válida, no debe contradecir ese estándar Moral. Esto significa que en estos casos la Moral funciona como un límite al Derecho promulgado; b) La versión que afirma que los estándares morales incorporados a la regla de reconocimiento pueden operar también como una condición suficiente de validez jurídica (Coleman). Esta versión sugiere que para que una norma sea jurídicamente válida basta con que reproduzca el contenido del principio Moral incorporado. Esto significa que normas no promulgadas pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral; y c) La versión que sugiere que los principios morales pueden ser una condición*

[364] Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho, p. 17.
[365] *Ibídem*, pp. 17 y s.

necesaria; y sólo subsidiariamente para los casos difíciles, una condición suficiente de validez jurídica (Kramer).

- *Entre el Derecho y la Moral no existe ningún tipo de vinculación necesaria, por más que puedan existir vinculaciones contingentes.*
- *La Moral es relevante para determinar la validez jurídica solo si tiene una conexión institucional adecuada.*[366]

III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS VISTOS DESDE LA PLURICONCEPCIONALIDAD DEL DERECHO.

Cabe resaltar que si bien la ideología reduccionista tratada en el apartado anterior, ya constituye un verdadero problema para el Derecho, éste se agrava potencialmente cuando se complementa con el dogma reduccionista, que con intolerancia se pronuncia sobre la existencia y conveniencia de un único y correcto concepto Derecho, y lo que es peor, de un único y reducido concepto del Derecho, y es que dicho proceder, afectó también al reconocimiento de los Principios Jurídicos, cuando el concepto reinante no los contemplaba ni expresa ni implícitamente, y por esta razón, eran relegados del importante lugar que ocupan. Por nuestra parte, nos pronunciamos en contra de un único y correcto concepto de Derecho, puesto que su propia pluralidad y riqueza de contenido hace posible la existencia una diversidad de concepciones muy valiosas que tratan de explicarlo, dentro de las cuales, cada vez es más común el reconocimiento de la trascendental función de los Principios Jurídicos.

En razón de las consideraciones preliminares, resulta valioso, a pesar del esfuerzo que ésta tarea demanda, realizar un ejercicio metodológico, con el objetivo de recopilar distintas y provechosas formas de aproximación al concepto del Derecho por parte de sobresalientes juristas de diversas épocas en el entendido de que *"todas las concepciones del Derecho han aportado algún elemento útil a la obra nunca acabada de la Ciencia del Derecho,"*[367] o en palabras de Hart, todas las posibles respuestas dadas a la pregunta ¿Qué es Derecho? son el resultado de una prolongada reflexión que ha ayudado al tiempo y lugar en que fueron dadas, nuestra comprensión sobre el mismo, y que en consecuencia, nos iluminaron y dejaron ver mucho que permanecía oculto dentro del mismo. No obstante advirtió *"pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto".*[368]

Este ejercicio nos será de gran utilidad, ya que servirá para demostrar la dificultad de proclamar la existencia de un único concepto exhaustivo, válido y correcto del Derecho;

---

[366] Etcheverry Bautista, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*, México, UNAM-IIJ, 2006, pp. 387-396.
[367] Castán Tobeñas, José, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Madrid, Reus, 1974, p. 116.
[368] Hart, H.L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit*., p. 3.

para comprobar que concebir al Derecho es un verdadero problema por su variado y complejo contenido y funcionamiento; para probar que la época contemporánea no se conforma con visiones *reduccionistas* como las reglistas, sino por el contrario, se encuentra sedienta y ansiosa de concepciones pluralistas, tolerantes y armónicas a partir de las diferentes teorías del Derecho, mismas que muestran ser el escenario propicio para la inclusión implícita o explícita de los *reconocimientos principialistas*; para servir de referente en la búsqueda de nuevos intentos conceptualizadores que ayuden a entender de una manera integral al fenómeno jurídico. Por último, no omitiré manifestar que éste apartado que propongo, también se inspira en la tesis de que *la forma de actuar en los campos del Derecho (creación, interpretación, aplicación, argumentación, investigación y docencia) depende en gran medida de la concepción que del Derecho tenga su operario,* por lo que el presente ejercicio, se realiza con toda la intención de recrear un escenario donde se muestra la pluralidad, dinamismo evolutivo y complejidad del fenómeno jurídico y a partir de su lectura, incitar a un momento reflexivo sobre la estructura y funcionamiento del Derecho, donde se puedan obtener valiosas conclusiones que puedan ayudar a debilitar algunos dogmas que todavía aquejan al mundo jurídico y que impiden gozar de toda la potencialidad que el Derecho puede aportarnos, ya que un Legislador, un Juez, un funcionario ejecutivo, un investigador o un docente que desconozca la pluralidad de contenido del Derecho y no comprenda las valiosas funciones que le han sido encomendadas, estarán siempre a merced de actuaciones insuficientes.

Antes de iniciar el ejercicio propuesto previamente, resaltamos las advertencias de célebres personajes como Kant quien en su famosa obra C*rítica de la Razón Pura* señalaba sarcásticamente que: *los juristas siguen buscando una definición del concepto del Derecho* (cito de memoria)*;* o H. L. Hart, que al inicio de su clásica obra el *Concepto de Derecho* explicaba que *"pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta "¿Qué es Derecho?". No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿Qué es Química?" "¿Qué es Medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿Qué es Derecho,* [369] o la de Legaz y Lacambra, quién reflexiona: *"Hay realmente un algo que llamamos Derecho y de lo que pueda preguntarse con sentido por su ser o se trata*

[369] Hart, H.L. A., *El concepto de Derecho, op.cit.*, p. 1.

sólo de una palabra que usamos en distintos contextos"[370] e inclusive de la sentencia fatalista *de* Flaubert, quien en su *Diccionario de los lugares comunes*, definió al Derecho como "*no se sabe qué es"*.[371] Asimismo, es importante realizar varias observaciones que logren al menos disminuir las aceptables criticas de las que podemos ser objeto en ésta ardua tarea, lo cual se agrava por la ambigüedad y vaguedad del empleo del término Derecho, así las cosas nuestras advertencias metodológicas son las siguientes:

1. Somos conocedores de la añeja discusión metafísica-aristotélica referente que definir implica buscar la esencia misma de lo que se pretende someter a definición, por lo tanto, comprendemos que muchos juristas al no poder sostener que su definición es exhaustiva, superan este problema al expresar simplemente conceptos; por el contrario, siguen defendiendo el arte de definir lo que es y conocemos como Derecho, aun cuando aceptan que dichas posturas sean aproximativas más no exhaustivas; otros por su parte, critican la postura conceptualista, puesto que comúnmente confunde los planos del concepto del término Derecho *(concepto nominal)* y otra el concepto del Derecho mismo (concepto real); también existen los que critican el pronunciamiento de definiciones y concepciones del Derecho, puesto que creen más correcto hablar de descripciones; asimismo, otros se preocupan por ser cuidadosos al entrar en estos escabrosos terrenos, en identificar la postura adoptada, ya sea de los contenidos (*perspectiva estructuralista*), de sus funciones (*perspectiva funcionalista*) o de cómo debería ser lo analizado (*perspectiva valorativa*); otros con ingenio práctico simplemente establecen lo que creen que es Derecho, sin entrar a discusiones en estos apasionantes pero crueles campos filosóficos y sin etiquetar si hacen una definición, descripción, o un concepto. En suma, como podrá observarse todos los aspectos planteados representan difíciles problemas filosóficos que no pretendemos ni nos interesa que sean resueltos por ésta investigación, puesto que lo que realmente nos interesa es: 1. Mostrar los valiosos pasajes que dan testimonio de la forma más diversa y natural de cómo muchos juristas han intentado explicar eso que conocen como Derecho. *2.* Que derivado de la problemática antes señalada, el presente trabajo de estudio tratará en lo posible, de ser respetuosa de la forma original en que los distintos autores abordan éste difícil tema, ya sea bautizándolos como definiciones, conceptos, descripciones, etc. no pasando desapercibida la advertencia de Joseph Raz cuando estima que *"Hablar del concepto de Derecho en realidad quiere decir nuestro*

[370] *Cfr*, Legaz y Lacambra, *Problemas actuales de la filosofía del Derecho*, España, Departamento de filosofía del Derecho-Universidad de Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 1985, pp. 25 y ss.
[371] Citado por Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho, op. cit.,* p. 9.

concepto de Derecho… otros son conceptos de Derecho si y solo si, están relacionados de modo apropiado con nuestro concepto".[372] *3.* Que en este apartado por considerarlo más apropiado utilizaremos genéricamente el término concepto para expresar las ideas vertidas por los autores para explicar el contenido y función del Derecho. *4.* Que en algunas ocasiones donde la doctrina consultada no expresa concretamente un concepto o definición en concreto del Derecho, se planteó necesario una breve explicación de sus postulados teóricos para poder extraer por deducción cómo entiende al Derecho, y por ende, que debe buscarse en su aplicación. *5.* Que aun cuando en éste apartado se integran diversos autores de distintas posiciones teóricas o mixtas o épocas, no se quisieron agrupar para dar mayor énfasis a su pluralidad. *6.* En razón de que la teoría ha vuelto una constante hablar no sólo de los contenidos del Derecho, sino de su validez, abordaremos éste tema desde una visión pluralista y armónica. *7.* Que aprovechando que la forma de concebir al Derecho trae aparejada, en la mayoría de los casos, aspectos estructuralistas, funcionalistas, valorativos o mixtos, intentaremos para mayor comprensión remarcarlos, ya que estamos convencidos que una buena táctica para aproximarse al Derecho es precisamente armonizando y conjugando estos tres enfoques ¿Cómo se compone y cómo se relacionan sus contenidos?, ¿Cuál es su función? y ¿Cómo debiera ser?, obviamente también aprovecharemos ésta estrategia para paralelamente apreciar el reconocimiento de los Principios Jurídicos en el contenido del Derecho, analizar las funciones encomendadas a los principios como piezas del Derecho, y reflexionar críticamente sus problemas y sobre como debieran ser.

A continuación, advertidos y sabedores de la metodología propuesta, iniciaremos este ejercicio. Para el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra Derecho significa *"un conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva."*[373]

En el Derecho romano, existen sendas y profundas definiciones de lo que es el Derecho, cuyas características comunes son su aspiración a lo ideal, universal e inmutable, siendo las más representativas de ellas, al grado de que fueron reproducidas por Ulpiano, las pronunciadas por Juventius Celsus, "*ius est ars boni et*

[372] *Vid.* Raz Joseph, *¿Puede haber una Teoría de Derecho?*, *trad.* Rodrigo Sánchez Brígido, Madrid, Marcial Pons, 2007. También vease en Raz J. *et al.*, *Una Discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Col. Filosofía y Derecho, p. 66.
[373] Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española, 23ª ed., España, 2003,* vocablo "Derecho".

aequi" (arte de lo bueno y equitativo) y por Paulo "*quod semper aequum ac onum est, ius dicitur" (lo que es siempre equitativo y bueno)*.[374]

El Digesto de Justiniano, en su título sobre la justicia y el Derecho, explica que: *"…el Derecho (ius), es llamado así por derivar de justicia. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto rendimos culto a la justicia, y profesamos el saber de lo bueno y lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía."*[375]

En la doctrina de Fray Luis de León, misma que no sólo debe ser elogiada por el interesante análisis que realiza de la Ley Natural y la Divina, sino también, porque a diferencia del clásico enfoque antagonista bajo las cuales se les estudiaba comúnmente, son vistas por éste filósofo desde un ángulo de complementariedad. En éste sentido, define a la *Ley natural* como una participación de la Ley eterna en la criatura racional, cuyo valor ético, objetivo e intrínseco de las *proposiciones universales* que la constituyen, y que son descubiertas y expresadas por la razón práctica, pero no creada ni establecida antológicamente ni moralmente por ella, son anteriores al conocimiento de la razón del hombre y a la decisión de su voluntad y que buscan el cumplimiento de los fines del hombre en un marco axiológico, mientras que considera a la *Ley humana* como la *ordenación normativa provista de sanción* adecuada creada por la razón y que se hace necesaria y útil que facilita la consecución del fin propio de la Ley Natural, esto es así porque el Derecho Natural por sí sólo posee una incapacidad efectiva para garantizar la convivencia justa y pacífica de los hombres por carecer de sanción ante su infracción, ya que la voz de la conciencia sólo es efectiva en unos pocos, de ahí que sea lo más deseable que las leyes pertenezcan al mismo tiempo al Derecho Natural y al Derecho positivado, pues así tendríamos un Derecho Natural positivado.[376]

En la suma teológica, Tomas de Aquino, considera al Derecho como el objeto particular de la *Justicia*.[377]

Tamayo y Salmorán, advierte que el vocablo Derecho al no aplicarse siempre en el mismo sentido, se caracteriza por ser vago y ambiguo, lo que implica graves problemas de compresión terminológica. No obstante lo anterior, escribe que en sentido general:

---

[374] Petit, Eugene, *Derecho Romano*, 17ª ed., *trad*. José Fernández González, México, Porrúa, 2001, pp. 15 y s.
[375] Dors, A., *et. al*., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones preliminares y libros 1-19, Libro I, Título I, Versión Castellana, España, 1968, p. 45.
[376] *Cfr.* Castillo Vegas, Juan, *El mundo jurídico de Fray Luis de León*, Universidad de Burgos, 2000, pp. 152-213.
[377] *Vid*. Aquino, Tomás, *Suma teológica, secunda, secundae*, México, Porrúa, col. Sepan cuantos, 1998.

"El Derecho, constituye un orden o sistema (subsistema) social, es decir, un complejo de instituciones que realizan funciones sociales de cierto tipo (resuelven controversias, eliminan el uso de la fuerza, etc.) la idea de que el Derecho sea o constituya un orden, presupone la concepción de que es un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias apropiadas, reconocidas como las instancias creadoras del Derecho y que son, por lo general, eficaces, esto es, que son mayormente seguidas u obedecidas… el Derecho es (un sistema) normativo en dos sentidos (1) se compone de normas o requerimientos de conducta formulables lingüísticamente: (2) prescribe (guía) y evalúa la conducta humana. A este respecto cabe destacar que en la actualidad se insiste en que los componentes de los órdenes jurídicos, al lado de diverso tipo (normas que obligan o prohíben, normas que permiten, autorizan o facultan), se encuentran disposiciones jurídicas no normativas, por ejemplo, definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales o reglas ónticas, etc. Como quiera que sea de forma prácticamente unánime, se sostiene que el Derecho es un orden de la conducta humana en la medida que se compone de normas…"[378]

Kelsen concibe como *el componente esencial del sistema jurídico a la norma, explicando que con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera.* En éste sentido explicaría: *"El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a Derecho (o contrario a Derecho)"*.[379] De tal suerte que Kelsen también concluya en su Teoría General del Derecho y del Estado, que el Derecho como objeto del conocimiento jurídico es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.[380] En adición a lo anterior, es importante hacer notar que el rasgo distintivo de la teoría kelseniana radica en que todo encuentra su fundamentación en la norma misma, inclusive aspectos y condiciones que siempre se habían manejado fuera del orden normativo mismo, de ahí que algo que en inicio pudiera considerarse externo a la norma (coacción e instituciones), después se convierta en el contenido de la misma.

Hart como en líneas anteriores se mostró, acepta la gran complejidad de responder ¿qué es Derecho?, en este sentido escribe:

"La idea de una unión de reglas primarias y secundarias, a la que se ha atribuido en este libro un lugar tan importante, puede ser considerada como un término medio entre posiciones extremas. Porque la teoría jurídica ha buscado la clave para la comprensión del Derecho a veces en la idea de simple de una orden respaldada de amenazas y a veces en la idea compleja de la Moral. El Derecho por cierto tiene muchas afinidades y conexiones con una y otra. Sin embargo, como hemos visto, hay un peligro permanente de exagerar esas conexiones y afinidades y obscurecer las características especiales que distinguen al Derecho de otros medios de control social. La idea que hemos tomado como central tiene la

[378] *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2002, Tomo III, D-E, p.182.
[379] Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 12ª ed., *trad*. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002, p. 18.
[380] *Cfr*. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 3ª ed., *trad.* Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1964, pp. 81-102.

virtud de permitir que veamos las relaciones múltiples entre el Derecho, la coacción y la Moral tal como ellas son, y que consideremos sin prejuicios en qué sentido puede decirse , si es que se puede, que esas relaciones son necesarias. Aunque la idea de unión de reglas primarias y secundarias tienen estas virtudes, y aunque concordaría con el uso tratar a la existencia de estas características de unión de reglas como una condición suficiente para aplicar la expresión "sistema jurídico", no hemos sostenido que la palabra "Derecho tenga que ser definida en términos de dicha unión…" Porque no pretendemos identificar o regular de esta manera el uso de palabras como "Derecho" o "jurídico", es que este libro se ofrece como una elucidación del concepto de Derecho, y no como una definición de "Derecho" de la que podría naturalmente esperarse que proporcionara una regla o reglas para el uso de esas expresiones."[381]

Y es precisamente dentro de esa elucidación, donde reflexiona que:

"...la mayor parte de las características del Derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción reciproca entre ellos. Atribuimos a ésta unión de elementos un lugar central en razón de su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico."[382] *"Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política"*[383] *"...la unión de reglas primarias y secundarias está en el centro del sistema jurídico; pero no es el todo y a medida de que nos alejemos del centro tenemos que ubicar… elementos de carácter diferente."*[384] *"Al proporcionar una marca o signo con autoridad, introduce aunque en forma embrionaria la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas, además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a las que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica."*[385]

Atienza opina sobre la doctrina de Hart que:

"Aclarar el significado de "Derecho" implica, por tanto, reducir su vaguedad. Desde luego, no parece lograrlo del todo, y ello es lo que ha motivado a algunos autores como H. Hart, hayan renunciado a dar una definición del mismo, en el sentido de establecer exhaustivamente su significación (las reglas sintácticas y semánticas que rigen o deben regir el uso de "Derecho" u otras explicaciones equivalentes. La tarea que se impone Hart en el Concepto de Derecho, es más modesta: trata de dar cuenta del Derecho en las actuales sociedades desarrolladas (reducción del campo de aplicación del concepto) o, por lo menos de los problemas recurrentes en la Teoría del Derecho cuando ha tratado de dicho concepto; (¿Hasta qué punto es el Derecho una cuestión de normas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación Moral? ¿En que se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas? Con estas precisiones el Derecho según Hart, puede entenderse como un conjunto de normas de dos tipos fundamentales: primarias y secundarias. Tal vez podríamos decir que en las estrategias de Hart predomina un planteamiento extensional: en primer lugar restringe el campo de aplicación de "Derecho" al supuesto de las sociedades actuales desarrolladas; en segundo lugar, utiliza el concepto de regla de reconocimiento como criterio para decidir qué reglas forman parte de un sistema jurídico. Así el Derecho de X (Donde X representa una sociedad desarrollada del presente)

[381] Hart, *El concepto de Derecho, op. cit.,* pp. 263 y s.
[382] *Ibídem*, p. 102.
[383] *Ibídem,* p. 121.
[384] *Ibídem,* p. 123.
[385] *Ibídem*, p. 118.

viene dado por el conjunto de normas que satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento (incluida esta misma regla)."[386]

De Páramo apunta que Hart critica los análisis jurídicos que tratan de reducir el concepto de Derecho a un solo tipo de regla jurídica, subrayado los demás y diferentes usos que las reglas tienen y que se reflejan en el lenguaje jurídico, de ahí que corrija la concepción de Austin basada en el mandato y condene las deformaciones unívocas de la descripción del funcionamiento de un ordenamiento jurídico en aras de su uniformidad.[387] Es decir, Hart supera la visión clásica y reduccionista que el Derecho está compuesto por simples órdenes respaldadas de amenazas.

Santiago Nino, opina que nadie ha contribuido tanto como Hart a mostrar estos rasgos del uso común de Derecho y lo ilusorio que resulta hacer justicia a todos los matices de ese uso común mediante una definición que determine condiciones necesarias y suficientes para las múltiples aplicaciones de la palabra, atreviéndose a sugerir que algunas de las posiciones que va asumiendo Hart a lo largo de su obra, sólo se explican por su aspiración de ir reconstruyendo el concepto de Derecho. Éste mismo autor argentino comenta Hart se centró en un concepto meramente descriptivo.

"Si se tuvieran que enunciar brevemente los rasgos fundamentales que, según Hart caracterizan a un sistema jurídico, habría que decir que se trata de un conjunto de reglas de obligación, cambio y adjudicación, cuya aplicación les está prescrita a ciertos jueces por una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan. Este es un concepto puramente descriptivo del Derecho, que puede ser empleado en forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. No se trata de un concepto normativo que identifique a las reglas que denota por propiedades deónticas o valorativas. Si bien éste concepto de Derecho requiere que se den las actitudes típicas de punto de vista interno (lo que está incorporado a la condición de que la regla de reconocimiento –y, en consecuencia, las otras reglas que ésta prescribe aplicar– sea aceptado por los jueces, no es un concepto de Derecho apropiado para ser él mismo empleado en enunciados formulados desde el punto de vista interno"[388]

Vigo disiente del anterior comentario de Nino y razona que:

"…entendemos que en la definición del concepto de Derecho, Hart no escoge una vía meramente descriptiva, y hay fundados motivos para creer que sus enunciados privilegiados asumen características prescriptivas o normativistas. La interpretación oxoniense (Raz, Dworkin y Finnis) entiende que el profesor de Filosofía jurídica de esa Universidad privilegia, el punto de vista interno cuando intenta perfilar el concepto de Derecho; nociones jurídicas como validez, obligación, vigencia, Derecho subjetivo, entre otras son formuladas en la teoría hartriana de un modo no descriptivo sino prescriptivo… Es más el concepto descriptivo supone, para ser completo, un concepto normativo de Derecho, de lo contrario, quedarían sin ser comprendidas nociones como validez, obligaciones, derechos, etcétera…. La visión

[386] Atienza Manuel, *Introducción al Derecho,* México, Fontamara, 2007, pp.19 y s.
[387] *Cfr.* De Páramo Arguelles, Juan Ramón, *H. L. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 51 y s.
[388] Nino, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p.180.

ampliada a todo el sistema jurídico y a las funciones que el mismo cumple, nos parce que amplía las insuficiencias y pobreza de un análisis sociológico externo o descriptivo; el jurista puede y debe conocerlo, pero su punto de vista específico, para ser propiamente tal, debe tornarse normativo."[389]

Joseph Raz, considera que tres características generales del Derecho son que es normativo, institucionalizado y coactivo. De esta forma explica: *El Derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva como guía de la conducta humana, es institucionalizado en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones y es coactivo en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia por el uso de la fuerza.*[390] Asimismo, contribuye a la filosofía jurídica con sus estudios sobre una teoría adecuada sobre la naturaleza sistemática del Derecho, la cual demuestra que las reglas que componen al Derecho no existen de modo aislado, sino formando conjuntos o sistemas, dicho en sus palabras: "*una regla es una regla jurídica porque pertenece a un sistema de reglas que posee el carácter de Derecho, aún si la regla es indistinguible de una regla Moral o de cualquier otra regla."*[391] Lo anterior lo lleva a concluir que los sistemas jurídicos son como intrincadas urdidumbres de disposiciones jurídicas interrelacionadas. Asimismo, en su apartado tutelado *post scriptum*, explica también que el sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones jurídicas para la acción, precisando que "*He mencionado anteriormente dos rasgos que son necesarios para hacer de una razón, una razón jurídica, **1**. Son razones aplicadas y reconocidas por un sistema de tribunales. **2.** Estos tribunales están obligados a aplicarlos de conformidad con sus principios, prácticas y costumbres, estos rasgos dan cuenta del carácter institucional del Derecho: el Derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones aplicadoras autoritativas."*[392]

Dworkin, en su epílogo denominado ¿Qué es el Derecho?, expone que *"el Derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el Derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el Derecho. Las teorías generales del Derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial."*[393] A manera de complemento, aprovecha este mismo epílogo para dar una segunda respuesta:

---

[389] Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas Iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª. ed., Argentina, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006, pp.110-112.
[390] Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico*, *trad*. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-IIJ, Serie G: Estudios Doctrinales 93, 1986, pp. 19 y s.
[391] *Ibídem*, pp. 5-7.
[392] *Ibídem*, p. 254 y s.
[393] Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, *trad.* Claudia Ferrari, Barcelona, 2005, pp. 287 y s.

"¿Qué es el Derecho? Ahora ofrezco una respuesta diferente. El Derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define al imperio de la justicia (al Derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante, que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. La naturaleza de discernimiento retrospectivo, así como también la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el carácter protestante del Derecho y reconocen el rol creativo de las decisiones particulares. La actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es por último, una actitud fraternal, una exposición de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener…"[394]

Vigo comenta respecto al concepto Dworkiniano, que éste ha admitido que el Derecho existe en tres sentidos: **a)** el Derecho como organización social, es decir, con los rasgos que periten determinar en una sociedad cuando hay Derecho; **b)** el Derecho en cuanto leyes o reglas específicas; y **c)** el Derecho como fuente peculiar de la que emanan ciertos, derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales,mismos que los juristas declaran o describen a través de proposiciones jurídicas, discutiendo además sobre su validez. Asimismo, menciona que el propio Dworkin precisa que al rechazar la idea de que el Derecho es un sistema de normas, no era su intención reemplazar esta idea por la teoría de que el Derecho es un sistema de normas y principios, ya que no hay nada a lo que se pueda llamar Derecho en cuanto a ser una colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica, y puntualiza que cuando los políticos o los juristas argumentan, razonan o deciden, recurren a normas, principios o directrices: todo esto de distinta manera integra el mundo del Derecho.[395]

El relativismo de Radbruch, explica que los productos humanos que llevan en sí una referencia a la verdad, constituyen la ciencia; los que son soporte de una intención referida al bien, denotan la ética; y los actos que albergan una pretensión de justicia, forman el Derecho. En éste sentido menciona en su obra*: "Derecho es todo aquello que puede ser objeto de una apreciación de justicia o de injusticia. Derecho es aquello que*

[394] *Ibídem,* pp. 289 y s.
[395] *Cfr.* Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op.cit.,* pp. 168 y s.

debiera ser justo, séalo o no; Derecho es lo que persigue como fin la justicia, aunque para serlo no necesita de ningún modo haberla alcanzado. Lo jurídico equivale a ensayo (feliz o desgraciado) de la justicia".[396]

Para Grocio *"el Derecho es lo que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del Hombre".*[397]

Hobbes partiendo de la premisa egoísta del hombre donde es precisamente fundada su clásica frase *(homo hominis lupus),* ve al Derecho no como un principio ético, sino como un mal necesario, como *un medio externo y de fuerza* para la cesación de la guerra de todos contra todos.[398]

Kant formula que el Derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la facultad de obrar de otro, según la Ley universal de la libertad. En éste sentido explica que el Derecho se impone como coacción general en concordancia con la libertad de cada uno.[399]

Hegel en su Filosofía del Derecho, considera que la realidad objetiva del Derecho consiste parte en ser para la conciencia, en general, un llegar a ser conocido; y parte en tener la fuerza de la realidad y ser válido, y por lo tanto, ser conocido como lo universalmente válido. Éste filósofo reflexiona que: *"Elevar tan alto las leyes, que ningún ciudadano las pueda leer, como hacía el tirano Dionisio, o sino esconderlas en el prolijo aparato de los libros doctos, de colecciones de decisiones discordes por los juicios y las opiniones, de costumbres, etcétera, y aun más, en un lenguaje extraño de suerte que el conocimiento del Derecho vigente sea sólo accesible a aquellos que se han adoctrinado en él es un solo y único error…"*[400]

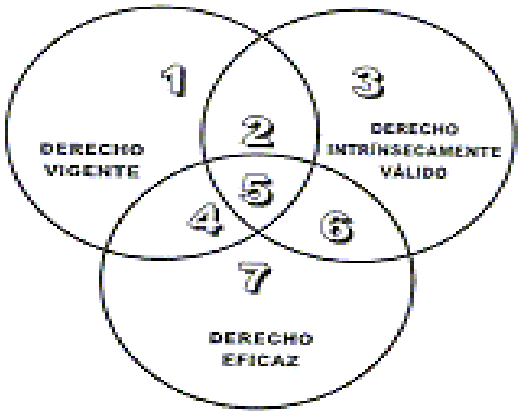
Para Marx y Engels el Derecho es concebido dentro de las denominadas realidades ético-sociales, y por lo tanto, como un reflejo de la proyección de los hechos económicos, *un elemento de la superestructura bajo la que se enmascara la realidad económica*, en concreto, como la *ordenación y regulación con la que se trata de disimular o justificar la explotación de la clase dominante sobre el proletariado.* En este sentido, explican que el Derecho no se orienta hacia la idea de justicia, sino que es *un medio de legitimar los intereses de los grupos dominantes de la sociedad*, de ahí que el

[396] *Ibídem*, pp. 93 y s.
[397] Citado por Castán Tobeñas, José, Las *diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho,* Madrid, Reus, 1974, p. 29.
[398] *Cfr.* Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Porrúa, 1986, Col. Sepan Cuantos, *passim.*
[399] *Cfr.* Kant, E., *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, Colección Nuestros Clásicos, pp. XII-XV.
[400] Hegel, G.F, *Filosofía del Derecho, introducción de Carlos Marx*, 3ª ed., *trad.* Angélica Mendoza de Montero, México, Ediciones Casa Juan Pablos, 2002, pp. 189 y s.

Estado no sea más que un *petit comité* que administra los problemas que le son comunes a la clase burguesa y que hace posible que su voluntad sea elevada a *Ley*.[401]

Recaséns Siches además de ser un impulsor de la denominada estimativa o valoración jurídica, como la forma de hacer comparecer al Derecho positivo, no ante un Tribunal de Derecho, sino ante el fuero de la conciencia, ante el juicio de la reflexión filosófica, de la instancia ideal, filosófica y ética para examinar cuales son sus títulos de justificación, y averiguar con ella los criterios de crítica, valoración y orientación del Derecho, inspirado en la teoría tridimensional del Derecho *(hecho-valor-norma)* y señalando que no es posible separar estas dimensiones pues se hallan recíprocamente entrelazadas de modo inescindible, explica que *"El Derecho es una formación de la convivencia y cooperación humanas, bajo el condicionamiento y la influencia de factores antropológicos, mentales, biológicos, políticos, económicos, etc. y todo ello referido a la realización de unos valores específicos (justicia, dignidad y autonomía de la persona humana, seguridad, bienestar general, y otros); y en vista a una formación de carácter impositivo o coercitivo…"*[402]

Para García Máynez la definición de Derecho que recompone en su unidad los elementos estructurales de todo un orden jurídico es la de: *"Orden concreto instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas -integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son sancionadas y en caso de ser necesario aplicadas o impuestas por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria".*[403] Asimismo, este autor muestra a través de un diagrama los siete campos formados por las intersecciones de las tres dimensiones a las que denomina Derecho formalmente válido o vigente, Derecho intrínsecamente válido o justo y Derecho eficaz o real.[404]



[401] *Cfr.* Marx, Carlos, y Engels, Federico, *El capital*, México, Porrúa, Colección Sepan Cuantos, 1989, *passim*; *Vid.* Marx, Carlos, *Manifiesto del partido comunista*, México, Mexicanos Editores Unidos, 1981.
[402] Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 80 y s.
[403] García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 135.
[404] García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1988, p. 44.

1. La de *normas* extrínsecamente válidas que carecen de valor intrínseco y de eficacia.
2. La de *preceptos* vigentes e intrínsecamente justos, más no eficaces.
3. La de *normas o principios* intrínsecamente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad.
4. La de *preceptos* vigentes y eficaces, pero injustos.
5. La de *normas* en que concurren los tres atributos, el de vigencia, el de validez intrínseca y el de eficacia.
6. La de *normas o principios* intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder.
7. La de *reglas* consuetudinarias, necesariamente eficaces, pero sin validez formal ni valor objetivo.

Después de analizar esta concepción, misma que consideramos una de las más completas dentro de la teoría jurídica, es indudable que el Derecho al que debemos aspirar se encuentra en esta corriente en el espacio 5, para muchos el llamado Derecho perfecto, por ser aquél sistema jurídico formalmente válido, intrínsecamente válido y aplicado en la realidad.

Vasconcelos en su tesis profesional intitulada *teoría dinámica del Derecho*, a partir de premisas científicas inobjetables como lo es, que toda la materia se encuentra compuesta por átomos y que éstos se mantienen en vibraciones perpetuas de fuerzas (energía) que buscan un desarrollo de su vida, concluye que todo ser humano al estar constituido de materia no escapa de este principio y por lo tanto, durante toda su existencia no haga otra cosa más que liberar su energía para conseguir su fin deseado. En este sentido después de esta necesaria introducción, Vasconcelos contribuye al esfuerzo de definir al Derecho formulando que:

> *"El Derecho humano, es la facultad de hacer todo lo que se quiera limitada por facultades iguales de otros o de la sociedad, no es más que una parte del generalísimo fenómeno prehumano y aun preorgánico**,** en virtud del cual emplea en su integración, en su desarrollo, en su vida, toda la energía de la que está provisto, sin más límite que el que opone el encuentro de una energía igual, más débil o más fuerte… de manera que, generalizando, el derecho es la facultad de hacer algo que exige la organización, el sentimiento, la razón, la voluntad; en suma: la energía que extiende en el espacio el poder de nuestra personalidad, el conjunto de vibraciones características que constituyen lo que somos como unidades independientes en el seno del cosmos…"*[405]

Alf Ross, uno de los notables representantes del iusrealismo, también tiene reservas para definir al Derecho, no obstante se acerca de cierta manera a su explicación: *"un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado."*[406]

[405] Vasconcelos José, te*sis profesional. Teoría dinámica del Derecho*, *obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1905, Colección Laurel, p. 20.
[406] Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 34.

Vigo explica que no obstante las prevenciones de Ross para definir el Derecho, propondría como una de ellas *que "estaremos frente a un ordenamiento normativo jurídico cuando en él se comprueba que se determinan -por medio de reglas de conducta- las condiciones en las que corresponde ejercer la fuerza, y además se determina -por medio de las reglas de competencia- las autoridades públicas que tienen por misión el uso de la fuerza física. En definitiva, el elemento coercitivo y el elemento institucional son las notas especificadoras del Derecho u orden jurídico."*[407]

Ross en su ensayo sobre el Concepto de Validez, establece claramente que el Derecho y sus normas más que dirigirse a los particulares, en realidad están *dirigidas a los órganos de la jurisdicción*.[408]

Leticia Bonifaz Alfonso, concluye que:

> *"Estamos muy lejos de llegar a un acuerdo respecto a si se debe considerar Derecho sólo al Derecho eficaz, o si se debe considerar Derecho sólo al creado por las instancias debidas, independientemente de su eficacia. Estas posturas han estado enfrentadas desde hace ya muchas décadas. Sólo nos queda, para concluir, señalar que ambas tienen argumentos que han resultado insuficientes para la contraparte…"*[409]

Norberto Bobbio, explica al Derecho como un:

> *"Conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder, además de la reglamentación de los modos y formas con las que el grupo social reacciona contra la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción, y que tienen por fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del tejido social, la solución de los conflictos, que de no ser resueltos, amenazan con hacer imposible la subsistencia misma del grupo; en suma, la obtención y el mantenimiento del orden o de la paz social…"*[410]

Bobbio, Mateucci y Pasquino, explican que la conexión entre Derecho (como orden social coactivo) y Política se hace tan estrecha como para considerar al Derecho como el principal *instrumento* mediante el cual las fuerzas políticas que detienen el poder dominante en una sociedad ejercen su dominio.[411]

Prieto Sanchís, por su parte, explica la definición que considera que el *"Derecho es un sistema de fuerza, un sistema cuya singularidad consiste en poder asegurar el*

---

[407] Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op.cit.*, p. 33.
[408] Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3ª ed.*, trad*. Genaro R. Carrió, México, Biblioteca de Ética, Fontamara, 1997, Colección filosofía del Derecho y Política, pp. 1-29.
[409] Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 39.
[410] *Vid.* Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho, op. cit.*, *passim.*
[411] *Cfr.* Bobbio, Norberto (Coord.), *et. al.*, *Diccionario de Política*, 13ª ed., *trad.* José Arico Martí Soler y Jorge Tula, México, Siglo XXI, Tomo I, 2002, p. 453.

cumplimiento de sus normas mediante la fuerza, precisamente porque él mismo es expresión de una fuerza cuyo uso regula".[412]

Carlos Cossio, funda la denominada t*eoría egológica del Derecho*, misma que se caracteriza porque a diferencia de la anterior, la norma ya no es considerada como el objeto, sino como la significación o concepto expresado por el texto, siendo el objeto que a ella corresponde la conducta humana en interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente, el objeto, porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal. En este sentido, después de considerar que la norma en su papel de significación expresada, es simplemente la representación intelectual de esa conducta como conducta, y por tanto, una significación de lo axiológica, sin ser ella misma axiológica, concluye lo siguiente: *"para nosotros el Derecho es vida humana plenaria considerada de cierto ángulo, ó como lo hemos dicho siempre, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*".[413] De ahí, que bien pueda decirse que los valores jurídicos sean valores de la conducta y no de los conceptos, o como originalmente lo explicaría Cossio, "*para la teoría egológica los valores jurídico-positivos son inmanentes al Derecho; el Derecho no es un intermediario entre la conducta y los valores, porque el mismo es esa conducta, y por tanto, en él mismo están esos valores".*[414] En complemento a la teoría egológica, uno de sus estudiosos más destacados: Dante Cracogna, determina que al contrario de la tradicional afirmación sostenida de que el Derecho es norma -y por lo tanto un objeto ideal-, esta teoría realista asevera que el Derecho *es un objeto cultural por ser conducta*, pero no toda conducta, sino sólo aquel sustrato de la vida humana viviente realizadora de valores.[415]

Daniel Mendonca, inspirado en los postulados de la filosofía analítica, resalta la importancia del análisis lingüístico del Derecho, concluyendo que *"el Derecho es lenguaje**,** en éste sentido explica que al depender el Derecho del lenguaje, sus problemas, al ser problemas esencialmente lingüísticos, puesto que se derivan por una mala comprensión de ese lenguaje o por abusos cuando se pretende usarlo fuera de los contextos donde cumple cabal su función, sólo se resuelven a través de un análisis correcto del lenguaje y una elucidación más adecuada de su funcionamiento."*[416]

---

[412] Prieto Sanchís, Luís, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 17.
[413] Cossío, Carlos, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2ª ed., Argentina, Abeledo Perrot, 1964, p. 202.
[414] *Ibídem,* p. 212.
[415] *Cfr.* Cracogna, Dante, "El legado de Carlos Cossio", *Revista Isonomía*, México, núm.12, Abril 2000, p. 198.
[416] Mendoca, Daniel, *Las claves del Derecho*, España, Gedisa, 2000, pp. 19-21.

El iusmarxista Pasukanis, explica que el Derecho no consiste propiamente en normas, sino que en la forma de una *relación social* específica, la relación que tiene lugar entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes.[417]

Ezquiaga Ganuzas, comparte la postura de que son tres las principales acepciones de Derecho: ***1.1****. Derecho como un conjunto de textos o documentos normativos:* Para esta concepción se utiliza el Derecho, para designar un conjunto de textos y documentos normativos, reservándose el término norma, para referirse, tanto a los enunciados jurídicos pertenecientes a esos documentos, como al resultado de la actividad interpretativa. En coherencia con este planteamiento que reconoce una relación biunívoca entre el lenguaje y su significado, entienden por conocimiento del Derecho, el acceso a los textos redactados por las diferentes autoridades normativas, ya que en ellos se encuentran implícitos los significados que el intérprete debe descubrir. ***1.2.*** *Derecho como un conjunto de significados:* La segunda acepción utiliza el término para designar al Derecho como el conjunto de significados normativos de los textos o documentos redactados por las diversas autoridades normativas, reservándose el de norma, para cada uno de esos significados atribuidos a los enunciados promulgados por los órganos legislativos por medio de su interpretación. En consecuencia, bajo esta concepción se tiene en cuenta que el paso de la disposición a la norma (actividad interpretativa) intervienen factores valorativos y subjetivos del intérprete que otorgan a los procesos un carácter creativo que impide hablar de significados correctos o precisos como en la acepción anterior. ***1.3.*** *Derecho como un conjunto de decisiones de los órganos jurisdiccionales:* Por último, en algunas culturas jurídicas y desde el realismo, se identifica al Derecho, como el conjunto de decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales. Las normas jurídicas serán consideradas la generalización *ex post* de los criterios que se desprenden de las motivaciones contenidas en las decisiones que resuelven casos individuales. Para esta concepción, el objeto de la interpretación serían las propias decisiones, aunque por ello, la norma será considerada como un producto de la aplicación más que de la interpretación.[418]

López Calera de conformidad con la mayoría de juristas, considera que la ambigüedad y ambivalencia del término Derecho impiden darle un concepto unívoco y definitivo, de ahí que sean las culpables de que bajo este mismo término se entiendan

[417] Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho, op. cit.*, p. 23.
[418] *Cfr*. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Iura novit curia y la aplicación judicial del Derecho*, España, Lex Nova, 2000, pp. 127-137.

diferentes realidades. Sin embargo, considera que existe un amplio consenso entre los juristas, que conciben que:

> "…*el Derecho es ante todo, norma o conjunto de normas que regulan coactivamente las relaciones sociales. Asimismo, desde una experiencia social común, para este maestro español el Derecho es un condicionante social de carácter coactivo, genérico, que expresa tipos de comportamientos y se comunica generalmente de forma escrita y por medio de un lenguaje especializado y que es producido por unos órganos especializados para establecer un orden social justo."*[419]

Oscar Correas propone metodológicamente de manera previa a la definición, buscar y reflexionar sobre las características de eso que los abogados usan en su trabajo cotidiano y que suelen llamar Derecho, encontrándose que los abogados identifican como Derecho a un conjunto de:

> *"…textos, que portan un sentido, una ideología; ésta, por su parte, esta formalizada por su lenguaje, del cual se poseen los correspondientes códigos que permiten comprender su sentido. Estos textos, que portan ideología formalizada en un lenguaje, contienen discursos prescriptivos, que tienen la particularidad de amenazar con la violencia, y de haber sido producido por individuos autorizados, y conforme con procedimientos autorizados por discursos anteriores. Este discurso tan especial por lo demás, no existe, como es claro y nadie discute, sino inmerso en un complejo contexto que por abreviar llamamos sociedad…"*[420]

Este autor resaltando la existencia de las posiciones extensivas y restrictivas del significado de la palabra Derecho, sostiene que de manera extensiva:

> *"…por una parte, el Derecho puede resultar ser un grupo de fenómenos, muy complejos, que comprenden, tanto esos textos con los que se ocupan los juristas, como también el proceso de su producción, los efectos la aplicación o inaplicación de las prescripciones que contienen, los antecedentes históricos, las ideologías que transmiten, los discursos producidos por quienes lo usan o hablan de él, y tal vez muchas cosas más. Por otro lado, de manera restrictiva el `Derecho, puede ser una palabra usada para significar ese discurso especial (discurso del Derecho)…"*[421]

Márquez Piñero explica que la conceptuación del Derecho, dentro de la corriente jusnaturalista posee un marcado contenido emotivo o emocional, que tiene su base en la creencia que postula una estrecha relación entre lo jurídico y los valores morales, específicamente con la justicia. Partiendo de esta proposición, un sector considerable del pensamiento jurídico sostiene que entre Derecho y Moral existe una relación que necesariamente ha de reflejarse en el concepto de Derecho. En este orden de ideas, el

[419] López Calera, Nicolás María, *Teoría del Derecho*, 9ª ed., España, Comares, 2004, p. 24.
[420] Correas, Oscar, *Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 53.
[421] *Ibídem*, p. 54.

jusnaturalismo sostiene esencialmente las dos tesis siguientes: **a)** Una tesis de filosofía ética, que advierte que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. **b)** Una tesis acerca de la definición del concepto del Derecho, conforme a la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Por lo que se refiere al análisis de su conceptuación positivista, este autor inicia explicando que ésta corriente ha sido victima de injustas e ignorantes imputaciones, como las que lo confunden tanto con el denominado positivismo ideológico, que se caracteriza por su desvalor Moral, o las que lo consideran unido formalismo jurídico, que se caracteriza por una sumisión legislativa que se traduce en la creencia de plenitud hermética del Derecho al considerar que siempre habrá un precepto legislativo para resolver cada caso, argumentos que los principales exponentes del positivismo como Kelsen y Hart no hacen suyos. En este sentido Marquez Piñero, concluye que el elemento unificador de las distintas matizaciones positivistas, reside en la tesis de que el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas, de ahí que conforme a esta tesis conceptual que posee evidentes ventajas en certeza y seguridad jurídica, las proposiciones acerca de lo que el Derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación con ciertos hechos observables empíricamente. En lo referente al concepto del Derecho surgido del realismo en su calidad de corriente escéptica y contraria al formalismo, siendo uno de sus postulados centrales el reconocimiento de la importancia para el contenido del Derecho de las normas particulares contenidas en las decisiones judiciales, de tal manera que en ella se encuentren ubicadas desde la postura pragmática y radical de Holmes quien expreso: *entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los Tribunales harán en concreto, nada más y nada menos*, hasta definiciones más moderadas que no eliminan las normas jurídicas del análisis del Derecho, sino que proponen criterios verificables empíricamente cuando las normas integran un sistema jurídico concreto, como la postura de Alf Ross al explicar que el Derecho es un conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones." Por último, Marquez Piñero concluye que cada una de las corrientes expuestas (iusnaturalista, positivista, realista), aun admitiendo sus distintas matizaciones, parecen indicar que el Derecho puede ser considerado como un conjunto o sistemas de reglas (de normas); pero con las

precisiones señaladas y teniendo en cuenta la operatividad de los diversos niveles indicados.[422]

Vescovi sin la intención de indagar acerca de la esencia del Derecho que corresponde a la filosofía, define al Derecho como un *"conjunto de normas de conducta, inspiradas en el ideal de justicia e impuestas coercitivamente, que al determinar las facultades y obligaciones de cada uno hacen posible la coexistencia social".*[423]

Rojina Villegas, explica que el Derecho *"es un sistema o conjunto de normas que regulan la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones"*[424]

Caracciolo, inspirado en el pensamiento de Raz, explica que el Derecho debe ser entendido como un *sistema normativo*, ésta concepción sistémica explica, cumple la importante función de suministrar criterios de pertenencia, esto es, de validez de las normas que componen un conjunto jurídico y por consiguiente también de las normas que son admisibles para la resolución de los problemas normativos. Una vez definida la relación o relaciones que determinan la estructura del sistema, es posible decidir si una norma cualquiera *N* la satisface, y por tanto establecer su pertenencia al conjunto *(Si N1 pertenece a S y N2 se encuentra en relación con N1, entonces N2 también pertenece a S).*[425]

Bodenheimer, explica que por su propia naturaleza el Derecho es *un término medio entre la anarquía y el despotismo*, la que trata de crear y mantener un equilibrio entre estas dos forma extremas de vida social. Para evitar la anarquía el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno.[426]

Gimeno Presa, nos muestra la forma en que Guastini concibe al Derecho.explicando principalmente los siguientes puntos: **1.** El concepto de Derecho es un problema de filosofía del Derecho resuelto por filósofos; **2.** Toda teoría de la ciencia jurídica presupone una determinada concepción del Derecho; **3.** Su concepción de Derecho, se distingue tanto de la expuesta por el normativismo *(que considera al Derecho como un conjunto de normas que han sido promulgadas por una autoridad normativa, de tal forma que los juristas trabajan sobre normas ya hechas y definidas susceptibles de conocimiento), como* de la expuesta por el realismo *(que lo define como el resultado de la interpretación y de la aplicación, de tal forma que no existen normas hechas antes*

[422] *Cfr.* Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho,* México, Trillas, 1990, pp. 43-57.
[423] Vescovi, Enrique, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Julio César Faira (*B de F*), 2002, p. 29.
[424] Rojina Villegas, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 3-12.
[425] *Cfr.* Caracciolo, Ricardo, *Sistema jurídico*, España, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1988, pp. 16 y s.
[426] *Cfr. Ibídem*, p. 28.

de, e independientemente de la praxis jurisdiccional y administrativa); **4.** Concibe al Derecho como *un conjunto de normas y a las normas como enunciados* que conectan una consecuencia jurídica precisa ante unas precisas circunstancias de hecho; **5.** El Derecho en sentido objetivo se presenta a la observancia empírica como un informe amasijo de enunciados formulados en un lenguaje natural; **6.** Cuando se dice que el Derecho es un conjunto de normas, se hace referencia al contenido de los significados de los enunciados; **7.** Los *principios forman parte del concepto de Derecho*, ya que los considera como normas y no como entidades diferentes a aquellas.[427]

Fernando Galindo, José Moreno y José Félix Muñoz, explican que precisamente la problemática de encontrar un concepto de Derecho con aceptación universal, radica en la heterogeneidad de los miembros de nuestra sociedad, a las diferencias de sus culturas y creencias, por lo que es preciso admitir que hay muchas razones o creencias que son igualmente legítimas en una sociedad democrática, pese a quien pese. En este sentido, si bien reconocen el gran aporte de las definiciones de Derecho emanadas a partir de la teoría de la argumentación, sobre todo de dos de ellas:

1. La formulada por Dreier que establece:

> *"Derecho es la totalidad de las normas que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado Estatal o cuasi estatalmente, una vez que este sistema de normas es realmente social, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente la justificación ética ó la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que incorporan en sí mismas una mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación…"*[428]

2. La dada por Robert Alexy, al decir*:*

> *"El Derecho es un sistema normativo, llamado a la justicia, integrado por la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución reconocida socialmente, y no son absolutamente injustas, así como por la totalidad de las normas que han sido dictadas en virtud de esa Constitución, que muestran un mínimo de realidad social o posibilidad de realidad social y no son absolutamente injustas, y por los principios y argumentos normativos especiales en los que se fundamenta o debe fundamentarse el proceso de aplicación jurídica para satisfacer las necesidades de la justicia."*[429]

También reconocen que *a pesar de que representan* una importante evolución, al pugnar porque a la hora de definir al Derecho, no ha de atenderse tan sólo a las

[427] *Cfr.* Gimeno, Presa, *interpretación y Derecho (Análisis de la obra de Riccardo Guastini)*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, serie teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 21, pp. 44-48.
[428] Galindo, Fernando *et. al.*, "El concepto del Derecho, de la argumentación a la comunicación"*,* Madrid, Anuario de *Filosofía del Derecho*, 1993, p. 227.
[429] *Ibídem*, p. 228.

normas, sino también a su marco: a aquel en que conviven normas, actividades de los juristas y valores, en concreto la justicia, actualmente por la características del poliformismo del fenómeno jurídico, han quedado superadas e incompletas.

En razón de lo anterior, la propuesta de estos investigadores radica en completar las reglas de la argumentación jurídica, a saber, **1.** Actuar ante problemas concretos utilizando la mayor claridad conceptual y lingüística posible; **2.** Utilizar información empírica en la mayor medida, **3.** Actuar con generalidad y **4.** Actuar en lo posible con libertad de prejuicios, **5.** Que inspirada en la teoría de la acción comunicativa, atienda a la pluralidad cultural de los sujetos que intervienen en las actividades jurídicas, que han de ser actuadas en un ambiente pluralista. En este sentido, concluyen que a partir de la reflexión filosófica participativa o comunicativa, una adecuada definición del Derecho bien podría ser la siguiente*: "Derecho es la actividad justa de lo juristas en relación con textos jurídicos. Esto es lo mismo que decir que Derecho es la acción abierta al entendimiento de los participantes que la realizan…"*[430] Por último sólo basta señalar que estos autores justifican y defienden su definición exponiendo que ésta definición pareciera ambigua en su contenido, pero a la vez es suficientemente clara en su estructura, lo que permite explicar el Derecho desde una perspectiva cultural plural, permeable a las características de una sociedad heterogénea integrada por personas muy diferentes, con ideas muy diversas sobre los principios sentidos como fundamentales, una definición que cuyo énfasis reside en las actividades, dejando en segundo plano el elemento normativo que después es recogido a través de la formulación más amplia (textos jurídicos), que permite considerar incluidas tanto las normas primarias, secundarias, como los principios, que comprende el conjunto de criterios aceptados socialmente para cada caso en forma respetuosa con los propugnados por las mayorías. En suma, una propuesta capaz de dar solución a la sociedad democrática, o al menos una idea de reconocimiento de Derecho por parte de los ciudadanos.

Max Weber sitúa al Derecho dentro de la categoría de los *ordenes legítimos* que orientan la conducta empírica de los individuos, entendiéndolo como un *orden legítimo* (conjunto de máximas, que pueden orientar subjetivamente la conducta real de los individuos) que está *garantizado externamente por la probabilidad de la coacción* (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su trasgresión.[431] Herman Heller parte de la

[430] *Ibídem*, p. 230.
[431] *Cfr.* Fariñas Dulce, María José, *La sociología del Derecho de Max Weber,* México, UNAM-IIJ, 1989, pp. 137 y s.

reflexión de que no se ha podido llegar a un concepto de Derecho, que sea aceptado universalmente, ni tampoco se ha llegado a un concepto de Estado que reúna esa misma condición y que debido a ello, sólo podemos contentarnos con suponer al Estado como una unidad que opera en la realidad histórico-social, siendo esa realidad la que constituye el punto de partida para determinar el concepto de Derecho, al menos en su ámbito positivo, el único que puede ser considerado para la Teoría del Estado. De ahí que Heller exprese que: *"Dado que el Estado soberano ha reclamado para sí, y con éxito, el monopolio de la coacción física legítima, convirtiéndose en unidad social suprema de decisión y acción frente a las demás instancias autónomas, se reserva, por motivos de conveniencia la denominación de Derecho a aquella ordenación normativa social que se establece y asegura por medio de los órganos especiales de la organización Estatal."*[432]

Llewelyn explica que en el realismo norteamericano la caracterización del Derecho como dinámico comprende la desconfianza hacia las reglas y hacia los conceptos jurídicos tradicionales en la medida que pretende describir lo que los tribunales o la gente realmente hacen y como creación judicial. Otro punto capital de esta teoría es que concibe al Derecho *como un medio para fines sociales*, esto a su vez, implica el que cada parte del Derecho deba ser examinado a la luz del propósito. De ahí, que no pueda entenderse una validez del Derecho si éste no persigue un fin social.[433]

John Rawls en su *teoría de la justicia*, concibe que los hombres dada las circunstancias de su posición original hipotética como seres racionales con sus propios fines, pueden llegar al menos a un consenso básico de justicia y sobre éste la sociedad democrática, autorreflexiva y abierta, establece sus primeros principios sobre los cuales debe fundarse toda actuación u omisión, al efecto escribe *"una sociedad está ordenada no sólo cuando fue organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está eficazmente regulada por una concepción pública de justicia. Esto quiere decir que cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe que generalmente lo hacen.*[434]

Los dos principios de justicia expuestos en la teoría de Rawls son: **1**. *Cada persona debe tener un Derecho igual, al más amplio sistema total de libertades básicos, que sea compatible con un sistema similar de libertad para todos* ***2.*** Las desigualdades

[432] Heller, Herman, *Teoría del Estado, op. cit.,* p. 204.
[433] *Vid. "*Los 9 puntos característicos del realismo norteamericano" en Linfante Vidal, Isabel, *Interpretación jurídica en la Teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 99 y s.
[434] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., *trad*. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, Colección sección de obras de filosofía, p. 18.

sociales y económicas han de ser estructuradas de manera que produzcan mayor beneficio a los menos aventajados, y justa igualdad de oportunidades para acceso a los cargos y funciones de todos. Principios que deben ajustarse a las reglas de prioridad siguientes *"La prioridad de la libertad o del primer principio de justicia sobre el segundo"* y "*La prioridad del segundo principio de justicia sobre cualquier criterio de eficacia o bienestar*". Después de esta breve pero necesaria explicación de la Teoría de la Justicia, bien podemos advertir que el Derecho para Rawls aparece como un *conjunto normativo* basado en *principios de justicia* comúnmente aceptados por cada uno de los sujetos racionales de la sociedad que regulan el plano de consecución del bien común al que aspiran ó como en la obra de Rawls se lee: *"…después de haber escogido una concepción de justicia, podemos suponer que escogerán una Constitución y un poder que aplique siempre las leyes de acuerdo a los principios de Justicia convenidos originalmente."*[435] Para Rawls las normas de Derecho inspiradas por su creación y fin en principios de justicia tienen una garantía de cumplimiento de adhesión voluntaria por cooperación más que de coacción, aunque no desestima el uso de la fuerza cuando la situación lo amerite, puesto que se considera por el autor en análisis que *"si la estructura básica de la sociedad es justa o todo lo justo es razonable esperar dadas las circunstancias, todos tienen un deber natural de hacer lo que se les exige. Todos están obligados, independientemente de sus actos voluntarios de ejecución o cualesquiera otros".*[436] Además, su teoría fomenta obedecer y cumplir nuestro cometido en las instituciones justas cuando estas existan y se nos apliquen; y facilitar el establecimiento de acuerdos justos cuando éstos no existan, al menos cuando pueda hacerse con un poco de sacrificio de nuestra parte. A manera de complemento, Ruíz-Tagle, expone que la teoría de la justicia de Rawls, implica que el sistema jurídico se identifica con un orden coactivo de reglas públicas, dirigido a personas racionales que tienen el propósito de regular la conducta y proveer de una estructura que permita desarrollar la cooperación social.[437]

Alejandro Nieto explica que la razón jurídica, es la facultad individual y subjetiva, que tiende inevitablemente a objetivarse incidiendo en su calidad de pensamiento colectivo dominante en la vida real del ordenamiento jurídico y cuya función es facilitar la comprensión, sistematización, control, manejo y crítica del ordenamiento jurídico, expone argumentos convincentes de las bondades de auto criticarla cuando ésta es

[435] *Ibídem*, pp. 26 y ss.
[436] *Ibídem*, pp. 306 y ss.
[437] *Cfr.* Ruiz-Tagle Pablo, "La prioridad del Derecho sobre el concepto moral del bien en la teoría de la justicia de John Rawls", Chile, Universidad de Chile, *Revista Estudios Públicos,* 1999, p. 159.

desviada al ser indiferente de la realidad o la historicidad. Explica que todo concepto necesita y depende de referentes, y que por esta causa es prácticamente imposible demostrar cual referente es el más correcto, puesto que cada referente es correcto desde el punto de vista subjetivo de su autor. Este pensador considera que el concepto de Derecho está condicionado por dos tipos de referentes; los de índole real, mismos que pertenecen a fenómenos que se manifiestan en la naturaleza (social); y por otra parte, los no reales, mismos que son de índole ética, religiosa y en todo caso intelectual. En cuanto a los referentes reales, tenemos a las *normas jurídicas* generales y abstractas *(leyes en sentido amplio)*; las resoluciones humanas singulares y concretas *(actos jurídicos en sentido amplio)*; y los comportamientos humanos y determinados acontecimientos naturales *(hechos jurídicos en sentido amplio)*. En cuanto a los no reales, éstos sirven para el desarrollo instrumental del Derecho, para ponderar el *valor intrínseco* del concepto de ellos inferido o como lo explica en su aproximación de mínimos: *"puede afirmarse que el Derecho es, al menos y en todo caso, un sistema de declaraciones de reconocimiento de valores instrumentales un camino enderezado a la consecución de otros valores superiores como justicia, orden, paz, progreso, asumidos por el poder político o por la sociedad en cada momento histórico y en cada situación concreta".*[438] En conclusión, para Alejandro Nieto, el Derecho no es otra cosa más que lo establecido en sus referentes expuestos, advirtiendo que no existe un ámbito de Derecho puro, separado nítidamente de otro ámbito también puro de la Moral, sino que la frontera cuando la hay es imprecisa y sobre todo porque dentro del Derecho operan elementos morales y culturales que son inseparables de él. *"El Derecho absorbe indefectiblemente los valores de su entorno hasta tal punto que con frecuencia los comparte con la Moral o religión: no hay Derecho puro totalmente laico y amoral aunque pueda serlo".*[439]

Boaventura de Sousa Santos, uno de los más importantes investigadores contemporáneos de la Sociología del Derecho, en especial del iusmarxismo, nos proporciona originales e interesantes reflexiones sobre el problema del concepto de Derecho y del pluralismo jurídico, mismas que emanan de su preocupación por proceder a una reconstrucción teórica del Derecho. Ésta reconstrucción se basa en las siguientes cinco premisas que se inspiran en la sociología crítica*: En primer lugar, la crítica del monopolio Estatal del Derecho.* Las sociedades capitalistas, tanto centrales como periféricas o semiperiféricas, son formaciones socio-jurídicas en que coexisten y

[438] Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 42.
[439] *Ibídem*, p. 68.

se combinan diferentes órdenes jurídicos, bajo la égida de una de ellas: el Derecho oficial, Estatal. La centralidad del Derecho oficial no contradice y por el contrario presupone la existencia de otros órdenes jurídicos. En esto reside la conexión íntima entre el asunto del pluralismo jurídico y el asunto del Estado**.** *La dominación social y política del Estado moderno,* se basa en dos premisas*; el funcionamiento del Derecho Estatal presupone su articulación con otros órdenes jurídicos no estatales; a estos últimos les es negado, por su manipulación ideológica el carácter jurídico,* por lo cual el Derecho Estatal surge como único y como monopolio del Estado; *la segunda premisa:* reside en la diferenciación interna del Derecho Estatal. No sólo el Estado no tiene el monopolio de producción social del Derecho, sino también *el Derecho Estatal está fragmentado en su interior y es heterogéneo*. La ciencia jurídica asumió desde siempre la existencia de la diferenciación interna y fue con base en ella que se elaboraron las clasificaciones técnicas de las ramas del Derecho. La sociología critica al Derecho, al mismo tiempo que critica estas distinciones y clasificaciones, debiendo proponer otras, basadas en los distintos modos de Constitución de relaciones sociales por el Derecho Estatal. En la propuesta presentada, los diferentes modos de juridicidad se distinguen por las combinaciones específicas de ética, violencia y burocracia que los componen*; la tercera premisa* se deriva de las dos primeras y consiste en la trivialización o descanozisación del Derecho Estatal. La política liberal sacralizó al Derecho objetivo Estatal y trivializó los Derechos de los ciudadanos; en cambio a la sociología crítica *le interesa trivializar el Derecho Estatal y sacralizar los Derechos de los ciudadanos y de las comunidades.* Se trata de *derechos que emergen de las luchas sociales* y que por esta vía se convierten en nuevas formas de ciudadanía individual y colectiva. La creación incesante de la ciudadanía es el otro lado de la democratización radical del Estado y del Derecho. El socialismo es la democracia sin fin*. La cuarta premisa* consiste en el fin del fetichismo jurídico, en una época post-revolucionaria y post-reformista, la trivialización del Derecho Estatal ofrece *alternativas para prácticas microrevolucionarias, acciones de pequeños grupos, combinando momentos y dimensiones de legalidad e ilegalidad, en procesos de lucha, democráticamente definidos* y conducidos en vista de objetivos transparentes tan cercanos como sea posible, al cotidiano de los que luchan por ellos. *La quinta premisa*, se refiere a la unidad de análisis e intervención social, que implica una doble tensión que afecta al Estado; la que puede denominarse como la *dialéctica de la desterritorialización*

(eliminación de fronteras) y de la *reterritorialización* (nuevas identidades locales y regionales organizadas según el principio del Derecho a las raíces).[440]

Bajo esta tesitura *reconstruccionista* del Derecho, Santos Boaventura como resultado de la investigación empírica que realizó en el barrio carioca de *Pasárgada* y Recife, concibe al Derecho como un *"conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en determinado grupo, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de éstos a través de un discurso argumentativo, de variable amplitud, apoyado o no por la fuerza organizada".*[441]

Otras notables aportaciones de estas investigaciones realizadas en torno a las luchas sociales de las clases populares en aras *reconstruccionistas* del Derecho, es que muestra la posibilidad de que en un mismo espacio geopolítico, en este caso, el Estado-nación brasileño, haya más de un Derecho u orden jurídico, siendo esta producción jurídica realizada en el espacio de la llamada marginalidad urbana, un Derecho paralelo, no oficial, que cubre una interacción jurídica relevante e intensa, al margen del sistema jurídico Estatal o también conocido como derecho de asfalto. Obviamente éste Derecho sólo es válido únicamente al interior de la comunidad, de ahí que para lo que el Derecho Estatal puede ser válido, para este Derecho emanado de la marginalidad y fuera del contexto capitalista del Estado puede ser inválido o viceversa, un ejemplo de ello, se aprecia en el considerado por Santos Boaventura, *Derecho de Pasárgada*, donde se reconoce legal una propiedad que bajo la luz del Derecho Estatal es ilegal o en la actuación y presencia de ciertos procesos e instancias paraestatales que resuelven conflictos y reconocen derechos a los integrantes de su comunidad. Es menester destacar que el éxito de ese Derecho paraestatal, según la obra en análisis, se basa en la retórica jurídica caracterizada por *topois*, de ahí que la prevención de los conflictos y la resolución de los mismos, más que enfocarse a la aplicación de normas generales a casos concretos, se sustenta en la construcción de una decisión que sea aceptada por las partes y el auditorio interesado, o que no siendo aceptada por todos, mantenga sin embargo, una carga de persuasión suficiente para marginar o estigmatizar a los recalcitrantes. Los *topois* de este discurso jurídico son principalmente el *topoi* del equilibrio, el de la Justicia, el de la cooperación y el *topoi* del buen vecino.[442] Cabe resaltar que en la obra de este autor se contienen interesantes definiciones, que

[440] De Sousa Santos Boaventura, *Estado, Derecho y luchas sociales, op. cit.,* pp. 16-18.
[441] *Ibídem*, p. 69.
[442] Se recomienda ampliamente la lectura de lo que este mismo autor ha bautizado como la hermenéutica diatópica, en De Sousa Santos Boaventura, *Por una concepción multicultural de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1998, pp. 23 y ss.

dado su enfoque sociológico y antropológico servirán de sobremanera para enriquecer esta investigación doctoral, tal es el caso de la definición expuesta por Radcliffe-Brown, para quién el Derecho "*es el control social a través de la aplicación sistemática de la fuerza de la sociedad políticamente organizada."*[443]

Poulantzas considera al Derecho emergido del capitalismo, como una *combinación de liberación y opresión*; esto es, como fuente y expresión de la legitimidad y consenso, por un lado, y de terror y violencia por otro, empero sin establecer teóricamente, en términos marxistas, la génesis y el significado de esa duplicidad para la reproducción de la dominación de clase en la sociedad capitalista.[444]

Burgoa concibió al Derecho como "*un orden normativo jerarquizado, orden que se convierte en la estructura formal de la sociedad, sin el considera ésta no podría existir ni subsistir, pues la vida social, a través de sus múltiples manifestaciones es una complicada urdimbre de relaciones de variadísima índole que requieren imprescindiblemente una regulación que les proporcione seguridad dentro de su permanente diversidad y de su dinamismo coincidente, divergente y hasta opuesto."*[445]

Con los elementos proporcionados nos hace reflexionar que la cultura del Derecho es el ámbito más extenso en el vasto campo de las humanidades, de tal forma que no basta conocer el mundo normativo para considerarse un *Homo Juridicus (cultor del Derecho),* lo cual ejemplifica con la siguiente meditación: conocer un árbol no significa conocer el bosque, el verdadero jurista apunta, debe ser a la vez historiador, filósofo y moralista, diversificación simultánea que no es necesaria para el estudio de otras disciplinas.

Alejandra Mora, consciente de la dificultad de dar una definición completa, pero intentándola para fines didácticos, sostiene que *"el Derecho es un ordenamiento de la conducta humana objetivada, hecho por el mismo hombre como un producto cultural, pero relacionado con ciertos valores, y que se concretiza en normas que van a regir coactivamente en la sociedad."*[446]

Pascual Marín, opina en relación que el *Derecho "...es la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos y efectivamente impuestas y garantizadas, o susceptible de serlos por la*

[443] De Sousa Santos Boaventura, *Estado, Derecho y luchas sociales, op. cit.*, p. 68.
[444] *Ibídem,* pp. 77 y s.
[445] Burgoa Orihuela, Ignacio, *El jurista y el simulador del Derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997, 11 y ss.
[446] Mora Arba, Alejandra, *Introducción al estudio del Derecho*, México, *s.e.*, 1977, *passim.*

voluntad imperante en una comunidad organizada que aseguran el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos."[447]

Carlos Nino, comenta que hablar de Derecho irremediablemente nos conduce a normas jurídicas que la primera vista tienen como elementos característicos (la autoridad, legitimidad y la coacción) como formas de persuadir a los hombres para que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos que se suponen deseables de resolver, en casos particulares, conflictos que se hayan generado por falta u oscuridad o por desviaciones de aquellas directivas generales*.*[448]

Imer Flores, apunta sobre la definición del Derecho que *"Integrar los tres aspectos - valor justo o natural, norma vigente o formal, y hecho eficaz o real- en una misma concepción, logra el desideratum de reunir todo en uno y poner fin a una interminable batalla dogmática. Esta concepción reconoce el eminente carácter dinámico y dialéctico del Derecho como la interrelación no sólo entre valores, normas y hechos sino también entre justicia, validez y eficacia…"*[449]

Geiger, explica *que "…ciertas normas morales son consideradas como tan importantes para la sociedad que la motivación interna no parece ser suficiente. Por esta razón, la sociedad ofrece garantías externas, siendo el Derecho un intento de imponer coactivamente la moralidad".*[450] Geiger, sostiene que el único que puede denominarse Derecho vigente es aquél que pertenece a *"…la suma de modelos de conducta que son efectivamente observados dentro de un integrado social."*[451]

Madrid Espinoza, establece que responder a la pregunta ¿Qué es Derecho? no resulta tan sencillo como la primera vista parece, puesto que cada concepción nos llevara necesariamente a una serie de implicaciones que reflejaran consecuentemente alguna posición doctrinal, en la que cada autor recalca las notas que considera esenciales a su particular concepción filosófica-jurídica. En este contexto señala las grandes clasificaciones del Derecho: La *noción iusnaturalista*: que concibe al Derecho como la perfecta racionalidad de la norma, la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es la justicia o el bien común. La *iuspositivista*: cuya noción es el conjunto de normas emanadas por el poder gobernante de la sociedad, al ser creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos en orden jurídico determinado. La *Iusrealista*: que considera al Derecho como norma, pero no en el sentido tradicional

[447] Marín Pérez, Pascual, *Manual de la introducción a la ciencia del Derecho,* Barcelona, Bosch, 1968, p. 38.
[448] *Cfr. Ibídem,* pp. 1-50.
[449] Flores Imer, Benjamín, *La concepción del Derecho en las corrientes de la filosofía jurídica,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 90, sep-dic, 1997, pp. 1001 y ss.
[450] *Cfr.* Geiger, Theodor, *Moral y Derecho, polémica con Uppsala*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, México, Fontamara, 2004, Colección Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, Núm. 17, p. 167
[451] Geiger, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 182.

de proposiciones, sino como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psicofísicos que reflejan y crean, a su vez, actitudes de conducta. *La teoría jurídica analítica*, que al emplear la lógica como instrumento de análisis del Derecho, lo concibe como una entidad definida conceptualmente, explicándose en sí misma el fundamento de las normas, de las relaciones y de las instituciones jurídicas en formulaciones conceptuales constitutivas de un organismo lógico, autónomo y autosuficiente. En suma, se parte de un orden jurídico dado y se encarga de analizarlo en función de la claridad y consistencia lógica y sistemática. Después de esta explicación, Madrid Espinoza, contribuye a la doctrina manejando que el Derecho, "Es un conjunto específico *de normas obligatorias* para los miembros de la comunidad política y cuya transgresión implica una sanción, surgido en un momento histórico determinado generado por las circunstancias sociales dadas, y en el marco de los intereses contradictorios de la sociedad".[452]

Angela Aparisi, Javier de Lucas y Ernesto Vidal, en sus lecciones de Teoría del Derecho, reconocen que *"el orden jurídico presenta, al menos tres dimensiones esenciales: la normativa, la social y la valorativa, por lo que el Derecho es un sistema de normas, un hecho social y una aspiración de justicia"*[453] y advierten que la única manera de aproximarse a la riqueza de lo jurídico es desde la visión global e integradora de éstas tres perspectivas íntimamente ligadas y no como muchos lo intentan reduciendo el concepto a tan sólo una de ellas.

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, en su estudio sobre el concepto de orden jurídico, parten de la noción intuitiva difundida por los juristas, misma que resumen en las siguientes 8 tesis en las que ven el sentido del término norma en *lato sensu* para abarcar cualquier enunciado que figure en los textos que registran el Derecho sea normativo o no: **I.** El orden jurídico es la totalidad de normas válidas, de acuerdo a un criterio de validez. **II.** Es un conjunto de normas. **III.** Es un sistema de normas. **IV.** Las normas jurídicas son creadas y aniquiladas por actos de voluntad. **V.** El orden jurídico es dinámico. **VI.** Los cambios del orden jurídico afectan su contenido, pero no su identidad. **VII.** El contenido del orden jurídico es en todo momento determinado al menos determinable. **VIII.** En todo Estado hay un solo ordenamiento jurídico. En este sentido, mencionan que aún cuando la mayoría de éstas tesis son plausibles y aceptadas, existen algunas incompatibilidades que subsisten a pesar de un trato conciliatorio, a este respecto expresan: La tesis VI es incompatible con II, sin embargo,

[452] Madrid Espinoza, Alfonso, *Introducción a la Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 39-47.
[453] De Lucas Javier *(Coord.), Introducción a la teoría del Derecho*, 3ª ed., España, Tirant lo Blanch, 1997, p. 30.

puede conciliarse, si en lugar de conjunto de normas lo reconocemos como una secuencia de sistemas normativos, conciliación que no ocurre en la tesis VII es incompatible con II y IV y la VIII que no puede mantenerse si VII resulta falsa.[454]

Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo Arguelles y Luís Prieto Sanchís, en su lección primera de teoría del Derecho, una vez que reconocen públicamente los problemas de ambigüedad del término, derivados de la pluralidad, la vaguedad y la ausencia de precisión de los significados, sugieren la posibilidad de que pueden haber diversos conceptos de Derecho, así, un historiador o un antropólogo pueden partir de sus posturas ideológicas para concebirlo de una u otra manera, a pesar de que el jurista no comparta sus criterios. No obstante, están conscientes de que los tres enfoques clásicos desde los cuales podemos aproximarnos a la realidad del Derecho son: *"el Derecho como hecho, como fenómeno social que admite un estudio empírico; el Derecho como valor o punto de vista sobre la justicia, que requiere una aproximación desde la moralidad; y el Derecho como norma, como regla de conducta que reúne ciertas características".*[455]

Cárcova nos hace reflexionar que para poder definir qué es el Derecho, es elemental conocer sus funciones, expresando que*: "No hay dudas de que la función del Derecho no es sólo la de mantener el orden constituido, sino también la de cambiarlo adaptándole las transformaciones sociales: tanto así que todo ordenamiento regula la producción de nuevas normas para el reemplazo de las viejas."*[456] Es necesario subrayar que en esta misma obra de Carcova, se considera que las normas son el principal componente del Derecho, y se nos induce a creer que una visión integral del Derecho, sólo puede lograrse desde el complemento de una *perspectiva histórica* (la identificación de notas generales y abstractas referidas a las funciones que el Derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura), una *perspectiva ideológica* (El Derecho es una práctica de los hombres que se expresa a través de un discurso que es más que palabras e intenciones), una *perspectiva del poder* (el discurso del Derecho es el discurso del poder, el papel del Derecho depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus

[454] *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, , Colección el Derecho y la Justicia. Núm. 24, 1991, pp. 395-397.
[455] Betegón, Jerónimo, *et. al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 7 y s.
[456] Carcova, Carlos María, "Las funciones del Derecho (Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre la teoría jurídica contemporánea)", *Revista Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México,Universidad Autónoma de Puebla, núm. 9, 1988, p. 52.

intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política).

Luhmann, convencido de que todo lo existente está compuesto por sistemas, se convierte en uno de los pioneros de la denominada Teoría Sociológica de los Sistemas, desde la cual realiza aportaciones trascendentales al mundo jurídico, especialmente a lo que en su concepción y funcionamiento se refiere. En síntesis, la teoría de los sistemas sociales de Luhmann parte de la consideración de que la sociedad no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas, postula que existe un sistema social global tan complejo en su funcionamiento, que necesita sectorizarse en subsistemas para que cada uno de ellos atienda especializadamente determinadas tareas, aceptando una bipolaridad de actuación, pues permite que estos subsistemas a su vez se conviertan, de igual forma que el social, en sistemas autónomos, *autolegitimables*, autorreferentes, *autopoiéticos* y cerrados que repiten la operación de especialización y diferenciación referida, las veces que sean necesarias para reducir la complejidad funcional de los sistemas provocados por la propia evolución social. Es importante subrayar que las características antes etiquetadas a los sistemas, implican que son sistemas que se remiten siempre a sí mismos en todas sus operaciones, es decir, que no pueden referirse a otro sin el paso de la *autorreferencia*, y que reproducen ellos mismos todos los elementos que lo componen, a través de sus propios constitutivos, dicha clausura operativa es la que precisamente los hace diferentes en propiedades a los demás. Sin embargo, no debemos dejar de ver que Luhmann, si bien los reconoce como sistemas cerrados, tal situación sólo es aplicable en cuanto su producción, pues ellos al mismo tiempo son sistemas abiertos en la medida de que esta reproducción sólo puede tener lugar en un ambiente y gracias a la irritación y perturbación constante que éste produce, lo que se identifica como el *principio de orden a partir de ruido* o bien con la ayuda de la distinción entre *acoplamiento de entrada* y *acoplamiento de clausura*, herramientas claves en la teoría de Luhmann, puesto que explican que la dinámica de los sistemas se basa precisamente en la diferenciación y relación del sistema con su entorno-ambiente, de lo que se desprende que si bien es cierto el ambiente es el factor estimulante para los cambios y ajustes de un sistema, no lo es que sea su productor, ya que eso sólo le compete a la estructura interna del propio sistema.[457] A manera de esquematizar lo

[457] *Cfr*. Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, *trad*. Javier Torres Navarrete, México, 2ª ed, Herder-Universidad Iberoamericana, 2005, *passim*.; Luhmann, Niklas, "La observación sociológica del Derecho, Revista Crítica Jurídica"*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas*,

sostenido con anterioridad, tenemos que el sistema social, se subdivide funcionalmente en los subsistemas Derecho, Economía, Sociología, etc., que a su vez pueden erigirse como sistemas autónomos, tal como el Derecho, que a su vez crea los subsistemas, civil, penal, laboral, mercantil, etc., sin que por ello, deje de pertenecer al sistema social. Se debe entender que el Derecho recibe impulsos o irritaciones del sistema político, económico, etc., para que cambie sus elementos, pero son simples sugerencias cuya decisión final es exclusiva del propio Derecho. De ahí que para Luhmann el Derecho es un subsistema social cuya función especializada es *"la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social"*[458] o bien la *"estabilización normativa de expectativas de conducta."*[459] En razón de lo anterior, el Derecho posee un código binario de lo que es Derecho y lo que no es Derecho, y como resultado de su aplicación es Derecho todo lo que como tal es reconocido por el subsistema social jurídico.

Miguel Reale, desde su trilogía interrelacionada de mundos fácticos, normativos y axiológicos. En este sentido, valiéndonos de la fortuna de encontrar traducidas algunas lecciones mimeografiadas del curso de Filosofía del Derecho impartido en la Universidad de Sao Paulo, remitidas por el propio Reale a sus colegas para explicar su teoría, iniciaremos un análisis de esta interesante concepción jurídica. En su lección 40 Miguel Reale es enfático al demostrar que el debate *iusnaturalista vs iusrealista* no es fértil para el Derecho puesto que: *"La técnica jurídica se limita a estudiar la regla, con sacrificio del problema del "contenido social", y la sociología, procediendo de manera inversa, olvida los elementos formales. Ambas corrientes, parten de la experiencia, pero sacrifican la riqueza de la experiencia jurídica, para escoger un ángulo visual, y sobre ese ángulo apreciar el todo."*[460] Asimismo, adiciona que *"escapa a ambas orientaciones, la comprensión de que el Derecho es una realidad compleja, no sólo bidimensional (hecho y norma), sino, en realidad, tridimensional: implica un hecho integrado por una norma, en razón de un valor por realizar".*[461] En su lección 50, Reale expone el entrelazamiento de estas dimensiones con las siguientes tesis que creemos son básicas pues en ellas fundamenta su teoría:

México, Núm. 12, 1993, pp. 73-108; Luhmann, Niklas, "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *trad.* de Héctor Fix Fierro, España, núm. 25, 1985, pp. 87-103.

[458] *Ibídem*, p. 639.

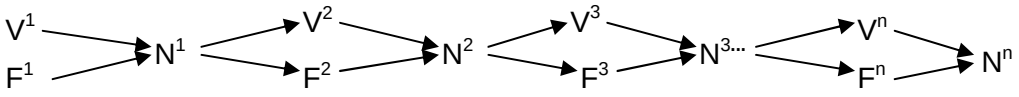
[459] *Ídem.*

[460] Reale, Miguel, "El término tridimensional y su contenido (lección 40 del curso de Filosofía del Derecho, impartido por Miguel Reale en la Universidad de Sao Paulo)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú*, *trad.* Mónica Rodríguez Nario, Perú, Núm. 50, diciembre de 1996, pp. 5 y s.

[461] *Ibídem*, pp. 8 y s.

[1] *"El Derecho, antes que nada es una actitud humana, es una conducta del hombre. Si no existiesen hombres viviendo en comunidad, produciendo cosas útiles, concordando o discutiendo ideas e intereses no existiría Derecho… [2.] Pero él es un hecho social en cuanto tiende a un valor. No existe Derecho donde no existe tentativa de realización de lo justo, o de un valor justo, el hecho social es jurídico, en cuanto tiende a la realización de lo Justo… [3.] La apreciación de un valor a realizar tiene como consecuencia el surgimiento de normas. Toda vez que los hombres procuran realizar un valor, esta búsqueda tiene como resultado el surgimiento de preceptos imperativos de conducta. La conducta se rige por sí misma, a través de los valores a realizar… [4.] Donde quiera que haya una realidad jurídica, encontrará siempre estos tres elementos: el hecho social integrado por un valor que hace surgir una norma… [5.] Existe siempre una realidad jurídica, que se ordena en el sentido de un valor sobre la forma de una norma… [6.] El Derecho no es estático, sino dinámico, nosotros sólo podemos comprender la evolución histórica del Derecho en su desarrollo, si comprendemos que el Derecho es siempre una conducta humana en busca de valores, a través de normas… [7.] Hecho social, valor y norma, son los tres elementos que se complementan recíprocamente. No podemos a no ser por abstracción, estudiar cada uno de esos elementos, porque en realidad, ellos están unidos; y [8.] La norma es un medio de realización de garantía de valores, y al mismo tiempo, un amparo de la conducta social para la comprensión y la solidaridad de todos los que componen la convivencia humana…*[462]

Otra interesante fuente de consulta de la obra de Miguel Reale, es la traducción castellana de su artículo intitulado *Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho*, en el que ofrece una representación gráfica del *proceso axiológico- fáctico-normativo:*



Respecto a la explicación del diagrama explica:

"Es fácil percibir que el gráfico sirve para demostrar que una norma jurídica, una vez emanada, sufre, al sobrevenir cambios en el plano de los hechos y los valores, alteraciones semánticas hasta hacer necesaria su revocación; y también, para demostrar que ninguna norma social surge ex nihilo, sino que presupone siempre una toma de decisiones ante hechos sociales, con vista a la realización de ciertos valores…"[463]

Con lo expuesto, ahora estamos en posición de concluir que sólo se habla de teoría tridimensional del Derecho, cuando se indaga acerca de la naturaleza de cada uno de los factores que se correlacionan en la vida del Derecho y por lo tanto el jurista debe trabajar con la comunión de ellos, porque sólo esas partes unidas son las que permiten conocer el sentido del Derecho, ó como lo diría el propio Miguel Reale, cuando admitió su coincidencia filosófica con Recaséns Siches en que "no puede haber Derecho, ni

[462] Reale, Miguel, "Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho", *trad.* E. Nogueras, en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Núm. 25, 1981, 1960-1985 Corrientes y Problemas en la filosofia del Derecho, Universidad de Granada, pp. 203-211.
[463] Reale, Miguel, "Filosofía jurídica y teoría general del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, *Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Jurídicas,* España, Serie I, T. XII, Núm. 4, pp. 105 y s.

estudio sobre el Derecho, que no sea necesariamente tridimensional",[464] ya que de lo contrario se cumpliría la condena del profesor paulista Reale:

> *"Un Juez que sólo vive apegado al texto legal, divorciado de los valores o sin contacto de la realidad social, es un mal Juez. Un abogado que, al contrario, se convenza repentinamente de la justicia de una causa y sin consultar la legislación positiva, es un abogado fracasado, por otro lado, el jurista que sólo quiere ver el hecho social en su entorno histórico, describiéndolo sin cuidar los problemas del valor y de la norma, es apenas un sociólogo perdido en el campo de la Jurisprudencia…"*[465]

Aguiló Regla, opina que

> *"…el Derecho es un orden que trata de guiar primariamente la conducta de la gente mediante el establecimiento de deberes, no de sanciones. De esta forma, la noción de deber jurídico pasa a ser anterior a la noción de coacción. La coacción será una propiedad relevante del Derecho, pero tendrá la consideración de [carácter jurídico secundario, no primario]. Como es obvio, ello tiene una extraordinaria importancia de cara a componer la imagen del Derecho."*[466]

La Torre manifiesta la importancia de quitar el prejuicio al que él denomina prescriptivista, de que las normas sólo reducen el campo de acción, siendo que al contrario pueden también aumentar las posibilidades y alternativas de acción, en este sentido argumenta:

> *"…según mi opinión el Derecho no se puede reducir a una serie de mandatos o imperativos, ni a un mero sistema de normas, ni a regularidades de conducta, y tampoco a funciones de una realidad del tipo natural objetivo es decir a un conjunto de hechos brutos… La primera tesis es aquella defendida por los teóricos voluntaristas o imperativistas como por ejemplo Bentham y Austin… la segunda tesis es propia de los llamados normativistas, cuyo típico representante es Hans Kelsen… la tercera es aquella del realismo jurídico norteamericano… En fin, el concepto de Derecho que aquí se propone es el siguiente: el Derecho es una institución…. institución es aquel ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por sujetos humanos."*[467]

Desde su teoría garantista Ferrajoli establece que el Derecho debe contar con normas legitimadas, explicando que una norma se legitima por contar con *validez formal:* dada por el apego al procedimiento y competencia de su creación y la que llama *validez sustancial*, dada por el propio contenido de ella, mismo que debe inspirarse y aspirar a la consecución de valores, los que deben ser vistos a través de los Derechos Humanos.[468]

---

[464] *Ídem.*
[465] *Ídem.*
[466] Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, España, Ariel Derecho, 2000, p. 170.
[467] La Torre, Massimo, *Reglas, Instituciones y transformaciones*, España*, Doxa, Núm.* 13, 1993, p. 130.
[468] *Cfr*. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 2ª. ed., *trad.* Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 1997, *passim.*

Habermas aproximándose al Derecho desde su teoría del discurso, establece que:

> *"El Derecho moderno viene formado por un sistema de normas, coercitivas, positivas y -ésta es al menos su pretensión- garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: La circunstancia de que las normas provistas de sanción estatal provengan de resoluciones cambiables de un Legislador político, queda vinculada con la expectativa que garanticen la autonomía de todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del Derecho…"*[469]

No existe duda alguna que son múltiples las aportaciones de la teoría habermasiana, sin embargo, sólo mencionaremos las más relevantes para la presente investigación: Una de ellas radica en que enfatiza que las normas que componen al sistema Derecho, son resultado de la racionalidad del proceso de la acción comunicativa de los hombres y por lo tanto, su contenido regulatorio ha sido basado en los acuerdos que discursivamente la misma comunidad ha realizado, a este respecto el filósofo alemán escribe *"Consideradas las cosas desde una perspectiva de la Teoría del Derecho, los órdenes jurídicos modernos sólo pueden obtener ya su legitimación de la idea de autodeterminación: en todo momento los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del Derecho al que están sometidos como destinatarios…"*[470] Asimismo, Habermas considera que es precisamente el procedimiento democrático donde se soporta el modelo de legitimación que expone: *"La comprensión procedimentalista del Derecho insiste, en el que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentalistas de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación…"*[471]

Otra aportación de Habermas, es la explicación sobre el ambivalente modo de validez del Derecho, en la que concibe que:

> *"…el Derecho moderno se vuelve a sus destinatarios ofreciéndoles una doble cara: les deja libre la opción, o bien de considerar las normas jurídicas sólo como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos estratégicos las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de la normas, o bien considerar esas mismas normas en actitud realizativa como precepto dotados de validez y obedecerlas por respeto..."*[472]

---

[469] Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, 4ª ed., *trad*. Manuel Jiménez, Madrid, Trotta, 2005, pp. 645 y s.
[470] *Ibídem*, p. 648.
[471] *Ídem.*
[472] *Ibídem,* p. 646.

De ahí que resulte básico en su pensamiento que el Estado garantice por un lado, que en caso necesario recurriendo a sanciones la norma sea obedecida, y por el otro, las condiciones institucionales para que todas las normas se produzcan en términos de legitimidad, para que así se impulse el cumplimento voluntario por respeto a la Ley, más que por miedo a la sanción. A este respecto García Amado opina que, precisamente una de las principales tesis de Habermas es sostener que el Derecho cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional en un proceso participativo, y que la validez de las normas que lo componen es resuelta en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa. Por ende, no sólo importa que las normas tengan una realidad fáctica, por su cumplimiento voluntario o forzoso, o de cierta validez, sino que además necesitan un aspecto de legitimidad que depende del modo en que fueron creadas. [473]

En la misma tónica para Habermas, un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento de los derechos por todos los demás tiene que descansar en leyes que serán legitimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás[474] El filósofo alemán, complementa esta visión del ordenamiento jurídico moderno, explicando que si los ciudadanos quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del Derecho positivo, tienen que reconocerse mutuamente ciertos Derechos *(Derechos Fundamentales)* mismos que son necesarios para la realización del principio discursivo y democrático donde descansa la legitimidad y en consecuencia la validez de las normas. A efecto de concluir la concepción del Derecho *Habermasia*, si bien está de acuerdo en que se compone preponderantemente de normas jurídicas, para ser consideradas como validas, necesitan cumplir una dimensión formal (*de quién las debe de producir*), fáctica (*cumplimiento en la realidad*); sustancial (*de que sean congruentes con Derechos Fundamentales*); y de método de producción (*transparencia, democracia y argumentación en aras de su legitimidad*) ó como el propio Habermas escribiría: *"Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudieran prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales."*[475]

[473] *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Lühman*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, serie teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 5, pp. 21-74.
[474] Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez, op. cit.,* p. 94.
[475] *Ibídem,* p. 172.

Sin embargo, muy acertado se me hace el comentario de García Amado, al enfatizar que Habermas no sólo se conforma con verificar la validez de una norma de manera individual, puesto, que la norma será justa y racionalmente válida, además de legal, si forma parte de un ordenamiento jurídico cuyos procedimientos de producción normativa reflejan los procedimientos que la ética discursiva establece para la creación imparcial de las normas que expresen una voluntad general y recojan el interés general.[476]

John Finnis, en su conocida obra *Natural Law and Natural Rights*, nos muestra una teoría jurídica que nos permite aproximarnos a la concepción finnisiana del Derecho. Empero, antes de centrarnos en su estudio creo imperioso para su mejor comprensión dar una breve explicación de los principales postulados de la teoría de Finnis: Su teoría parte de la premisa de que todo hombre con uso de razón y experiencia suficiente conoce por evidencia los bienes humanos básicos *(basic values)*, también reconocidos como los principios generales del Derecho natural (*communissima*) mismos que define en el sentido de *como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables* y por tal motivo, la acción humana siempre se encamina hacia ellos en su búsqueda, puesto que su consecución representa el florecimiento humano *(human flourishing)***.** En razón de lo anterior, es fácil entender porque el Derecho es concebido bajo esta visión teórica como un instrumento o medio, pero jamás como un fin en sí mismo, y porque el único Derecho aceptable, es aquel que crea el escenario necesario para su cumplimiento ó como Vigo lo explica: *"El Derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover no perjudicar a esos bienes básicos, pues en ellos está comprometido el human flourishing. Siendo los Basic values, lo fines básicos de la existencia humana, ellos operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones."*[477]

Como bien ha de suponerse, uno de los graves problemas que esta teoría por sí misma se crea y que puede abrir la puerta a las críticas, es la que corresponde al establecimiento de los conceptos humanos básicos, pero interesantemente Finnis se defiende argumentando que son *topois* que surgen de nuestra propia naturaleza y razón práctica que no tienen que demostrarse, puesto que son evidentes en cada uno de nuestros actos y puede ser comprendida sin necesidad de previo estudio. Los conceptos humanos básicos que el Derecho tiene que promover y no frenar son los siguientes: ***1.*** *Vida;* ***2.*** *Conocimiento;* ***3.*** *Juego;* ***4.*** *Experiencia Estética;* ***5.*** *Sociabilidad;*

[476] *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Lühman*, *op. cit.*, p. 87.
[477] Vigo, Luis Rodolfo, *El Iusnaturalismo actual, de M.Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política Núm. 95, p. 114.

6. *Razonabilidad Práctica;* ***7.*** *Religión.* No omitiendo manifestar John Finnis, que pueden existir innumerables formas de bien que en realidad son combinaciones de esas siete formas propuestas. *"Estos siete propósitos son todos los propósitos básicos de la vida humana, y que a fin de cuentas cualquier otro propósito que usted o yo pudiéramos reconocer y buscar representará o estará constituido por algún aspecto de todos o alguno de ellos."*[478] Estos conceptos humanos básicos que no están jerarquizados de inicio, pues todos son primordiales, se convierten en imprescindibles para que cada persona pueda realizar su plan de vida individual, y a su vez, necesarios también para que la sociedad elabore su plan general, ambos cumplimientos traen consigo alcanzar el fin del hombre en esta tierra: su felicidad. Bajo esta tesitura Aristotélica-Tomista, el Derecho y las normas que lo componen preponderantemente adquieren su validez sustancial, en la medida de que hagan posible el cumplimiento de la mayoría de los planes de vida, claro está que partimos de la premisa de racionalidad de las acciones humanas y de la conciencia de existencia de un bien común que a todos conviene, por lo que el Derecho sirve de instrumento para la no consecución de planes de vida irracionales y que por tal circunstancia no son acordes al sentido de bien común. Es importante destacar que Finnis fija *exigencias metodológicas de razonabilidad práctica* que deben respetarse en la elaboración de cada plan de vida, tales como no escoger los conceptos humanos básicos por impulso pasajero, no sobrevalorarlos o desvalorarlos arbitrariamente, exclusión de egoísmo, hipocresía o indiferencia, no al fanatismo, respeto y compromiso al bien común, respeto a los valores, eficiencia razonable, conciencia y responsabilidad Moral, y *exigencias socio-políticas***,** que se refieren al concepto de autoridad implícita en las formas humanas de sociabilidad, en relación de la forma de resolver los problemas funcionales que aquejan a la sociedad en el cumplimiento del bien común, ya sea a través de la coordinación o de la autoridad. Una vez expuestas algunas de las principales tesis de la teoría finnisiana estamos en aptitud de iniciar el análisis de la definición focal realizada por el profesor australiano, misma que en sus palabras, responde al cumplimiento de ciertos requerimientos de la razón práctica y de los conceptos humanos básicos referidos con antelación:

> *"…el término Derecho usado con un significado focal se refiere primariamente a reglas producidas de conformidad a otras reglas por parte de una autoridad determinada y efectiva (identificada y constituida como tal por reglas jurídicas) para una comunidad completa y respaldadas de sanción, y adjudicadas por instituciones juzgadoras guiadas por reglas, este*

[478] *Ídem.*

ensamble de reglas e instituciones siendo dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en orden del bien común de la misma, según una forma y manera adaptada a ese bien común, caracterizada por la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad entre los sujetos y en las relaciones de ellos con las autoridades legitimas…"[479]

Es preciso mencionar que una de las peculiaridades de esta definición es que siendo su autor de postura aristotélica-tomista, no excluye una validez formal puesto que respeta tanto a las instituciones como a las normas emanadas y aplicadas por ellas, pero perfecciona esta visión con una dimensión sustancial al que deben dirigirse los fines de las instituciones y reglas, *el bien común*, donde se garantizan implícitamente los valores propios del iusnaturalismo. Aunque al parecer es una definición demasiado acabada, la misma no se ha escapado de *ciertas críticas* que estiman pudo ser más clara y completa, ejemplo de ellas, las formuladas por el propio Vigo, quién expresa:

"…en nuestra opinión, la definición focal de Finnis ganaría en claridad y consonancia iusnaturalista si incluyera expresamente a los "principios" como una especie peculiar que cumple una función similar a la especie reglas jurídicas, en tanto unas y otras dentro del género de las normas posibilitan al creador o al operador del Derecho que defina el status deóntico jurídico de aquellas conductas determinadas que lo requieran…"[480]

Podemos decir que para Finnis el Derecho está compuesto por normas, en específico reglas, pero que su validez está supeditada a la consecución del bien común de la comunidad, y ese se logra en la medida de que se cumplan los planes de vida individuales de sus integrantes en un marco de Derechos Humanos.

A manera de conclusión del presente apartado, pudimos apreciar que desde hace muchos años los juristas desde las diferentes teorías *iusnaturalistas, iusrealistas, iuspositivistas, iusmarxistas*, entre otras, han tratado de conceptualizar al sistema que estudian, intentos que algunas veces han sido objeto de desaprobación por considerárseles ociosos, opiniones que no compartimos en lo absoluto, puesto que consideramos que gracias a estos esfuerzos intelectuales hemos podido acercarnos y entender cada vez con mayor claridad al fenómeno jurídico, especialmente para comprender su pluralidad y complejidad de contenido en un marco necesariamente evolutivo, más aun cuando estamos plenamente convencidos que sólo podremos potencializar sus beneficios en la medida que mejor lo comprendamos.

[479] Finnis, John, *Ley natural y los Derechos naturales*, trad. De Orrego S., Cristóbal, Argentina, Abeledo-Perrot, 1980, p. 304.
[480] Vigo, Luis Rodolfo, *De la ley al Derecho, op. cit.*, pp. 133 y s.

IV. HACIA UN CONCEPTO PLURALISTA, DIALÉCTICO, INTEGRAL, DINÁMICO Y ARMÓNICO DEL DERECHO, QUE PERMITA EL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

A lo largo del desarrollo del presente capítulo hemos sostenido que uno de los principales detractores que han impedido la vigencia de los Principios Jurídicos del Derecho, es resultado de concepciones reduccionistas, y hemos advertido que existe mayor complicación, cuando son conceptos que se consideran únicos, que no aceptan críticas y no prevén que existen otros puntos de vista enriquecedores. En razón de lo anterior, compartimos la idea de una variedad conceptual, como diría Nino, al expresar que el panorama de la filosofía del Derecho se despejaría considerablemente, "*si advertimos que la clientela de ella, no esta constituida por un solo discurso acerca del Derecho (sea el de la ciencia jurídica, o el de la sociología, o el de la administración de justicia, según las preferencias del filósofo), que no se satisface mediante la reconstrucción de un aparato conceptual unitario, sino por una pluralidad de puntos de vista frente al Derecho que requieren de distintos sistemas de conceptos.*[481] Adicionalmente, creemos que toda esa riqueza plasmada en explicar al Derecho, fruto de grandes esfuerzos intelectuales, bien puede ser aprovechada si nos esforzamos a armonizar, hasta donde sea posible, los distintos conceptos del Derecho que se han dictado, ya que éstos repitiendo a Hart *"son el resultado de una prolongada reflexión sobre el Derecho llevada a cabo por hombres que han sido primordialmente juristas, dedicados profesionalmente a la enseñanza o práctica de aquél, y en algunos casos, su aplicación como jueces. Además lo que ellos dijeron sobre el Derecho realmente incrementó, en su tiempo y lugar, nuestra comprensión del mismo…"*[482]

Por tal motivo, en congruencia con nuestro discurso, aprovechando la riqueza de los contenidos vertidos por tan insignes estudiosos del Derecho en el apartado previo, y en uso del Derecho que nos asiste por nuestra propia visión sobre lo que el Derecho caracteriza en nuestras sociedades contemporáneas, nos atreveremos a formular una concepción plural del Derecho que trate de incorporar hasta donde se pueda de manera compatible y armónica las ideas básicas explícita o implícitamente, de las principales teorías del Derecho, un concepto que comprenda la realidad y que deje abierta la posibilidad de cambio. Asimismo, dicha definición ayudará a debilitar los dogmas *iuspositivismo vs iusnaturalismo, iusnaturalismo vs iusrealismo, iuspositivismo vs iusrealismo, iusmarxismo vs iuspositivismo, iusmarxismo vs iusrealismo,* entre otros,

[481] Nino, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, *op. cit.*, p.195.
[482] Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho, op. cit.*, p. 2.

puesto que demostrará que todas pueden ser perfectamente realizables y conciliables en una visión de Derecho como la que se propone y que además puede ser mayormente enriquecida por otras teorías contemporáneas, que si bien se inspiran en algunos de los postulados clásicos, el énfasis que imprimen en temas específicos son merecedoras de un sello propio digno de reconocimiento y de aprovechamiento. En síntesis, éste concepto es un intento para dejar atrás una serie de enfrentamientos teóricos y lograr que en lugar de restar y descalificar, desde la luz de todas ellas se pueda potencializar la vivencia del Derecho en la sociedad, misma que en medida importante descansa en la vigencia de los Principios Jurídicos. Y una prueba de la importancia de éste esfuerzo conciliador, lo podemos rescatar de una propia vivencia del Derecho, específicamente de la teoría tridimensional del Derecho, que en su momento, supo incorporar las fortalezas teóricas propuestas por el iuspositivismo, iusrealismo y del iusnaturalismo.

Con la plena consciencia de que nuestro concepto es muy perfectible, y por tanto, no se vanagloria de ser ni el único, ni el más correcto de todos, considero al Derecho: *Como un sistema ordenado, jerárquico, criticable, institucionalizado y metajurídicamente reconocido, compuesto preponderantemente pero no exclusivamente por enunciados jurídicos, mismos que contienen (predominantemente) reglas, principios y valores que emergen de procesos constitucionales, democráticos y racionales o provenientes de la propia costumbre, cuya existencia debe estar necesariamente interrelacionada tanto con la aspiración constante de consecución de fines supremos (Derechos Humanos: vida, felicidad, justicia, igualdad, libertad, seguridad jurídica, bien común, equidad, paz, etc.), así como con las circunstancias de la realidad social donde se sitúan los hechos que gobiernan, y que a través de una interpretación dinámica, viva, racional, proporcional, ponderada, utilitarista, incluyente de los contextos políticos, sociales y económicos, argumentada, ética, e inclusive Moral, se aplican efectivamente por quien fue dotado de atribuciones para ello, ya sea a través de la aceptación voluntaria de sus destinatarios por procedimientos racionales o por la utilización de la coacción, a efecto de regular las conductas intersubjetivas de los individuos (entre gobernados, entre gobernantes y entre gobernados y gobernantes), haciendo posible la convivencia social y el florecimiento de la cultura, buscando en todo momento el cumplimiento de los planes de vida de cada integrante, en el entendido de que la suma de ellos hace posible la felicidad social.*

Obviamente sabemos que este intento armonicista y plural será objeto de críticas, pero también sabemos que el método incluyente con el que está hecho, vence por

mucho y evita visiones reduccionistas que hacen daño al Derecho. Asimismo, creemos que dentro de todas las teorías existen momentos propicios para la conciliación, donde con una misma actuación jurídica, ya sea con una Ley del Legislador o una decisión del Juez, todas estas teorías pueden ser perfectamente satisfechas en sus requerimientos, y ese es precisamente el tipo de Derecho que necesitamos en nuestras complejas sociedades contemporáneas, en el entendido de que sólo a través de éste tipo de actuaciones se podrá fortalecer su legitimación formal y sustancial. Es pues una definición dúctil.

V. REFLEXIONES FINALES.

Como podrá haberse apreciado en este breve análisis introductorio al estudio de los Principios Jurídicos que los temas que confluyen para el entendimiento de los mismos, ya sea para darles o negarles reconocimiento, para ampliar, reducir o negar sus funciones, etc. no son nada fáciles, al grado tal que son los temas-problemas más trascendentes del propio Derecho. Y esto precisamente explica que los grandes debates suscitados entre las teorías jurídicas, en torno a las relaciones entre Moral y Derecho y al concepto del mismo Derecho, traen una relación directa sobre los Principios Jurídicos y en sus tiempos evolutivos. Y esto quedará demostrado, en el siguiente capítulo donde abordaremos a los Principios Jurídicos, ya que dependiendo de la posición teórica del autor será el tratamiento que les tenga reservado.

CAPÍTULO III

“LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS”

I. EL SURGIMIENTO DEL MOVIMIENTO PRINCIPIALISTA.

Hemos sostenido que cuando se critica al pensamiento jurídico dominante de una época, aquél en que se sustenta y se basa el accionar ideológico de la gran parte de los juristas y del sistema en que habitan profesionalmente con un aparente estado de confort, el desafiante se vuelve el centro de todas las críticas, es etiquetado por usar un discurso falaz, es aquél que se considera un inadaptado, en pocas palabras, se vuelve un jurista incómodo, cuyas únicas armas frente a sus muchas veces intolerantes y bien acomodados enemigos que lo mayoritean, se reducen a sus argumentos y su perseverancia. Como podrá pensarse muchos aún con buenas razones y fundadas críticas fracasan, otros, muy pocos por cierto, triunfan al grado tal que después no adoptar sus atinados comentarios parecería absurdo, puesto que la realidad comprueba día con día su necesidad. Así fue, el difícil camino de los Principios Jurídicos, por una parte negados e ignorados por completo, en cuanto su valor normativo; por otra, criticados fuertemente y calificados como caballos de troya enviados por el iusnaturalismo hacia el positivismo, afortunadamente hoy en día existen corrientes más moderadas e incluyentes que permiten acercamientos antes imposibles, en virtud de los enfoques cerrados y puristas de las propias teorías.

Realizada esta pequeña reflexión, estamos en aptitud de seguir avanzando diciendo que si bien la lucha por el reconocimiento de los principios pudiera remontarse desde Grecia y Roma, hablando contemporáneamente existe un amplio consenso que sitúa su verdadero detonamiento en la década de los 50´s, en el pensamiento de autores como Esser, Del Vecchio, Bobbio o García de Enterría, y más especialmente a partir de 1967, fecha en que Ronald Dworkin, sucesor de Hart en Oxford, publicó el ensayo *“El modelo de las reglas”*, mismo que en 1978 aparecería publicado dentro de su libro “*Los derechos en serio*”, y donde realiza una fuerte crítica a los que considera dogmas de las teorías positivistas y utilitaristas dominantes del entorno jurídico. Dworkin explica que las normas no son las únicas que habitan los sistemas jurídicos al manifestar:

"Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de stándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo, es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de Derecho legislativa, nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas..."[483]

Además inicia su carga argumentativa definiendo a aquellos estándares que considera coexisten en el sistema jurídico con las normas, y que si bien es cierto, se refiere expresamente a dos tipos: las directrices y principios, no las limita ni restringe exclusivamente a ellas, pues menciona entre otras pautas que dicho ejercicio definitorio es el siguiente:

"Llamo directriz o directriz política (policies) al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad… Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca, asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad… De tal modo, la proposición que es menester disminuir los accidentes de tránsito es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio."[484]

Atienza explica que Dworkin demuestra en su teoría que el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de reglas, tal como lo habría hecho Hart, puesto que opina, que además de las reglas, entendidas como pautas relativamente específicas de conducta, el Derecho contiene también principios, que pueden ser de dos tipos: las *policies* o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo Moral (como la que nadie puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito).[485]

Rodolfo Vázquez también reconoce que la discusión acerca de los Principios Jurídicos se instaló en el centro de debate a partir de la exposición Dworkiniana donde se preguntaba si era el Derecho un sistema de reglas, donde aparte de criticar la tesis que el Derecho es un conjunto de normas y sólo de normas, critica una segunda tesis relacionada a la primera, en el sentido de si el Derecho se agota en normas, cuando un Juez se encarga de resolver un caso para el que no hay una norma aplicable tiene que apelar a materiales extrajurídicos y discrecionales para darle solución.

En este sentido Vázquez apunta que:

[483] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio, op. cit.,* p. 72.
[484] *Ídem.* El propio Dworkin comenta que dicha distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social, o si se interpreta que una directriz enuncia un principio o si se adopta una tesis utilitarista.
[485] Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho, op. cit.,* p. 74.

"Dworkin considera que la concepción del Derecho como un sistema conformado exclusivamente por normas resulta deficitaria, pues implica tender una sombra sobre otras pautas que son distintas de las reglas y que forman parte del razonamiento jurídico. En particular se refiere a los Principios Jurídicos, los cuales se manifiestan en los que Dworkin denomina "casos difíciles". Éstos tienen como característica la ausencia de una regla que provea una solución para ellos y por otra, que presentan necesariamente un conflicto entre valores. La preocupación de Dworkin por los principios surge de la constatación que son herramientas usuales en el razonamiento jurídico de quienes participan en la dinámica del Derecho: los profesores los enseñan, los teóricos los citan, los litigantes y jueces los invocan; y por otra la poca atención que hasta entonces la había prestado la Teoría del Derecho."

Otros autores como Carrió criticaron a Dworkin imputándole el no haber tomado en cuenta el modelo de reglas usado realmente por Hart en su clásica obra el "Concepto de Derecho", ya que explica Carrió que cuando Hart empleaba el término regla en su libro, éste no se refería exclusivamente a pautas de las conocidas como reglas específicas (*la velocidad en carretera no debe exceder de 80 kms.*), debido a que a lado de este tipo de reglas, existen en todo ordenamiento jurídico otras variedades de reglas, donde se incluyen por ejemplo, los estándares generales que limitan de una manera peculiar a los cuerpos administrativos encargados de aplicarlos, o de igual forma los estándares variables que como *el de debida diligencia* no exigen una conducta específica. Por lo que Carrrió concluye que estos estándares son reglas en un sentido lato, y por lo tanto, no hay nada en el significado de regla que obste para que una pauta del tipo de *"no debe permitir que nadie se beneficie de su propio crimen se considere en lato sensu una regla del orden jurídico."*[486] De dicha crítica de Carrió, podemos advertir, que aún muchos desde la óptica positivista aceptan una variedad de reglas jurídicas, algunas de ellas bien pueden identificarse de cierta manera con los principios a los que Dworkin alude. No podemos perder la oportunidad de recrear a continuación, el pensamiento de Carrió, donde explica con mucha originalidad utilizando pedagógicamente modelos no jurídicos -en este caso las reglas de fútbol- los tipos de reglas que coexisten en el sistema jurídico y que nos ayudarán a entender un poco más la función de los Principios Jurídicos y su relación con las reglas. Carrió inicia explicando en la conferencia que impartió denominada "*principios y positivismo jurídico"*, que en el fútbol, hay 3 tipos de reglas: ***1.*** Las que prohíben y sancionan una conducta específica (la regla del *hand*, solo el arquero puede tocar con la mano la pelota, los demás tienen prohibida tal conducta, que de hacerse se castiga con un tiro libre de donde se cometió la infracción, éstas pueden ser consideradas como reglas específicas que trasladadas al mundo jurídico se equiparan a delitos como el homicidio

[486] *Cfr*. Carrió, Genaro R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1981, Cuadernos de Crítica, núm. 16, pp. 36-38.

y el robo; ***2.*** Las reglas que prohíben y sancionan una variedad físicamente heterogénea de comportamientos que no están definidos de forma específica y precisa, sino por referencia a una amplia pauta (juego peligroso), ese tipo de reglas llamadas por Carrió como *standars*, son análogas a la figura de daño por negligencia en el mundo jurídico; y ***3.*** Aquellas reglas que desempeñan una función distinta de las dos anteriores, puesto que diverge de éstas respecto de la persona de sus destinatarios y por las consecuencias normativas diferentes que tiene, dicha regla se enunciaría al modo de no debe sancionarse una infracción cuando como consecuencia de ello resultaría beneficiado el bando infractor y perjudicado el bando víctima de la infracción, por citar un ejemplo futbolero, *la Ley de la ventaja*, lo que se traduciría en el mundo jurídico como el principio de *nadie puede beneficiarse de su propio crimen*.

En está orden de ideas Carrió expone:

> *"...ya vimos que es fácil encontrar análogos jurídicos a reglas especificas tales como la del hand o a standards tales como las que prohíben las jugadas peligrosas o el comportamiento incorrecto de los jugadores. ¿Ocurre lo mismo con la Ley de la ventaja? ¿Hay en el Derecho pautas o criterios que presentan características similares a esta última? La respuesta es afirmativa. Nada costaría, con un poco de ingenio, elaborar una situación imaginaria en la que resultase "natural", por así decirlo, que los jueces de una comunidad aplicaran una pauta equivalente a la Ley de la ventaja para evitar que un infractor recibiera beneficios de su transgresión y se sintiera estimulado a reincidir en ella y otros a imitarlo. Usaré un ejemplo extraído del Derecho norteamericano. Se trata del famoso caso Riggs vs. Palmer. "Aunque ninguna Ley les ha dado vigencia, estas máximas controlan con frecuencia los efectos de los testamentos y prevalecen sobre el lenguaje de éstos". Presuponen la existencia de otras reglas y se refiere a ellas. Son, por eso, pautas de segundo grado. La que se usó en Riggs vs. Palmer, por ejemplo, versa sobre las normas concernientes a la validez y fuerza obligatoria de los testamentos, contratos y otros actos jurídicos."*[487]

En suma y no obstante de las críticas de crearse un enemigo *ad hoc* para su teoría, Dworkin daría inicio a la época conocida como principialistas contemporáneamente hablando, abriría la visión del concepto del Derecho, logrando un reconocimiento de la coexistencia de otros contenidos jurídicos antes relegados primero por ignorancia y después por necedad ideológica. Además, sentaría las bases para que otros muchos empezarán a cultivar el escenario de los Principios Jurídicos, lo que sin lugar a dudas, poco a poco nos conducirá al deseado Estado Constitucional y a la cosecha de justicia que todos deseamos y necesitamos. Y es que dicha ruta afortunadamente es impostergable puesto que en la mayoría de los sistemas jurídicos existe la obligación formal de los jueces de decidir todos los casos incluso cuando el Derecho imperante no dispone de regla aplicable y ahí es precisamente donde el uso de esos principios

[487] Carrió, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Argentina, Abeledo Perrot, 1971, pp. 21-23.

se vuelve más fascinante. A este respecto importante resulta el comentario de Mark Van Hoecke, analizando que: *"La aplicación judicial de reglas jurídicas no escritas para colmar lagunas del sistema jurídico ha evolucionado en la práctica hacia la aceptación de todo un conjunto de Principios Jurídicos no escritos, que son utilizados no sólo para colmar lagunas del Derecho, sino también para limitar y reducir el alcance de las reglas jurídicas explícitamente formuladas en las leyes."*[488]

En razón de lo anterior, el *"principialismo"* es resumido por Alexy con las fórmulas de *"...valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario, omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del Legislador democrático dentro del marco de la Constitución",*[489] lo que se convierte un clara señal de la superación del Estado de Derecho legislativo, y que como apunta Zagrebelsky, al ser reflejo de la separación de los derechos y la separación de la justicia, ha dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado pero que hoy, en el Estado Constitucional deben ser valoradas mucho más de lo que se ha realizado con anterioridad,[490] o como explicaría Prieto Sanchís, escenario, que bien pudiera ser considerado testimonio de un Derecho y de toda una nueva cultura jurídica, y que tal vez pudiera sintetizarse en dos palabras *"Constitucionalismo de Principios",* mismo que sostiene que el sistema jurídico que encarna ha de influir en la concepción del Derecho; más concretamente, que exige ensayar una tercera vía entre el viejo Derecho natural y el modelo positivista en bancarrota.[491] O en otras palabras de este mismo autor español, el tema principialista ha adquirido tal relevancia en la teoría o la filosofía del Derecho, que se ha considerado que vive la nueva época de oro de los Principios Jurídicos.[492]

Son pues, estos contenidos del Derecho antes relegados, los que lo enriquecen y lo legitiman en su operación, los que lo guían y sobre todo en materia jurisprudencial, ayudan a resolver los casos más difíciles que se le presentan al Juez, alejándolo de una discrecionalidad tan abierta que lo podría conducir a la arbitrariedad. En suma, a partir de Dworkin la forma de ver al Derecho ya no sería la misma, es más podemos decir que, la obra de Dworkin se enmarca en los nuevos vientos de cambio que necesitaba el Derecho en su concepción y razonamiento judicial, a partir de los

[488] Van Hoecke, Mark, *El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales*, trad. de Josep Aguiló Regla, Doxa, España, 1996, núm. 19, p. 423.
[489] *Cfr*. Alexy, Robert, *El concepto y validez del Derecho, op. cit.,* p. 160.
[490] *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, op. cit.,* p. 109.
[491] *Cfr.* Prieto Sanchis, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit*., p. 15.
[492] *Cfr.* Prieto Sanchís Luis, *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17.

lamentables sucesos de la Segunda Guerra Mundial, donde el modelo positivista fue sentido a una dura prueba.

II. EL ORÍGEN DUALISTA DE LOS PRINCIPIOS.

Para Valencia Restrepo: *"El origen de los principios se desdobla en uno, que no ha sido consagrado en una norma positiva, esto es, no hay una delegación expresa de la Ley a favor de los principios para que funcionen como pautas creativas, interpretativas e integrativas del ordenamiento; y en otro, que ha sido consagrado en una o varias normas positivas, valga aclarar: existe una delegación expresa de la Ley a favor de los principios para que desempeñen sus tres funciones…"*[493]

Como podrá apreciarse la finalidad perseguida por ambos orígenes es evitar la arbitrariedad y subjetivismos en la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, de tal forma que los operarios del Derecho se encuentran obligados a realizar sus funciones con los criterios objetivos que proporcionan los principios, los cuales son los valores fundamentales sociales y bilaterales vigentes de una comunidad.

Muchos coinciden en que los principios traen por su origen iusnaturalista una característica de preestablecimiento, por lo cual sus contenidos que le dan al mismo tiempo su validez, pueden ser aplicados jurídicamente, aún sin estar reconocidos por una Ley, en palabras de Valencia Restrepo: *"los principios se aplicarían aun en la hipótesis de que no hubiera norma explícita positiva que ordenara su aplicación."* Otros por su parte, sólo admiten su aplicación si estan reconocidos expresamente en el ordenamiento jurídico. Una tercera vía que actualmente ha tenido buena aceptación en la teoría jurídica, es aquella que desde el origen positivista, a lo mejor más incluyente, admite dos vías de reconocimiento: *La expresa y la ímplícita.*

Cuando un determinado principio sea consagrado o aplicado mediante norma expresa en el ordenamiento por sus operarios, aquél principio estará dotado de positividad explícitamente, en cambio, cuando se trate de principios obtenidos de los valores fundamentales por el método de intuición emotiva *(sentido común)* sin ser mostrados de manera expresa por el ordenamiento, ellos gozarán de una positividad implícita.[494] Como podrá apreciarse, ahora el debate teórico se centra en el manejo de los principios implícitos, específicamente sobre las dudas de su positividad. A

[493] Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho, op. cit., pp. 197 y s.*
[494] *Cfr. Ibídem*, pp. 224-228.

manera de conclusión, nada obsta para que exactamente un mismo principio pueda tener a su vez, tanto una dimensión iusnaturalista como una iuspositivista. Aunque se diga *"Que el Derecho natural vive en el positivismo bajo la forma de los Principios Generales del Derecho."*[495]

Asimismo, Valencia Restrepo explica que los Principios Jurídicos se sujetan preponderantemente al siguiente ciclo: los principios del Derecho natural se extraen de los valores fundamentales y sociales de la comunidad: Después, éstos son positivados por una fuente formal extraestatal *(Verbigracia, la costumbre)* que los hace normas implícitamente positivas. En un segundo momento, los principios, ya siendo normas implícitamente positivas, son ahora positivados, pero ésta vez por las fuentes formales estatales (proceso constituyente, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, etc.) que los hacen normas explícitamente positivas.[496]

III. LOS DIVERSOS USOS DEL TÉRMINO PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Resulta básico explicar primigeniamente que en lenguaje ordinario, el concepto principios está emparentado: **1.** Con las ideas de parte o ingrediente importante de algo, una propiedad fundamental, un núcleo básico; **2.** Con las ideas de regla, guía, orientación; **3.** Con las ideas de fuente generadora, causa u origen; **4**. Con las ideas de finalidad, objetivo, propósito, meta; **5.** Con las ideas de premisa, de inalterable punto de partida para el razonamiento, esencia; **6.** con las ideas de regla práctica de contenido evidente, verdad ética incuestionable; **7**. con las ideas de máximas, aforismos, proverbios, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado[497] y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.[498]

Asimismo, es importante reconocer que la expresión *principios* con un apellido jurídico, ya sea tratado bajo el término de *Principio Jurídico* o *Principios Generales del Derecho*, también se utiliza por los teóricos de diversas maneras. Así tenemos que los

---

[495] *Ibídem*, p.544.
[496] *Ibídem*, p. 497.
[497] Es importante hacer notar, que la tradición de los conocidos como viejos principios generales del Derecho, sistematizados por la doctrina desde la época romana, tales como: (*omnis definitioin jure periculosa est*: En Derecho son peligrosas las definiciones); (*Notoria probatione non indigent*: Lo que es notorio no necesita probarse); *(Nemo potest ad impossible obligari*: A ninguno puede obligarse a lo imposible); y (*Nemo potest plus juris tansferre in alium quam sibi competer dignoscatur:* Nadie puede transferir a otro más Derecho que el que se reconoce que le compete), se ubican en esta visión de los principios. Asímismo, se precisa que eventualmente un aforismo o máxima puede ser eventualmente un vehiculo de expresión de los principios, pero esto es algo contingente y no necesario. Así tenemos que no todos los principios han sido verbalizados por medio de clichés o aforismos. Además el principio vale en cuanto es positivado no en cuento esta dentro de un aforismo.
[498] *Cfr.* Carrió, Genaro, *Los principios jurídicos y positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 32-34.

juristas Carrió (1986) y Guastini (1990) en un interesante esfuerzo sistematizador detectaron los siguientes usos de la expresión, que como bien establece Atienza y Ruiz Manero, muchas veces se solapan al menos parcialmente ente sí.[499]

- **EN EL SENTIDO DE NORMA MUY GENERAL.**

La generalidad de la norma no es, en el sentido que aquí empleamos la expresión de cualidad que tenga que ver con la amplitud mayor o menor de la clase de los destinatarios de los mismos, sino con la mayor o menor generalidad o genericidad de las propiedades relevantes del caso que regula. Refuerza este uso de la expresión, el mencionar que una norma puede ser tan general y regir para todos los actos jurídicos, o menos general rigiendo solo a los contratos, o aun mucho menos general, al regir sólo a un contrato en particular como el de aparcería.

- **EN EL SENTIDO DE NORMA REDACTADA EN TÉRMINOS PARTICULARMENTE VAGOS.**

Hay normas que son vagas en el sentido que en la descripción del caso genérico *(supuesto de hecho)* aparecen términos que tienen una periferia abierta y cuya aplicación requiere de una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables. Esta vaguedad es la conocida como "conceptos jurídicos indeterminados", "*actos contra la moral", "buenas costumbres".*

- **EN EL SENTIDO DE NORMA PROGRAMÁTICA O DIRECTRIZ.**

En esta acepción la norma estipula la obligación de perseguir ciertos fines, son ejemplo de este sentido, todas las obligaciones conferidas al gobierno para promover el empleo, un ambiente sano, garantizar el acceso a la información, etc.

- **EN EL SENTIDO DE NORMA QUE EXPRESA LOS VALORES SUPREMOS DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

Estos reflejan una determinada forma de vida, de un sector del mismo o de una institución**.** Ejemplo, la adopción de la Democracia como forma de vida.

- **EN EL SENTIDO DE NORMA DIRIGIDA A LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN JURÍDICOS.**

[499] *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, op. cit.,* p. 25 y s. *Vid.* también Carrió, Genaro, *Los principios jurídicos y positivismo jurídico, op. cit.*, pp. 32-38.

Señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable y como se debe de interpretar *vgr.* El art. 14 constitucional mexicano que dice "*A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*."

- **EN EL SENTIDO DE REGULA IURIS.**

Como enunciado o máxima de la Ciencia Jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de los primeros el de jerarquía del 133 constitucional, mientras que de los principios no expresamente contemplados en las leyes tenemos: el principio del Legislador racional utilizado para interpretar las normas jurídicas y el principio de que nadie esta obligado a lo imposible.

En 1999, dentro de su obra "Distinguiendo", Riccardo Guastini, ratificando que lenguaje jurídico no garantiza que se utilicen las mismas expresiones con los mismos significados, perfeccionaría su estudio de 1990 sobre los diversos usos corrientes que se le asignan al término principios:[500]

- **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y GENERALES DE ORDENAMIENTO.**

Se denominan así a los valores éticos políticos que, por un lado informan todo el ordenamiento y, por otro le dan fundamento y justificación. Se pueden mencionar, como ejemplos, el principio de constitucionalidad (esto es la rigidez de la Constitución), el principio de igualdad, el principio de soberanía popular, el principio de irretroactividad de las leyes, el principio de certeza del Derecho, el principio de legalidad, el principio de preferencia de la Ley posterior, etcétera. Naturalmente adjetivando los Principios como Generales se subraya su extensión; adjetivándolos como fundamentales, se pone el acento sobre su posición en el seno del ordenamiento.

- **PRINCIPIOS GENERALES DE UN SECTOR DE LA DISCIPLINA JURÍDICA.**

Son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo el Derecho Civil (principio de la autonomía privada), el Derecho Administrativo (principio de debido proceso), el

[500] *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del Derecho*, España, Gedisa, 1999, pp. 152 y s.

Derecho Procesal Civil (principio dispositivo), el Derecho Penal (*principio del favor rei*), el Derecho del Trabajo (*principio in dubio pro operario*), y así sucesivamente.

- **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UNA MATERIA DETERMINADA.**

Son aquellos principios cuyo alcance esta circunscrito, precisamente a una materia, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial, el turismo, la industria hotelera, la artesanía, la floresta, etcétera.

- **PRINCIPIOS SIN ULTERIORES ESPECIFICACIONES.**

Se suelen denominar así la *ratio,* la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada Ley o incluso a una determinada disposición normativa. Es decir, se supone que toda disposición normativa tiene una razón, una finalidad inmanente, susceptible de ser conocida a través de la interpretación. Y esta ratio es precisamente el principio que funda o justifica la disposición en cuestión: no sería adecuado denominar general a un principio así, ya que su ámbito de creación está (relativamente) circunscrito.

Por lo expuesto precedentemente, estamos convencidos de que el lector cuenta ya con dos importantes conclusiones, **1.** Que los términos *Principios Jurídicos**,** Principios Constitucionales**,** Principios Positivos**,** Principios Positivados,* suelen y pueden ser usados como sinónimos; y **2.** Que debemos ser muy cuidadosos de las distintas acepciones con las que son usados, en esta investigación serán usados en su calidad de fuentes del Derecho, y por ende, de lugares adonde acudirán los operadores del Derecho para encontrar armas jurídicas para resolver los casos que la sociedad les presenta.

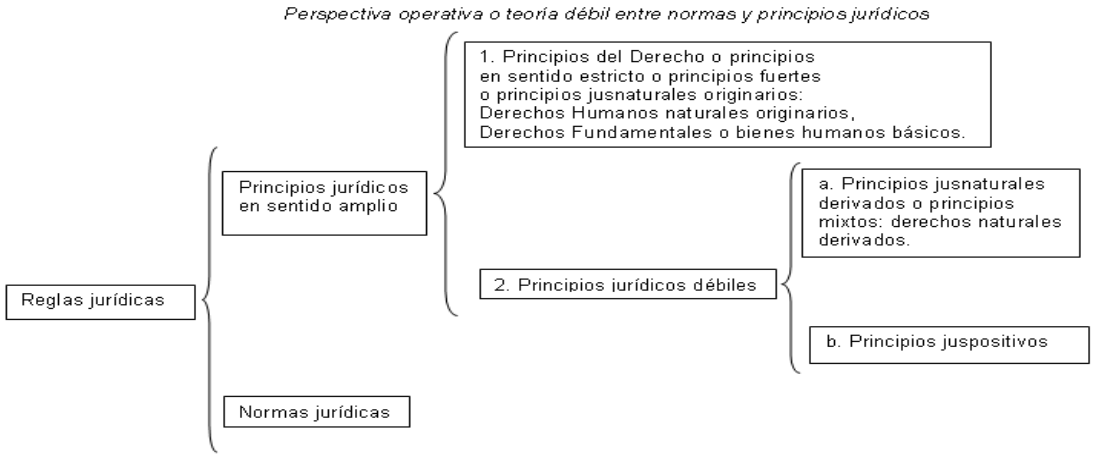
IV. PRINCIPIOS Y NORMAS: UN ANÁLISIS DESDE LAS TEORÍAS FUERTES Y DÉBILES QUE LOS DIFERENCIAN.

Las teorías que admiten la diferencia entre principios y normas se agrupan en dos formas distintas: ***a) En sentido fuerte,*** que entiende que los principios no son normas y las considera que son algo distinto de las normas. ***b) En sentido débil****,* que considera que los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.

Respecto de esta separación, Vigo expone que las teorías débiles, serían las que sustentan la separación en criterios meramente formales o cuantitativos, en tanto, que las teorías fuertes son las que fundan la distinción en consideraciones cualitativas o sustanciales. Asimismo explica que al jurista se le ofrecen dos vías diferenciadas a los fines de determinar dónde hay que buscar para hallar la respuesta que requiere un caso concreto:

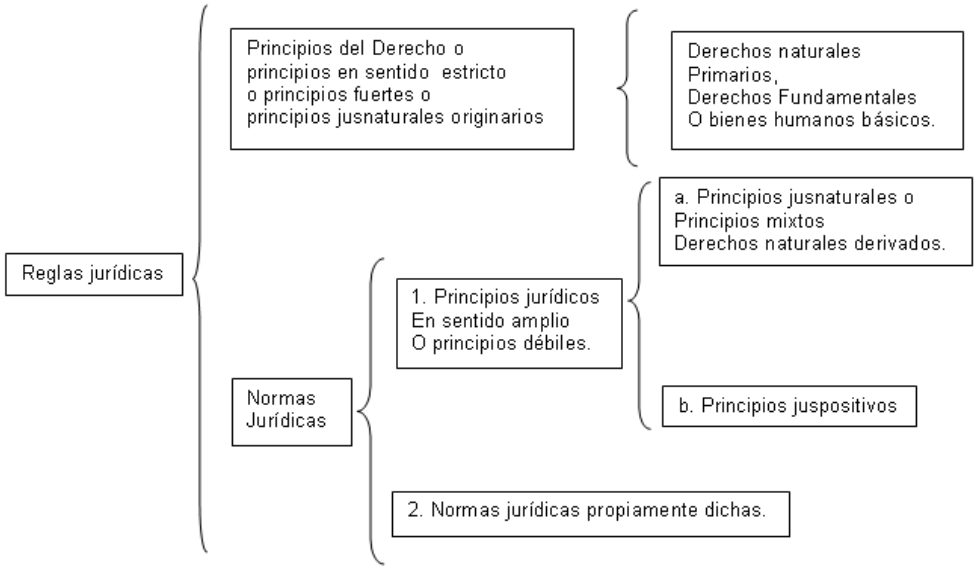
> *"En el marco del iuspositivismo, abundan las teorías débiles, en tanto identifican a los principios con ciertas normas fundamentales, importantes o generalísimas del ordenamiento jurídico, o admiten que ellos son obtenidos por un proceso de inducción o generalización creciente a partir de las normas jurídicas dadas. En definitiva, desde esta perspectiva, al Derecho hay que ir a buscarlo en las reglas establecidas en unas sociedades como jurídicas, y los principios sólo serían algunas de esas normas u otro modo de decir lo que ya dicen implícitamente las mismas normas. En las teorías fuertes, lo decisivo es que señalan alguna nota o característica en los principios que impide toda asimilación con las normas."*[501]

Vigo, defiende una teoría fuerte respecto a los que llama *principios del Derecho*, *principios fuertes* o *principios en estricto sentido*, mismos en los que centra mayor atención en su estudio, aún cuando creé que se puede admitir una teoría distintiva débil respecto de las normas con arreglo a los otros tipos de principios que integran el ordenamiento jurídico (Principios Jurídicos débiles).[502] Asimismo, este autor argentino citando a Esser, nos ilustra en el sentido que *"esta separación fuerte o débil puede verse influenciada en que para el pensamiento jurídico continental la diferencia entre principio y norma posee un alcance mucho mayor que para la concepción del common law la distancia entre principios y reglas.*[503] En razón de lo anterior, nuestro multicitado autor Rodolfo. L. Vigo esquematiza las perspectivas de las teorías distintivas entre normas y principios, ya sea de la manera fuerte o débil, de la siguiente forma:



[501] Vigo, Rodolfo Luis, *Los Principios Jurídicos (Perspectiva Jurisprudencial)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, Colección Derecho Judicial, pp. 5 y s.
[502] *Ibídem*, pp. 6 y s.
[503] *Cfr. Ibídem*, pp. 3 y s.

Perspectiva jusfilosófica o teoría distintiva fuerte entre normas y principios del Derecho



Jaime Cárdenas, expone respecto a la distinción fuerte o débil:

"En un sentido fuerte se dice que los principios no son normas pues son distintos a las reglas. La tesis se explicó para negar que los principios fuesen eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos. Se negó que los principios fuesen idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico) la legislación, hasta que el Legislador ordinario procediese a la actualización o concretización de los principios en reglas. Los principios son valores metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo". En un sentido débil, los principios son normas, pero una especie particular de normas."[504]

Guastini considera que el no reconocimiento de los principios como normas, sino algo distinto, no es convincente puesto que:

"Parece obvio que, al menos en un sentido, también los principios son normas, si por "norma" se entiende, conforme al uso común, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento. Así, no se comprende bien en qué sentido los principios son algo distinto de las normas; no está claro, en fin que significa el vocablo norma en ese contexto. En general, se tiene la impresión de que la distinción entre normas y principios, así entendida, es una distinción (lato sensu) ideológica, que puede ser supeditada -y, de hecho en algunas etapas ha sido supeditada- a finalidades exquisitamente políticas. (De política de Derecho se entiende)."[505]

[504] Cárdenas Gracia, Jaime, "Los principios y su impacto en la interpretación", en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez, Juan *(Coord.)*, México, UNAM y otros, 2002, p. 92.

[505] Cita como ejemplo el caso de la Constitución italiana republicana que quiso ser limitada en su eficacia por la legislación fascista que la antecedió, disimulando precisamente un problema de diferenciación entre normas y principios. Y es que se negaba que los principios contenidos en ellas, fueran por sí solos idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (*en virtud del principio jerárquico) la legislación fascista: al menos hasta que el legislador ordinario no hubiera procedido a actualizarlos y concretizarlos.* Guastini, *Distinguiendo*, *op. cit.,* p. 143.

Este autor italiano considera además, que *"en el contexto jurisprudencial y doctrinal, la oposición entre norma y principios disimulaba, en realidad, una oposición distinta: la que se da entre normas eficaces y normas ineficaces. Esto es, no se negaba que los principios constitucionales fuesen, en algún sentido normas: se negaba que fuesen normas eficaces, es decir, inmediatamente productoras de efectos jurídicos."*[506] Por último, comenta que actualmente en torno al debate acerca de la discrecionalidad judicial, algunos distinguen entre normas (*rules*) y principios (*principles*) con el mal disimulado objetivo de sugerir que los jueces deben resolver los casos difíciles (*hard cases*) aplicando principios éticos-políticos no positivados, de esta manera, al no ser formuladas por las fuentes del Derecho, no son ni siquiera reconducibles a los criterios de validez del propio ordenamiento jurídico, y es que, aunque subyacen al ordenamiento positivo como sus fundamentos, son más bien valores pre jurídicos y, por tanto, meta jurídicamente instancias morales. Por lo que, en este contexto explica, la oposición entre normas y principios oculta una oposición distinta: la que se da entre normas positivas y normas de Derecho natural. A su vez Guastini explica que la tesis del sentido débil es problemática, ya que la noción de principio es escurridiza y controvertida, y por eso, aunque se convenga que los principios son normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos, no está claro en absoluto qué propiedades debe de tener una norma para merecer el nombre de principio.[507]

Prieto Sanchís explica que la discusión de esta diferenciación debe remitirse al ámbito de la teoría de la interpretación, y de esta manera demostrar que un mismo estándar puede funcionar como norma o como principio; en consecuencia explica este autor, no existe alguna característica a priori o en sí mismas, sino después de su interpretación, ya que se les puede usar como norma o principio.[508]

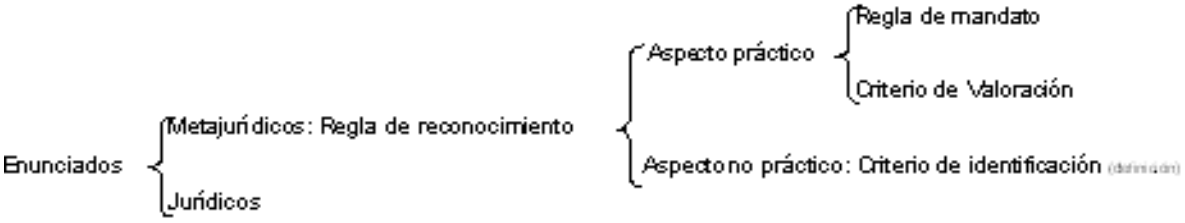
Por último y volviendo al tema de la separación fuerte o débil de los principios, realzamos el hecho de que tanto una como otra postura teórica coinciden en dos puntos que considero son trascendentales para el Derecho. El primero, que ambos reconocen que los principios son jurídicos. En segundo lugar, que ambos reconocen que los principios son diferentes, a las piezas jurídica del tradicional modelo positivistas (sin importar si se entienden éstas como normas o reglas) y por tanto, su tratamiento es diferente, situación que puede verse cada vez con más frecuencia al leer las resoluciones de los Tribunales contemporáneos. Asimismo, no omitimos

[506] *Ídem.*
[507] *Cfr. Ibídem*, p. 144.
[508] Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

señalar que esta diferenciación puede circunscribirse al tipo de principio del que hablamos según su clasificación *(explícito, implícito, en sentido estricto, en sentido general, etc.)* y de la concepción amplia o reducida que tengamos de lo que es una norma jurídica. De ahí que dependamos de estas circunstancias en preferir una u otra.

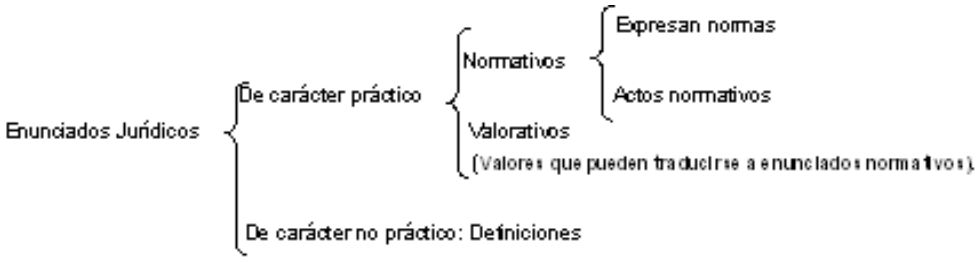
V. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS DEÓNTICAS A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS DE ATIENZA Y MANERO.

En virtud de la importante influencia contemporánea que ha tenido la tesis débil de los principios, elaborada por los profesores Atienza y Manero, en su conocida obra "Las piezas del Derecho",[509] realizada a partir de una teoría general de los enunciados jurídicos, por ser considerados éstos últimos como las unidades elementales del Derecho, hemos decidido analizarla para esquematizar la ubicación que estos tratadistas les confieren a los principios en su calidad de una especie de normas deónticas. Para Atienza y Ruíz Manero, un primer presupuesto metodológico consiste en separar los enunciados jurídicos de los metajurídicos, en el entendido de que la regla de reconocimiento se identifica en éste último plano:



Puede apreciarse en este esquema que los enunciados metajurídicos en su función de regla de reconocimiento, establecen como regla de mandato de origen consuetudinaria que se debe obedecer a la Constitución y todo lo que de ella y conforme a ella emane. Por su parte, el aspecto no práctico o teórico se limita a identificar cuales son las normas de un sistema jurídico determinado. En lo concerniente a los enunciados jurídicos como se observará a continuación, igualmente se dividen en prácticos y no prácticos:

[509] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2ª ed., España, Ariel Derecho, 2004, pp. 189-199, Cuadros 1 y 2.

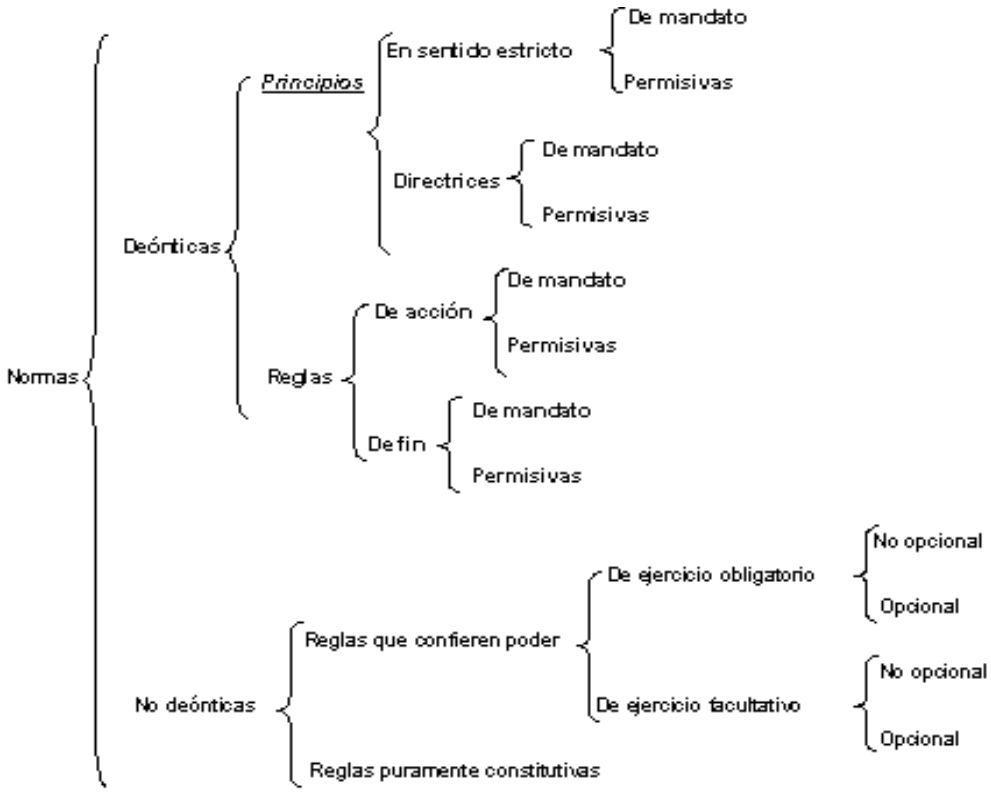


Los primeros basan directamente su función en guiar o justificar las conductas y se subclasifican en normativos o valorativos, atendiendo a su función práctica dominante, ya sea de carácter directiva, o bien de carácter valorativa o justificativa de las normas desde una perspectiva interna. En lo referente a los enunciados jurídicos de carácter no práctico, éstos no tienen una función práctica de manera directa, ya que no guían ni justifican conductas, pero sirven de manera indirecta, puesto que les corresponde identificar significados de otros enunciados, que sí tienen esa función de guiar y justificar conductas. En cuanto a los enunciados normativos, éstos pueden expresar normas o actos normativos, siendo estos últimos, actos que representan el uso de poderes conferidos por normas que se materializan y se agotan en la realización de cambios normativos y de sus consecuencias en las esferas jurídicas de las personas.

Continuando con este análisis que se esquematizará en la líneas inferiores, tenemos que las normas expresadas por enunciados jurídicos, se clasifican en deónticas o regulativas y en no deónticas o constitutivas. Por lo que se refiere a las normas no deónticas, éstas determinan como se constituyen o producen resultados institucionales o cambios normativos, existen dos tipos, las que confieren poderes y que establecen que hay que hacer para producir resultados institucionales o cambios normativos; y las puramente constitutivas, las que establecen que si se actualiza un determinado estado de cosas, se produce un resultado institucional o cambio normativo. Dentro de las que confieren poderes pueden modalizar una acción de ejercicio obligatorio o facultativo y ambas pueden discurrir en opcional cuando hay más de una acción que produzca el resultado deseado o no opcional cuando sólo hay una forma de alcanzarlo.

En cuanto a las normas deónticas, mismas que nadie puede negar han acaparado la atención mayoritaria de los estudiosos del Derecho, se clasifican en reglas y principios. Ambos tipos normativos pueden ser a su vez normas de acción o de fin, según que la modalización deóntica de que están provistas sea una acción o un estado de cosas. Así tenemos como bien explican Atienza y Ruíz Manero en comento, que la distinción entre reglas de acción y reglas de fin, corre paralela a la que se establece en el campo de los principios, entre principios en sentido estricto y directrices; dado que los

principios en sentido estricto, las directrices, las reglas de acción y las reglas de fin, pueden modalizar la conducta, ya sea de manera obligatoria/prohibida o bien de manera facultativa, tenemos en total ocho enunciados que proyectan normas deónticas. [510]



Si de las normas hablamos, no podemos omitir la problemática que representa la tarea para definir a la norma jurídica, misma que etimológicamente proviene del griego *nomos*, que significa *la manera de ser*, ya que aun cuando aparentemente es fácil, cualquiera que profundice un poco podrá apreciar lo correcto del comentario de Oscar Correas, quien advierte *que "a pesar de que el Derecho puede definirse, y de hecho se hace como un conjunto de normas, de todos modos no existe unanimidad en la teoría del Derecho sobre qué es o como debe definirse norma jurídica…"*[511] Empero, algunas de sus definiciones son las siguientes: Para el Diccionario una norma es una *"Regla que debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc."*[512] Para Atienza, el concepto de norma puede aclararse bastante si nos aproximarnos al

[510] En el siguiente capítulo denominado "Los Principios Jurídicos" se abundará en la diferenciación y características de éstas especies, por ahora sólo nos interesa ubicarlos en su calidad de enunciados jurídicos del tipo normas deónticas.
[511] Correas, Oscar, vocablo "Norma jurídica", *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-IIJ, Tomo V, M-P, pp. 243-246.
[512] *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, 22ª *ed.*, España, Espasa, 2001, Tomo 7, pp. 1077.

lenguaje desde una perspectiva pragmática, expresando que *"las normas son precisamente directivas, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos."*[513] Para Bobbio una norma jurídica *es* "*aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada."*[514] Kelsen, por su parte consideró que la norma es aquella que *"alude a algo que deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera".*[515] En suma, como puede apreciarse el Derecho es un fenómeno complejo, de ahí la existencia de tantos intentos por conocerlo mejor y muchos de ellos se centran precisamente en su dimensión normativa.

VI. QUE SON LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS POSTURAS DIFERENCIADORAS ENTRE (PRINCIPIOS Y NORMAS) (PRINCIPIOS Y REGLAS)

Con lo anteriormente expuesto, ahora podemos identificar que cuando los autores indican diferencias entre normas y principios, es porque se basan en una teoría fuerte, mientras que cuando lo hacen refiriéndose a la diferencia entre reglas y principios, lo hacen con influencia de la teoría débil.

Sin lugar a dudas, el más conocido de los defensores de la teoría fuerte, en su papel de detonador ideológico de este nuevo debate, es Ronald Dworkin, quién exhibió desde la teoría fuerte los siguientes argumentos para diferenciar a los Principios Jurídicos de las que llama normas.

> *"Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan… las normas son aplicadas a manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonce, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión… Pero no es así como operan los principios, ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas…*[516] *Un principio como "Nadie puede beneficiarse de su propio delito" no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular*[517]*…Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia… Cuando los principios se interfieren [la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo], quién debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz es más importante que otro será con frecuencia motivo*

[513] Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2003, p. 62.
[514] Bobbio, Norberto, *Teoría del Derecho, op. cit.,* p. 147.
[515] Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho, op. cit.,* p. 18.
[516] Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 74 y s.
[517] *Ibídem*, p. 76.

de controversia. Sin embargo, es parte del concepto esencial de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene… Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes[518]*… En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es cuestión de forma… Con frecuencia palabras como razonable, negligente, injusto y significativo… hace que la aplicación de la norma que los contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en principio…*"[519]

Vigo realiza uno de los más completos estudios sobre 24 criterios distintivos existentes entre normas jurídicas y Principios Jurídicos, mismos que enseguida se muestran respetando de cierta forma sus ideas principales:[520]

1. Por su contenido. Mientras que los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los derechos morales [*moral rights* por oposición a *legal rights*], las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.

2. El origen. Las normas pueden ser sometidas al test de origen o *pedigree* Dworkiano, individualizando la manera y el momento en que fueron establecidas como tales. En cambio, los principios en virtud de pertenecer al Derecho forzosamente, por su contenido y no por disposición de alguna autoridad, no requieren de esa búsqueda.

3. La validez. La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido; por eso, en caso de contradicción con las normas aquellos son los que prevalecen. La validez de las normas en cambio, deriva de otras normas o de los principios.

4. Capacidad explicatoria y justificatoria. Los principios a diferencia de las normas tienen una especial y relevante capacidad de sintetizar una gran cantidad de información de un sector o de todo el ordenamiento jurídico, representándolo como un conjunto no caótico, sino dotado de sentido y orden.

5. La aplicación. Las normas se aplican de manera disyuntiva todo o nada, los principios no pretenden establecer condiciones, más bien enuncian razones que discurren en una sola dirección, lo que representa un punto de partida del razonamiento jurídico.

6. Tipos de razones. Mientras las normas son razones perentorias donde se aplican excluyendo toda deliberación, a propósito de otra cualquier mejor solución**;** los principios son razones de primer orden que necesitan ser ponderadas con otras

[518] *Ibídem*, pp. 77 y s.
[519] *Ibídem*, p. 79.
[520] *Vigo,* Rodolfo Luis, *los principios jurídicos, op. cit.,* pp. 9-18.

razones de otros principios, que a su vez pueden resolver en otro sentido el mismo caso.

7. La identificación. En las normas es posible teóricamente establecer la fórmula canónica de cada una. En el caso de los principios esto es imposible, básicamente porque se carece de un acto de incorporación y porque ellos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso del propio jurista.

8. La derogación. Las normas pueden ser expulsadas continuamente y sin mayor problema del sistema, pero con respecto de los principios, éstos permanecen formando parte de aquél mientras se los estime convenientes o justos en la determinación de los Derechos y deberes.

9. La labor que exigen*.* Los principios implican una exigente labor argumentativa profesional, dicho esfuerzo es menor cuando se opera con normas, puesto que allí habría una especie de aplicabilidad burocrática.

10. Las excepciones. Las normas manejan excepciones en sus contenidos, ganando de esta forma precisión, los principios aun con ella seguirían siendo de textura abierta.

11. Los destinatarios. En el caso de los principios, estos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de Derechos; las normas también pueden orientarse a los ciudadanos, quienes pueden llegar a inferir ciertos comportamientos aunque carezcan de formación profesional.

12. Resolución de contradicciones*.* Cuando se trata de normas, una de ellas no puede ser válida si otra que la contradice también lo es, y el desplazamiento de una de ellas las trasciende. En cambio, ante la colisión de principios al contar con una dimensión de peso, quién debe resolver su conflicto debe tenerlo muy en cuenta, y la preferencia de uno no implica la pérdida de juridicidad del principio descartado, esto demuestra que los principios no son entre sí incompatibles; son siempre concurrentes.

13. El cumplimiento. Las normas son mandatos definitivos, se obedecen o no, los principios en cambio establecen un ideal, que puede realizarse en un cierto grado mayor o menor.

14. La estructura Lógica*.* Mientras las normas tienen estructura lógica tradicional [concepto, juicio y razonamiento] los principios son conceptos axiológicos.

15. Incorporación al sistema jurídico. Las normas justifican su admisión al sistema en virtud de que se las infiere desde los principios o en virtud de reglas de

admisión propias del sistema. Los principios cumplen un papel equivalente a los axiomas.

16. Compromiso histórico. En las normas son evidentes la continencia y la relatividad de sus contenidos, a tenor de las características del tiempo y lugar a donde se dirigen. Mientras que en los principios, sus contenidos son permanentes, universales y absolutos [democracia, dignidad humana, etc.]

17. Localización en el ordenamiento jurídico. Los principios se localizan comúnmente en el plano de la Constitución, o sea del [*higher law*], mientras que las normas se ubican en el resto de las gradas inferiores. Y por eso son los principios los fundamentos de las normas.

18. Operatividad con la lógica formal. En el campo de las normas se verifica claramente el desarrollo de la lógica formal, lo cual se ha proyectado en las pretensiones que impulsan a la informática judicial. En el caso de los principios, en la medida que se les asigna un contenido axiológico su operatividad por medio de la lógica se ve perturbada o dificultada.

19. El aporte a la completitud del sistema. La admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del sistema, a punto de posibilitar el cierre de éste. Un sistema de normas encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una mayor limitación en las respuestas que necesita el jurista.

20. Componentes. En cuanto a las características de las normas prescriptivas dadas por Von Wright, éstas no se encuentran en los principios, puesto que no se puede verificar la autoridad, la promulgación, su contenido y la ocasión.

21. Funciones. Por el lado de las normas, la función que cumplen es la de regular directamente determinado supuesto de hecho, pero les es extraño el tener por objeto a otras normas, ya sea precisando su objeto, orientándolas o supliendo su ausencia. Mientras que los principios tienen funciones interpretativas, directivas, integradoras y limitativas de todo el sistema.

22. La coactividad*.* Los principios serían enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas sin establecer sanciones, mientras las normas se identifican por su contenido coactivo.

23. Formulación lingüística*.* En las normas su existencia jurídica requiere del enunciado lingüístico, aún cuando no todas se reduzcan a él; en cambio, para los principios ésta carece de trascendencia, atento a que lo decisivo y problemático es la referencia a la realidad que con ellos se alude.

24. Capacidad sistematizadora del Derecho*.* Las normas no generan por sí mismas y entre ellas un sistema jurídico; sin embargo, todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico. Vigo citando a Esser recuerda que en todas las culturas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de los problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

Robert Alexy, no ajeno a este apasionante tema, enfatiza que la distinción entre reglas y principios es uno de los principales pilares de la teoría de los Derechos Fundamentales explicando:

> *"…Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico. La distinción entre reglas y principios constituye además el marco de una teoría normativo-material de los Derechos Fundamentales y con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos Fundamentales…"*[521]

Para Alexy, el punto decisivo para la distinción de reglas y principios:

> *"…es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas y jurídicas que están determinadas no sólo por las reglas, sino también, esencialmente por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son sujetos de ponderación y, además la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza los principios. En cambio las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctic y jurídicamente posible. Su aplicación es una cosa de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ella la forma característica de la aplicación del Derecho…"*[522]

Ansuátegui después de concluir que el Derecho está formado por un conjunto de normas, se preocupa por explicar que no todas las normas son de una misma clase, y es precisamente esa diferencia entre principios y reglas donde se sitúa un importante y difícil debate para la teoría del Derecho, puesto que en su discusión emergen temas como el de la separación del Derecho y Moral, aplicación y argumentación jurídica por citar algunos, explica que desde un punto de vista general se puede afirmar que las aportaciones doctrinales referidas a la distinción de principios y reglas pueden ser agrupadas en torno a dos posiciones básicas*: "…por una parte, la que afirma que existe una diferenciación lógica o cualitativa entre reglas y principios, y por otra, la que*

[521] Alexy Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 81 y s.
[522] Alexy Robert, *El concepto y validez del Derecho, op. cit.*, p. 162.

afirma que no existe tal diferenciación y que en realidad, con la distinción ente reglas y principios, se alude, por ejemplo, a distintos modos de interpretación y argumentación, o a la mayor o menor presencia del elemento de la generalidad de las normas."[523]

Zagrebelsky sabedor de que la literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y reglas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente de su problemática, realiza una propuesta de distinción cuyos argumentos principales son los siguientes:

> *"Si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios… Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley…Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizá la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del Derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del Legislador… a las reglas "se obedece" y por ello es importante determinar con precisión los preceptos que el Legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios en cambio "se presta adhesión" y por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión… la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios directamente no nos dicen nada de este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones jurídicas, pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o de apoyo, o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de "supuesto de hecho", a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles "reaccionar" ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance… Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas y sólo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el Derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la "maquinización" de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista carece totalmente de sentido en la medida en que el Derecho contenga principios. La "aplicación" de los principios es completamente distinta y requiere que cuando la realidad exija de nosotros una "reacción" se "tome posición" ante ésta de conformidad con ellos…"*[524]

Comanducci, antes de distinguir a las normas de las reglas parte de dos importantes presupuestos cuyas ideas centrales: ***a)***. Es necesario agotar dentro de la secuencia

[523] Ansuátegui, Francisco Javier, "Lección sexta: El Derecho como norma", en Peces Barba, Gregorio y Rafael de Asís *(Coord.)*, *Curso de teoría del Derecho*, 2ª.ed., España, Marcial Pons, 2000, pp. 167 y s.
[524] Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, op. cit.*, pp. 109-111.

interpretativa la tercera etapa denominada *"configuración de las normas"*, que es propiamente la identificación de un principio o regla a partir de su interpretación. Es por eso que considera a ambas, enunciados interpretados (en el entendido que la primera etapa denominada identificación lingüística del enunciado, es la identificación del enunciado como entidad de lenguaje, la segunda denominada identificación pragmática del enunciado), es la identificación del enunciado como norma y la cuarta la atribución de significado. ***b).*** Aclarar que el simple hecho de que dentro de una norma se exprese la palabra principio, sea correcto pensar que en verdad se trata de un principio y a contrario sensu también existen enunciados jurídicos que sin mencionar expresamente el término principio, son verdaderos principios aun si el Legislador no lo dice explícitamente. Por eso concluye mencionando *"…el nomem iuris de `principio´ no es condición ni necesaria ni suficiente para identificar un principio jurídico",* razonamiento que comparto y que puede ser una critica interesante para los que dudan la existencia de los principios implícitos. Comanducci, también considera razonable partir de una definición per *genus et differentiam*, estableciendo que la teoría ha coincidido con que el género común de principios y reglas es que son normas, entendiendo a éstas como enunciados con funciones prescriptivas que regulan la conducta de los hombres y en lo que respecta a su diferencia específica nos menciona que ella depende de sí partimos de la tesis de separación fuerte o débil. La primera que se basa en una ontología de las normas, así las cosas, una norma es un principio o bien una regla desde el momento de su producción, es decir, son variables dependientes de la diversa tipología de las normas. Mientras que la separación débil no se basa en una ontología, sino en su configuración como principios o reglas en función de su manera de interpretación, aplicación o argumentación a partir de ellas o de solucionar los conflictos entre ellas. Cada norma es contingentemente o un principio o una regla, pues puede ser un principio, en un tiempo y con referencia de un caso, y una regla en otro tiempo y con referencia a otro caso. Es decir, es una variable dependiente no del tipo de normas, sino de las diversidades de la interpretación, aplicación y argumentación.

Este mismo autor opina sobre la conveniencia de la tesis de la separación débil, pues le atribuye una útil función heurística que permite dar cuenta de los distintos usos de las normas en la fase de interpretación, razonamiento jurídico o argumentación y aplicación dentro del marco jurídico, a la vez que crítica la teoría fuerte, que no supera el test de verificación empírica, ya que no siempre aquellas normas configuradas como principios presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se le atribuyen, y, al revés, a veces incluso aquellas normas que son configuradas como

reglas por los partidarios de la tesis fuerte presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se atribuyen a los principios.

Después de las explicaciones anteriores, el mismo autor nos propone la siguiente definición de principios *per genus et differentiam* basada en una separación débil.

> *"…aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de elección valorativa, en la fase de producción del Derecho [por el Legislador que atribuye a algunas normas el nomen de principios], o en la fase de aplicación del Derecho a casos concretos [generalmente por los jueces], o bien en el razonamiento jurídico [por los jueces y la dogmática]. Esta configuración en la aplicación del Derecho y razonamiento jurídico está generalmente motivada; es decir, el órgano de la aplicación o el interprete justifican la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales [de tipo de estructura y/o funcional] de aquella norma frente a otras reglas del sistema."*[525]

Guastini de forma muy general explica que algunos sostienen que los principios son normas *sui generis* que se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; y otros, que los principios se caracterizan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por su función. *"En un caso se puede decir que la distinción entre normas y principios es interna: para identificar un principio es necesario mirar "dentro" del propio principio, analizar el enunciado en el que encuentra su formulación. En el otro la distinción es externa: para identificar un principio es necesario mirar "fuera" del mismo: no es necesario analizar el propio principio sino su contexto normativo."*[526]

Asimismo, en el ejercicio de identificar cuales son los rasgos característicos de las *normas de principio*, que los distinguen de las *normas de detalle* (reglas), y advirtiendo Guastini que cualquier diferenciación puede resultar controvertida, entre otras causas, por la heterogeneidad de los principios, inicia su análisis mostrando primigeniamente los cinco modos distintos en los que se ha trazado tradicionalmente su separación por la doctrina:

1. *Una primera tesis* pretende caracterizar los principios en virtud de su formulación; las disposiciones que expresan principios son formulados en un lenguaje extremadamente fluido, vago e indeterminado.
2. *Una segunda tesis* pretende caracterizar los principios en virtud de su contenido normativo. Esta tesis tiene al menos dos variantes. a) A veces se sostiene que los principios se distinguen por su generalidad, es decir, por la amplitud de su campo de aplicación; y b) Otras veces se piensa que los principios a diferencia de las normas, no dirigen los comportamientos sino las actitudes.
3. *Una tercera tesis* pretende caracterizar los principios en virtud de su estructura lógica: los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una

[525] Comanducci, Paolo, *Análisis y Derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 95 y s.
[526] Guastini, *Distinguiendo, op. cit.,* p.145.

consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante *(Si se produce el hecho F, entonces se sigue la consecuencia jurídica G),* ya que o bien están, sin más privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto. Esta forma de pensar es susceptible por otra parte, de dos interpretaciones. *a) Primera interpretación: los principios son normas (no hipotéticas sino) categóricas; y b) Segunda interpretación: los principios son normas que están privadas de un ámbito específico de aplicación (o quizás, privadas de cualquier ámbito de aplicación.*

4. *Una cuarta tesis* pretende caracterizar los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta tesis tiene dos variantes. *a) Según algunos, los principios son normas fundamentales, es decir, constituyen el "fundamento", la justificación axiológica de otras normas; y b) Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad "material" -id est axiológica- del ordenamiento en su conjunto, de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.*

5. *Una quinta tesis* finalmente pretende caracterizar los principios en virtud de la forma como estos funcionan en la interpretación o en el razonamiento jurídico. En especial: ***A.*** *Los principios no admiten una interpretación literal;* ***B.*** *Los principios orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento (las normas de detalle tienen que ser interpretadas de forma que sean coherentes con los principios);* ***C****. La aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción; y* ***D****. los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la "ponderación" o del "balance".*"[527]

De estas tesis diferenciadoras, Guastini critica que ninguna de estas es enteramente persuasiva, pues comparten un defecto, que considera fatal, todas asumen que existe un sólo tipo de principios o que, en todo caso, todos los principios poseen una o más propiedades comunes, y por tanto, pueden ser reconducidos a un concepto unitario. Por lo que concluye con la conveniencia de renunciar sin más a dirimir esta controversia de forma neta y definitiva, y conformarse con conjeturar de forma mucho más cauta que al menos en la mayoría de los casos, los principios se distinguen de las otras normas por una o más de las siguientes características que se expondrán extrayendo los principales postulados diferenciadores contenidos en su obra.[528]

En cuanto a su formulación comenta:

"Ante todo, es necesario decir, que a diferencia de las otras normas, algunos principios están privados de toda formulación… Diciendo que algunos principios no tienen formulación, no se quiere decir que no tengan una formulación oficial o estándar: lo que es cierto para toda una clase de principios [los "principios inexpresados" o "implícitos"] se quiere decir que algunos principios son habitualmente mencionados pero no formulados: es usual llamarlo "por el nombre" pero nadie se atreve a ofrecer una sucinta formulación normativa… muchos principios son habitualmente formulados en un lenguaje no propiamente descriptivo sino más bien optativo o valorativo… De esta forma, puede decirse que muchos principios -a diferencia de otras normas- dirigen el comportamiento de un modo indirecto: a veces proclamando un valor, a veces formulando auspicios. Como ya se ha observado, los principios no se presenta con una precisa formulación prescriptiva, en cuanto que afirman orientaciones o ideales de

[527] Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, *op. cit.,* pp. 145-153.

[528] Como podrá observarse de la clasificación propuesta por Guastini, ésta se realiza desde una postura débil, al enunciar: *"De forma muy general, quizás pueda decirse que los principios son normas sui generis que se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se caracterizan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en el."*

política legislativa… En general, ni la forma deóntica, ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de los principios. A menudo, los principios asumen la forma de solemnes "declaraciones" [en indicativo]: en el sentido de que no se presentan como enunciados constitutivos de situaciones jurídicas nuevas, sino como meros reconocimientos de valores [jurídicos, políticos, morales] que se asumen como preexistentes y ahora adquiridos, autoevidentes, indiscutibles. Por ejemplo: "La Libertad personal es inviolable."[529]

En cuanto al contenido normativo de los principios continúa explicando Guastini:

"Muchos principios [pero ciertamente no todos] son normas teleológicas o pueden ser reformulados en forma teleológica. En otras palabras, se distinguen de otras reglas de conducta por el hecho de que no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin, para lo cual los destinatarios pueden escoger dentro de una pluralidad de comportamientos alternativos [tantos como medios aptos para conseguir el fin prescrito]... Muchos principios [aunque efectivamente no todos] no son normas de conducta comunes, sino metanormas o normas de segundo grado, más precisamente normas sobre la aplicación del Derecho: normas que no se dirigen pues a los ciudadanos privados, sino a los órganos jurisdiccionales y administrativos y no se refieren directamente a la conducta sino a otras normas. A veces determinan el campo de aplicación de una pluralidad de normas. Frecuentemente la formulación de los principios es, por decirlo así, categórica: proclaman una finalidad o un valor a perseguir, no ya en presencia de una condición precisa sino incondicionadamente."[530]

En cuanto a la estructura lógica de los principios manifiesta:

"… Las normas son condicionales que no admiten excepciones. En otras palabras ante una norma queda excluido que si se produce el hecho condicionante no se produzca la consecuencia jurídica prevista. Los principios en cambio, son condicionantes "derrotables": es decir, condicionales que admiten excepciones implícitas [derivable de otros principios]. Así, no queda excluido que, incluso en presencia del hecho condicionante, la consecuencia jurídica no se produzca, los principios -podemos decir- a diferencia de las normas, no imponen obligaciones absolutas, sino obligaciones "prima facie" que pueden ser "superadas" o "derogadas" por obra de otros principios…"[531]

En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento diserta:

"Los principios se caracterizan respecto a las otras normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos de sus sectores específicos [por ejemplo, el Derecho civil, el Derecho administrativo, etcétera] el papel de normas fundamentales. Esto ocurre en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas [generalmente cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas]. En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación [ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o intrínsecamente justos]."[532]

[529] *Ibídem*, pp. 148 y s.
[530] *Ibídem*, pp. 149 y s.
[531] *Ibídem*, pp. 150 y s.
[532] Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, *op. cit.,* pp. 152 y s.

Albert Casalmiglia, resalta como un elemento diferenciador de las reglas y principios, que las primeras se pueden identificar con un test de origen, mientras que los principios no, al respecto explica que sabemos si una norma legislativa pertenece a un ordenamiento determinado siempre y cuando se pueda deducir su validez de la Constitución, mientras que no se puede deducir la validez de un principio por su origen sino por su fuerza argumentativa, es decir, por su peso específico.[533]

Borowski, discípulo de Alexy, estimando que la distinción entre reglas y principios en la teoría jurídica, es acertadamente considerada como una clave para la solución de problemas medulares de la dogmática de los Derechos Fundamentales, nos proporciona la siguiente caracterización de su distinción:

> *"Según la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber prima facie, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden mediante la dimensión de peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. A las reglas les hace falta la dimensión de peso, propia de los principios. Las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible. Los principios en cambio, representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios, son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principios se imponen en una colisión entre principios. Entre el carácter de principio de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido lato, existe una relación de implicación recíproca; el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad en sentido lato y viceversa."*[534]

Cárdenas Gracia, comenta cinco variables que distinguen las reglas y principios:

> ***a).*** *Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago e indeterminado.*
> ***b)****. Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.*
> ***c)****. La tercera vía señala que los principios no tienen la estructura lógica de las normas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.*
> ***d).*** *Se distinguen de los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamentos de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.*
> ***e).*** *En una quinta aproximación se indica que los principios no admiten interpretación literal; tienen un carácter orientador respecto a las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación."*[535]

Prieto Sanchís hablando del dogma positivista consistente en que las normas están formadas por una serie de elementos comunes que son supuestos de hecho, cópula

---

[533] *Cfr.* Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 2003, pp. 85 y s.
[534] Borowski, Martín, La estructura de los Derechos Fundamentales, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Colombia, Externado de Colombia, 2003, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, núm. 25, pp. 48-50.
[535] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, *op. cit.*, pp. 111 y s.

de deber ser y consecuencia jurídica, realiza una crítica a su generalidad, puesto que expone que este esquema resulta difícilmente compatible con la estructura que se predica de las normas constitucionales, ya que estas suelen calificarse de incompletas, vagas, abstractas, generales y de aplicación diferida. En razón de ello, explica que la estructura de estas normas se aparta claramente del esquema un tanto simplista que acuñó el positivismo: muchas veces ni sabemos con exactitud cuando han de aplicarse, ni en que medida, ni en que consecuencia. Sin embargo, concluye manifestando que: *"A mi juicio, todo ello no significa que sea posible trazar una distinción fuerte o lógica entre los enunciados lingüísticos que llamamos reglas y los que llamamos principios… Pero sí supone que la concepción tradicional de la norma jurídica generalmente defendida desde el positivismo [aunque no sólo del positivismo] debe ser revisada en términos de mayor complejidad…"*[536] Este mismo autor español, complementa que los principios son un tipo de normas que se caracterizan por poseer de forma gradual tres tipos de rasgos; los de carácter fundamental, general y de vaguedad. Al respecto señala que son fundamentales puesto que su contenido y presencia transforma directamente al ordenamiento jurídico, ya que son criterios preferenciales de interpretación. Son normas generales en el sentido de que el supuesto de hecho está formulado en términos muy generales y abstractos, de la misma manera que las consecuencias normativas tampoco están fijadas y determinadas con certeza. Y por último, son normas de la vaguedad puesto poseen un amplio ámbito de indeterminación semántica, situación que hace difícil la identificación de un caso y el supuesto de hecho previsto en la norma.[537]

Atienza inicia su análisis, partiendo de la explicación de lo que se debe entender por normas de acción *(las que al suceder ciertas circunstancias, entonces alguien debe, no debe, o puede hacer algo*); y normas de fin *(en las que se señalan ciertos fines a alcanzar y se deja al destinatario que elija dentro de los límites fijados por otras normas los medios adecuados para ello),* para después plasmar como diferencias entre reglas y principios las siguientes:

> *"La diferencia entre las reglas [que, como se ha dicho, pueden ser de acción o de fin y los principios que también pueden ser de fin (directrices) o bien de acción (principios en sentido estricto) pueden examinarse desde diversos puntos de vista. En el plano estructural, tanto las reglas como los principios tienen una forma condicional, pues establecen que si se dan determinadas circunstancias, entonces alguien debe, no debe o puede realizar cierta conducta o procurar cierto fin. La diferencia estriba en que las condiciones de aplicación de*

[536] Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª *ed*., México, Fontamara, 1997, p. 31.
[537] *Cfr*. Prieto Sanchís, Luis, *et. al*., *La doctrina de los Principios Generales del Derecho y la distinción entre reglas y principios,* Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 339-343.

los principios están dados de forma muy abierta… donde la apertura llega a tal punto que se puede considerar como una norma categórica en el sentido de Von Wright: no hay otras condiciones de aplicación que las que se desprenden del propio contenido. Por el contrario, en las reglas, las condiciones de aplicación son cerradas [las reglas son normas hipotéticas], en el sentido de que consisten en una serie de propiedades, definidas con mayor o menor precisión… Por eso, el "debe" de las reglas pretende ser concluyente, mientras que el de los principios es sólo prima facie. Desde otra perspectiva, puede decirse que los principios y las reglas suponen razones para la acción de tipo distinto. Las reglas constituyen razones excluyentes, por el contrario, los principios suministran razones más débiles [razones no excluyentes] que deben ser sopesados con otras razones: la utilización de los principios implica siempre por eso un ejercicio de ponderación. Muchas veces, ese papel argumentativo de los principios [ponderar implica argumentar] permanece oculto, simplemente porque las reglas son, a su vez, el resultado de una ponderación entre principios."[538]

A mayor abundamiento, Atienza y Manero, profundizan su análisis en torno a la separación entre principios y reglas, siendo su estrategia nuevamente para responder esta pregunta, la idea de partir de tres enfoques característicos que suelen adoptarse en relación con las normas: un enfoque estructural que consiste en ver a las normas como entidades organizadas de cierta forma; el segundo enfoque que se centra en el papel o la función que las mismas cumplen o pretenden cumplir en el razonamiento práctico de sus destinatarios; y el tercero de ellos, cuya aproximación consiste en ver las normas no en términos de casos y soluciones o de razones para la acción y razonamiento práctico, sino en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad. De ésta forma realizan su propuesta distintiva entre reglas y principios, misma que advierten podría adquirir tonos diferentes, según cuál sea la perspectiva escogida para considerar las normas y dependiendo de la forma en que se distingan los propios principios internamente. [539]

Explican Atienza y Ruíz Manero que desde el primero de los enfoques: el estructural, los principios en sentido estricto se diferencian de las reglas:

"...en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es más radical que el de las reglas."[540]

A su vez, continúan explicando que otra diferencia bajo este enfoque radica como lo manifiesta Alexy, en que los principios son mandatos de optimización que se

[538] Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho, op. cit.*, pp. 80 y s.
[539] *Conviene señalar que en el apartado siguiente se explicará la clasificación realizada por estos autores: (principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas; en principios del sistema del súbdito y principios de sistema del Juez; principios explícitos y principios implícitos; y principios sustantivos y principios institucionales), mismas que resultan necesarias para poder entender el análisis diferenciador entre reglas y principios que exponen.*
[540] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, op. cit.,* pp. 30 y s.

caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, en cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida pueden ser cumplidas o incumplidas; sin embargo, Atienza y Manero puntualizan que *"A nuestro juicio los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto."*[541] Asimismo, señalan en cuanto a su manejo, que la ponderación resulta ser el medio idóneo para los principios, mientras las reglas por el contrario, están destinadas a evitar la ponderación, al correlacionar su solución normativa con las condiciones de aplicación o al pretender imponer obligaciones.

Por lo que se refiere al segundo enfoque señalado, mismo que se centra en los principios y reglas como razones para la acción; según el binomio de los jurista españoles en análisis, tenemos que los principios explícitos, en el contexto del sistema secundario (*dirigidos a jueces*) son razones para la acción independientes del contenido y no perentorias, mientras que las reglas son independientes y perentorias o protegidas. Esto lo explican manifestando que:

> *"...Son independientes del contenido porque, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones [otros principios] que puedan constituir a su vez razones para resolver en otro sentido ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional… Los principios implícitos a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido, no son perentorias por las mismas razones que tienen los explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento jurídico no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido [adecuación o coherencia en relación con las reglas o principios basados en fuentes]".*[542]

En su tercera aproximación, relacionada con la conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad, después de aclarar que precisamente las normas jurídicas están conectadas de diversas maneras con los intereses y por tanto, con el poder, explican que las normas, no tienen como única función la de delimitar el terreno del cual cada persona puede perseguir sus fines (reglas de acción), sino también el de promover intereses sociales (reglas de fin y directrices). Por lo que

[541] *Ibídem*, p. 31.
[542] *Ibídem*, p. 36.

como resultado de dicha exposición se desprenden las siguientes diferencias entre determinados tipos de reglas y principios que se indican por los juristas en análisis.

> *"…Las reglas de fin y sobre todo las directrices no delimitan ex ante la articulación de los intereses en conflicto-ni tampoco en el caso de las directrices, de las finalidades relativamente incompatibles, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos. Las directrices (cabría decir) no determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia de cada caso como sucede en las reglas de acción, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinables a priori, esto es, no contenidas en las normas…"*[543]

Cruz Parcero dentro de su análisis de los Derechos vistos como reglas y principios, coincidiendo con la posición de Dworkin señala que:

> *"…buena parte de los Derechos Fundamentales consagrados en una Constitución, Tratados u otras leyes, operan como principios, puesto que establecen un Derecho que indica un curso de acción, o un valor que se protege, pero no establecen con claridad los deberes correlativos, ni mucho menos sanciones en caso de incumplimiento; en ocasiones tampoco queda claro a qué órgano del Estado le compete proteger, garantizar, asegurar, promover u otorgar prestaciones relacionadas con dichos Derechos."*[544]

Explica también que la distinción entre reglas y entre principios es fundamental para entender entre otros, el tema de los Derechos Fundamentales básicos, o también los Derechos Humanos y en específico explicar adecuadamente como funcionan los Derechos en el razonamiento jurídico. No sin antes señalar que tales Derechos por lo general, los Derechos más abstractos y generales operan como principios.

> *"Una teoría de los Derechos Fundamentales -o como las conocemos en México, de las garantías individuales- tendría que tomar en cuenta esta distinción para explicar adecuadamente como funcionan los Derechos en el razonamiento jurídico. Es por ello que esta distinción ha servido al neoconstitucionalismo para reformular la teoría constitucional mirando hacia la limitación de los poderes del Estado y protección de los Derechos Fundamentales… Una consecuencia de la distinción entre principios y reglas señalada por Dworkin, es que los principios están estrechamente relacionados con los valores morales, eso hace que los Derechos Fundamentales sirvan de conexión entre el Derecho y la moral y que, finalmente, éste vínculo no sea sólo contingente como sostienen los iuspositivistas, sino también necesario. Estas implicaciones se pueden encontrar en autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky, entre otros."*[545]

Vega Gómez advierte que los principios demuestran tener una preponderancia sobre las normas y resalta que precisamente los Principios Jurídicos tienen una especial importancia aplicativa en los denominados casos difíciles, aquellos en los

---

[543] *Ibídem*, p. 41.
[544] Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, *Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trota, 2007, p. 191.
[545] Cruz Parcero, Juan Antonio, término *principios jurídicos, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia jurídica latinoamericana;* Buenos Aires, Argentina, UNAM-Culzoni Editores, 2007, Tomo VIII (O-Q), p. 648.

cuales las normas jurídicas no nos brindan una solución clara y precisa de los hechos que se plantean ante los tribunales.[546]

Águiló Regla manifiesta*:*

> *"En mi opinión la mejor manera de caracterizar los Principios Jurídicos, mostrando de forma clara su diferencia con las reglas, consiste en firmar que son un tipo de pauta conducta en la que no se define caso, que no cuentan con un supuesto de hecho. Dicho en otras palabras, su esquema responde a lo que Von Wrigth llamó normas categóricas; esto es, normas cuyas condiciones de aplicación se derivan exclusivamente de su propio contenido."*[547]

Continuando con el análisis de Aguiló Regla, en términos generales traza la distinción entre reglas y principios en los siguientes puntos: *"…las reglas responden a una estructura condicional que correlaciona un caso [esto es, un conjunto de propiedades por genérico y vago que este sea] con una solución normativa. Los principios, por el contrario, no tienen más condiciones de aplicación que las que derivan de su propio contenido. En este sentido son normas categóricas."*[548]

Ferrajoli coincide en que una de las características principales de los principios frente a las reglas, consiste en que son formulados en términos vagos y/o valorativos, de ahí que explique que en los estados constitucionales cada vez es más común la existencia de juicios de carácter valorativos y no puramente descriptivos, mismos que son producto de los juicios de inconstitucionalidad que enfrenten la invalidez sustancial de las normas legales por incoherencia con principios constitucionales formulados en esos términos de vaguedad e indeterminación. Asimismo Ferrajoli, en cuanto al tema de los principios y su margen de discrecionalidad judicial que algunos otros autores proyectan como otra diferencia entre principios y reglas, apunta que la discrecionalidad interpretativa de los jueces constitucionales es como la de cualquier otro Juez, un rasgo inevitable de la aplicación jurisdiccional.[549]

Ante la pregunta ¿por qué una parte de las normas son calificadas como principios? Wróblewski, responde que:

> *"El análisis de la práctica judicial muestra que esta calificación sirve para tratar algunas normas como más importantes que las otras. El análisis teórico muestra que los criterios utilizados en este ennoblecimiento de normas es estrictamente análogo en la jurisprudencia y en la ciencia del Derecho. Son calificadas como principios las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo [por ejemplo en una Ley] o en el sistema jurídico entero. Su importancia reside en la estructura del conjunto de las normas o*

[546] *Cfr.* Vega Gómez, Juan, *Seguridad jurídica e interpretación judicial*, México, UNAM, (tesis doctoral), pp.106 y s.
[547] Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes, op. cit.,* p. 136.
[548] *Ibídem*, p. 138.
[549] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, Una discusión sobre Derecho y democracia, trad.* Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, pp. 63-68.

en las valoraciones acerca de su importancia desde el punto de vista de los valores no relativizados [puros, primarios] o relativizados [sistémicos, instrumentales, condicionales].”[550]

Es importante destacar que Wróblewski se aproxima analíticamente a la idea de que son valorativos no relativizados, aquellos que no están justificados en un discurso jurídico determinado, mientras que son valores relativizados aquellos que encuentran justificación en algunas normas. De lo anterior, se colige que al fin de cuentas todo radica en el añejo problema de cognitivismo y no cognitivismo en la aplicación del Derecho.

Valencia Restrepo realiza un valioso análisis diferenciador entre principios y reglas, dividido en cuatro partes comenta, mismo que expondremos a continuación:

A. GENERO PROXIMO DE LOS PRINCIPIOS Y DE LAS REGLAS.

Unas y otras son normas jurídicas, axiológicas, positivas y aplicables deductivamente. Son jurídicas porque son normas encaminadas a regular de modo coercible la interferencia subjetiva de los miembros de cualquier comunidad para implantar en ella un orden racional y justo; son las axiológicas, se cimentan en un valor del que son portadoras y que realizan; positivas, porque si no lo fueran no serían jurídicas, esta posibilidad puede ser implícita o explícita. Aplicables por método deductivo, lo particular debe convertirse en norrma individualizada extraida de una norma general (un principio, Ley o costumbre).

B. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS.

Los principios son siempre normas fundamentales e imperativos, las reglas por su parte no son fundamentales, sino secundarias, ni son imperativas sino dispositivas; Las reglas estan subordinadas a los principios, los principios no estan subordinadas a otras normas; los principios son normas tópicas o lugares comunes, dado que son la decantación de la sabiduría y el sentido común jurídicos, las reglas en cambio son atópicas; los principios son normas constitutivas del ordenamiento por eso están presentes preponderantemente en la Constitución, las reglas aunque aparezcan en ella, no son más que leyes reforzadas por su forma especial, se agotan en sí mismas, no tienen fuerza constitutiva además de lo que ellas mismas significan; por ser los principios los mismos derechos del hombre, pertenecen al bloque de constitucionalidad. Las reglas por el contrario no pertenecen a bloque semejante; los

[550] Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho, trad.* Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2001, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, p. 207.

principios son normas que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, las reglas no sirven para todo ello, sino que precisamente son creadas, interpretadas e integradas por los principios. Desempeñan una o a lo sumo dos, pero nunca las tres funciones simultaneamente como lo hacen los principios.

C. DIFERENCIAS NO ABSOLUTAS ENTRE LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS.

Los principios y las reglas pueden ser normas implícitas o explícitamente positivas; ambas pueden ser normas universales; pueden comprenderse con los variados métodos de interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del Legislador; las reglas pueden ser indistintamente normas universales o individualizadas. Los principios siempre son normas universales o generales, jamás individualizadas.

D. CONCLUSIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS CON BASE EN LAS TEORÍAS FUERTE Y DÉBIL.

Cuatro elementos pertenecen a la teoría fuerte: ser los principios normas fundamentales, imperativas, tópicas y que sirven para crear interpretar e integrar el ordenamiento.Tres elementos pertenecen a la teoría débil: el ser los principios normas universales, axiológica e implícita o explícitamente positivas.

A manera de representar de forma más clara y completa las diferencias antes expuestas, realizamos el siguiente cuadro comparativo:

REGLAS	PRINCIPIOS
Son atópicos.	*Son tópicos.*
Se encuentran prevalentemente en las normas legislativas.	*Se encuentran prevalentemente en las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia.*
Podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes, pero no tienen una dimensión de peso.	*Los principios tienen una dimensión de peso o importancia, cuando los principios se interfieren quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos en el caso concreto.*
Sus antinomias se resuelven relativamente fáciles mediante el uso del método cronológico, jerárquico y de especialidad.	*En los conflictos entre principios no puede haber una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.*
Tienen el carácter de mandatos definitivos.	*Son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.*
Su aplicación es una cosa de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ella la forma característica de la aplicación del Derecho.	*No sólo son susceptibles, sino también necesitan de la ponderación para su aplicación.*

Aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.	*Desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir "constitutivo" del orden jurídico.*
Nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas.	*Generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o de apoyo, o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.*
Son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante.	*Por su formulación, están sin más privados del hecho condicionante, o bien, presentan un hecho condicionante abierto.*
Tienen un supuesto de hecho, y por lo tanto pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente.	*Puesto que carecen de "supuesto de hecho", a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles "reaccionar" ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.*
Proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas.	*Los principios, directamente no nos dicen nada al respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones jurídicas, pero que a priori aparecen indeterminadas.*
Las disposiciones que expresan reglas, en su mayoría suelen ser claras y precisas.	*Las disposiciones que expresan principios son formulados en un lenguaje extremadamente fluido, vago e indeterminado.*
Dirigen comportamientos,	*Dirigen actitudes.*
No son fundamento del ordenamiento jurídico, sino únicamente una vía para cumplir con su fundamento.	*Son normas fundamentales, es decir, constituyen el "fundamento", la justificación axiológica de otras normas; de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.*
Admiten una interrelación literal.	*No admiten una interpretación literal.*
Son normas de detalle.	*Orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento.*
Su interpretación se encuentra condicionada por los principios que reflejan valores.	*No están condicionadas más que por los pesos específicos de los mismos principios aplicables al caso.*
Son jerárquicamente inferiores a los principios dentro del ordenamiento jurídico.	*Son jerárquicamente superiores a las reglas dentro del ordenamiento jurídico.*
Son de textura cerrada para la interpretación.	*Son de textura abierta para la interpretación.*
Su aplicación no requiere de un gran esfuerzo argumentativo.	*Su aplicación requiere un alto grado de argumentación.*
Pueden determinarse sin mayores inconvenientes a qué sujetos apunta, qué conductas compromete de éstos y las circunstancias en que su vinculación aparece.	*Los operadores jurídicos tienen que establecer su ámbito de aplicación debido a su generalidad, indeterminación y vaguedad.*
Son normas hipotéticas.	*Son normas categóricas.*
Las reglas constituyen razones excluyentes.	*Suministran razones más débiles (razones no excluyentes) que deben ser sopesados con otras razones.*
Son razones concluyentes para resolver en un específico sentido.	*Son razones de primer orden para resolver en un caso determinado.*
Son utilizadas por los operadores jurídicos para resolver casos fáciles.	*Son necesarias para la resolución de casos difíciles.*

Asimismo, no podemos omitir el interesante comentario vertido por Prieto Sanchís, en referencia a que los principios constitucionales no presentan perfiles uniformes, ni en su estructura, ni en su concreta aplicación, explicando que:

> "...*Por ejemplo un principio puede funcionar a la manera de "todo o nada" cuando constituye el único criterio para resolver el caso; es verdad que muchos principios carecen de supuesto de hecho, pero no todos, y así sabemos que el contenido del 49 de la CE [Constitución española], se aplica a los minusválidos, aunque, por ser un mandato de optimización desconozcamos a ciencia cierta cuál es la acción debida; al contrario, en el principio de igualdad del artículo 14 de la C.E. no encontramos el supuesto de hecho, pero, decididos a aplicarlo, la consecuencia jurídica esta clara y no admite optimización alguna, pues la idea del mandato de optimización conviene sólo a los llamados principios programáticos; y en fin, que el conflicto entre reglas y entre principios se resuelve de distinta forma, es correcto pero estipulativo, pues algunas normas que habitualmente llamamos principios pueden colisionar como reglas, y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios…* "[551]

En suma, reconstruyendo las características de los principios contenidas en el ejercicio antes realizado y advirtiendo que existen varios tipos de principios, y que precisamente de su tipología depende en gran medida, la acentuación o debilitamiento de las características señaladas, y que existen varias acepciones de los mismos, podemos concluir con intento armonizador e incluyente que los Principios Jurídicos son *in genere* y no exhaustivamente:

Los principios son normas jurídicas que debido a su alto contenido sustantivo, prevalentemente se encuentran en el derecho más alto (preponderantemente en las constituciones); que no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas; que no pretenden ni siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular, que son formuladas en un lenguaje fluido, vago e indeterminado; que se instituyen como los puentes entre los Derechos Fundamentales y las reglas; que tienen una dimensión de peso o importancia, que cuando se interfieren entre sí, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos en el caso concreto; que son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, es decir, requieren de la proporcionalidad puesto que no admiten una interpretación literal; que generan actitudes favorables o contrarias de adhesión o de apoyo, o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto; que su significado no puede determinarse en

[551] Prieto Sanchís, Los *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, pp. 178 y s.

abstracto, sino sólo en casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance; que orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento. Suministran razones más débiles (razones no excluyentes) que deben ser sopesados con otras razones; que son de textura abierta para la interpretación; que requieren un alto grado de argumentación y que son necesarias para resolver los casos difíciles de nuestras sociedades contemporáneas.

VII. LAS CLASIFICACIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Si bien es cierto, los principios después de una difícil lucha han sido reconocidos por la mayoría de juristas contemporáneos, actualmente enfrentan un problema de naturaleza interna, mismo que surge de los diversos sentidos utilizados por los juristas al referirse a ellos. En razón de lo anterior, dedicaremos este apartado para congregar las principales clasificaciones realizadas por la teoría jurídica, que como se podrá apreciar son más apegadas al consenso que al disenso:

Por su parte, Atienza y Ruiz Manero proponen la siguiente clasificación cuádruple de los principios, que consideran evitan al menos las impresiones no superadas en la anterior clasificación que inevitablemente lleva el manejo de un término vago.[552]

> ***1****. Por un lado, se puede distinguir entre principios en sentido estricto (en el sentido de norma que expresa los valores supremos de un ordenamiento jurídico) y directrices o normas programáticas, (en el sentido de norma programática o directriz que estipula la obligación de perseguir ciertos fines). Esta distinción la entendemos como de carácter exhaustivo y excluyente. El configurar la distinción como exhaustiva, implica proceder a una redefinición con arreglo a la cual las características de a), b), e) ó f), no permiten por sí mismas calificar a una determinada pauta como principio (aunque desde luego, de un lado las características de a) y b) suelen acompañar a los principios en sentido estricto y a las directrices, y de otro un buen número de pautas que exhiben las características e) o f) resulten reconducibles a los principios en sentido estricto y a las directrices. El configurar la distinción como excluyente implica que, aunque es posible que un mismo enunciado pueda consideras en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz (y hasta puede decirse que ello constituye una ambigüedad característica de muchos principios), una misma persona no puede utilizarlo en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez.*
>
> ***2.*** *La segunda distinción es entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y la de principios en el contexto del sistema secundario o sistema del Juez o en general de los órganos jurídicos; esto es entre los principios (pautas de comportamiento formulables como principio en sentido estricto o como normas programáticas) en cuanto dirigidos a guiar la conducta de la gente y los principios en cuanto a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (creación o aplicación de normas) de los órganos jurídicos. Esta distinción es exhaustiva, pero no excluyente. Hay sin duda principios cuya virtualidad se limita a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos, pero no principios que operan sólo en relación a la conducta de los súbditos: todos los principios de los que puede predicarse guían*

[552] *Ibídem*, pp. 26-28.

la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas en general, constituyen al menos el criterio de valoración de esa misma conducta por parte de los órganos de aplicación.

3. *La que media entre principios explícitos, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y principios implícitos, esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Esta distinción es exhaustiva y excluyente.*

4. *Finalmente, la que cabe hacer entre principios sustantivos y principios institucionales**.** Los primeros que como hemos visto, pueden ser principios en sentido estricto o directrices, expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar; apuntan así, al modelo de convivencia de los seres humanos que el Derecho pretende moldear. Los segundos -los principios institucionales- expresan exigencias que derivan centralmente de lo que podemos llamar valores internos del Derecho y del objetivo general de la eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su maquinaria. Esta distinción es exhaustiva pero no excluyente, en el siguiente sentido: aunque una categoría se contraponga a la otra y en ocasiones haya una tensión entre los que unos y otros exigen, muchos principios institucionales pueden verse fundamentalmente como dimensiones orientadas hacia el interior del sistema jurídico de ciertos principios sustantivos.*

Guastini clasifica a los principios en *expresos* e *implícitos*, y en *constitucionales, supremos y legislativos*. Para abordar este primer tema, este autor inicia con el difícil debate entre principios del Derecho positivo y principios del Derecho natural, mismo que resuelve considerando:

"Se puede decir, en efecto, que son principios de Derecho positivo, aquellos y sólo aquellos, que son directamente expresados por, o al menos pueden ser persuasivamente derivados de, disposiciones positivamente formuladas en las fuentes del Derecho vigente. Lo que es lo mismo que decir que el Juez, al aplicar un principio general debe mostrar en forma persuasiva que el principio en cuestión es reconducible a una disposición positiva válida, como su significado o fundamento implícito."[553]

De esta manera, surge por consecuencia la necesaria separación entre principios expresos e implícitos, distinción que la propia Ley ha establecido, como en el caso italiano que se usa como ejemplo, pues dispone su cumplimiento de acuerdo a los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen o que se deriven de las leyes vigentes.

Para Guastini los ordenamientos jurídicos cuentan con principios explícitos, mismos que pueden gozar de un autoreconocimiento por establecerse como precisamente principios, siendo esta consecuencia de la valoración del Legislador y no del intérprete ó porque aun cuando no se contienen con la palabra principio no autocalificándose, éstos han recibido tal categoría por la valoración del intérprete. Guastini, en relación a los principios implícitos (aquellos que están privados de disposiciones constitucionales o legales, pero que son construidos por los intérpretes, sin que esto signifique que asuman el papel del Legislador sino que asumen que ese principio esta implícito, latente en el discurso de las fuentes), manifiesta que: "*Los principios implícitos no son*

[553] *Ídem.*

fruto de la interpretación [esto es, de la adscripción de sentidos a textos normativos específicos], sino de la integración del Derecho por obra de los interpretes. Esos principios son derivados por los operadores jurídicos, algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto."[554]

En cuanto a su clasificación por su ubicación, explica que son principios de rango constitucional, aquellos y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las constituciones. Mientras que son legislativos aquellos contenidos de la misma forma en el terreno infraconstitucional y en actos de fuerza de Ley, y reserva la expresión principios supremos del ordenamiento a aquellos principios que no pueden ser modificados, derogados o subvertidos de ninguna forma legítima, éstos últimos son los que conocemos como los artículos pétreos de la Constitución.[555]

Otros autores como Cárdenas Gracia, coinciden con la clasificación de los principios que realizan Prieto Sanchís y Guastini, mostrando que se agrupan en:[556]

- ***Principios fundamentales del ordenamiento****. Se denominan así a los valores éticos políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento y justificación. Ejemplos: el principio de constitucionalidad, el de igualdad, soberanía popular, de irretroactividad, etc.*

- ***Principios de un sector de la disciplina jurídica****. Informan una institución en particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, in dubio pro operario, favor rei, etc.).*

- ***Principios fundamentales de una materia determinada****. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, federalismo, etc.).*

- ***Principios sin ulteriores especificaciones****. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una Ley o de una regla.*

Asimismo, Cárdenas señala la problemática basada en la distinción entre *principios expresos* (los que están formulados en una disposición constitucional o legislativa) y *los principios implícitos* (que no están formulados en ninguna disposición; son elaborados o construidos por los intérpretes). [557]

Prieto Sanchís, estima conveniente diferenciar entre los principios explícitos y los denominados implícitos o generales del Derecho, explicando que:

---

[554] *Ibídem,* p. 156.
[555] *ídem.*
[556] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* pp. 113 y s.
[557] *Ídem.*

"…la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y en general, su recepción en normas expresas no tienen sólo un sentido programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho. Porque, en efecto, éstos últimos, en la medida en que como veremos han de concebirse fuera de la Ley y de la costumbre, se presentan necesariamente como implícitos o deducidos del conjunto del ordenamiento, de manera que una disposición normativa que resulte contradictoria con el principio general tiende a presentarse como una excepción al mismo, o como se dice, esa norma se configura como el principio en sí misma. En cambio, un principio expreso, singularmente un principio constitucional, ostenta la fuerza propia del documento que lo consagra, y por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una infracción del mismo, lo que significa que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores."[558]

En cuanto al tema de los principios implícitos, mismos que resultan ser los más cuestionados aun de la corriente positivista principialista, es importante comentar que Esser advierte que éstos son los que permanecen incólumes, puesto que no están expuestos como los principios expresos o escritos a coyunturas políticas que los pueden desplazar.

Para Van Hoecke, una categoría fundamental clasificatoria de los principios que contribuye a la teoría de los principios, es aquella que los agrupa *en escritos y no escritos.* Dicho jurista centrándose en el estudio de éstos últimos, manifiesta que en términos generales los principios no escritos usados por los jueces pueden distinguirse:

*"Por un lado, los que podríamos llamar "principios estructurales"**,** que son los que inducen, o al menos se pretende que son una derivación del Derecho escrito. Por otro lado los que podríamos llamar "principios ideológicos" que no son el resultado de una inducción a partir del sistema jurídico vigente. Se refieren a creencias morales, políticas o a creencias relativas a otras ideologías no jurídicas dominantes en una sociedad."*[559]

Como se puede apreciar de la transcripción anterior, el autor al hablar de los principios ideológicos, pone a debate el complicado tema de parámetros extrajurídicos en la función judicial. Sin embargo, explica que:

"...los principios ideológicos, por su parte no se inducen del sistema jurídico, son principios ideológicos no jurídicos que los jueces transforman en jurídicos. Esta práctica podría justificarse en primer lugar, sosteniendo que es inevitable una cierta adaptación y sofisticación del Derecho por parte de los jueces y que ello, desde el punto de vista del funcionamiento fluido del sistema jurídico, es necesario. En segundo lugar, aceptando que las dos siguientes condiciones deberían ser satisfechas; a) Los principios ideológicos solamente deberían usarse dentro del marco de una limitada revisión judicial, para corregir reglas jurídicas [prima facie]; y b) Deberían contar con una amplio consenso en la sociedad y/o [al menos] entre los juristas."[560]

[558] Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho*, 2ª *ed*., España, Trotta, 2007, pp. 206 y s.
[559] Van Hoecke, Mark, *El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales*, *Doxa., op. cit.,* p. 426.
[560] *Ibídem*, p. 433.

Para culminar con el análisis clasificatorio de este autor, es importante rescatar de su obra algunas otras ideas, como la que establece que mientras los principios estructurales primariamente que cuentan con apoyo institucional bastante fuerte, satisfacen la necesidad de un *ius commune*, con el fin de alcanzar la coherencia y la completitud del sistema jurídico, los ideológicos, igual que los Derechos Humanos, satisfacen una resurgida demanda de un armazón ético para el Derecho, mientras los estructurales se limitan a ciertas ramas del Derecho, los principios ideológicos o escritos, son válidos para todo el sistema jurídico. También menciona que puede hacerse una última distinción entre principios que establecen objetivos *(aim principles)* y los principios que establecen medios *(means principes),* estos últimos, los que sólo establecen la oportunidad para implementar un principio más general. Cita como ejemplos del primero el principio de Derecho a la defensa y del segundo el principio del Derecho a una segunda instancia.

Orozco Henríquez, muestra no sólo una clasificación de los principios, sino también valiosos ejemplos que ayudan a facilitar su identificación:

> *"Como ejemplo de "Principios en sentido estricto" destacan los principios fundamentales o sustanciales previstos expresamente en el artículo 41, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos… ya que, sin duda, consagran valores supremos del orden jurídico mexicano en su conjunto y, por ende, del Derecho Electoral mexicano, esto es, valores propios de un Estado Constitucional Democrático de Derecho. En efecto, el Derecho electoral mexicano se integra por aquellas disposiciones jurídico-positivas que permiten actualizar no sólo la soberanía popular, sino nuestra naturaleza de República representativa, democrática y federal [artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como ejemplo de principio que tiene el carácter de norma programática, como se apuntó, se encuentra el de que las constituciones y leyes estatales electorales garantizarán que se propicien condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social [artículo 116, fracción IV, inciso g), constitucional]."*[561]

Para realizar la clasificación de principios que se ubican en contextos primarios y secundarios, utiliza la denominación principios dirigidos a los destinatarios en general y principios dirigidos a los órganos aplicadores, en particular los órganos jurisdiccionales.

> *"En el ámbito del Derecho Electoral mexicano ocupa ciertamente un lugar toral el principio del sufragio universal consagrado constitucionalmente en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución federal. Este principio, por su propio rasgo de universalidad, se aplica por igual a todos los destinatarios del Derecho Electoral y, además, desempeña un papel fundamental en relación con los principios del sufragio libre, secreto y directo, que*

[561] Orozco Henríquez, J. Jesús, "Principios y reglas en el Derecho electoral mexicano y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo", en *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,* 2001, núm. 16, p. 18.

también están previstos constitucionalmente [artículos 41, fracción I, y 116, fracción IV, inciso a), constitucionales]; además, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales prevé que el voto es personal e intransferible. Todos los principios citados se dirigen a la generalidad de los sujetos normativos del Derecho Electoral. Por su parte, los principios rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, previstos en los artículos 41, fracción III, y 116, fracción IV, inciso d), de la Constitución federal, están dirigidos tanto a las autoridades electorales como a las locales. Sin embargo, los citados principios también tienen repercusión en otros destinatarios del Derecho Electoral, ya que (verbigracia), el principio de certeza, que consiste en dotar de facultades expresas a las autoridades locales, permite que «todos los participantes en el proceso electoral conozcan con claridad y seguridad las reglas a las que están sujetas en su actuación las autoridades electorales».[562] *"En el Derecho Electoral mexicano son principios explícitos la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, los cuales son «principios rectores» en el ejercicio de la función estatal consistente en la organización de las elecciones federales y locales [artículos 41, fracción III, y 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos] Como ejemplos de principios implícitos según Guastini, pueden citarse el principio de prohibición, según el cual «todo lo que no está prohibido está permitido», y el principio de certeza del Derecho."*[563]

Para su cuarta clasificación, a diferencia de Atienza y Ruiz Manero que nos hablan de principios sustantivos e institucionales, Orozco Henríquez establece como criterio clasificatorio la existencia de principios fundamentales y principios generales, explica que al calificar un principio como «fundamental» se pone énfasis en su jerarquía o posición en el ordenamiento. Al calificar un principio como «general» se hace hincapié en su extensión, sus ejemplos son los siguientes:

"La trascendencia de los citados principios fundamentales ha sido evidenciada por la referida Sala Superior del Tribunal Electoral a través de diversas ejecutorias. Así, por ejemplo, la conculcación de los principios rectores (certeza, legalidad, independencia, imparcialidad u objetividad) por parte de las propias autoridades encargadas de preparar, desarrollar y vigilar los comicios equivale a una violación sustancial que puede ser determinante para el resultado de la elección y dar lugar a decretar la nulidad de la misma. Además, los «principios» de autonomía en el funcionamiento de los organismos electorales e independencia de sus decisiones previstos constitucionalmente, exigen que la designación de los integrantes de su órgano superior de dirección se realice, en su caso, por mayoría calificada de la respectiva asamblea legislativa a fin de propiciar el mayor consenso posible entre las distintas fuerzas políticas y evitar que un solo partido político por sí mismo adopte tal decisión, además de que se les garantice a los organismos electorales contar con los elementos indispensables que les permita iniciar su funcionamiento y ejercer sus atribuciones. Respecto de los principios generales del Derecho —aplicables, por tanto, al Derecho electoral— la jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, bajo el rubro «AGRAVIOS. PARA TENERLOS POR DEBIDAMENTE CONFIGURADOS ES SUFICIENTE CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR», establece que, conforme con lo previsto en los artículos 2º, párrafo 1, y 23, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, son «principios generales del Derecho» los principios iura novit curia (el Juez conoce el Derecho) y da mihi factum dabo tibi jus (dame los hechos y yo te daré el Derecho). Asimismo, cabe mencionar que la referida Sala Superior ha considerado que el principio general del Derecho nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scriptaet stricta, recogido en los artículos 14 y 16 de la Constitución federal, resulta aplicable al régimen electoral disciplinario. Otro principio general es el principio de la plena ejecución de

[562] *Ibídem*, pp. 18 y s.
[563] *Ibídem*, pp. 19 y ss.

las sentencias, recogido en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución federal, que establece las facultades de la Sala para exigir el cumplimiento de todas sus resoluciones."[564]

Wróblewski, a la luz de la interpretación jurídica, enumera las especies de principios del Derecho de la siguiente forma:[565]

- ***PJD. "Principio positivo del Derecho",*** *a saber, la norma, explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones.*
- ***PJI. "Principio Implícito del Derecho"****, a saber, una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas.*
- ***PJE. "Principio Extrasistémico del Derecho"****, a saber, una regla que no es PJD ni PJI."*
- ***PJN. "Principio-Nombre del Derecho"****, a saber, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas.*
- ***PJC. "Principio-Construcción del Derecho"****, a saber, construcción del legislado racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica."*

En cuanto a los PJI, comenta que aparecen en la lengua de las decisiones de justicia (lengua jurídica) y que son normas de Derecho en vigor, es decir, o una disposición legal o una regla construida según un modelo con elementos contenidos en las disposiciones legales.

Wróblewski, al explicar los PJI, en su calidad de reglas que son consideradas premisas o consecuencias de normas, comenta que en el primer caso se llega a las premisas de las normas por un razonamiento reductivo; en el segundo, a través de una deducción. Sin embargo, en ambos casos el principio se formula según las reglas de razonamiento admitidas en la lengua jurídica.

En cuanto a los PJE, explica son reglas empleadas algunas veces en la lengua jurídica que no están contenidas en el sistema del Derecho. Asimismo, el autor en comento, subclasifica a los PJE, y advierte que mejor debieran llamarse *Postulados del Derecho* en *Principios Extrasistémicos del Derecho Comparado* puesto que provienen del Derecho Comparado y en *Principios Extrasistémicos Simples*, los que son extraídos de la moral, las costumbres *aceptadas por la práctica judicial, el Derecho natural, la política, la sociología, etc.*

Por lo que a los PJN se refiere, comenta que son principios que no son reglas y que son nombres que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas o la línea general de la regulación del Derecho, se citan como ejemplos los principios de la libertad contractual, de la buena fe, de la verdad objetiva, entre otras, y esto

[564] *Ibídem*, p. 24 y s.
[565] Wróblewski, Jerzy, *El sentido y hecho del Derecho, op. cit.*, p. 206.

demuestra que son nombres que son antes que nada instrumentos de descripción del Derecho en vigor, pero que tienen una importancia normativa, que caracterizan al conjunto de normas, pero no son reglas de comportamiento, aunque a veces se les considere como fuentes en la interpretación jurídica, de donde proviene su significación normativa.

Por último, tenemos a los PJC que no son reglas, sino construcciones que determinan la argumentación jurídica a veces de forma decisiva. El mejor ejemplo de ellos, es cuando se invoca la voluntad del Legislador para resolver dudas, obviamente, considera y defiende ante todo el paradigma del Legislador racional o perfecto, que con sus características (coherencia, competencia lingüística, creación de normas praxeológicamente justificadas) son materia de influencia en la interpretación jurídica.

Por otra parte, el mismo Wróblewski, ahora desde la semiótica, distingue a los principios-reglas, los principios-nombres, y las construcciones mixtas. Y explica a su vez que los principios-reglas son expresiones lingüísticas que pragmáticamente tienen la función de influir el comportamiento, y semánticamente, su sentido es el de formular un "deber ser" (son de este tipo los PJD, PJI y PJE); que los principios nombres, son aquellos nombres que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones del Derecho (a este tipo pertenece PJN) y los principios semióticamente mixtos, son aquellas construcciones teóricas que tienen una importancia ideológica para la interpretación del Derecho y que son por esa razón, una fuente de directivas interpretativas para los operadores jurídicos (PJC).[566]

Vigo los agrupa en los 7 criterios clasificatorios siguientes, los cuales abarcan las reglas en general:[567]

> ***1.*** *Por su validez o contenido: "En el amplio espectro de las reglas jurídicas posibilitadoras de respuestas jurídicas resolutorias de los problemas jurídicos concretos, podemos distinguir las que cuentan con una validez necesaria o intrínseca, de las que tendrían una validez contingente o extrínseca. Por supuesto que en aquel sector están los "principios del Derecho" o "principios fuertes"… El otro sector, contaría tanto con las "normas" como con los "principios débiles" o "principios en sentido amplio", y tal terminología de los principios respondería a que éstos no cumplen el papel que Aristóteles reconoce a los principios, sino de manera debilitada o parcial, desde el momento en que son sólo puntos de partida secundarios-no primarios o derivados-no originarios.*
>
> ***2.*** *Por el modo en que se les conoce… hallamos que a los "principios del Derecho" o "principios fuertes" se les conoce por evidencia analítica, mientras que a los "principios débiles" o "principios en sentido amplio", y a las normas se les podría conocer por evidencia empírica, por conversión o por inferencia. Los principios fuertes funcionarían de manera similar a los axiomas en los sistemas teóricos, mientras que las otras reglas jurídicas normas y principios débiles pueden ser asimiladas a los teoremas.*

[566] *Cfr. Ibídem*, pp. 203-229.
[567] *Cfr.* Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* pp. 83-89.

3. *Por el modo de la regulación. Siendo el criterio que más acerca a los "principios fuertes" y los "principios débiles", en tanto coinciden en una regulación indeterminada al no precisar los supuestos a los cuales regulan o las consecuencias jurídicas que derivan de los supuestos que resultan aplicables, sin embargo, en los primeros resulta más pronunciado.*

4. *Por su jerarquía. Así es posible hablar de "reglas jurídicas preconstitucionales o supraconstitucionales", que corresponderían necesariamente a los "principios fuertes", y de "reglas jurídicas constitucionales" y "reglas infraconstitucionales" y en estos dos tipos podemos hallar (contingentemente, dado que depende del ordenamiento jurídico que se describa) tanto principios débiles como normas jurídicas. Por supuesto que es posible, y hasta frecuente, que las reglas supraconstitucionales o "principios fuertes" estén incorporados a los textos constitucionales, pero esa circunstancia no les hace perder el carácter intrínseco de "supraconstitucionalidad.*

5. *Por su materia. Según este criterio, es factible distinguir reglas jurídicas sustanciales (atribuyen ciertos derechos o deberes a ciertas personas jurídicas, o mejor, definen el status deóntico de determinados comportamientos en tanto obligatorios, prohibidos o permitidos) reglas jurídicas procedimentales (no se ocupan del qué jurídico, sino del cómo; es decir, regulan los caminos o procesos que hay que recorrer o respetar, los fines a alcanzar, definiciones o determinaciones jurídicas en términos sustanciales) y reglas jurídicas organizacionales (asignan competencias a los órganos que tienen relevancia jurídica, definiendo además las vinculaciones que deben respetar entre ellos. Por otro lado los principios fuertes son básicamente sustanciales, si bien pueden ser reconstruidos como procedimentales; el resto de la reglas (normas principios débiles), pueden contener cualquiera de las tres materias.*

6. *Por su ámbito de validez. Podemos hallar reglas jurídicas que rigen a lo lago y ancho de un sistema jurídico (reglas sistemáticas), mientras que otras sólo valen la pena en un sector de él (reglas sectoriales). Es indudable que los principios fuertes serán necesariamente reglas sistemáticas, pero no habría inconveniente en conferirles contingentemente, tanto a los principios débiles como otras normas, el carácter de reglas sistemáticas o de reglas sectoriales. Asimismo, se advierte que una regla sectorial a veces no es más que la proyección de una regla sistemática que adquiere ribetes peculiares a la hora de valer para ese campo particular. Así el principio sistémico de buena fe, puede ser en el terreno civil, el principio de buena fe contractual.*

7. *Por el ámbito de vigencia espacial. En el entendido de que hay reglas universales (todos los estados), reglas regionales (varios estados), y reglas infranacionales (parte del territorio de un Estado). Es importante subrayar que este criterio distintivo puede utilizarse en términos descriptivos (cuál es el espacio que rige una regla) o prescriptivos (Cual es el espacio que debería regir atento a sus características constitutivas). Así las cosas, los principios fuertes y débiles pueden descriptivamente hablando hallarse en cualquiera de los cuatro espacios, pero los fuertes serían desde el punto de vista prescriptivo inequívocamente internacionales.*

De dicha clasificación, se puede observar que Vigo, defiende la tesis de que los principios, en general, tienen por contenido Derechos Humanos o subjetivos. Pues de esta clasificación se observa que los principios que considera *"fuertes"* y los *"débiles mixtos"* tienen por objeto Derechos Fundamentales ya sean éstos originarios o derivados. Mientras que los que denomina *"principios débiles iuspositivistas"* pueden reconstruirse en términos de Derechos de alguien.[568]

Para Peckzenik, el núcleo de la moral y una parte del Derecho están constituidos por principios, aceptando que suelen ser de muchos tipos, considera por su importancia a los que llama principios valorativos, que son los que establecen un ideal que puede ser realizado hasta un cierto grado, más o menos. Sin embargo, cuanto

[568] *Cfr. Ibídem*, pp. 179 y s.

mayor sea el grado de realización del ideal, tanto mejor desde el punto de vista del principio. Peckzenik no comparte la idea de Dworkin, según la cual los principios necesariamente expresan derechos individuales, puesto que determina la existencia de principios que protegen valores colectivos.[569]

Finalmente, cabe señalar que un mismo principio jurídico puede quedar encuadrado dentro de una o más de las clasificaciones explicadas en el presente apartado.

VIII. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Bobbio reconoce en los principios hasta cuatro funciones principales: *a) interpretativas*, en el sentido de que aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; *b) directiva o programática*, al orientar la actividad de los juristas al momento de crear una norma; *c) integradora,* porque proporcionan criterios conforme a los cuales se resuelven problemas jurídicos que no tienen regulación normativa, es decir, en caso de laguna jurídica; y *d). limitativa*, al poner los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia. Complementando lo anterior, también reconoce la función que desempeñan como *"fundamentadores del ordenamiento"*, puesto que legitiman o reconocen la validez de otras fuentes del Derecho, y la función *"sistematizadora"*, en virtud de que posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico.[570]

Genaro Carrió, *mutatis mutandi,* considera *cuatro notas o propiedades funcionales* usadas en la práctica judicial cotidianamente:

> *"**1.** Presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. Son por eso pautas de segundo grado. **2.** Se dirigen a quienes se encuentran en situación de justificar en concreto, decisiones, reclamos, defensas etc., con base en las de primer grado, es decir, se dirigen primordialmente a los Jueces y secundariamente a los súbditos. **3.** Proporcionan una guía acerca de cómo y cuando han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcance darles; cómo combinarlas; cuándo otorgar precedencia a algunas de ellas etc. Además y en ciertas circunstancias, indican como colmar las lagunas que dejan ciertos grupos de reglas de primer grado, con otras palabras, como justificar dentro del proceso de decisión nuevas reglas específicas para dar solución (lato sensu) a casos no contemplados por aquéllas. **4.** Exhiben un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, en el sentido de que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica."*[571]

De ahí que concluya que todo tipo de pautas que reúnan estas propiedades funcionales puedan ser denominadas Principios Jurídicos y ser distinguidos de las reglas específicas (homicidio) y de los standars variables (daño por negligencia).

---

[569] *Cfr*. Peczenick, Alexander, *Derecho y razón*, *trad*. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara. 2003, pp. 29 y s.
[570] Norberto Bobbio, *Principi generali de diritto, en novissimo digesto italiano*, Vol. XIII, 1966, p. 865, *citado por. Ibídem*, p. 17.
[571] Carrió, Genaro, *Los principios jurídicos y positivismo jurídico, op. cit.*, pp. 24-27.

Riccardo Guastini, considera que los Principios Jurídicos se usan principalmente:

1. En la producción del Derecho.

"La formulación de un principio por parte de una autoridad normativa cumple en general la función de circunscribir, bajo el aspecto material o sustancial, la competencia normativa de una fuente subordinada, dado que la fuente esta subordinada no puede contener normas incompatibles con aquel principio; o bien debe limitarse a desarrollar las implicaciones de aquel principio, so pena, en ambos casos de invalidez por vicio sustancial o material. En el primer caso es inválida toda norma que sea contradictoria con el principio; en el segundo, es inválida toda norma que no sea deducible del principio. El principio, en suma, funciona de parámetro de legalidad o legitimidad de la fuente subordinada."[572]

2. En la interpretación del Derecho.

"Los principios -sobre todo los principios expresos y, entre estos, los de rango constitucional- son empleados en general para justificar una interpretación "conforme". Se denomina "conforme" a aquella interpretación que, precisamente adapta el significado de una disposición al de un principio previamente identificado… En general, en sede de interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita) de la que se asume su superioridad respecto a la disposición a interpretar, para adecuar a aquella el significado de esta. Y tratar a una norma como principio significa precisamente asumir su superioridad -al menos su superioridad axiológica- respecto de otra… La interpretación conforme, obviamente, produce el efecto de conservar la validez de documentos normativos, también susceptibles de interpretación contrarias a la Constitución, con la condición de que se admita al menos una interpretación conforme con los principios constitucionales."[573]

3. En la integración del Derecho.

"Las controversias que no pueden ser decididas mediante una "disposición precisa", es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del Derecho. Los principios entonces son reclamados aquí como instrumentos para la integración del Derecho en presencia de lagunas: el Juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico… En general, un principio, sólo puede constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento -habitualmente no deductivo- cuya conclusión sea una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete… Ahora bien, los principios -a causas de su contenido normativo- no son aptos para desarrollar el rol de premisa mayor del silogismo judicial. Ellos desarrollan un rol, más bien, en la justificación externa de la premisa mayor."[574]

En cuanto a esta función productora del Derecho, simplemente agregaría que los principios marcan directrices de accionar legislativo, en el sentido que imponen a los creadores de las normas la necesidad de satisfacer un contenido sustancial en cada norma. De esta forma, ya no sólo se necesita cumplir los procesos de creación establecidos en las reglas del sistema (*contenido formal*), sino además, demostrar que el contenido de la norma creada se ajusta al sentido de los principios, hecho contrario,

[572] Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, op. cit.*, p. 162.
[573] *Ibídem*, pp. 163 y s.
[574] *Ibídem*, pp. 165 y s.

implicaría en el sistema jurídico mexicano, ya sea a través de un juicio de inconstitucionalidad o por la interposición de amparos su pronta inutilización aplicativa.

Jaime Cárdenas, muestra aceptación con la exposición tripartita de Guastini, enriqueciéndola al explicar que dentro del uso de los principios en el terreno de la interpretación cumplen una labor fundamental en la interpretación sistemática, dando consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico, convirtiéndose en puntos centrales de referencia para el sistema. Asimismo, Cárdenas concibe que los principios cumplen otras funciones, tanto en el *argumento universalizador* como en el *argumento consecuencialista.* En el primero, porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a motivar la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En lo referente al segundo, se utiliza por el intérprete cuando decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad, sino vinculadas con valores como el bien común y la justicia. [575]

Cruz Parcero, explica que sobre todo a nivel constitucional, la función de los principios en el razonamiento judicial se vuelve determinante ya que muchos de los casos de contradicción no pueden ser resueltos por los criterios *lex especialis, lex superior y lex posterior*. Cuando ello no es posible estamos ante casos difíciles donde hay que invocar principios y pasar a argumentar en torno al peso que debe tener cierto principio respecto de otro en un caso específico.

> *"Los principios constitucionales no se limitan a contener Derechos Fundamentales, hay otro tipo de principios que juegan un papel importante en la interpretación constitucional, como el principio democrático, el principio de división de poderes, etc. Como sostiene Guastini, una interpretación "conforme" con la Constitución es aquella interpretación que adapta el significado de una disposición al de un principio constitucional."*[576]

Atienza y Ruiz Manero, visualizan que los principios cumplen en el Derecho una dimensión explicativa, justificativa, legitimadora y de control de poder:[577]

Los principios en la explicación del Derecho: son piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad, es decir el Derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción. Asimismo, que esta función la realizan al menos en dos sentidos: **1**. Sintetizando gran información, puesto que la referencia de unos pocos principios nos permite entender didácticamente como funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el

[575] *Cfr.* Cárdenas Gracia Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* pp. 117-119.
[576] Cruz Parcero, Juan, *Principios jurídicos*, *Diccionario, op. cit.,* p. 648.
[577] *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. 43-50.

sistema social; y **2**. Nos permiten en tener al Derecho no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado y dotado de sentido, y de esta forma, cumplen con la sistematización, entendida ésta como una tarea central de la ciencia jurídica, o más exactamente lo que se conoce como dogmática jurídica, aun cuando su función social más relevante es suministrar criterios para la interpretación, aplicación y modificación de Derecho.

Los principios en el razonamiento jurídico (dimensión justificativa de los principios): Si bien las reglas reducen la complejidad de los procesos de argumentación y son más concluyentes, los principios son más que las reglas en el sentido, de que al estar en términos generales, entran también en un juego de mayor número de situaciones, por lo además del mayor alcance explicativo que las reglas, en esta dimensión, también tienen mayor alcance justificativo y de dimensiones, de manera más específica comentan Atienza y Ruíz Manero, que hablando de los principios primarios y secundarios, mientras los primigenios son guías de acción que no exigen justificación, los segundos, sirven no solamente para resolver el problema de que hacer; sino también el de cómo justificar lo que se ha hecho o se va a hacer, en el terreno de la toma de decisiones jurídicas.

En cuanto al tema de la función principal o accesoria que desempeñan los principios, explican que:

> *"A veces se supone que los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificativo, cuando éstos tienen que hacer frente a casos difíciles, pues en los casos fáciles, las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Esta forma de ver las cosas no nos parece, sin embargo, aceptable por lo siguiente: Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate. Y "que dotan de sentido" puede tener a su vez, un doble sentido, puede tratarse de los valores cuya realización viene asegurada en la regla, o bien de los objetivos sociales para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio. Pero en uno u otro sentido, "dotar de sentido" es a la luz de los principios explícitos e implícitos*[578] *del sector normativo de que se trate como cabe determinar si un caso es fácil o difícil."*[579]

Concepción que cambia, sin lugar a dudas, la imagen del Derecho como guía de conducta de los órganos jurisdiccionales, puesto que con la vigencia aplicativa de los principios, el Derecho, como siguen explicando Atienza y Ruiz Manero, constituye, un sistema excluyente o cerrado en un doble nivel y sentido:

[578] En el terreno de la justificación, los principios implícitos, suponen una mayor complejidad, pues aparte del problema de cómo deben ser usados como premisas de una argumentación jurídica, se enfrentan a otro problema, como se justifica adoptarlos como tales premisas.
[579] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, op. cit.*, p. 46.

"En un primer sentido -y en un primer nivel- por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales, el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisibles la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas la permitan. En un segundo sentido- y en un segundo nivel- por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos pero sí en la mayoría, a adoptar como base de resolución una regla jurídica, esto es una razón perentoria. Cabría así dividir a los casos en dos grupos: [580] aquellos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de resolución de una razón perentoria."[581]

Los principios como control y legitimación del poder. Los principios están conectados con la realización de todas las funciones sociales del Derecho, por lo que su función en el Estado contemporáneo se vuelve medular, puesto que debe operar como una técnica de ingeniería social, promoviendo la consecución de ciertos objetivos colectivos, más aun cuando en nuestros días, un poder político es legitimo, de manera proporcional al éxito que tenga para crear satisfactores sociales sin menoscabar Derechos Fundamentales.

Mark Van Hoecke, analiza otra importante función de los principios como límites de las reglas *"la aplicación judicial de reglas jurídicas no escritas para colmar lagunas del sistema jurídico ha evolucionado en la práctica hacia la aceptación de todo un conjunto de Principios Jurídicos no escritos, que son utilizados no sólo para colmar lagunas del Derecho, sino también para limitar y reducir el alcance de las reglas jurídicas explícitamente formuladas en las leyes."* [582]

Prieto Sanchís, al abordar las funciones de los principios en el Estado Constitucional, comenta que vienen a iluminar el modelo interpretativo del positivismo, en cuanto aparecen como factores de racionalización que limitan el arbitrio judicial, a este especto manifiesta:

"De manera que los principios constitucionales limitan la discrecionalidad al menos por dos motivos entrelazados: primero, porque suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento, y que de no existir, tendrían -entonces sí- que ser creados por los jueces; y segundo, porque requieren o se identifican con un genero de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción, un razonamiento que se instala allí donde antes se suponía que reinaba la discrecionalidad…"[583]

[580] En el primer caso, la deliberación lleva al Juez a la formulación de una regla con base a la ponderación de los principios y después la adopta como base para la resolución. En los segundos, la regla ya existe, sólo se adopta para resolver.
[581] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, op. cit.*, p. 47.
[582] Van Hoecke, Mark, *El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales*, *Doxa, op. cit.,* p. 423.
[583] Prieto Sanchís, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, p. 193.

Asimismo, Prieto Sanchís estima que si los principios se conciben como la reformulación del sistema de normas vigentes, como un excedente de contenido deontológico, como un plus de normatividad, entonces no pueden servir como fuente del Derecho sólo en ausencia de Ley o costumbre, como lo disponen algunos códigos contemporáneos;[584] y si por el contrario, son fuentes del Derecho, entonces tienen que ser algo más que la reformulación de normas explícitas, y es precisamente en ese escenario, donde el razonamiento del jurista deja de ser una actividad meramente cognoscitiva para convertirse en una actividad creadora del Derecho, obviamente no de una creación arbitraria, sino de una creación guiada y encauzada desde el mismo orden jurídico, y que pretende alcanzar soluciones coherentes con éste, pero creación al fin y al cabo.[585]

Valencia Restrepo, comenta que los principios tienen tres funciones: la creativa, interpretativa y la integrativa. Además, indica que las funciones creativa e interpretativa, son las más importantes "y*a que permiten la reducción de una multiplicidad amorfa de normas a una unidad formal o sistemática que posibilita la compatibilidad y la coherencia entre todas ellas."*[586] Además, que las funciones principiales persiguen que la creación, interpretación e integración del Derecho no se gobiernen por los criterios subjetivos.

A manera de conclusión, podemos expresar que en un inicio se luchó por el reconocimiento de los Principios Jurídicos en los sistemas jurídicos, ahora después de ganar esta primera batalla ideológica, tenemos que luchar por su vigencia aplicativa, tenemos que luchar para quitar y remover los prejuicios y desconfianzas que aún muchos tienen en contra de ellos, y es que no tengo la menor duda, que un sistema jurídico donde los principios cumplen su función, se traduce en un sistema coherente y de gran calidad en el terreno de la justicia, igualdad y libertad., en suma, en un sistema donde los Derechos Fundamentales tienen gran oportunidad de desarrollarse y de exigirse, y en un escenario en donde realmente el Derecho pueda cumplir con sus fines. Esto implica replantearnos un nuevo modelo jurídico, en cuanto a las fuentes,

[584] Es importante hacer notar, que si bien es cierto, nuestros códigos reconocen que los Principios Generales del Derecho son un fuente de Derecho para cerrar el sistema, ante silencio u oscuridad de la Ley y la Costumbre, lo es también que puede interpretarse que los Principios Generales del Derecho son tomados por el Legislador en sentido de principios implícitos, puesto que si fueran principios expresos de la Ley o la Costumbre, éstos tendrían que aplicarse por contenerse en ellas mismas. Por otra parte, el problema se complica cuando dentro del término Ley no se incluye a la Constitución, puesto que dicha visión aparte de errónea y limitada, dejaría absurdamente todo el peso axiológico de la Constitución en un segundo grado.
[585] *Cfr*. Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho, op. cit.,* p. 212.
[586] Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho, op. cit.*, p.40.

operadores y los métodos y técnicas de la creación, interpretación, aplicación, argumentación, enseñanza e investigación del Derecho.

IX. PRINCIPIOS JURÍDICOS, VALORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Uno de los problemas a los que se ha tenido que enfrentar la teoría principialista, y que por cierto, no ha podido resolver en consenso, es el relativo a determinar claramente su relación con los valores y los Derechos Fundamentales. Por nuestra parte, consideramos que este panorama puede despejarse bastante a la luz de las siguientes enseñanzas, mismas que deberán ser complementadas con una adecuada utilización de las diferentes sinonimias que tiene el termino principio y que ya fueron tratadas en este capítulo, advirtiendo que precisamente para este apartado usaremos la connotación de los Principios Jurídicos denominados fuertes, principales, fundamentales o duros, ya que como se verá a continuación, son los que protagonizan el acercamiento con los valores y Derechos Fundamentales.

En primer lugar, aproximándonos a la vinculación existente entre la **teoría de los principios y la teoría de los valores**, diremos que para Alexy:

> *"Es fácil reconocer que los principios y valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente a la realización gradual de los valores. Por ello, los enunciados… sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios", y enunciados sobre principios o máximas enunciados sobre valores, sin perdida alguna de contenido."*[587]

No obstante, este propio jurista, marca que la diferencia entre los principios y valores se reduce al siguiente punto:

> *"Lo que en el modelo de los valores es **prima facie, lo mejor es**, en el modelo de los principios, **prima facie débido;** y lo que en el modelo de los valores es definitivamente **lo mejor es**, en el modelo de los principios, **definitivamente debido**. Así pues los valores y principios se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente."*[588]

Asimismo, el profesor de Kiel explica que existen razones para preferir el modelo de los principios sobre el de los valores: La primera, consistente a que si el Derecho trata

[587] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.,* pp. 138 y s.
[588] *Ibídem, p. 147.*

respecto a *¿Qué es lo debido?,* esto habla a favor del modelo de los principios, una segunda, al explicar que si bien es posible argumentar jurídicamente desde un modelo de valores, en todo caso, el modelo de los principios tienen la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser; una tercera que tiene que ver con el hecho de que el concepto de principios da lugar a menos falsas interpretaciones. [589]

En este tenor de ideas, Valencia Restrepo explica *"El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia que uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito axiológico (ámbito de lo bueno). Por ello las objeciones en contra de la teoría de los valores de los Derechos Fundamentales pueden afectar también a la teoría de los principios."*[590] Además, agrega el profesor colombiano, que se les puede diferenciar en el sentido que los valores son fines, los principios son prescripciones jurídicas, y por tanto, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia aplicativa de manera directa e inmediata. Los valores en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales, o en el dicho del profesor en análisis: *"De ahí que se deba inferir que los valores son principios más generales que los mismos principios, y que los principios son valores menos generales que los mismos valores"*. [591]

Rodolfo Vigo, si bien coincide con el pensamiento de los autores antes citados, respecto a que lo dicho para los valores puede ser reformulado a los principios que llama fuertes o duros y viceversa sin perdida de su contenido, deja constancia de que en un análisis más exhaustivo y específico podría precisarse que los valores:

> *"plantean requerimientos o exigencias que desbordan al campo de lo jurídico; así por ejemplo el mismo valor de la justicia compromete un sinnúmero de deudas sociales que resisten ser consagradas o reconocidas por el Derecho; o también el valor de la igualdad se proyecta a la totalidad de la vida social, y no sólo al ámbito de lo jurídico. De ese modo corresponde que los valores sean dilucidados por la ética o filosofía práctica, pues resultan insuficientes los tratamientos que puede aportar la filosofía jurídica a secas. Pasando a los Principios Jurídicos, digamos que éstos pueden ser entendidos como determinaciones aun genéricas o proyecciones al campo de los derechos de los valores. El valor "igualdad" habla jurídicamente como "igualdad ante la Ley", el valor "justicia" funda el principio de "retribución justa" el valor "libertad" remite al principio jurídico de "trabajar y ejercer industria lícita."*[592]

[589] *Cfr. Ibídem.*
[590] Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho*, op. cit., p.332.
[591] *Ídem.*
[592] Vigo Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos*, *op. cit.*, 93.

Para la maestra Otero Parga, los valores constituyen el contexto histórico espiritual de la interpretación, entrañando siempre *"un grado menor de concreción y especificación que los principios respecto a las situaciones en las que pueden ser aplicados y las consecuencias jurídicas de su aplicación. Normalmente los valores tienden a ir concretándose paulatinamente en principios cuyo interés se centra en la explicitación de contenidos. El proceso no se acaba ahí, porque a su vez los principios tienden a concretarse en normas."*[593] Con lo anterior, se trata de demostrar que los principios en su sentido estricto o fuerte, suponen la asunción de esos valores, como de igual forma, las otras normas del sistema (reglas) recogen a su vez el contenido principialista, lo que quiere decir *grosso modo*, que todas las normas no contienen únicamente elementos directivos, sino también axiológicos o valorativos, es decir, los valores irradian a todo el sistema jurídico. Un ejemplo viviente de lo antes expuesto lo encontramos en el texto de la Constitución española que a la letra de su primer artículo dice *"España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*[594] ya que obviamente estos valores se traducen en principios y normas que hacen posible su eficacia.

Habermas explica las diferencias entre Principios Jurídicos como valores, resaltando que: **1.** Los principios o normas de orden superior tienen un sentido deontológico, los valores en cambio un sentido teleológico; **2.** Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a prácticar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas; **3**. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables, mientras que las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son válidas o inválidas; **4.** Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez, tienen que formar sistema, los valores en cambio compiten por ser los primeros; **5.** A la luz de las normas puede decidirse que es obligatorio hacer, a la luz de los valores puede decidirse cual es el comportamiento mejor y más recomendable.[595]

Como podrá apreciarse, si bien como lo hemos manifestado, no existe un gran consenso, podemos decir que los principios en sentido duro, estricto o fuerte, tienen coincidencias de contenido con los valores pero no de jerarquía, ya que como diría

[593] Otero Parga, Milagros, *Valores constitucionales Introducción a la filosofía del Derecho: axiología jurídica,* 2ª ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México y Universidad Santiago de Compostela, 2004, Colección Ciencias Sociales, Serie Derecho, p.23.
[594]Consultada en: *http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html#t1 (14 de enero de 2009).*
[595] *Cfr*. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 328 y s.

Perez Luño, los valores funcionan como metanormas de los principios y como normas de tercer grado referente a las otras disposiciones del sistema.[596]

Por último, es preciso reconocer que también existen críticos de la vertiente asimiladora de los principios y los valores, tales como Habermas y Marshall Barberán, éste último precisamente denuncia que:

> *"La asimilación de principios y valores es el error principal, pues desatiende las limitaciones del órgano aplicador respecto de la utilización de argumentos funcionales. De este modo, es necesaria una justificación alternativa de la jurisdicción constitucional. Esta justificación se encuentra en considerar al Tribunal Constitucional como un órgano aplicador cuya específica función es asegurar el desarrollo imparcial del discurso de fundamentación del Poder Legislativo. De esta manera, se compensa el déficit de justificación democrática de la jurisdicción constitucional con la necesidad de la existencia de Derechos Fundamentales en los Estados de Derecho democráticos."*[597]

Pasando ahora al tema de los **Principios Jurídicos** y su relación con los **Derechos Fundamentales**, Bernal Pulido reconociendo que una de las tesis centrales del neoconstitucionalismo radica en que los Derechos Fundamentales de la Constitución son principios que se aplican judicialmente mediante la ponderación comenta:

> *"La idea de que los Derechos Fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los Derechos Fundamentales en toda su entidad. Los principios de Derecho Fundamental tienen una existencia de Derecho positivo. Ellos valen como normas jurídicas bajo las condiciones de todo sistema jurídico. Las disposiciones de los Derechos Fundamentales son el elemento principal de la estructura de éstos derechos. Ellas delimitan su contenido. La institucionalización en las disposiciones constitucionales atribuye a los Derechos Fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y tiene prioridad sobre su fundamentación moral."*[598]

El profesor Sergio Iván Estrada expone que los Principios Jurídicos, son los parámetros éticos e imperativos deontológicos que fundamentan los Derechos Fundamentales y al ordenamiento jurídico en general, y que por tal razón forman parte del bloque material de constitucionalidad, no obstante que no se encuentren reconocidos explícitamente ni dentro de la Constitución ni del llamado Derecho positivo de los Derechos Humanos. [599] Lo que en palabras de Rodolfo Vigo: *"Compromete a asumir las consecuencias que conlleva la tesis de los principios como "pretensión de corrección axiológica" especialmente como baremo para medir la legitimidad racional del poder y la validez material de la Ley y las restantes normas jurídicas, tarea que le*

---

[596] Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Trotta, 1999, p. 292.
[597] Marshall Barberán, Pablo, *"Los Derechos Fundamentales como Valores*", en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007, p. 226.
[598] Bernal Pulido, Carlos, "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell *(*Coord*.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 304.
[599] *Cfr*. Estrada Vélez Sergio Iván, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, prólogo de Rodolfo Luis Vigo, 2ª. ed., Colombia, Universidad de Medellín, 2006. pp. 71-74.

compete en última instancia al Poder Judicial como intérprete de la norma fundamental."[600]

De igual forma, Rodolfo Vigo hace notar que actualmente se habla de que independientemente de la validez formal de la creación jurígena en (base a las *facultades y procedimientos*) hay una juridicidad llamada indisponible o insuperable, que vendría siendo la de carácter material o sustancial, misma que si es violentada no permitirá la completa validez jurídica de la norma y la destinará a perder su obligatoriedad, precisando que esa **juridicidad indisponible o insuperable**, es otra cosa más que aquella contenida en los Principios Jurídicos, en donde se origina el Derecho puesto o conocido como Derecho. Y añadiendo para los fines que interesan para este apartado que: *"Si bien el nombre técnico o apropiado de esa juridicidad indisponible puede ser el de Principios Jurídicos, sin embargo, hoy aparece más difundido e invocado el de Derechos Fundamentales, Derechos Humanos o Moral Rights.*[601] Otra interesante posición de Vigo, es que a partir de la explicación que realiza de la teoría fuerte de la distinción entre normas y principios comprende que los Derechos Fundamentales provienen de los principios (con sus acepciones de principios del Derecho, en sentido estricto o fuerte o iusnaturalistamente originarios) mientras que desde la explicación de la teoría débil de la separación, partiendo de los principios en general, se llega a una identidad de los principios (con sus acepciones de principios del Derecho, en sentido estricto o fuerte o iusnaturalistamente originarios), con los Derechos Humanos naturales originarios, Derechos Fundamentales o bienes humanos básicos."[602]

Con ello puede apreciarse una vez más, que los Derechos Fundamentales tienen con algunos principios (especialmente los llamados, fuertes, duros, sustanciales, fundamentales, etc) identidad de contenido, pudiéndose decir que los Derechos Fundamentales reflejan a los Principios Jurídicos o que los principios son reflejo de los Derechos Fundamentales. A manera de conclusión, entre más apliquemos los Principios Jurídicos, más estaremos en presencia de la vivificación de los Derechos Fundamentales, y entre más vivifiquemos los Derechos Fundamentales más será en consecuencia, la realidad aplicativa principialista. De ahí que la vigencia de los Derechos Fundamentales se vuelva en sí misma un valioso baremo de la actividad principialista.

---

[600] *Ibídem*, p. 9.
[601] *Ibídem*, p. 12.
[602] Vigo Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos*, *op. cit.,* pp. 73-78.

CAPÍTULO IV.

“LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS”

I. DE LA EXCLUSIVA SUBSUNCIÓN DE LAS REGLAS A LA INCLUSIÓN DE LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Con lo expuesto en los capítulos precedentes, podemos observar que el rumbo al que se dirigen los Estados es hacia el Estado Constitucional, y que en consecuencia, el camino por el que tienen que transitar depende de varios y complejos temas. Asimismo, hemos sentado la postura de que la consolidación del Estado Constitucional y sus temas, dependen en gran medida de la aplicación de los Principios Jurídicos, y si bien, hemos sostenido que existen diferencias en los métodos aplicativos de las reglas y de los principios, ahora lo conducente para los fines metodológicos de la presente investigación, es explicar los métodos aplicativos propios de los Principios Jurídicos, así que destinaremos los siguientes dos capítulos, al análisis de dos de sus principales técnicas aplicativas: La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto y la proporcionalidad en su sentido integral. En el presente capítulo, abordaremos exclusivamente a la primera de ellas.

Como se explicó, el Derecho en el pasado aunque indudablemente con ciertos vestigios en el presente, fue concebido como un sistema de y para reglas, sistema que concebía al Juez como un simple aplicador mecánico de ellas, mientras que el lugar de honor estaba reservado para el todo poderoso Legislador. Obviamente ante esta ideología, la única forma de contar con un sistema jurídico eficiente era una labor legislativa que diera soluciones a todos y cada uno de los problemas que al Juez se le presentaban, y como es de suponerse, este esquema nunca se logró, puesto que la velocidad del fenómeno de la realidad es mayor que los propios tiempos del fenómeno jurídico, es por eso, que los códigos copiosos de supuestos de hechos y consecuencias jurídicas fueron tan solo un buen intento. Asimismo, este sistema necesitaba de una herramienta que cumpliera con al menos dos objetivos básicos que requería el sistema jurídico fuerte, dar objetividad y limitar en lo posible la discrecionalidad del Juez. En razón de lo anterior, sí lo que se buscaba era un modelo de juzgador que se caracterizara por ser un aplicador mecánico de las reglas creadas por el Legislador, el problema estaba resuelto con la subsunción silogística, misma que era idónea para la estructura morfológica de las reglas.

Y si de explicar al silogismo se trata, que mejor que recurrir a los tratados de lógica de Aristóteles, para quién el *"El silogismo es una enunciación, en la que, una vez sentadas ciertas preposiciones, se concluye necesariamente en otra preposición diferente, sólo por el hecho de haber sido sentadas. Cuando digo sólo por el hecho de haber sido sentadas las primeras proposiciones, quiero decir que a causa de ellas resulta probada la otra proposición; y entiendo por esta última expresión que no hay necesidad de un término extraño para obtener la conclusión necesaria"*[603] Las dos primeras proposiciones se llaman premisas; la tercera se denomina conclusión. Los dos términos que entran en las premisas y en la conclusión se llaman extremos *(mayor y menor)*, y el que sólo entra en las premisas recibe el nombre de medio. Los silogismos presentan la siguiente estructura: **1.** P*remisa mayor:* regla general o mayor. **2.** *Premisa menor:* conocimiento que se halla bajo la condición de la regla. **3.** *Conclusión:* aplicación de la regla a este caso. Partiendo de lo anterior, la estructura clásica del silogismo judicial que se aplica a las reglas mediante subsunción de premisas es la siguiente: *Premisa normativa dada por el ordenamiento + Premisa fáctica = Solución del caso en concreto.*

Es importante destacar, que si bien es cierto las escuelas decimonónicas, en respuesta a las funciones del Estado donde se configuraron, se caracterizaron por aplicar el silogismo, lo es también, que la critica que ha recibido radica principalmente en la forma avalorativa de tratar a sus premisas. Al respecto, el profesor Vigo comenta:

> *"La lógica incluida en el modelo decimonónico se reducía a la formal y más concretamente al silogismo deductivo. De este modo se cubrían todas las exigencias propias de los saberes teóricos o especulativos a través de la ausencia de valores e imponiendo una conclusión previsible al Juez sin margen de discreción.*[604]*… las críticas que buena parte de la teoría ha descargado contra el silogismo que se tenían en el modelo decimonónico exegético típico, que lo describían como si perteneciera a un saber teórico, pero articulado como saber práctico es sostenible y aprovechable su valor demostrativo, expositivo y retórico. El control sobre la decisión judicial requiere de un control lógico, pero dada la practicidad del saber implicado, ella necesita abrirse a otras dimensiones como son la valorativa o axiológica."*[605]

Y si el uso del silogismo, con las salvedades antes expuestas, puede ser aceptable como método aplicativo de las reglas, no podemos decir, ni por supuesto aceptar tal situación respecto de los Principios Jurídicos, ya que éstos no pueden ser simplemente subsumidos, no están diseñados para ello, ni por estructura ni por contenido. Es decir, los principios son una categoría que requieren necesariamente de la ponderación.

---

[603] Aristóteles, Primeros analíticos, *Tratado de lógica (Organón),* México, Porrúa, 2004, Colección Sepan Cuantos, Núm. 94, *passim.*
[604] Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho, op. cit.,* p. 32.
[605] *Ibídem*, p. 34.

Afortunadamente, es cada vez más común la aceptación de la necesidad ponderativa de los principios, también llamada de balanceo, de proporcionalidad estricta, de sopesación, de pesaje, etc. A continuación algunos ejemplos que lo evidencian dentro de la teoría jurídica contemporánea:

En Dworkin:

> *"…las normas son aplicadas a manera de disyuntiva. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión… pero no es así como operan los principios, ni siquiera los que más se asemejan a normas, establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas"*[606] *…un principio como "nadie puede beneficiarse de su propio delito" no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular…*[607] *"Los principios tienen una dimensión que falta en la norma: la dimensión del peso o importancia… cuando los principios se interfieren… quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia… Las normas no tienen esta dimensión..."*[608]

En Alexy:

> *"En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas y jurídicas, que están determinadas no sólo por las reglas, sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son sujetos de ponderación y, además la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza los principios. En cambio las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de la aplicación del Derecho."*[609]

En Zagrebelsky:

> *"…Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el Derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la "maquinización" de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el Derecho contenga principios. La "aplicación", de los principios es completamente distinta y requiere*

[606] Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, *op. cit.,* pp. 74 y s.
[607] *Ibídem*, p. 76.
[608] *Ibídem*, pp. 77 y s.
[609] Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, *op. cit.*, p. 162.

que, cuando la realidad exija de nosotros una "reacción", se "tome posición" ante ésta de conformidad con ellos."[610]

En Atienza:

Los principios no pueden aplicarse a los casos de manera automática y directa, puesto que los principios sólo suministran *"razones prima facie que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios y reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación con dos fases: en la primera se convierte el principio (o los principios) en reglas, esto es a lo que en sentido estricto se le puede llamar ponderación".* [611]

En Rodolfo Vigo: *"…los principios son razones de primer orden que necesitan ser ponderadas con otras razones de otros principios, que a su vez pueden resolver en otro sentido el mismo caso."*[612]

Rodolfo Vázquez, después de comentar que los principios no ofrecen razones excluyentes[613] que den solución tajante a los casos en concreto, sino que tan sólo proporcionan razones a favor de argumentos, éstos contribuyen a la solución (razones contributivas). Sostiene que*:*

"Cuando un Juez resuelve un caso con base en reglas, realiza una operación lógica conocida como subsunción, que consiste en determinar que un caso individual es la actualización de un supuesto previsto en la norma. La subsunción, por ser una operación lógica, es controlable racionalmente y por ello, goza de objetividad. En cambio, cuando un Juez conoce de un caso que presenta un conflicto entre principios, lleva a cabo una operación valorativa -no lógica- conocida como ponderación, la cual consiste en establecer, para ese caso concreto, una jerarquía de principios mediante un juicio de valor. La tarea de la ponderación, al ser eminentemente valorativa, no es controlable racionalmente y, por ello, abre un margen de subjetividad mayor que en el caso de la aplicación de las reglas."[614]

Santiago Nieto, también considera que la interpretación abierta que requiere el Estado Constitucional Democrático, en el ámbito procedimental:

"…deja a un lado al silogismo y la subsunción y utiliza otro tipo de herramientas jurídicas: la ponderación, la tópica, la saturación. En el ámbito sustancial, es una interpretación que permite el desarrollo a partir de la ductibilidad, de la posibilidad de moldear el Derecho para que éste cumpla con su función de mediación social. Es una interpretación que opera con un control difuso de la constitucionalidad, que reclama una actividad vanguardista por parte de

[610] Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, op. cit.,* pp. 109-111.
[611] Atienza, Manuel*, El Derecho como argumentación*, *op. cit.*, p. 168.
[612] Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* p.13.
[613] Recordemos que cuando hablamos de razones excluyentes, nos referimos a que cuando un hecho se ajusta a la hipótesis normativa como condición de una consecuencia jurídica, se aplica ésta, con exclusión de cualquier otra razón que pudiera alegarse para obtener una solución distinta.
[614] Vázquez, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, México, Oxford, 2007, Colección textos jurídicos universitarios, p. 46.

los aplicadores jurídicos y, por supuesto, se trata de un modelo interpretativo garantista que maximice el ejercicio de los Derechos Fundamentales."[615]

Asimismo, considera que la ponderación no es un criterio, sino un método para resolver controversias; mismo que se origina como una respuesta al formalismo clásico y a su paradigma de que todas las controversias podían resolverse a través de la subsunción, situación que los casos difíciles y su requerimiento de otros mecanismos de solución, como el de la ponderación, se han encargado de desenmascarar.

Pérez Royo comenta que a efecto de optimizar la fuerza normativa de la Constitución, el Estado Constitucional requiere interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. Objetivo que se cumple con la ponderación de valores y bienes constitucionalmente protegidos, por lo que la califica de importantísima en la interpretación constitucional.[616]

Independientemente de lo antes redactado, no debemos perder de vista que existen puntos de contacto entre el ejercicio de los métodos ponderativos y de subsunción, los que han sido identificadas como vínculos de complementariedad. Por ejemplo, uno de ellos, es que el producto que se obtiene del ejercicio ponderativo bien puede ser aplicado al caso concreto silogísticamente. En otras palabras, el enunciado general que se obtiene a partir de razonamientos de principios expresos o implícitos contrastados, puede también ser reconstruido y aplicado silogísticamente. En este sentido, Atienza explica que la "*aplicación de los principios supone por ello, una operación con dos fases: en la primera se convierte el principio (o los principios) en reglas, esto es a lo que en sentido estricto se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según algún modelo subjuntivo o finalista."*[617]

Otros como Prieto Sanchís, estiman que antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso que se examina forma parte de un universo de casos en que resultan relevantes dos principios en pugna y después de efectuarse tal ponderación, se requiere nuevamente de la subsunción puesto que la ponderación se endereza a la formulación de una regla, que a merced del precedente puede

[615] Nieto Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral (una propuesta garantista)*, *op. cit.,* p. 320.
[616] *Cfr.* Pérez Royo, Javier, "*La interpretación de la Constitución*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional,* Tomo II, *op. cit.,* pp. 881-901.
[617] Atienza, Manuel*, El Derecho como argumentación*, *op. cit.*, p. 168.

generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados.[618]

En síntesis, mientras las reglas *in genere*, pueden ser subsumidas silogísticamente, los principios requieren inicial y necesariamente de la ponderación. Y es precisamente por ello, que la ponderación de los Principios Jurídicos se ha convertido en uno de los temas actuales del Estado Constitucional y es un referente cada vez más común de los textos de la actividad jurisprudencial contemporánea, más aún cuando se ha estimado que los conflictos de Derechos Fundamentales se resuelven principalmente ponderándolos y que muchos de los Principios Jurídicos no son más, que el reflejo mismo de los Derechos Fundamentales.

No obstante, cabe advertir que algunas veces los tribunales expresan que realizan la ponderación cuando realmente resuelven de una forma parecida a la subsunción.

> *"…frente a lo que normalmente en la propia jurisprudencia se sostiene, en la resolución de éstos conflictos no tienen lugar un procedimiento de ponderación, sino una operación donde se verifica si las condiciones de ejercicio de la libertad es de expresión e información, jurisprudencialmente definidas, son aplicables o no al supuesto de conducta presuntamente lesiva del Derecho al honor. Es decir, un procedimiento que se avecina mucho a un modo de subsunción, sin que ello implique negar la existencia de márgenes de acción para el intérprete, el modo de solución de estos conflictos se aproxima a un modelo de subsunción antes que a un modelo de ponderación."*[619]

Resulta también interesante el estudio realizado por Martínez Zorrilla, quien primero identifica las que considera las tres clásicas tesis de la teoría de los conflictos constitucionales: ***Tesis 1***. Los elementos normativos que entran en conflicto no son reglas, sino principios, entendidos, como una categoría de normas prescriptivas o regulativas distinta y autónoma respecto a las reglas; ***Tesis 2***. Los conflictos constitucionales no responden al clásico modelo de las antinomias, porque no son consecuencia de inconsistencias lógicas o incompatibilidades estructurales en el sistema normativo. No se trata de conflictos o antinomias *in abstracto*, determinables *a priori,* sino que son antinomias en concreto, dependientes de las concretas circunstancias empíricas del caso; ***Tesis 3***. Para resolver este tipo de conflictos, los mecanismos tradicionales de resolución de contradicciones son inadecuados, y se precisa de un mecanismo específico y más complejo denominado ponderación.[620]

---

[618] Prieto, Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, pp. 138-140.

[619] *Cfr*. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor*, Perú, Palestra, 2007, pp. 32 y s.

[620] *Cfr.* Zorrilla Martínez, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa,* Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho, pp. 142 y s.

No obstante en lugar de sumarse a ellas, las crítica fuertemente y trata de evidenciarlas, demostrando que *"…no existe ningún tipo de vinculación conceptual o necesaria entre las situaciones de conflicto constitucional (o en general, los conflictos entre principios) y el mecanismo de la 'ponderación'. Nada impide teóricamente que un conflicto entre reglas sea resuelto a través de la ponderación, o que un conflicto constitucional sea resuelto a través de otro mecanismo distinto de la ponderación".*[621] Asimismo, este autor español explica que existen variadas concepciones referentes a la ponderación, como la que establece que es un *"mecanismo de la ponderación en sí y pese a su indeterminación y a las distintas concepciones de la misma, se puede hablar de un núcleo común que consiste en la atribución de un 'peso' o nivel de importancia "evaluativo" a cada una de las alternativas en conflicto, que sirve de fundamento para realizar una elección."* Para este autor, en términos de racionalidad y seguridad jurídica conviene utilizar una concepción universalista de la ponderación:

> *"…la concepción universalista de la ponderación consiste en la elaboración de reglas de precedencia condicionada entre los elementos del conflicto. Esto excluye la posibilidad de resolver los conflictos estableciendo una jerarquía entre aquellos (precedencia incondicionada). Tampoco como la declaratoria de validez de algunos de los elementos en conflicto (lo cual supondría que el conflicto es aparente), pero sí que puede concebirse sin problemas como el establecimiento de excepciones, lo que acerca el resultado del procedimiento de la ponderación al resultado de la aplicación de los criterios de resolución de antinomias provistas para las reglas."*[622]

En otras palabras, su propuesta sería la siguiente:

> *"De hecho aunque la ponderación no puede ser adecuadamente concebida como el establecimiento de jerarquías entre los elementos de conflicto (relación de precedencia incondicionada), sí que puede concebirse como la introducción de excepciones en los mismos, bajo una concepción universalista. Bajo tal concepción, la ponderación establece relaciones de precedencia condicionada, esto es, la determinación de la solución se hace depender de ciertas propiedades o circunstancias distintas a las condiciones de aplicación de cada una de las normas. Este mecanismo puede reconstruirse indistintamente tanto como una reformulación de las condiciones de aplicación de la norma (incluyendo las nuevas condiciones introducidas como resultado de la ponderación), o como una introducción de excepciones en la misma (se excluye la aplicación de la norma cuando concurren ciertas condiciones, a pesar de que en principio antes de la ponderación la norma seria aplicable. Por tanto, no existe ninguna diferencia cualitativa entre la resolución de conflictos entre reglas (a través de los criterios de resolución de antinomias) y la ponderación."*[623]

[621] *Ibídem,* p. 376.
[622] *Ídem.*
[623] *Ibídem*, pp. 272-274.

II. CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y TENSIONES ENTRE PRINCIPIOS. (DE LA INVALIDEZ DE UNA DE LAS REGLAS EN CONFLICTO A LA CONVIVENCIA CONCURRENTE DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS TENSIONADOS).

El sistema jurídico se compone preponderantemente de una pluralidad de valores, principios y reglas, por lo que de manera contraria como se pensaba en el sistema jurídico fuerte,[624] es común encontrar una serie de problemas derivados de la relación y cohesión de ellos, aún más en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. Dentro de ellos, resulta especialmente interesante la relativa a las antinomias jurídicas, misma que ocurre siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema jurídico, o dicho de otra forma, siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.[625]

En cuanto a las antinomias, previo a realizar la explicación de sus técnicas de resolución, diremos que éstas pueden ser prevenidas a través de dos aspectos básicos; uno que radica en la adecuada aplicación de técnica legislativa por parte de los congresistas, la otra en la correcta interpretación de las reglas por parte de los jueces, pues muchas veces una inadecuada interpretación es la culpable de su aparente aparición.

Guastini, explica en cuanto a las técnicas para resolver antinomias que: El principio jerárquico, es el principio en virtud del cual, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida. Como una subespecie de esta primer técnica se concibe al principio de competencia, mismo que se aplica siempre y cuando: **a)** Se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; **b)** Entre las dos fuentes en cuestión no exista relación jerárquica por estar dispuestas en el mismo plano y **c)** Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ellas, y de esta forma, reservando a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que las dos fuentes tengan la competencia exclusiva para regular una cierta materia. Ante tal caso, la norma que proviene de la fuente competente para disciplinar la materia en cuestión es válida y por lo tanto debe ser aplicada. El principio cronológico, es el principio en virtud del cual, en caso de

[624] Recordemos también, que el sistema jurídico fuerte proclamaba postulados estrictos de orden, coherencia, economía, jerarquías, etc., situación que en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos se encargan día con día de desmentir.

[625] *Cfr*. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre Interpretación jurídica*, 6ª ed*., trad*. Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 71-91.

conflicto entre normas proveniente de fuentes jerárquicamente equiparadas y provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de la fuente anterior debe considerarse abrogada y por tanto, debe ser desaplicada. En cuanto al criterio de especialidad, *"la norma especial se impone sobre la general"*, Guastini, expresa que la importancia de diferenciar entre una norma general y una específica se vuelve interesante sólo cuando interfiere con el principio cronológico. [626]

Como podrá advertirse, dichas técnicas resuelven el problema surgido entre reglas, declarando la validez de una de ellas y desechando a la otra por ser inválida. Sin embargo, en los principios no sucede lo mismo, ya que por su contenido axiológico, muchas veces por ser reflejo mismo de los Derechos Fundamentales del sistema, no podemos determinar la validez de uno sólo y la invalidez del otro, o como diría Alexy, en un clásico conflicto de reglas, en que las dos normas son contradictorias, una permite lo que la otra prohíbe. La contradicción se elimina declarando a una norma nula, por tanto no válida y expulsándola así del ordenamiento jurídico.[627]

En refuerzo de la tesis que sostiene la necesidad de un tratamiento distinto tanto a las colisiones que se presentan entre las reglas, como a las tensiones suscitadas entre los principios, Vigo nos comenta:

> *"…cuando se trata de normas, una de ellas no puede ser válida si otra que la contradice también lo es, y el desplazamiento de una de ellas las trasciende. En cambio, ante la colisión de principios al contar con una dimensión de peso, quién debe resolver su conflicto debe tenerlo muy en cuenta, y la preferencia de uno no implica la perdida de juricidad del principio descartado, esto demuestra que los principios no son entre sí incompatibles; son siempre concurrentes."*[628]

A mayor detalle, Alexy explica que:

> *"…las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro, esta permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la procedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios válidos tiene lugar más allá de la dimensión de validez en la dimensión de peso."*[629]

---

[626] *Ibídem*, pp. 77-83.
[627] *Cfr.* Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.,* pp. 11 y s.
[628] Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos*, *op. cit.,* pp. 13 y s.
[629] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit,* p. 89.

Prieto Sanchís, después de aceptar que las antinomias o conflictos de principios no pueden resolverse por los métodos de jerarquía ni cronológico, y que si bien en algunas ocasiones si puede servir el criterio de especialidad, éste también puede resultar insuficiente por ser deberes categóricos que no están sometidos a la concurrencia de ninguna condición, explica que:

> *"...dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de éstos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente de la otra; porque en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones, la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo."*[630]

Bajo esta idea de concurrencia, es precisamente donde puede entenderse como en un sistema normativo pueden convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de la propiedad y la tutela del medio ambiente, la libertad de manifestación y la protección del orden público, entre otros, mismos que si bien son de una misma jerarquía *a priori*, en cada uno de sus encuentros son pesados en concreto, es decir, son ponderados.

Cárdenas Gracia, explica que la solución y tratamiento de las antinomias de las reglas y de los principios es diversa, las razones que invoca son las siguientes:

> *"…los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, esto es, ambos principios deben ser optimizados, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguno de los principios; y el resultado está obligado a implicar la concordancia en el ordenamiento... El modo de resolver antinomias de principios se llama en términos gruesos ponderación, en términos técnicos proporcionalidad, aunque existen otros posibles métodos: el uso del principio del contenido esencial o la razonabilidad. También, para algunos, sería posible resolver la antinomia de principios acudiendo a las teorías materiales de los Derechos Fundamentales. Estas teorías se clasifican en las que promueven Derechos de libertad, las que decantan por los Derechos democráticos y la que ponen el acento en Derechos sociales."*[631]

Rodolfo Vázquez expone que a diferencia de las reglas que pueden ser derogadas, entre otras causas, por la entrada de vigor de una norma que elimine su validez, o porque un tribunal haya declarado su inconstitucionalidad por colisionar con otra; en tanto que, los principios no pueden ser derogados, puesto que a pesar de que un principio no reciba aplicación en un caso, bien puede tenerla en un futuro, lo cual no

[630] Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 132.
[631] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 152.

tendría sentido si los principios pudieran ser derogables cuando no reciben aplicación a un caso concreto.[632]

Guastini acepta la imposibilidad de aplicar los criterios jerárquico y cronológico para resolver los conflictos entre principios, pero no está convencido en las razones esbozadas por la teoría y la jurisprudencia para no aplicar el criterio de especificidad.

> *"Aplicando la 'lex specialis' el conflicto podría resolverse, banalmente, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión. Por ejemplo P1 debe ser entendido en el sentido de que si F1 y no F2, entonces G. De modo que la consecuencia jurídica G no sigue al supuesto de hecho F1 cuando este se presenta concomitante con F2. En presencia de F2, la consecuencia jurídica es no G, a pesar de la concomitancia F1."*[633]

Con esto comenta, se evitaría derogar a todo el principio y se eliminaría sólo alguna de sus actuaciones conflictivas. Se privilegia pues, su existencia dentro del sistema y su potencialidad de seguir rigiendo la realidad social.

III. LA TEORÍA DEL ORDEN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS, COMO MODELO PARA ENFRENTAR SUS CONFLICTOS. (DE NUEVO SOBRE LA EXISTENCIA DE LA ÚNICA O VARIAS RESPUESTAS CORRECTAS PARA CADA CASO).

Uno de los temas centrales en la aplicación de los Derechos Fundamentales y obviamente extendible a los Principios Jurídicos, es el referente a los problemas que enfrenta el operador jurídico cuando para poder sentenciar un caso, tiene que resolver previamente una tensión entre Principios Jurídicos (la dignidad con la libertad de expresión, la libertad religiosa con las reglas cívicas, etc.). Dicho problema ha intentado ser resuelto de variadas formas, veamos las tres más representativas del debate contemporáneo.

Algunos proponen la necesidad de crear un *orden fuerte, estricto o duro* de los Principios Jurídicos, que además de integrar exhaustivamente a todos los Principios Jurídicos, les establezca todas las relaciones de prioridad abstracta y concreta entre ellos, lo que nos conduciría al ideal dworkiniano de la única respuesta correcta para cada caso. Asimismo, como se apreciará más adelante, ésta concepción organizativa inspira a la teoría de la jerarquización.

Otros simplemente proponen manejar a los Principios Jurídicos como *topoi (lugares comunes que sirven de punto de partida de los razonamientos y que son ofrecidos,*

[632] *Cfr.* Vázquez Rodolfo, *Teoría del Derecho, op. cit.,* p. 45.
[633] Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, *op. cit.,* p. 169.

aceptados o rechazados por los hablantes que conversan o discuten entre sí, a fin de lograr una opinión compartida), sin necesidad de un orden acabado. En este sentido, toda la solución se justifica en el terreno discursivo.[634]

Como tercera vía de tratamiento, tenemos a la que motivada en un espíritu más conciliador y realista, propone ante la dificultad de establecer un orden fuerte y la desconfianza de ningún orden, el establecimiento de un orden débil o blando, mismo que puede darle al operador jurídico una serie de respuestas para resolver un caso, teniendo la responsabilidad de decidir cuál de ellas, se erige como la más adecuada. Es importante comentar, que esta vía parece ser la mejor posicionada contemporáneamente.

Al respecto, Alexy explica que:

> *"…un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios o sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los Principios Jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado…"*[635]

Rodolfo Vigo coincide en que la confección de un sistema fuerte o estricto es prácticamente imposible, por lo que también proponen un orden débil o blando, mismo que a través de una red de decisiones judiciales permita ir perfilando especialmente la jerarquía de los principios, las prioridades *prima facie* con su proyección en la carga argumentativa y los criterios para establecer su peso general y concreto. Y concluye que *"Ni el sueño irrealizable de un orden duro, ni la pesadilla de ningún orden, sino un orden débil que ganará en claridad y firmeza a instancias de operadores jurídicos responsables, racionales y razonables, dispuestos a entablar diálogos desprovistos de prejuicios y dogmas y cargados de argumentos y justificaciones."*[636]

A. ORDEN FUERTE, ORDEN DÉBIL O TOPOI. NUESTRA OPINIÓN.

Nosotros somos adeptos del orden débil de los principios, ya que consideramos que la riqueza de los principios no puede encasillarse en listas exhaustivas, ni que puedan por su movilidad ser establecidas todas las relaciones que surgen entre ellos, ni que su carga argumentativa sea siempre la misma, ni que su contexto económico, social,

[634] Esta temática puede observarse en el pensamiento de Theodor Viehweg y su teoría argumentativa *"tópica jurídica"*. Específicamente en la obra citada dentro de esta investigación.
[635] Alexy, Robert*, Derecho y razón práctica, op. cit.,* pp. 16 y s.
[636] Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* p. 219.

político, ocurra siempre en igualdad de circunstancias. Asimismo, aún cuando el terreno de la tópica es siempre seductor considero que aún no estamos preparados para usarla como única herramienta para resolver conflictos entre principios.

Específicamente, compartimos un orden débil al estilo alexiano. Su propuesta de tres etapas radica en: **1)** *Un sistema de condiciones de prioridad*; **2).** *Un sistema de estructuras de ponderación*; y **3).** *Un sistema de prioridades prima facie*.[637]

En cuanto a las *condiciones de prioridad,* explica que el hecho que las tensiones entre principios deban resolverse mediante la ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la tensión sea solamente significativa para el caso concreto, pues bien pueden establecerse interesantes precedentes para la decisión de nuevos casos, es decir, las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.

En lo que toca a la *estructura de ponderación*, Alexy, explica que los principios, en cuanto son mandatos de optimización, exigen una realización de la forma más completa posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. En este sentido, como se verá más adelante, las denominadas posibilidades fácticas conllevan a los principios de adecuación y necesidad, mientras que la referencia de las posibilidades jurídicas implica una Ley de ponderación, donde se valoran los contenidos de principios contrapuestos.

En relación a las *prioridades prima facie* como tercer elemento de la teoría de los principios auspiciada por Alexy, ésta implica el establecimiento de cargas de la argumentación, logrando de esta forma un cierto orden en el campo de los principios. Si son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. De esta forma, el orden de los principios depende de la argumentación, nada es definitivo.

IV. LAS TEORÍAS FORMULADAS PARA RESOLVER TENSIONES, COLISIONES O CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Actualmente la idea de que sí existen conflictos, tensiones, colisiones, enfrentamientos, roces, etc. entre Derechos Fundamentales y consecuentemente en algunos Principios Jurídicos que los reflejan, parece estar mejor posicionada frente a la

[637] *Cfr.* Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica, op. cit.,* pp. 17-20.

idea que postula que éstos son aparentes y todo se resuelve con fijar debidamente los límites de cada Derecho Fundamental. [638]

Peces Barba explica que los titulares de los Derechos Fundamentales al ejercitarlos, muchas veces se enfrentan a una postura disconforme por tal ejercicio, que proviene de otro titular que también pretende ejercitar los suyos, o en palabras de García Pablos, "*como las fronteras que definen tales Derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos*".[639] En síntesis, se considera que los Derechos Fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí.

Actualmente, los partidarios de esta visión eventualmente conflictivista, han tratado de establecer analíticamente un intento de tipología. Así tenemos que dichos conflictos pueden ser catalogados, en *conflictos iusfundamentales en sentido amplio* porque sólo uno de sus elementos es un Derecho Fundamental, mientras que el otro con el que colide puede ser ya sea un principio fundamental -*El principio del Estado Social y Democrático*-, ya sea una garantía institucional -*Autonomía universitaria*-, o un bien o fin constitucional. -*El orden público*, *seguridad nacional*, etc.-; *conflictos iusfundamentales en sentido restringido* son los que tienen lugar sólo entre Derechos Fundamentales -*derecho al honor*, *libertad de expresión*, *derecho a la información*, *derecho a la igualdad*, *a la propiedad*, *al ejercicio de la profesión*, etc.- *conflictos iusfundamentales en abstracto (cuando se produce al examinar la constitucionalidad de una intervención normativa en un Derecho Fundamental con el propósito de proteger u optimizar otro Derecho Fundamental, un principio fundamental, una garantía institucional o un bien constitucional)*; y *conflictos iusfundamentales en concreto (cuando se produce en una controversia donde el objeto es dilucidar si el ejercicio de un Derecho Fundamental por una persona trae consigo o no una lesión en el Derecho Fundamental de otra)*.[640]

Actualmente, los tribunales utilizan preponderantemente dos teorías para resolver tensiones, conflictos o colisiones entre Derechos: ***1.*** *La teoría de jerarquía y* ***2.*** *La teoría de la ponderación.*

La primera contempla que existen unas libertades jerárquicas superiores a otras, dependiendo tal supremacía entre Derechos, del baremo que se emplee para

[638] Si tomamos en cuenta que algunos principios jurídicos no hacen más que reflejar a los Derechos Fundamentales del sistema, entenderemos porque esta visión iusconflictivista, les resulta aplicable por simple añadidura. En este sentido muchos conflictos iusfundamentales pueden reformularse a su vez en conflictos principiales.
[639] *Vid.* Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos constitucionales, op. cit.,* pp. 324 y s.
[640] *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor,* o*p.cit.,* p. 478.

determinar la importancia de los Derechos involucrados en un litigio concreto, baremo que en definitiva viene marcado por cuestiones ideológicas.

La segunda teoría, la de la ponderación, consiste en sopesar los Derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cual Derecho pesa más en ese caso concreto, y cual debe quedar desplazado. No se trata pues a diferencia del primer método, de una jerarquización *in abstracto*, sino más bien en concreto. En otras palabras, el método ponderativo sirve para determinar el Derecho o principio, según sea el caso, que habrá de prevalecer cuando entran en conflicto, evitando que se sacrifique inútilmente, el otro que está en juego, el operador jurídico, pues, se pondrá del lado del principio o Derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte.[641]

Fernando M. Toller, *aún cuando no está de acuerdo con la visión conflictivista ya que apoya a la teoría del contenido esencial*, explica que para decidir aquéllos problemas que la mayoría conoce como conflictos entre Derechos *-aunque el recomienda llamarlos como puntos de contacto entre derechos tendencialmente opuestos-* se suele recurrir básicamente a dos métodos, el primero que consiste en establecer una jerarquía -c*ategorization of Rights-* y el segundo, en decidir conforme al test del balance -*balancing test*- también llamado ponderación o test ponderativo. Respecto al método de jerarquización explica *"…opera in abstracto, a priori, estableciendo prelaciones generales mediante las cuales se resuelven los casos particulares".*[642] Mientras que en referencia al *balancing test*, nacido de la mano de las sentencias relativas a la libertad de expresión y el que considera se encuentra más extendido en los Tribunales Constitucionales, al grado de existir el dogma de que resulta inevitable e indispensable cuando entran en juego valores constitucionalmente reconocidos, comenta: *"El otro gran método empleado es el menos traumático, balancing test, consistente básicamente en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en liza que pueden ser de índole pública o privada de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cual 'pesa' más en el supuesto y cuál debe rendirse."*[643]

Vigo comenta que la *teoría de la jerarquía*: Consiste en elaborar una tabla jerárquica abstracta y apriorística de los principios, de tal forma que ante un conflicto el operador jurídico escoja el de mayor peso o importancia. Ejemplos de esta teoría son la tesis de

[641] *Cfr.* Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos constitucionales*, *op. cit.,* pp. 325-328.
[642] Toller, Fernando, "Resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.,* pp. 1206 y s.
[643] *Ibídem*, pp. 1215 y s.

preferred freedoms de la Corte de Estados Unidos o a la fórmula europea *in dubio pro libertate* o en instrumentos como el pacto de San José o demás tratados internacionales donde se manifiestan ciertos Derechos insuspendibles en comparación de otros *(una especie del coto vedado en la ideología de Garzón Valdez)*. Vigo, comenta que la *teoría del balanceo o de la ponderación de bienes* pugna por la no existencia a priori de jerarquías sacrificadoras ni de categorías diferenciadas entre los principios, por lo que al valer igual cada uno de ellos, confía en el juicio del operador, para que pueda determinar en cada caso cuál es el peso relativo de cada principio que colisiona, es decir, el intérprete tiene el deber de intentar la conciliación o armonización, sin perjuicio de escoger uno de ellos en razón de las exigencias y modalidades que ofrece el caso que resuelven. [644]

En referencia al tema de los conflictos iusfundamentales, Cárdenas Gracia no comparte como la solución más viable, la idea de la jerarquización apriorística, razonando que: *"En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios a priori y de manera absoluta. De darse significaría entronizar ciertos Derechos sobre otros y rompe con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas".*[645] Asimismo, tampoco considera plausible a la teoría del contenido reducido de los Derechos, por su incapacidad de sostener que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un Derecho Fundamental tengan una validez definitiva, al respecto comenta, que el contenido básico del Derecho no puede ser fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con los otros Derechos Fundamentales y demás bienes jurídicos implicados. En razón de lo expuesto, Cárdenas considera que la opción más viable es el principio de proporcionalidad, en el sentido de que *"…es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social. Parte de la idea de no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse a priori."*[646]

Es importante citar en relación al tema de las jerarquías apriorísticas, que existen autores que han señalado que los Tribunales Constitucionales han caído en contradicción, puesto que por una parte, sostienen la ausencia de una jerarquía u orden de prelación entre derechos y libertades fundamentales; y por otro lado, afirman por ejemplo, que la libertad de información, goza de una posición preeminente sobre

[644] *Cfr.* Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* pp. 181 y s.
[645] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 219.
[646] *Ídem.*

determinados derechos cuando concurren los requisitos de veracidad y relevancia pública de las materias a que se refiere.[647]

De Asís expresa, que si los derechos están presentes preponderantemente en las constituciones, es un hecho, que su forma de interpretación debe ser distinta a la que se realiza en la Ley, lo que conlleva a establecer la existencia necesaria de criterios interpretativos específicos de los derechos. Dichos criterios se configuran en la utilización de: *La jerarquía,* usado como criterio configurador de la validez de unas normas sobre otras; el *contenido esencial*, mismo que establece que la decisión interpretativa pueda justificarse desde el contenido esencial de un derecho; y por último los *principios de ponderación y proporcionalidad,* donde la tarea interpretativa consiste en un balance de los Derechos en juego, o un examen de las circunstancias concretas que rodean el caso a la luz de los valores o bienes presentes. Respecto al criterio interpretativo de la jerarquía, comenta que éste se observa en la Constitución española al expresar: *"Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Con esto, se sitúa a estos instrumentos como configuradores de los criterios de validez de las normas jurídicas españolas".*[648] Además este autor, en cuanto al uso de los criterios tradicionales de la interpretación, señala que debido a que los derechos y los principios presentan el problema de la indeterminación de su significado, existe una disminución de la fuerza justificatoria del criterio literal; y que igualmente;[649] el criterio sistemático se dificulta debido a la polémica de referentes normativos superiores o de igual rango. Al respecto este autor español dice:

> *"He venido subrayando como en la interpretación jurídica general, el criterio literal y sistemático (en su sentido de límite) estaban siempre presentes. Sin embargo, como también se ha señalado, en la interpretación de los Derechos, ambos criterios son de difícil utilización. Y con ello adquieren relevancia otros criterios clásicos interpretativos como el teleológico (atendiendo el espíritu y finalidad de la norma); el sociológico (tomando en cuenta la realidad social); y el histórico (siendo conscientes de su significado en la historia), obviamente hablamos de criterios sumamente valorativos."*[650]

---

[647] *Cfr.* Sánchez González, Santiago, "Lección II: Los límites de los Derechos", en Sánchez González, Santiago *(Coord.)*, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, *op. cit*., pp. 58 y s.

[648] *Cfr.* De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación del Derecho, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2005, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, pp. 101-103.

[649] Es importante resaltar que este autor contempla como variedades de la indeterminación: La total que tiene como consecuencia la existencia de la discrecionalidad máxima en el órgano que decide y la relativa, la que presenta discrecionalidad mínima.

[650] De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación del Derecho, op. cit.,* pp. 107 y s.

Por su parte, Mendoza Escalante comenta que la solución de los conflictos iusfundamentales en sentido estricto puede resolverse a través de dos formas: el establecimiento de una jerarquización de derechos o el principio de concordancia práctica. Conforme al primero se adopta una jerarquía de Derechos Fundamentales donde el derecho de mayor rango, jerarquía o valor ha de prevalecer sobre el derecho con el que se halla en conflicto. Conforme al segundo, por el contrario, se pretende optimizar o proteger todos los derechos en conflicto de modo que todos puedan realizarse. Además resalta que el principio de prevalencia del Derecho de mayor rango no es asumido normalmente para la resolución de este tipo de conflictos en tanto se descarta el establecimiento de un rango de derechos abstracto y válido de modo general, no obstante a su parecer desde el punto de vista doctrinario se postula factible una jerarquía de rango limitada, es decir se trataría de un rango *prima facie* en base a diversos criterios. En lo que respecta al principio de concordancia práctica, aquel que postula la optimización de todos los Derechos Fundamentales en conflicto y la exclusión de que la optimización de algunos implique la no optimización de otros, añadiendo que el instrumento que sirve para tales efectos es el principio de proporcionalidad, por lo que en apego al principio de concordancia práctica, en caso de conflicto, ha de prevalecer el Derecho que fue ejercido conforme al principio de proporcionalidad. Explicando por último, que se trata de una prevalencia concreta (relativa) y condicionada, cuya vía es la solución postulada predominantemente por la doctrina y adoptada por la jurisprudencia constitucional.[651]

Por su parte, Quiroga León apunta que la colisión de bienes jurídicamente tutelados por la Constitución, exige en relación al principio de la unidad de la Constitución, una tarea de optimización, en el sentido de que ambos bienes deben ser limitados para que así puedan llegar ambos a una virtualidad óptima, método éste que se denomina concordancia práctica y que se basa en que los bienes jurídicamente tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera que cada uno de ellos alcance su efectividad, no dejando de recordar que la fijación de los limites debe ser siempre proporcionada al caso concreto, sin ir más allá de lo necesario para generar la concordancia de uno y otro bien jurídico.[652]

---

[651] *Cfr*. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor, op. cit.,* p. 482.
[652] Quiroga León, Aníbal, *"La interpretación constitucional"*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional,* Tomo II, *op. cit.,* pp. 958-960.

En este mismo sentido, Rivera Santibáñez, explica que el principio de concordancia práctica, implica la exigencia de acudir a la ponderación de bienes para resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normatividad constitucional.[653]

Guastini adiciona que los conflictos entre principios, según la doctrina y la *praxis* se resuelven mediante el balanceo o ponderación, aún cuando no esté de acuerdo en que no pueda aplicarse el criterio de *lex specialis*. Para Guastini, tres son las características sobresalientes de lo que se conoce como ponderación: ***1.*** *Una interpretación peculiar de los principios de que se trate.* Misma que presupone ante todo que los dos principios involucrados *P1 y P2* sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de modo que la antinomia sea parcial-parcial. Si la antinomia fuera del tipo total-total, sería irresoluble. Si fuera del tipo total-parcial podría y debería resolverse por el criterio de especialidad; ***2*****.** El establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate, sacrificar un principio en beneficio del otro; y **3.** Para establecer la jerarquía axiológica, el Juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto, en el entendido de que es una jerarquía móvil mutable; en un caso se atribuye mayor peso a *P1,* en otro caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a *P2*.[654]

Otra importante opinión referente al tema de la solución de los conflictos entre principios, es la tesis sostenida por Santiago Nieto, quien contempla que cuando se actualice el supuesto de un conflicto entre principios constitucionales, éste se deberá resolver mediante una interpretación garantista, dando preferencia al principio que tenga mayor acercamiento a los Derechos políticos, pues opina que de lo contrario estaría en riesgo el régimen democrático.[655]

V. LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL COMO MECANISMO PARA DEMOSTRAR QUE NO EXISTEN LOS CONFLICTOS, TENSIONES, O COLISIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Como respuesta a las teorías conflictivistas, se ha formulado la teoría del contenido esencial, que aún cuando muchas veces es catalogada como un mecanismo para resolver conflictos de los Derechos, nosotros opinamos que por sus fines, no debiera

[653] *Cfr.* Rivera Santiváñez, José Antonio, *"La interpretación constitucional",* en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional,* Tomo II, *op. cit.,* p. 994.
[654] *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, op. cit*, pp. 167-171.
[655] Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, op. cit.,* p. 320.

circunscribirse dentro de ellos, *(la jerarquía y la ponderación)*, puesto que es un mecanismo que sirve y fue creado para demostrar que realmente no existe tal conflicto iusfundamental, obviamente la única forma de llegar a este escenario demostrativo es y será conocer y delimitar el contenido de cada Derecho, o en otras palabras, según el pensamiento de Kelsen, los conflictos iusfundamentales son pretextos hipotéticos o ficticios conflictos o tensiones u oposiciones entre Derechos que por medio de una lectura atenta y rigurosa, se desvanecen, o se descubre la falacia argumentativa.[656] Esta teoría esencial sostiene que el proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste en la determinación del Derecho prevalente *(ya sea por jerarquía o ponderación)*, sino en la delimitación adecuada del contenido de los principios aducidos, lo que es importante para determinar cuál entra realmente en juego y cuál no. En síntesis, esta teoría *considera necesario entender teleológicamente a los principios y a los bienes que se intentan proteger con ellos, ya que con ello se obtiene un conjunto de principios equilibrados sin innecesarios conflictos ni limitaciones recíprocas.*[657] Bajo esta óptica, autores como Santiago Sánchez González apuntan que:

> *"…somos de la opinión de que, de la misma manera que puede establecerse lo que se denomina el contenido esencial de un Derecho, podemos fijar con precisión el contenido objetivo de cada Derecho Fundamental; o sea, que es posible establecer las facultades en que se concreta su ejercicio e implícita o explícitamente, dejar fuera de su campo conceptual y de su ámbito protector, las conductas que no constituyan un ejercicio del mismo. Con ello lo que queremos apuntar, es que las aparentes colisiones o los conflictos de Derechos no son tales, sino más bien la consecuencia lógica de la falta de delimitación del contenido respectivo. Si no sabemos dónde está el confín de cada Derecho, es compresible que su ejercicio pueda invadir otras esferas jurídicamente protegidas por otros Derechos que, en buena lógica, tampoco sabremos por donde empiezan… si se delimita el alcance de la protección que presta el Derecho Fundamental -llegado el presunto conflicto-, no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas."*[658]

En resumen, la teoría antes explicada por Santiago Sánchez González, establecería que un Derecho o principio no tiene que ceder ante otros, como en la ponderación se postula. De igual manera Martínez Pujalte, sostiene que:

> *"...el proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del Derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica o por su ponderación teniendo en cuenta toda las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los Derechos aducidos, para así poder concluir, cuál entre a*

[656] Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* p. 184.
[657] *Ibídem*, p.185.
[658] Sánchez González Santiago, "Lección II: Los límites de los Derechos", en Sanchez González Santiago (Coord.), *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.*, pp. 55 y s.

realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del Derecho que invoca y quién se ha extralimitado el ejercicio de su Derecho. Los conflictos de Derechos se resuelven por tanto, desde la determinación y el contenido y ámbito de los Derechos supuestamente colisionantes. Porque no se trata de auténticos conflictos de Derechos, sino conflictos entre pretensiones contrapuestas de los sujetos que invocan sus Derechos… y se resuelven determinando cuál de los sujetos se encuentran en el ámbito del ejercicio de su Derecho y cuál no…"[659]

De Asís explica a la cláusula del contenido esencial, en el sentido de que viene a ser precisamente aquella que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del Legislador, aunque también podríamos pensar que a toda actuación de desarrollo o aplicación del Derecho de que se trate.[660] Esta idea es reforzada por Castillo Córdova, al opinar que:

"La justicia o la injusticia que pueda haber en la solución de las distintas controversias que involucren derechos constitucionales, depende de la actividad interpretativa que se lleve a cabo con el objeto de definir en cada caso concreto cual es el contenido que protege o garantiza el Derecho Constitucional que está en juego. Se trata de una actividad interpretativa, tanto de la norma como de los hechos, que consiste en determinar si el acto o los actos que se enjuician en un caso caen dentro o fuera del ámbito protegido por un Derecho constitucional a fin de otorgarles o no protección constitucional."[661]

Asimismo, cita que por ejemplo se podría tratar de*:*

"…determinar si una declaración o declaraciones dentro de un contexto determinado, es producto del ejercicio regular de la libertad de expresión o de la libertad de información, y por ello protegibles constitucionalmente; o por el contrario, constituyen una vulneración del contenido constitucional protegido por el Derecho al honor o a la intimidad de un tercero afectado por las referidas declaraciones. Pero no sólo eso, sino que incluso la determinación del contenido de un Derecho ayuda a establecer si una acción o una omisión del poder público (en particular del Legislador) es constitucionalmente legítima o por el contrario debe ser rechazada por constituir una restricción que vulnera el contenido constitucional del Derecho. Por todo ello, la correcta determinación del contenido y alcance de un Derecho Fundamental es la principal cuestión a la que debe enfrentarse el operador jurídico que tiene a su cargo la solución de cuestiones que involucran los Derechos reconocidos constitucionalmente. Por eso corresponde ahora estudiar acerca de la llamada por la doctrina y se verá que también por el Tribunal Constitucional como garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Esta garantía puede formularse de modo general de la siguiente manera: Todo Derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cuál es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares… Si no existe un determinado contenido de un Derecho constitucional que vincule y obligue no sólo como frontera infranqueable, sino a la vez como una directriz de actuación del poder público en general y al Legislador en lo particular, entonces ocurrirá que en realidad ese Derecho constitucional sólo tendrá vigencia 'formal' pero no material."[662]

Continúa diciendo el autor en análisis que si los Derechos Humanos son realidades no contradictorias entre sí, entonces la primera conclusión a la que se puede arribar es

[659] *Ídem.*
[660] *Cfr.* De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho, op. cit.,* p. 103.
[661] Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos constitucionales*, *op. cit.,* p. 219.
[662] *Ibídem*, pp. 217 y 221.

que los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales no existen, y que ningún Derecho Fundamental que realmente sea tal puede exigir y por tanto legitimar, una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro, ninguno en esta tesitura puede desplazar a otro Derecho también fundamental, por el contrario en cada caso, todo Derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás, de modo que también en la práctica son también realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica, el conflicto pues no es real, sino aparente.[663] En este sentido, comenta que el Tribunal español, en algunas ocasiones ha propuesto dos mecanismos para la determinación del contenido esencial de un Derecho Fundamental: La determinación de la naturaleza del Derecho y la determinación de los intereses que éste Derecho está destinado a proteger.

Cárdenas Gracia, expone que las teorías del contenido esencial proponen desentrañar un núcleo básico en cada Derecho Fundamental que impida tanto al Legislador como al Juez afectarlo, permitiéndole en consecuencia, sólo la regulación de su periferia. Asimismo, comenta que estas teorías esencialistas se han criticado por dos motivos principalmente: Porque es incorrecto sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete y, porque no hay ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los Derechos, que siempre estarán a merced de los intérpretes de la Constitución.[664]

El siguiente ejemplo expuesto por Castillo Córdova, nos explicará fácilmente la teoría del contenido esencial.

> *"Un periodista A ha publicado en un diario como información unos datos que involucran a un particular B. B considera que esos datos afectan a su intimidad personal y demanda a A. La pretensión de A será que no se le sancione por la publicación efectuada, pues pretenderá que su publicación tenga cobertura constitucional por basarse en un derecho de la libertad de información. La pretensión de B será que A deje de publicar cosas referidas a su intimidad y el pago de una indemnización por el daño moral ocasionado con la publicación inicial debido a que esa publicación ha violado su derecho a la intimidad personal. Como se ve, dos pretensiones distintas y dos Derechos Fundamentales distintos empleados como fundamento de las respectivas pretensiones. También se puede notar que las pretensiones de las partes son irreconciliables: o se acoge a la pretensión A o, se acoge la pretensión de B. No pueden acogerse ambas pretensiones a la vez. Los derechos invocados, sin embargo, no están realmente en conflicto. Y no lo están porque no puede haber ocurrido -en este caso- que tanto el Derecho a la intimidad como el derecho a la libertad de información hayan sido ejercidos de una forma constitucionalmente correcta y sean a la vez incompatibles: o se ha ejercitado bien la libertad de información -expresión y, por tanto, no se ha afectado el derecho a la intimidad; o se ha ejercitado extralimitadamente el derecho a la libertad de información de modo que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, por lo que la libertad de información no llegará a estar realmente en juego. En uno y otro supuesto lo que pasa es que realmente sólo hay un Derecho Fundamental correctamente ejercitado o correctamente invocado. Y si sólo hay uno, no puede haber conflicto de derechos, porque para que ello ocurra se necesita que concurran*

[663] *Cfr. Ibídem*, pp. 335 y s.
[664] *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, La argumentación como Derecho, *op. cit.,* p. 218.

realmente el ejercicio de dos derechos. En este caso, sólo concurrirá uno, porque el otro no será un derecho, sino una apariencia de derecho pues realmente lo que habrá es un ejercicio extralimitado del mismo. Por tanto, en la realidad de los casos concretos, los verdaderos conflictos no se dan, sino que se verificarán a nivel de las pretensiones de las partes que enfrentadas en un litigio, invoca cada una de ellas un Derecho Fundamental diferente, como basamento o justificación de su pretensión o interés."[665]

VI. TEORÍA CONFLICTIVISTA O NO CONFLICTIVISTA. NUESTRA OPINIÓN.

Como podrá observarse cada una de estas teorías ya sea conflictivistas o no, intentan solucionar el tema de la tensión entre Principios Jurídicos.[666] Por nuestra parte: si bien creemos como método para evitar falsas tensiones auspiciadas por una indebida interpretación, entender el contenido esencial de cada principio y de los Derechos Fundamentales que salvaguardan, no podemos sostener que no existan nunca tales tensiones principialistas, más aún en las sociedades contemporáneas tan complejas. Asimismo, creemos que la ponderación de cada principio en su debido contexto resulta necesaria, y que sólo podemos admitir la aplicación del enunciado general que de dicha sopesación resulte en otro caso futuro, siempresy cuando comparta medularmente las circunstancias de los Derechos que estaban en juego y los contextos en los que se tensionaron, ya que de lo contrario, se requerirá un nuevo ejercicio ponderativo a la luz del nuevo caso y sus circunstancias propias, obviamente todo lo anterior en apego al principio de proporcionalidad y a sus demás contenidos. Opinión en la que coinciden la mayoría de los Tribunales Constitucionales, puesto que cuando se les presentan conflictos iusfundamentales la mayoría de veces han recurrido a una suerte de técnica, denominada ponderación, muy parecida al uso del "*balancing"* empleado por el Tribunal Supremo Norteamericano, del *"abwägung"* del Tribunal Constitucional alemán y del *"bilanciamiento"* de la Corte Constitucional italiana.

Es relevante apuntar que estas teorías de la jerarquía *(iusconflictivista)* y del contenido esencial *(no conflictivista)*, como se verá más adelante, son los fundamentos de los mecanismos alternativos propuestos para reemplazar al juicio de ponderación y de las críticas que le son formuladas.

[665] Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos constitucionales, op. cit.,* pp. 338 y s.

[666] Es relevante apuntar que estas teorías de la jerarquía y del contenido esencial expuestas, como se verá más adelante, son los fundamentos de los mecanismos alternativos propuestos al juicio de la proporcionalidad y específicamente a su subprincipio de ponderación.

VII. LOS ORÍGENES DE LA PONDERACIÓN.

Iniciaremos este apartado comentando que la aparición de la ponderación o *(balancing)* en los Estados Unidos se debe gracias a la corriente de pensamiento integrada por juristas y sociólogos del Derecho *(Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo)* conocida como realismo jurídico, misma que en abierta crítica a la jurisprudencia de conceptos, veía inadecuado dar los mismos significados siempre e invariablemente a las normas y la utilización exclusiva del silogismo. En síntesis, el realismo se preocupaba y denunciaba que el tratamiento que se le daba al Derecho bajo estas escuelas tradicionales, representaba un obstáculo para que pudiera adaptarse al cambio social. Empezamos diciendo que la ponderación se debe gracias al realismo jurídico, porque sin lugar a dudas, con su crítica abrió el camino para una nueva forma de interpretación del Derecho, siendo más tarde uno de sus frutos, precisamente, la técnica ponderativa que hoy analizamos.

Algunos estudiosos consideran que *Harlan Fiske Stone*, quien llegó a ser Jefe de la Corte de Justicia de aquél país en 1936, fue uno de los impulsores que sentarían la base para que la ponderación fuera usada como método de interpretación y aplicación del Derecho. Su dicho fue el siguiente:

> *"Expresaré sucintamente la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuados de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los limites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedente y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el Juez tiene la libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán, el platillo de la balanza del juicio a favor de una norma en vez de otra."*[667]

Asimismo, existe una buena parte de la doctrina americana que sostiene que alrededor de 1940 *Zechariah Chafee Jr*., fue el primero en aplicarla para solventar los supuestos de conflicto entre la libertad de expresión y los límites impuestos a la misma por el Legislador. Dicho jurista expondría sobre la ponderación:

> *"Para encontrar la frontera de cualquier Derecho debemos ir más allá de las normas legales a los hechos humanos. En nuestro caso debemos considerar tanto los deseos y*

[667] Sánchez González, Santiago, *"De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional"*, *Revista Teoría y realidad constitucional*, España, Núm. 12/13, 2003. pp. 4 y s.

necesidades del individuo que quiere hablar como aquellos del gran grupo de seres humanos entre los que se habla. O sea, en lenguaje técnico, existen intereses individuales e intereses sociales que tenemos que contrapesar (wich must be balanced against each other) si entran en conflicto, a fin de establecer que interés será sacrificado bajo las circunstancias de que se trate, y cual será protegido y se convertirá en fundamento de un Derecho legal. No debe olvidarse que el acto de sopesar no puede hacerse como es debido sin determinar adecuadamente los intereses implicados."[668]

Actualmente, y a pesar de las críticas recibidas, la ponderación es uno de los referentes aplicativos de los tribunales norteamericanos. Al grado de que no podía entenderse la función de éstos sin la ponderación.

Por otra parte, alrededor de 1957, los Tribunales Constitucionales italianos empezaron a aplicar en sus sentencias lo que denominan el *bilanciamiento* de los intereses y principios constitucionales, procedimiento que lo inscriben en el postulado de la *regionevolezza* o razonabilidad, que a su vez tiene origen en el principio de igualdad. Este *bilanciamiento* es considerado la última evolución del juicio de razonabilidad en cuanto que afecta no ya directamente a las leyes, sino a la solución de conflictos entre valores constitucionales en el momento de su concreción. Sobre este tema, algunos autores como Francesco Viola han establecido que: *"El bilanciamiento es una forma de decidir que no deriva de un silogismo judicial. Sino que está dirigido a formular juicios de valor que son necesarios para seleccionar las premisas del silogismo mismo. Aquí la razonabilidad alcanza el máximo de independencia de las funciones aplicativas propias de un Juez. Es ponderación. Ya no subsunción."*[669] Asimismo, Gino Scaccia, advierte que las fases del *bilanciamiento* son tres: Una primera, de identificación de los bienes y valores constitucionales afectados por la legislación examinada por la Corte *(topografía del conflicto)*, una segunda la ponderación propiamente dicha que pesa a cada uno de ellos en las circunstancias del caso; y una tercera, que evalúa el interés público que se pretende satisfacer mediante el sacrificio de valores protegidos.[670] Finalmente, la propia Corte italiana ha sostenido a través de sus sentencias que en el terreno de las medidas legislativas limitativas de Derechos Fundamentales deben cumplirse tres pautas: ***a) El criterio del "contemperamento",*** que obliga a coordinar los intereses contrapuestos de manera tal que se evita el sacrificio de uno de ellos; ***b) El criterio del "minimo mezzo",*** o de la restricción estrictamente necesaria del Derecho en cuestión para alcanzar un relevante fin constitucional; y ***c) El criterio de la "cossencialitá del limite"***, que obliga a que la

[668] *Ibídem*, p. 5.
[669] *Ibídem*, p. 10.
[670] *Ibídem*, p. 11.

norma limitadora de un Derecho Fundamental debe estar ajustada de un interés constitucionalmente relevante que compense de alguna manera el sacrificio del Derecho.[671]

En cuanto a los Tribunales Constitucionales alemanes, tenemos que empezaron desde 1960 a argumentar ajustándose precariamente a lo que conocemos como ponderación, sin embargo, muchos explican que es hasta 1968 cuando se puede apreciar un criterio ponderativo más o menos sólido conocido como *Abwägung.* El autor alemán Winfried Klüth, comenta que la prohibición del exceso *Übermassverbot* y el principio de proporcionalidad *Verhältnis mässigkeitsprinzip* son reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional de Estado de Derecho, del que aquellas reglas se deducen.[672] Respecto al primer caso donde se aplicó el *abwägung* en Alemania, éste es conocido como el caso *Lüth*, donde el Tribunal considerando la idea de que la Constitución es una totalidad dinámica fundamentó su decisión en la ponderación de los valores contrapuestos. A más detalle el profesor Santiago Sánchez González manifiesta que:

> *"En efecto, la ponderación se inscribe en el constitucionalismo alemán en el contexto de la interpretación según valores o principios, que prescinde de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica, y en el círculo más amplio del principio de la proporcionalidad de las leyes, donde se concreta como principio de la proporcionalidad en sentido estricto… la aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización por el Tribunal de un triple juicio: el de adecuación o idoneidad (Geeignetheit), el de necesidad (Erforderlichkeit o Notwendigkeit) y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (proportionalität o Abwagüng). Con la ponderación se pretende determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una intervención en los Derechos Fundamentales, estableciendo en cada caso cuál es la jerarquía entre los bienes supuestamente enfrentados."*[673]

A inicios de los años ochentas el Tribunal Constitucional español, iniciaría su activismo en el tema y por consiguiente, empezaría a fluir en sus sentencias referencias explícitas a la ponderación. A este respecto tenemos que en el auto 29/1981 mencionó: *"En principio la ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a éste Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el Legislador al efectuarla."*[674], ó en la sentencia 53/1985 al enunciar *"...en la medida de que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve*

[671] *Ídem.*
[672] *Cfr. Ibídem*, p. 8.
[673] *Ibídem*, pp. 8 y s.
[674] *Ibídem*, pp. 12 y s.

obligado a ponderar los bienes y Derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos",[675] o en la sentencia STC 53/1985 donde enuncia al resolver un caso de huelga que habría que realizar *una "…ponderación, de un lado de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad en la que incide, y de otro, a la naturaleza de los Derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute."*[676]

Como podrá apreciarse, el ejercicio que en términos gruesos se llama ponderación, se identifica *mutatis mutandis* al uso del *"balancing"* empleado por el Tribunal Supremo estadounidense, del *"abwägung"* usado por el Tribunal Constitucional alemán y del *"bilanciamiento"* de la Corte Constitucional italiana o la *"ponderación"* del Tribunal Constitucional español.

Modelos éstos, que sin lugar a dudas, son los más representativos del tema *"ponderación"* y que han servido de referente y ejemplo para su ejercicio en los demás Tribunales Constitucionales, especialmente los latinoamericanos, a tal grado que la ponderación ha sido entendida como parte inherente a la potestad de juzgar que tienen los jueces.

VIII. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Cualquier allegado al tema de los Derechos Fundamentales y por añadidura, al de los conflictos entre Principios Jurídicos, podrá darse cuenta de una inconsistencia terminológica consistente en el uso intercambiable de los términos ponderación y proporcionalidad, que muchas veces causa confusiones al estudioso. Dicha inconsistencia terminológica es auspiciada por una pluralidad de significados que se le atribuyen a la ponderación, ya que puede entenderse, como una forma de tomar decisiones sopesando razones que juegan a favor o en contra, como un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar normas jurídicas y como una forma de fundamentar decisiones en Derecho y el resultado que estas decisiones contienen.[677] Aún más puede confundir, el hecho de que algunos autores usen los términos ponderación y proporcionalidad como sinónimos, otros les atribuyen una coincidencia sólo parcial, y otros definitivamente, explican que dichas nociones se

[675] *Ibídem,* p. 13.
[676] *Ibídem,* p. 14.
[677] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* p. 569.

contraponen, al grado de sostener que la proporcionalidad con todos sus subprincipios es tan sólo una parte del principio de la ponderación.

Por nuestra parte, coincidimos en que la ponderación se identifica con el principio de proporcionalidad, pero sólo en su sentido estricto, por lo que palabras como Ley de ponderación, técnica ponderativa, ponderación, sopesación, proporcionalidad en sentido estricto, aluden *in genere* y *mutatis mutandis* al mismo ejercicio, o como lo prefieren otros autores en apego a una forma más técnica *"…la ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el Derecho Fundamentalreporten tales ventajas al Derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del Derecho afectado."*[678]

Autores como José María Rodríguez, sostienen que:

> *"…el principio de proporcionalidad en su sentido amplio sólo se lleva a la práctica, cuando los Derechos Fundamentales son objeto de intervención por parte de medidas estatales, y que en cambio, la ponderación sólo resulta aplicativa cuando la intervención en el Derecho proviene de un acto particular, por lo que a su juicio en los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales de este tipo sería solo aplicable la ponderación y no serían aplicables los otros subprincipios de idoneidad y necesidad, que como se verá más adelante, forman junto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o subprincipio de ponderación, el conocido principio de proporcionalidad. Para sustentar su tesis Rodríguez de Santiago, invoca algunas tesis en las cuales los Tribunales reconocen que el ámbito propio del principio de proporcionalidad se ciñe al de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.*[679] *Este mismo estudioso español, también ve importante diferenciar a la ponderación del principio de "concordancia práctica" o "de armonización" explicando que la concordancia práctica postula la óptima efectividad posible de los principios bienes en conflicto. Mientras que el juicio de simple ponderación impide que un principio, bien o valor sea perjudicado en una medida que no esté justificada por la importancia del cumplimiento del principio contrario. De manera que un determinado punto de equilibrio puede ser ponderado, pero no el óptimo como lo exige el principio de concordancia práctica."*[680]

En sentido parecido Edgar Carpio Marcos opina:

> *"…no debe confundirse a la ponderación con el principio de proporcionalidad. Cuando se trata de una intervención estatal en la esfera de un Derecho constitucional, dado que el principio de proporcionalidad no se aplica en los conflictos entre Derechos Fundamentales de dos individuos, la ponderación se presenta como uno de los subcriterios que forman parte del principio de proporcionalidad. Sin embargo, lo anterior no debe llevar a considerar que no hay balancing o ponderación por fuera del principio de proporcionalidad o viceversa, que el balancing se confunda con el principio de proporcionalidad. La última afirmación es sencilla de explicar. El balancing es uno de los subcriterios del principio de proporcionalidad para medir las intervenciones estatales en la esfera de los Derechos Fundamentales, pero hay esferas o ámbitos en los que el conflicto debe solucionarse a través de la ponderación, sin*

[678] *Ibídem*, p. 570.
[679] *Ídem.*
[680] Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses del Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 29.

que en dicho ámbito sea aplicable el principio de proporcionalidad. Ello sucede especialmente en los casos en los que el conflicto se produce entre dos Derechos Fundamentales, en los que la evaluación de los criterios de 'utilidad', 'necesidad' y 'proporcionalidad en sentido estricto' no ingresan. Aquí hay sólo ponderación, que pueda llevar a argumentaciones y a resultados, a veces semejantes a los de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad, pero que no se rige por ésta."[681]

Bernal Pulido a diferencia de las tesis anteriores, deduce que aún cuando por su evolución histórica parecería acertada la tesis de que el principio de proporcionalidad, sólo se aplica en casos de intervención estatal en los Derechos Fundamentales, ello no es impedimento para que se extienda aplicativamente a otros campos:

"El campo de aplicación de este principio ha sido, preferentemente, el de las relaciones entre el Estado -la policía, la administración, el Legislador- y el ciudadano. Sin embargo, nada obsta para reconocer que este principio también puede tener aplicación entre órganos del Derecho público -como ocurre en el Derecho comunitario entre las instituciones de la Unión Europea y los Estados- o entre los particulares… puede defenderse la idea de que los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales de dos particulares, ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado y que, por lo tanto en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En estos casos, existe un caso de un particular, que constituye una intervención en el ámbito prima facie de un Derecho Fundamental de otro particular. Al enjuiciar el caso, el Juez ordinario, y luego el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, han de establecer, si el acto de intervención particular constituye el ejercicio de una posición prima facie adscrita a otro Derecho Fundamental garantizado por la Constitución, este es el juicio de idoneidad. Posteriormente, han de indagar si este Derecho Fundamental puede ser ejercitado con la misma eficacia, por medio de una conducta menos restrictiva del Derecho Fundamental afectado, este es el juicio de necesidad. Y por último, en caso de que la intervención supere los juicios de idoneidad y de necesidad, se ha de corroborar que las ventajas que el acto enjuiciado reporta para quien lo haya cometido desde el punto de vista de su Derecho Fundamental, logran superar las desventajas que se causan al titular del Derecho Fundamental objeto de la intervención."[682]

Esta postura se comprueba en algunas actuaciones del Tribunal, donde a partir de estructurar el pleito entre dos particulares como un conflicto entre Derechos Fundamentales, *-por una parte la libertad de expresión y el Derecho al honor del aludido por la información-* ha decidido y catalogado algunas opiniones injuriosas como inidóneas a la finalidad perseguida por el Derecho Fundamental ejercido.[683]

El propio Tribunal español, ha sufrido y en parte abonado al terreno de la vaguedad e indeterminación entre ponderación y proporcionalidad, creando una conexión confusión entre las mismas. Así, mientras en la sentencia 219/1992, emite el razonamiento que la ponderación constituye un género más amplio y que el juicio de proporcionalidad no es sino una variante o especie de la ponderación de bienes o

[681] *Cfr.* Carpio Marcos, Edgar, "La Interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 371-374.
[682] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 572 y s.
[683] *Vid.* Actuación del Tribunal Constitucional español, en el caso, STC 105/1990, foja 7 y s. En http://constitucion.rediris.es/juris/1990/STC105.html *(Consultada el 29 de enero de 2008).*

intereses, en las sentencias *50/1995, 66/1995, 161/1997 y 53/2002*, entre otras, considera que el juicio o mandato de ponderación está comprendido en el principio de proporcionalidad; pero bajo la denominación proporcionalidad en sentido estricto. De igual forma unas veces el Tribunal parece adoptar que el ámbito propio de la proporcionalidad es el de las relaciones entre el poder público y la libertad individual, y en otras ocasiones, lo maneja fuera de los ámbitos que no son de la intervención del poder en la esfera de libertad del individuo.[684]

Por nuestra parte, aún cuando pudimos comprobar que en la práctica judicial de diversos países se utiliza preponderantemente el principio de proporcionalidad con sus tres subrincipios, cuando se trata de leyes o actos del Estado que intervienen en la esfera del ejercicio de los Derechos Fundamentales de los gobernados. Y en cambio, cuando los tribunales resuelven conflictos entre particulares donde se alega casi siempre (uno el ejercicio de un Derecho Fundamental, otro un ejercicio abusivo de éste en su detrimento), la instancia sólo resuelve conforme a la ponderación, o si se quiere decir más técnicamente por medio de la proporcionalidad en sentido estricto, en su calidad de tercer subprincipio de la proporcionalidad, éste no es un criterio absoluto para determinar un ámbito de procedencia de uno u otro. Por lo que para fines de la presente investigación y a efecto de evitar confusiones innecesarias consideramos que podemos hablar de la aplicación del principio de proporcionalidad sólo cuando el operador jurídico contempla para resolver el caso que se le presenta un análisis a la luz de la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto del acto o Ley que interviene en los Derechos Fundamentales, lo anterior, bien puede entenderse como una diferenciación desde el punto de vista procedimental. Por el contrario, cuando un caso sea resuelto sólo a la luz de la ponderación, o a la sopesación de los principios en juego, ó técnicamente hablando sólo aplicando el principio de proporcionalidad, pero sólo en sentido estricto, y por ende, prescindiendo de los criterios de adecuación y necesidad, estaremos en presencia de una ponderación, pero no de un ejercicio integral del principio de proporcionalidad. Creemos que dicha posición es una postura armónica que deja en manos del operador jurídico y a su criterio cual es la mejor forma de resolver el caso. Ahora bien, dentro de esta tesis armónica, podemos aceptar que los que aplican sólo la ponderación, si estos comparten la idea que ella es parte del principio de proporcionalidad, puedan decir que de alguna manera realizan en parte una aplicación basada en la proporcionalidad, pero no podemos darles la razón, si pretenden justificar que por el sólo hecho de realizar

[684] *Cfr.* Sánchez González, Santiago, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.*, pp. 18-22.

esta actividad estrictamente ponderativa, digan que han cumplido todas las exigencias derivadas de la proporcionalidad, y consecuentemente manifiesten que su actuación se enmarcó integralmente dentro de la proporcionalidad en su sentido amplio.

Por último, cabe reafirmar y precisar que el hecho de que digamos que nos basta para considerar que se ha aplicado el principio de proporcionalidad, que el operador jurídico, analice el caso a la luz de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no quiere decir que forzosamente tenga que aplicar cada uno de ellos para resolver un caso determinado. Pues si partimos de que el principio de proporcionalidad integral, es un sistema que se compone de tres fases que cada una condiciona el acceso a la siguiente, podemos tener que un caso sea resuelto sólo desde la vía de la adecuación, específicamente al declarar inidónea la intervención en los Derechos Fundamentales, y por lo tanto, no necesite de los otros subprincipios; y no por ello deja de ser aplicado el principio de proporcionalidad; así también, puede darse el caso de que supere el test de la idoneidad, transite a la siguiente fase, y en esta segunda instancia, la de su verificación de la necesidad, se declare no necesaria la medida que interviene en los Derechos Fundamentales, y por lo tanto, el caso se resuelva sin necesidad de transitar a la siguiente etapa, la de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, supuesto en el que tampoco podemos decir que no se aplicó la proporcionalidad. La última hipótesis de aplicación de la proporcionalidad, obviamente es aquella en que después de declararse una intervención iusfundamental, adecuada y necesaria requiera de la ponderación o proporcionalidad estricta para su ponderación, es decir, transitar por cada una de las etapas de la proporcionalidad. Diferente resulta cuando para resolver un caso el operador se va directamente a la ponderación o proporcionalidad estricta, sin importarle las exigencias que se derivan de los test que establecen los otros dos subprincipios *(adecuación y necesidad)*; en este último caso obviamente no se siguió el espíritu integral de la proporcionalidad.

En consecuencia, esperando haber resuelto si bien no definitivamente esta discusión presente en la doctrina y jurisprudencia, por aspectos metodológicos derivados de la presente investigación y sus fines, analizaremos primero a la ponderación o al principio de proporcionalidad en su sentido estricto y después desde una visión integral al principio de proporcionalidad en su sentido amplio. Sin lugar a dudas, metodologías que mucho han ayudado a la vigencia, disfrute y consolidación de los Derechos Fundamentales, y consecuentemente a los principios con los que aparecen estructurados.

IX. LA PONDERACIÓN. (UN ESTUDIO A LA LUZ DEL PENSAMIENTO PREPONDERANTEMENTE ALEXIANO).

El profesor Alexy, es sin lugar a dudas uno de los detonadores del debate referente a la interpretación, aplicación y argumentación de los Principios Jurídicos en su dimensionalidad de valores y de Derechos Fundamentales. Dicho autor alemán obviamente inspirado por su Tribunal Constitucional, ha comentado que la expansión de los Derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el Estado, puesto que han adquirido un efecto de irradiación sobre todo el sistema jurídico, una de ellas es su vinculación intrínseca a la ponderación, en el entendido de que la aplicabilidad de este método presupone que los principios constitucionales tienen la estructura de mandatos de optimización. [685]

Asimismo, ha sostenido en innumerables ocasiones, que uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de los Derechos Fundamentales recae precisamente en el papel de la ponderación o balanceo, considerando que ésta a su vez, forma parte de un principio más amplio, a saber, el principio de la proporcionalidad (*idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*). De esta forma el principio de proporcionalidad en sentido estricto en el pensamiento de Alexy es identificado como la famosa ponderación.

Por lo que al criterio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere, como tercera regla o principio del principio de proporcionalidad en general, éste busca la optimización relativa de principios contrapuestos, como se deducirá de la explicación dada por el profesor Alexy: Esta regla se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario.[686] Consideremos a un Legislador que quiere prevenir, de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una Ley que prescribe que todos los sujetos infectados de SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda de que la salud pública y, por lo tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el sida sea controlado en la mayor medida posible. En esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto, requiere que se tome en cuenta el Derecho de aquellos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga un solo principio, esto es, el ser

[685] Para Alexy, los Derechos constitucionales se han expandido también más allá del objeto de los Derechos liberales clásicos, mismos que consisten en sola una acción negativa u omisión Estatal. A ellos se han sumado los Derechos de la acción positiva. De esta forma los Derechos de defensa tradicionales se han visto complementados por Derechos de prestación.

[686] La adecuación y necesidad son los otros subprincipios que acompañan a la ponderación dentro del principio de proporcionalidad integral.

fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera: *"Cuanto más sea la interferencia en un principio más importante tiene que ser la realización del otro principio"*[687] ó también puede expresarse de la siguiente forma: *"Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un Derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro."*[688]

En suma, esta fórmula que se conoce como la Ley de la ponderación, sintetiza que *"la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos."*[689] Asimismo, Alexy advierte que si bien ésta enunciación resulta valiosa, pues nos señala una directriz o dirección argumentativa, queda en manos del operador jurídico investigar la intensidad de la interferencia y la importancia de las razones para tal interferencia, por lo tanto, al no prescribir un resultado previo, éste dependerá de los argumentos sostenidos por el propio operador, pudiendo con esta misma fórmula de la ponderación llegar a dos distintos resultados.

Existen también los que consideran que:

> *"aquella opinión emitida por un Juez o Tribunal que analiza un problema constitucional, mediante la identificación de los intereses aplicados en el caso, y llega a una decisión, o construye una regla de Derecho Constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificados. El Tribunal Constitucional parece pues, partir de una concepción que considera los Derechos Fundamentales constitucionalizados no como reglas sino como principios, y cuya aplicación no puede hacerse mediante la subsunción del supuesto de hecho en la norma, sino mediante la ponderación."*[690]

Otra visión de este tercer subprincipio, apegada al contenido de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, concibe a la ponderación como el juicio que expresa que toda limitación idónea y necesaria de un Derecho, supere el test de las ventajas y de los sacrificios, mismo que implica considerar que las ventajas de la limitación sean superiores a los sacrificios, tanto para los titulares como para la ciudadanía en general, en el marco de los valores constitucionales.[691]

A mayor abundamiento Alexy menciona que *"la Ley de la ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de*

---

[687] Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica, op. cit,* pp. 37 y s. *Vid. este mismo ensayo Revista Isonomía,* núm. 1, pp. 46 y s.
[688] Sánchez González, Santiago, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, *op. cit,* p. 61.
[689] Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación"*, trad.* René G. de la Vega, en Carbonell, Miguel y Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez *(Coord.)*, *Jueces y ponderación argumentativa,* México, UNAM-IIJ. 2006, p. 2. (Esta obra representa el testimonio de la participación de los juristas en el tercer Seminario Internacional sobre Estado de Derecho y Función Judicial, celebrado en mayo de 2004 en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación).
[690] Sánchez González, Santiago, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* p. 61.
[691] *Cfr.* De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho, op. cit.,* pp. 112 y s.

insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece sí la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio…"[692]

Alexy agregaría, que *"la Ley de ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación y que puede encontrarse una descripción completa de lo que significa la ponderación de dos principios en la llamada fórmula de peso…"*[693]

A mayor reforzamiento Mendoza Escalante, explica que la aplicación de la Ley de la ponderación, implica la realización de tres pasos: **1)** Determinación del grado de no satisfacción o afectación de un principio; **2)** Determinación de la importancia de la satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto; y finalmente **3)** Establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la no satisfacción del otro. Asimismo, comenta que la primera fase de la ponderación consiste en la determinación de la intensidad de la intervención[694] *(leve, medio y grave).* Se trata de la intervención real. Aquí, el concepto intervención no sólo alude a la afectación de un Derecho de defensa, sino también a la no satisfacción de un Derecho de protección. Por esto, la valoración de la intensidad de la no intervención exigirá precisar si el Derecho intervenido es un Derecho de defensa o protección.[695] La segunda fase de la ponderación corresponderá por su parte, a la determinación del grado de importancia o peso del Derecho interviniente. Se trata de la intensidad de una hipotética intervención de no intervención, es decir, la intensidad de la prohibición de la hipotética prohibición de la intervención realmente producida. Se trata por ello, de una intervención hipotética. El tercer paso de la ponderación consiste en examinar si la intensidad de la intervención de un Derecho se corresponde o no con el peso del Derecho interviniente o por cuya justificación se interviene. O si se prefiere, de una comparación entre la intensidad de la intervención real y de la intervención hipotética, misma que conducirá finalmente al resultado de esa operación que puede ser de tres tipos: prevalencia del

[692] Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *trad.* René G. De la Vega, en Miguel Carbonell, Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco H. *(Coord.)*, *Jueces y ponderación argumentativa, op. cit.,* p. 5.
[693] Alexy, Robert, Derechos sociales y ponderación, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp.58 y s.
[694] Podemos entender como intervención, aquella ocasionada por un acto del poder público, tal es el caso de una norma, un acto administrativo o un acto jurisdiccional; sin embargo, ella también puede ser ocasionada por el ejercicio o goce de un Derecho Fundamental. Además se destaca que toda intervención presenta en su estructura dos elementos: el acto interviniente que denota la norma o acto del poder público o de un particular, que incide negativamente en un Derecho Fundamental. El significado o efecto de la intervención designa el grado de la afectación, que a su vez designa, el grado de detrimento, perjuicio o deterioro ocasionado en el Derecho Fundamental por el acto interviniente. *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales expresión, información y honor, op. cit.,* pp. 61-63.
[695] Alexy entiende por intervención la no satisfacción o la afectación de un Derecho. La referencia a la no satisfacción corresponde a los Derechos de protección, la afectación en cambio, a los Derechos de defensa.

Derecho en el que se opera la intervención real, prevalencia del Derecho opuesto donde se opera la intervención hipotética, o un empate entre ambos. Este resultado está determinado por la Ley de la prevalencia. Conforme a ésta: dado un conflicto entre dos Derechos Fundamentales, prevalece el Derecho en el que la intensidad de la intervención *–real o hipotética*- es de mayor grado. En consecuencia, prevalece el Derecho donde la intervención es: grave frente a la otra que es media, grave frente a la otra que es leve y, cuando es media frente a la otra que es leve. El empate se produce cuando la intervención real e intervención hipotética son ambas de la misma intensidad (grave, media o leve).[696] A mayor detalle. Mendoza Escalante explica y aporta a la teoría de la ponderación, la que denomina Ley de prevalencia, específicamente a su tercer paso lo siguiente:

> *"…consiste en examinar si la intensidad de la intervención de un Derecho corresponde o no con el peso del Derecho interviniente o por cuya justificación se interviene. Los tres grados en los que se puede mensurar las magnitudes de intensidad y peso conducen al establecimiento de tres supuestos donde un Derecho prevalece, tres donde el Derecho contrapuesto prevalece y, finalmente tres supuestos de empate sobre ambos. Se trata finalmente, de una comparación de intensidades de intervención, real en el caso de un Derecho intervenido e, hipotética en el del contrapuesto, esto último consiste el peso concreto. Los supuestos descritos son presentados por Alexy en un esquema que con sólo propósito expositivo, presentamos algo modificado. Esta variación reside en incorporar el par de conceptos "intervención real" e "intervención hipotética" que serán denotados respectivamente como "Ir" e "Ih". El primero para nombrar a la intervención que efectivamente se ha producido en un Derecho Fundamental en el contexto de un caso concreto, el segundo, para designar a la hipotética intervención que se operaría sobre la "intervención real". Es decir, para referir a la hipotética prohibición de ésta. Como se advierte, la intervención hipotética sustituye sólo nominalmente al concepto de peso concreto. Ello se justifica en que, como se afirmó, el peso concreto se identifica con intensidad de la hipotética intervención sobre la intervención. Los nueve supuestos configurarían entonces el siguiente modo: El Derecho Fundamental en el que se ha operado la intervención real prevalece si: Ir:g;Ih:m (intervención grave/ intervención media); Ir:g;Ih:l (intervención grave/ intervención leve); Ir:m;Ih:l (intervención media / intervención leve); El Derecho Fundamental en el que se ha operado la intervención hipotética prevalece si: Ir:m;Ih:g (intervención media/intervención grave); Ir:l;Ih:g (intervención leve/ intervención grave); Ir:l ;Ih: m (intervención leve/intervención media). Ninguno de los Derechos Fundamentales prevalece sobre el contrapuesto, se produce "un empate entre si Ir:g;Ih:g (intervención grave/intervención grave; Ir:m;Ih:m (intervención media/intervención media) Ir:l;Ih:l (intervención leve/intervención leve)."*[697]

Como podrá apreciarse, Mendoza Escalante, aplica a los seis primeros supuestos lo que denomina como Ley de la prevalencia, misma que se deriva de la Ley de ponderación y que enuncia de la siguiente manera: *"Dado un conflicto entre dos*

[696] *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor, op. cit.,* pp. 484 y s.
[697] *Cfr. Ibídem*, pp. 100-102.

Derechos Fundamentales, prevalece el Derecho en el que la intensidad de la intervención -real o hipotética- es de mayor grado."[698]

A manera de conclusión podemos decir que el principio de proporcionalidad integral, con sus tres subprincipios, significa que una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de *topoi*. Asimismo, que la teoría de los principios necesita a manera de complemento, una teoría de argumentación jurídica de mayor alcance.

X. LA FÓRMULA DE PESO, COMO RESULTADO DEL DEBATE ENTRE LA RACIONALIDAD OBJETIVA O IRRACIONALIDAD SUBJETIVA DE LA LEY DE PONDERACIÓN.

Una de las principales críticas que se le han realizado a Alexy y a su principio de proporcionalidad, más específicamente a su Ley de ponderación, es que tienen dudosa racionalidad y objetividad, por lo que se les califica de irracionales y subjetivas. En respuesta a las críticas vertidas, especialmente por Habermas, Alexy sostiene que existe la posibilidad de formular juicios racionales acerca de la intensidad de interferencia, los grados de importancia y la relación de éstos dos elementos. Para mostrar que la ponderación es racional, como se verá con los ejemplos a los que recurre Alexy *(caso del tabaco y caso de la revista Titanic)*, éste desarrolla una escala triádica con niveles de leve, moderado y grave, mismos que implícitamente relacionados con otros elementos, forman lo que podría llamarse la "*fórmula de peso*", misma que Alexy ha explicado en distintas obras, no obstante para fines del presente trabajo, hemos decidido transcribir su explicación más reciente:[699]

> *"En el epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales se presenta en una anotación bastante tosca, usando tres mayúsculas para expresar un factor. Dice así:"*

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

> *"Desde entonces, he intentado simplificar la fórmula de peso como sigue:"*

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

[698] *Ibídem,* p. 102.
[699] *Cfr*. Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.*, pp. 58-65.

"La fórmula de peso es un intento de ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático $w_{i,j}$ ($WP_{i,j}$ C) representa el peso concreto del principio P_i, es decir, el peso de P_i en las circunstancias del asunto a decidir, en relación con P_j, el principio en colisión. I_j (I P_i C) representa la intensidad de la interferencia (intervención) con P_i por parte del medio o medida M, cuya proporcionalidad debe examinarse. El factor más importante con respecto a los Derechos de protección es I_j. I_j (I P_j C) representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P_i, es decir, M, tendría para el principio en colisión P_j, es decir, la intensidad de la interferencia con P_j, mediante la no interferencia con P_i W_i (WP_iA y W_j) (WP_jA) son los pesos abstractos de P_i y P_j. En muchos casos los pesos abstractos son iguales, por lo que se neutralizan entre sí. De esta forma es posible reducirlos. R_i (RP_i C) y R_j (RP_jC) se refieren a la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida M en cuestión para la no realización de P_i, y la realización de P_j en las circunstancias del caso concreto. Hay muchos casos en los que la decisión depende básicamente o incluso únicamente de R_i y R_j, pero también hay otros muchos en los que R_i y R_j, son iguales, por lo que es posible reducir ambos. Si W_i y W_j también pueden reducirse, la decisión dependerá exclusivamente de I_i y I_j. La fórmula del peso puede aplicarse entonces de forma reducida:"

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

"Para explicar lo que esto significa, examinaremos la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán en el caso Titanic. Se trata de una decisión en un supuesto de defensa vs. protección, en la que se ha aplicado la fórmula de peso en su forma reducida. La decisión se refiere al conflicto clásico entre la libertad de expresión y Derechos de la personalidad. Una revista satírica de gran difusión, describió a un oficial de reserva parapléjico que había desempeñado satisfactoriamente sus responsabilidades al ser llamado a filas, primero como un "asesino nato" y, más tarde, en una decisión posterior como un lisiado. El Tribunal Regional Superior de Apelación de Dusseldorf falló en contra de Titanic, en una acción entablada por el propio oficial y condenó a la revista a satisfacer daños por un importe de 12,000 marcos alemanes. Titanic presentó una queja constitucional. El Tribunal Constitucional alemán emprendió una "ponderación individualizada" entre la libertad de expresión de aquellos vinculados a la revista (P_i) y el Derecho general a la protección de la personalidad del oficial (P_j). Para ello, se exponen enfrentadas dos lecturas sobre la intensidad de la interferencia con dichos Derecho. Hay, en general, dos formas de proceder. La primera consiste en hacerlo sin evaluar la intensidad de la interferencia como tal. Se limita a decir que I_i es más fuerte, más débil, o igual que I_j. El Tribunal, sin embargo, sigue el segundo tipo de procedimiento. Este consiste en evaluar la intensidad de la interferencia como tal de forma aislada, para después extraer una conclusión. La posibilidad de llevar a cabo este segundo método, es una de las cuestiones más importantes de la teoría de la ponderación.

"Es imposible evaluar un acto o medida sin un baremo. Se pueden concebir tipos muy distintos de baremos: Desde un baremo infinitesimal hasta otro con tan solo dos grados. Naturalmente. También, podría concebirse un baremo con un único grado. Pero en dicho caso no podría emplearse para realizar ponderaciones. En igualdad de condiciones la racionalidad es imposible.

"En Derecho, la ponderación se basa en la argumentación, y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación, por ejemplo a través de la observación, del empleo de instrumentos o la intuición. Esto significa que la intensidad de las interferencias debe expresarse por medio de proposiciones que pueden fundamentarse y refutarse mediante la argumentación. Para poder presentar un argumento a favor o en contra de una proposición acerca de la intensidad de una interferencia, la proposición ha de ser inteligible. La inteligibilidad de las proposiciones acerca de los grados de intensidad, es por tanto una condición necesaria para la adecuación de cualquier baremo en Derecho.

"Un baremo inteligible que no da lugar a dificultades en este sentido es el baremo de 'leve', 'moderado' y 'serio' (grave), 'l', 'm', y 's', respectivamente . Este baremo triádico puede refinarse fácilmente transformándolo en un baremo triádico doble con nueve grados, que

pueden representarse como sigue: (1) 'll', (2) 'lm', (3) 'ls', (4) 'ml', (5) 'mm', (6) 'ms', (7) 'sl', (8) 'sm' y (9) 'ss'.

"La fórmula de peso no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo. Se trata simplemente de un dispositivo formal para explicar la estructura inferencial de la ponderación de principios del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de interferencia de la subsunción normativa."[700]

A manera de complemento podemos citar otra de las obras de Alexy, donde explica:

"Con objeto de aplicar la fórmula de peso como un instrumento analítico, deben asignarse números a los tres valores de nuestro modelo triádico, l, m, y s. Hay varias posibilidades. Una asignación bastante sencilla, y muy instructiva al mismo tiempo, consiste en tomar la serie geométrica 2^0, 2^1 y 2^2, esto es, 1, 2, y 4. Sobre esta base, I tiene el valor 1, m el valor 2, y g el valor 4. En la sentencia titanic, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la intensidad de la interferencia (I_i) con la libertad de expresión (P_i) es grave o seria (s), mediante la imposición de una condena de daños por valor de 12.000 marcos alemanes (M). Esto es proporcional únicamente si la importancia concreta consiste aquí en la intensidad de interferencia (I_j) del Derecho a la protección del oficial. El Tribunal consideró la intensidad de la interferencia sobre el Derecho del oficial a la protección de su personalidad (P_j) interferencia consistente en no imponer una indemnización (-M), de manera distinta en el caso de llamarlo "asesino nato" y en el caso de llamarlo "lisiado". En el primer caso consideró moderada (m), quizás incluso leve (l), la intensidad. Si insertamos los valores correspondientes de nuestra serie geométrica para s y m, el peso concreto P_i ($W_{i,j}$) es en este caso 4/2, es decir, 2. De esta forma, la prioridad de P_i sobre P_j se expresa mediante un peso concreto superior a 1. En cambio, la descripción del oficial como "lisiado" fue considerada grave o seria (s), por humillante e irrespetuosa. Esto dio lugar a un empate, expresado con el valor 1. En este sentido, la condena al pago de daños no fue desproporcionada.

"Como muestra nuestro ejemplo, en un caso en que la cuestión radica en saber si una medida de protección M viola un Derecho de defensa por su desproporcionalidad, la colisión de un Derecho de defensa y uno de protección tiene una estructura bastante simple. No hay más que preguntarse si, mediante la adopción de M, la intensidad de la interferencia con el Derecho de defensa ($\mathbf{I}_i$) es superior a la que sería la intensidad de interferencia con el Derecho de protección ($\mathbf{I}_j$) de no adoptarse M, es decir, mediante la adopción M…"[701]

Para explicar la escala triádica, Alexy también se sirve del caso del tabaco.

"…tomaré una decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre las advertencias de los riesgos de salud. El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o leve respecto de la libertad de ejercer una profesión. Por el contario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia grave. Entre éstos casos leves y graves se pueden encontrar interferencias de intensidad moderada. En este sentido es posible desarrollar una escala con niveles de leve, moderado y grave. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo a esta escala."[702]

Sin embargo, considera que por sí sola, la escala triádica no es suficiente para mostrar la racionalidad de la ponderación, ya que para ello se necesita:

---

[700] *Ibídem,* pp. 59-63.
[701] Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *trad*. René G. De la Vega, en Miguel Carbonell, Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco H. *(Coord.)*, *Jueces y ponderación argumentativa, op. cit.,* pp. 7-9. Asimismo *Vid.* Alexy, Robert*, Derechos sociales y ponderación, op. cit.*, pp. 63 y s.
[702] *Ibídem*, pp. 5 y s.

"…que se tenga en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias; el cuál a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción en una regla puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado "justificación interna"; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica. Es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de los principios exista una contraparte de este esquema deductivo. Este esquema podría llamarse fórmula de peso."[703]

Otro argumento vertido por Alexy, en defensa de la racionalidad de la fórmula de peso, consiste en que si partimos de que la racionalidad de una estructura inferencial depende, esencialmente, de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas racionalmente, dicha fórmula cumple con tal condición, puesto que los *input* que representan los números son juicios. Al respecto valiéndose del multicitado caso Titanic, en suma nos explica que todo se sostiene en juicios interrelacionados soportados por un discurso argumentativo.

"Un ejemplo de ello, es el juicio de que la descripción pública de una persona minusválida como "tullido" supone una vulneración grave de su Derecho a la personalidad. Este juicio expresa una pretensión de corrección que, dentro del discurso, puede ser justificada como la conclusión de otro esquema de inferencia. El Tribunal operó de esta forma presentando el argumento de que la descripción de un parapléjico como tullido era humillante e irrespetuosa. Junto con la corrección de los argumentos relativos a la intensidad de la interferencia con la libertad de expresión, la fórmula de peso transfiere la corrección de este argumento al juicio sobre el Derecho de Titanic en el caso concreto; lo cual una vez más, implica al juicio que expresa la decisión del Tribunal. Esta es la estructura racional para establecer la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso. Los elementos básicos de esta estructura son juicios o proposiciones… Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula de peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, la fórmula de peso es una clase de argumento. Las formas de argumentos definen la estructura lógica del movimiento dentro de los discursos y muestran como los movimientos se relacionan entre sí…"[704]

Respecto a la fórmula de la Ley de peso de Alexy, Atienza comenta:

"Creo que el análisis de Alexy es interesante porque pone de manifiesto, efectivamente, cuales son los diversos ingredientes que han de tomarse en cuenta para dar prioridad a un principio sobre otro, lo cual contribuye a racionalizar la operación, pero me parece que el intento de formulación matemática puede dar la falsa impresión de que se trata de un cálculo, de seguir un algoritmo, o algo por el estilo… El propio Alexy está consciente de que se trata más bien de una analogía que considera simplemente "instructiva"… Pero el caso de que la asignación de los valores a las variables -como Alexy reconoce- ha de hacerse de manera considerablemente racional, en el sentido de que no es algo enteramente predeterminado… de manera que lo importante no sería, en todo caso, el cálculo en sí, sino la asignación de los valores numéricos. En definitiva, la formulación viene a ser un caso de uso metafórico del lenguaje matemático, que no parece añadir nada a la simple afirmación de que la prioridad de un principio sobre otro se hace (o debe hacerse) teniendo en cuenta los tres elementos (o

[703] *Ibídem*, p. 7.
[704] *Ibídem*, pp. 9 y s.

variables) señalados por Alexy: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas."[705]

XI. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA EXPLICACIÓN DESDE LA VISIÓN DE CARLOS BERNAL PULIDO.

Bernal Pulido, ha realizado una serie de explicaciones que han contribuido al entendimiento de los Principios Jurídicos y la forma en que son aplicados a través de la ponderación, asimismo, se ha convertido en uno de los discípulos más importantes del pensamiento alexiano. En relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, aquel que contempla a la ponderación, explica lo siguiente:

"Conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los Derechos Fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del Derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el Derecho Fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general."[706]

Asimismo, partiendo de que los Derechos Fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico, Bernal Pulido, explica que la ponderación, que deriva de la locución latina *pondus (peso)* es la forma de aplicar los principios y la forma de resolver sus colisiones o tensiones, de ahí que cuando el Juez pondere, en respeto a su derivación etimológica, realice una función consistente en pesar o sopesar los principios que concurren en el caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. Por lo anterior, bien coincidimos con Bernal Pulido que la ponderación de los principios a su vez escalable a Derechos Fundamentales, se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se realiza en cortes constitucionales.

[705] Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación, op. cit,* pp. 173 y s.
[706] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 42, Una explicación similar puede encontrarse en Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos, (escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales)*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 67.

A. La estructura de la ponderación.

Al respecto explica que la ponderación no garantiza una articulación sistémica material de todos los Principios Jurídicos, que habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos, ya que la ponderación es una simple estructura compuesta por tres elementos: *la Ley de la ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación.*

Toda vez que la enseñanza dada por Bernal Pulido es coincidente con la realizada por Alexy, nos limitaremos simplemente a reforzar nuestra comprensión de como realizar una adecuada labor ponderativa en cada una de sus etapas estructurales basándonos en la explicación ejemplificativa que realiza, y que consiste en el caso de que los padres de una niña que profesan el culto evangélico, actuando en razón del mandamiento de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte.

1. La Ley de la Ponderación.

En relación al grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto, Bernal Pulido explica usando la escala triádica alexiana que: *"tenemos que la afectación de la vida y de la salud de la niña que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve".*[707]

Continuando con su explicación, reconoce que el ejercicio antes realizado, es decir, determinar el grado de afectación de los principios en el caso concreto, no es la única variable relevante para determinar si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. Una segunda variable comenta, es la que se denomina como *"peso abstracto"* de los principios relevantes, misma que se funda en el reconocimiento de que a pesar de que a veces los principios colisionados tengan una misma jerarquía, en ocasiones uno de ellos puede tener mayor importancia en abstracto, de acuerdo a los valores predominantes en la sociedad. En este orden de ideas y regresando al caso planteado explica que: *"…eventualmente puede reconocerse que el principio de*

[707] *Ibídem,* p. 100.

protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer libertad es necesario tener vida."[708]

Asimismo, en cuanto a la tercera variable de este procedimiento, identificada como la variable "S", se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, al respecto el jurista en análisis comenta: "La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se conozca al respectivo principio".[709] De tal manera que aplicando lo anterior al caso de la *libertad de creencia vs la protección a la vida*, explique: *"Así, por ejemplo, la afectación al Derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa si existe certeza de que morirá de no ser ingresada al hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuales serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico".*[710]

2. LA FÓRMULA DE PESO.

A efecto de establecer la relación de los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, aunado a la seguridad de las premisas empíricas y la determinación de si la satisfacción de un principio justifica la afectación de otro, se ideó la denominada fórmula de peso. Y que si bien ya fue explicada en líneas anteriores por el propio Alexy, por la trascendencia de este tema, y en aras de su mejor entendimiento, también abordaremos la exposición efectuada por Bernal Pulido, aún cuando se nota el influjo alexiano de su explicación:

$$GP_{i,j}\,C = \frac{IP_i\,C \,.\, GP_i\,A \,.\, SP_i\,C}{WP_j\,C \,.\, GP_j\,A \,.\, SP_j\,C}$$

"Esta fórmula expresa que el peso del principio P(i) en relación con el principio P(j),en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio P(i) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P(j) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación por otra…. a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0, o sea 1;medio 2^1, o sea 2; e intenso 2^2, es decir 4. En cambio, a las

[708]Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos, (Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales)*, *op. cit.*, p. 100.
[709]*Ibídem*, pp. 100 y s.
[710]*Ibídem*, p. 101.

variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor seguro: leve 2º, o sea 1; plausible 2-¹, o sea ½; y no evidentemente falso 2-², es decir, ¼."[711]

Aplicando esta fórmula al caso de los padres evangélicos respecto a la hospitalización de su hija, Bernal Pulido obtiene que:

"De este modo, por ejemplo, el peso del Derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podrían establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos Derechos se catalogue como intensa (IPiC= 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) (GPiA=4) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) (SPiC=1). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del Derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media (WPjC=2), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte podría argumentarse) (GPjA= 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) (SPjC=1).

"En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula de peso al Derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:"

$$GP_{i,j}\ C = \frac{4.4.1}{2.2.1.} = \frac{16}{4} = 4$$

"De forma correlativa, El peso de la libertad de cultos y del Derecho al libre desarrollo de los padres sería el siguiente:"

$$GP_{i,j}\ C = \frac{4.4.1}{2.2.1.} = \frac{16}{4} = 0.25$$

"Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de culto y del Derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres -satisfechos sólo en 0.25- no justifica la intervención en los Derechos a la vida y a la salud de la niña -afectados en 4-. Estos últimos Derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los Derechos Fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital."[712]

3. LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN.

En la explicación del tercer elemento estructural de la ponderación, Bernal Pulido establece que dichas cargas argumentativas *"operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula de peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,j}\ C=GP_{j,i}\ C$)."*[713]

En este tema, cabe resaltar que ante las dos posiciones de Alexy. La primera de ellas que establecería que ningún principio opuesto a la libertad jurídica *(indubio pro*

[711] *Ibídem,* p. 100.
[712] *Ibídem*, pp. 101 y s.
[713] *Ibídem*, p. 103.

libertate) o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor razones más fuertes. Y la segunda postura dada por Alexy *-15 años después-* referente a que los empates ni jugarían a favor de la libertad e igualdad jurídica, sino a favor del Legislador y del principio democrático en el que se funda su competencia *(indubio pro legislatore)*. Bernal Pulido comenta que dado que Alexy no se pronuncia explícitamente, hay dos interpretaciones:

> *"Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia la de sentido democrático. o, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad o igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios."*[714]

B. LOS LÍMITES DE RACIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN Y EN LAS CARGAS ARGUMENTATIVAS.

Reflexionando primero sobre la ponderación, partiendo de la idea alexiana que estima que en algunos casos es posible hacer juicios racionales sobre el grado en que están afectados los principios que colisionan en el caso concreto, Bernal Pulido apunta que existen casos fáciles en lo concerniente a la graduación de las afectaciones de los principios,[715] pero que también junto a éstos existen siempre casos difíciles en los que las premisas que fundamentan la graduación (*fáctica, analítica y normativa*) son extremadamente inciertas. Al respecto comenta que *"…este aspecto de la ponderación depararía al Juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política para encaminarse, en términos de Duncan Kennedy, a la sentencia a la que quiere llegar".*[716]

De igual forma, el autor en comento no pasa inadvertido que la graduación del peso abstracto es una variable muy singular, *"…que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de justicia".*[717]

En cuanto a la seguridad de las premisas*, "…sólo puede concluirse que sobre éste aspecto el intérprete también dispone de un margen irreducible de subjetividad, en el que puede hacer valer sus apreciaciones empíricas sobre las circunstancias en que desarrolla la ponderación".*[718]

---

[714] *Ibídem*, p. 103 y s.
[715] Bernal Pulido, ejemplifica un caso fácil con el expuesto por Alexy, referente al parapléjico llamado "tullido" por una revista satírica.
[716] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* p.105.
[717] *Ibídem,* p. 107.
[718] *Ibídem,* p. 109.

Por último, abordando el tema de los límites de la racionalidad en las cargas argumentativas, de igual forma dependerá de la postura ideológica del Juez, y explica que un Juez que de prevalencia al principio democrático se sujetará al *in dubio pro legislatore*, mientras que un Juez liberal, se inclinará naturalmente al *in dubio pro libertatore.*

En suma, coincido con Bernal Pulido en que siempre hay márgenes irreductibles para la subjetividad del operador jurídico, pero eso ha estado presente siempre en el Derecho, aunque no se quiera aceptar, no es pues, un procedimiento algorítmico que por si mismo garantice una única respuesta correcta en todos los casos.

> *"...el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del Juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones."*[719]

XII. LA EXPLICACIÓN DE LUIS PRIETO SANCHÍS, EN EL TEMA DE LAS TENSIONES ENTRE ALGUNOS DERECHOS CONSTITUCIONALES ESTRUCTURADOS COMO PRINCIPIOS JURÍDICOS.

En un primer término, es consciente de que la ponderación es necesaria en el tratamiento de los conflictos entre Derechos Fundamentales, aclarando que debemos separar el ejercicio que se hace de un caso abstracto al de uno concreto, en este sentido pugna porque en el plano abstracto todos los principios tengan el mismo valor pues de lo contario no habría nada que ponderar, aun cuando en el plano concreto, dicho ejercicio ponderativo desemboque habitualmente en el triunfo de alguno de ellos. Para Prieto Sanchís la colisión de principios sólo se descubre, y se resuelve en presencia de un caso concreto, y los pasos en que ello sucede resultan *a priori* imposibles de determinar. Asimismo concibe que ponderar es *buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.*[720]

Para Prieto Sanchís, las virtudes del ejercicio ponderativo residen en:

---

[719] *Ibídem*, p. 110.
[720] *Cfr.* Prieto Sanchis, Luis, *Los Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.,* pp. 128 -135.

"…estimular una interpretación donde la relación entre normas constitucionales no es una relación de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de Derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas (orden público, Derecho ajeno, etc.) sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros Derechos o principios en pugna. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata por tanto de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer la primacía a uno de otro."[721]

XIII. LA PROPUESTA DE RODOLFO LUIS VIGO PARA RESOLVER LAS TENSIONES ENTRE PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Rodolfo Vigo divide el tema de la tensión de principios, según sean de un similar nivel jerárquico o de distinta jerarquía; en cuanto a la *tensión entre principios de igual jerarquía*, explica deben seguirse las siguientes pautas o directivas, mismas que se han configurado normativa, doctrinaria o jurisprudencialmente y que ha continuación sintetizaremos.[722]

A. COMPRENSIÓN Y RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS PRINCIPIOS EN JUEGO.

Al respecto enuncia que todo principio en tanto jurídico tiene una dimensión individual y al mismo tiempo otra comunitaria o institucional, y, por otro lado, no operan de una manera independiente, sino unos junto a otros; por eso, a la hora de considerar su contenido esencial debe atenderse como mínimo a esa triple fuente de exigencias: las derivadas de la propia naturaleza del principio; las que tienen que ver con las circunstancias en las que se invoca o ejerce; y aquellas que miran el interés de los *otros.*

B. VISIÓN SISTEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS.

Esta guía de actuación se explica en que nunca se deberá entender u operar con cada principio absolutamente desvinculado del resto, puesto que lo que se intenta es procurar no perder de vista su sistematicidad, para así lograr un uso más coherente, preciso, completo y razonable de aquellos.

[721] *Ibídem*, pp.137 y s.
[722] *Cfr.* Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, op. cit.,* pp. 187-206.

C. JUICIO DE CORRECCIÓN TELEOLÓGICA.

Con ella se exige al operador que el medio o la decisión adoptada resulte coherente con el principio en el que se apoya o busca satisfacer, por lo que se violenta la presente directiva cuando no hay correlación entre el medio escogido y el fin procurado, sea porque la conducta obligada, prohibida o permitida no protege ni refuerza un cierto principio que se invoca como fin, o sea porque ese medio implica injustificadamente contradecir en sí mismo de manera sustancial un principio, o sea porque el principio resulta inválido jurídicamente y, en consecuencia no puede justificar ningún medio.

D. JUICIO DE EQUIDAD.

Sostiene que la resolución dictada por el operador jurídico al dirimir casos no comunes o especiales, debe construirse jurídicamente cumpliendo ciertas exigencias de la equidad, aunque esto implique algún apartamiento de la Ley en la cual podrían subsumirse. La respuesta equitativa y adecuada dada judicialmente intenta ajustarse a un problema concreto, prescindiendo de una respuesta general que viene suministrada por el ordenamiento jurídico. En suma, la respuesta buscada en esta directiva, es una respuesta basada en Derecho, aunque no se derive estrictamente de la Ley.

E. JUICIO DE JUSTICIA.

Pretende que los jueces no sean aplicadores mecánicos de la Ley, dado que su función, al igual que la de los legisladores, es afianzar la justicia. Con esta exigencia se pretende que aquél que resuelva un problema jurídico no puede sólo circunscribir su mirada al mismo, sino que debe considerar lo que la solución implica por su proyección a la realidad social integralmente considerada, y sobre los otros casos jurídicos análogos.

F. LEY DE LA PONDERACIÓN.

Además de la responsabilidad de respetar las directivas antes enunciadas, el operador jurídico debe considerar las exigencias que provienen de los principios que son invocados y de los que se derivan soluciones distintas o contradictorias, por lo que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia o satisfacción del otro. De esta forma, el peso asignado a cada principio por el operador jurídico resulta medular, para ello cuenta con

la razón práctica prudencial, debiendo exponer las razones que avalan su conclusión, sin violentar las razones de la lógica.

En cuanto a la *tensión entre principios de distinta jerarquía*, Vigo sostiene que:

> *"…consideramos que la regla fundamental indica al operador jurídico que debe recurrir al sustancialmente más cercano o más fácil o directamente aplicable al caso que debe resolver, aunque sometiéndolo al test de compatibilidad con los principios superiores o jerárquicos. Dicho de otro modo, el intérprete tiene que comenzar su búsqueda por el plano sectorial infraconstitucionalidad, y luego pasar a los más abarcativos; de encontrar en aquella primera etapa un principio que posibilite la resolución del problema, debe aplicarlo privilegiadamente frente a otros principios que eventualmente puedan aportar otra solución, siempre y cuando éstos últimos -de jerarquía constitucional o preconstitucional- toleren la solución que el sectorial proporciona… En definitiva, con la dirección señalada (de la especialidad compatible) se concilian las fuentes autoritativas jurígenas de una sociedad con criterios de validez intrínseca, conservándose además una mirada no meramente sectorial, sino integral y jerárquica del Derecho vigente."*[723]

XIV. EL TRATAMIENTO PONDERATIVO DE LOS CONFLICTOS SEGÚN EL PENSAMIENTO DE ATIENZA.

Atienza, parte de tres premisas: **1.** Los jueces no sólo aplican reglas, sino también principios, mismos a los que básicamente se recurre cuando no existe una regla aplicable a la situación *(laguna normativa)* o cuando aun existiendo una regla, ésta es incompatible con los valores y principios del sistema *(laguna axiológica)* es decir, porque su aspecto directivo se separa del justificativo; **2.** Que la aplicación de principios para resolver casos concretos no puede tener lugar de manera directa, pues los principios suministran sólo razones no perentorias, razones *prima facie* que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios y *reglas;* y **3.** La aplicación de los principios supone por ello, una operación con dos fases: en la primera se convierte el principio o los principios en reglas, operación que en sentido estricto suele llamarse ponderación; luego en una segunda fase, la regla creada se aplicará según algún modelo subjuntivo o finalista.[724] Asimismo, explica que la ponderación es la manera de encontrar una solución para una situación de tensión de principios, y que dependiendo del tipo de principios será el tipo de ponderación.

> *"Una es la ponderación que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es entre normas de acción como por ejemplo, entre las normas -el principio- que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza la libertad de expresión… Otro tipo de ponderación es el que tiene lugar a partir de directrices. Me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden*

[723] *Ibídem*, p. 209.
[724] *Cfr.* Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación, op. cit.,* p. 168.

consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de una o varias directrices. Como ejemplo, puede servir la propuesta de medidas dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda… Es obvio que las directrices juegan (o pueden jugar) un papel en el primer tipo de ponderación, por ejemplo, contribuyendo a atribuir un mayor peso a alguno de los principios en juego. Y los principios en sentido estricto en el segundo tipo de ponderación, puesto que marcan los límites dentro de los cuales puede llevarse a cabo el proceso de concreción."[725]

En referencia al primer tipo de ponderación, explica que la misma se lleva por medio de los siguientes pasos:

"En el primero se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores que tiran en direcciones opuestas (por ejemplo al Derecho al honor, a prohibir determinadas manifestaciones; el Derecho a libertad de expresión, a favor de admitirlas) y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacer al mismo tiempo. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias y se aducen las razones para ello, y finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que van formando casos genéricos y las correspondientes reglas. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de supuestos decididos por el Tribunal Constitucional español, en los que entran en contradicción el Derecho al honor y el Derecho a la libertad de expresión, se puede ver como se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades…"[726]

Para el segundo tipo de ponderación, la que tiene lugar a partir de directrices enseña que *"No arranca de constatar que frente a un caso particular existen principios que pugnan en direcciones opuestas, sino que el punto de partida es la necesidad de concretar un objetivo, teniendo en cuenta, por supuesto, que eso no puede hacerse prescindiendo de cómo se puede afectar al resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema o vulnerando los límites fijados por los principios en sentido estricto".*[727]

De estos dos tipos de ponderación, podemos obtener las siguientes diferencias: Mientras que del primer tipo de ponderación lo que resultaba era una (nueva) regla de acción que luego se aplicaba al caso, de esta segunda resultarán tanto reglas de acción como de fin o la obligación o autorización para emprender determinadas acciones; mientras que la primera es típica de los jueces y algunas veces de los legisladores, la segunda cae en un principio fuera de la competencia de los jueces, por sus elevados niveles de discrecionalidad, que por ello se confían casi exclusivamente a los legisladores o a órganos administrativos de jerarquía, aunque este hecho no escapa del análisis judicial para verificar si se ha realizado una ponderación aceptable;

[725] *Ibídem*, pp. 168-170.
[726] *Ibídem*, pp. 170 y s.
[727] *Ibídem*, pp. 174.

mientras la primera se efectúa a la luz de un caso concreto y sus circunstancias, la segunda, que se debería llamar mejor concreción o desarrollo, se realiza bajo circunstancias generales no consideradas en el esquema.[728]

XV. LA CRÍTICA A LOS MÉTODOS PARA RESOLVER TENSIONES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y POR AÑADIDURA ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LOS REFLEJAN.

Como habría de esperarse todas las teorías para resolver conflictos iusfundamentales han recibido innumerables críticas, como Sánchez González quién opina que no deberíamos estar ante unos meros instrumentos de contenido indefinido, rellenables o moldeables según el buen criterio del órgano jurisdiccional, puesto que éstos son los medios que se utilizan para enjuiciar potenciales violaciones de los Derechos Fundamentales, que implican un daño para su titular y un quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Deberían por lo tanto, formularse como conceptos claros, coherentes, útiles, al modo jurídico, capaces de fundamentar con razonamientos sólidos las decisiones jurisdiccionales, puesto que de otra forma es fácil cuestionar la legitimidad de las actuaciones de los tribunales constitucionales, dicha crítica concluye diciendo:

> *"…desgraciadamente las técnicas que se han ido introduciendo no responden, como se verá a las expectativas de claridad, congruencia y previsibilidad propias del razonamiento jurídico, si sirven en cambio, para motivar cualquier resolución en función de una u otra orientación política, y de acuerdo con ella, se adecuan en muchos casos a la que denomina Ley del encaje: primero se toma la decisión o sentencia, luego se elije la norma o principio que vienen determinadas por aquellas; después se escoge el criterio interpretativo más idóneo y, finalmente, se le viste con el lenguaje del Derecho."*[729]

Ante la crítica recurrente que se hace de la irracionalidad y no objetividad del principio de proporcionalidad y su acción ponderativa, Bernal Pulido considera que:

> *"...la objetividad podría alcanzarse en un sistema ideal, en el que la Constitución determinara por completo el contenido de los Derechos. En un sistema semejante, la Constitución regularía mediante normas individuales explícitas todos los supuestos concebibles que pudieran llegar a ser relevantes desde el punto de vista iusfundamental. Como consecuencia, la función del Tribunal Constitucional se reduciría a subsumir los casos bajo este detallado catálogo de normas individuales."*[730]

---

[728] *Ibídem*, pp. 173-176.
[729] Sánchez González, Santiago, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* p. 58.
[730] *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* p. 71.

El sistema que explica Bernal Pulido no parece factible ni conveniente.[731] Por tanto, si bien la objetividad no puede ser alcanzada por el principio de proporcionalidad en los términos ideales deseados, el hecho de que ningún otro de los procedimientos propuestos pueda superar la importante función de la proporcionalidad, la refuerza hasta este momento como la vía más apropiada para el tratamiento de los Derechos Fundamentales, pues garantiza si no la objetividad plena, sí un grado mayor de racionalidad en comparación con otros modelos jurídicos propuestos, por lo que comparto plenamente la idea de que:

> *"…el principio de proporcionalidad es el criterio que ofrece este mayor grado de racionalidad relativa, si se le compara con los demás criterios propuestos hasta el momento por la doctrina y aplicación de la jurisprudencia… el baremo mediante el cual es posible comparar y evaluar las ventajas y desventajas que ofrecen estos criterios son:* ***(1)*** *que los criterios estén libres de contradicciones internas;* ***(2)*** *que sean conceptualmente claros;* ***(3)*** *que logren realizar en la mayor medida posible la fuerza normativa de los Derechos Fundamentales y de las normas de la Constitución;* ***(4)*** *que consigan una mayor racionalidad en las decisiones del Tribunal Constitucional; y* ***(5)*** *que puedan delimitar de manera más adecuada a los principios del Estado Constitucional Democrático las órbitas competenciales del Tribunal Constitucional y del Legislador…"*[732]

Fernando Toller comenta que jerarquizar y contrapesar los Derechos conducen a arbitrariedades, por lo que la solución, expone debe pasar por la búsqueda prudente y finalista del contenido esencial de los Derechos y bienes. Ya que tratar de armonizarlos entre sí y con los demás bienes públicos, parece el método más fructífero que el establecimiento de jerarquías o la ponderación de su importancia relativa. Lo que se trata en torno explica, es de negar la extendida visión que el Derecho es el mecanismo de resolución de conflictos, idea basada en que la realidad es necesariamente caótica o disyuntiva, pasando concordantemente a entender al Derecho Constitucional, como la ciencia y el arte de la búsqueda de soluciones armoniosas, o si se quiere, de la racionalidad o la inteligibilidad jurídica que está en las cosas, ya que la realidad jurídica tiene un *thelos* que es posible conocer y secundar, de modo que sea posible, dar a cada uno lo suyo.[733]

Otra de las críticas recibidas consiste en que se cuestiona la legitimidad de los Tribunales Constitucionales que operan dicho principio*:*

---

[731] Explica que no es factible porque todas las Constituciones se elaboran y promulgan con límites de información y tiempo y no es deseable porque el Derecho se anclaría en el pasado, porque se vería reducido el espacio para la deliberación política y no respondería a las nuevas vicisitudes sobrevinientes y de adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad. *Cfr*. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 70-72. Como podrá apreciarse Bernal Pulido, opta por el modelo blando de los principios explicado anteriormente en esta investigación.

[732] *Ibídem*, pp. 73 y s.

[733] *Cfr.* Toller, Fernando, "La resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y *el balancing test*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, Tomo II, *op. cit.,* pp. 1245-1284.

"Más de un destacado autor ha señalado que el principio de proporcionalidad no es más que una "composición salomónica", que por esta razón el Alto tribunal no tiene la suficiente legitimidad para enjuiciar la legislación bajo su óptica y que cuando lo hace, restringe indebidamente, e inclusive usurpa la libertad legislativa de configuración de la Constitución, como consecuencia se ha advertido que no constituye un criterio fiable para determinar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales y que debe ser sustituido por otros menos críticos y menos susceptibles de ser maleados por parte del Juez constitucional de turno.[734] [ó en otras palabras]… la ponderación casuísticamente realizada, como la que el Tribunal Constitucional práctica y exige, dificulta, si no impide, cualquier predicción fiable sobre el amparo de que gozará un determinado ejercicio de la libertad de expresión".[735]

En esta tesitura, García Manrique reflexiona sobre algunos problemas de la ponderación*:*

"…el problema fundamental que plantea el juicio de ponderación es el de su racionalidad. Se trata de una técnica racional y, por tanto, ¿es posible controlar su ejercicio?, o por el contrario, ¿no hay estándares objetivos para medir la corrección de las ponderaciones?, un segundo problema del juicio de ponderación, es el de su propia identidad: es en verdad, la ponderación sustancialmente distinta a la venerable subsunción o ¿sólo es diferente el ropaje con que se nos presenta? Y un tercero sería el de su conveniencia: ¿es la ponderación la mejor técnica para la aplicación de principios o pueden haber otras técnicas que mejoren sus resultados? Y en tanto que hablamos de aplicación de normas jurídicas y no de otra clase, y teniendo en cuenta que el Derecho se pretende un tipo de regulación particularmente cierta, seguro o calculable, ¿no conllevan las normas de principio y su aplicación ponderada el germen de disolución de su carácter jurídico? No estaremos, disolviendo el Derecho en la moral y perdiendo con ello, las ventajas que le suponíamos a la regulación jurídica de lo social…"[736]

Dentro de los críticos de Alexy y su ponderación podemos encontrar a Moreso, para quien la ponderación tiene tres defectos que comprometen su racionalidad; el primero es que no disponemos de una escala de ordenación abstracta de los Derechos a ponderar; el segundo que resalta, es que considera que no se sabe como medir la gravedad o importancia de las interferencias en los Derechos; y por último, el carácter individual de la ponderación que impide aplicar su resultado a otro caso distinto para aquél que fue realizado, resultado de estos problemas comenta es que no podemos prever lo que los órganos de aplicación del Derecho decidirán en el momento de resolver las colisiones principialistas, ni someter a crítica racional sus decisiones. Como alternativa, Moreso propone una técnica de especificación de los Derechos, que ha cambio de sacrificar su alcance, mantenga su fuerza, es decir se trataría de mantener la capacidad del Derecho para guiar el comportamiento, que está en peligro cuando se emplea una técnica ponderativa al modo de Alexy.[737]

---

[734] Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 69 y s.
[735] Sánchez González, Santiago, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* p. 63.
[736] *Vid.* Presentación de Ricardo García Manrique, en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.*, pp. 22 y s.
[737] *Cfr.* Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.,* pp. 223-248.

García Amado, intenta exhibir que la ponderación no es realmente distinta a la subsunción, hablando en el terreno aplicativo de las normas, consiguientemente que no hay diferencias entre reglas y principios, por lo que explica que todos los conflictos de principios manejado por la doctrina pueden replantearse en términos de reglas subsunción, por lo que menciona los principios y la ponderación supone en realidad una manera de encubrir las elecciones interpretativas que constituyen las verdaderas razones.[738]

Otros autores como Celestino Pardo y Alonso Figueroa, analizan las consecuencias por la introducción de los principios en el sistema jurídico y coinciden en que al ser mandatos de optimización que exigen la realización máxima de los valores que contienen, ponen en cuestión la estabilización de expectativas que hasta ahora se había supuesto que era la función de las normas jurídicas, quedando éstas al albur de posibles reconfiguraciones de las relaciones entre valores y normas que resultarían de futuras ponderaciones judiciales, en suma su aparición lo vuelve todo más inestable.[739]

Por último, mención especial debe recibir un grupo de críticos que soportan la denominada *objeción democrática* a los Derechos Fundamentales y a la forma proporcional en la que son aplicados, ya que esto supondría una restricción inaceptable de la competencia parlamentaria, especialmente cuando se trata de Derechos de protección que exigen acciones positivas del Parlamento y no meras abstenciones, uno de los lideres de este movimiento es Bockenforde, quién reprocha lo que denomina el exceso de constitucionalización, según este autor, dicha expansión de los Derechos constitucionales altera el carácter de la Constitución de forma fundamental y dramática, explicando que la Constitución deja de ser un mero marco para el proceso democrático de formación de voluntades (*Rahmenirdnung*) y se convierte en el fundamento de la comunidad *(Grundordnung)*. En razón de lo anterior, considera que si una Constitución como fundamento de la comunidad ya contiene todo el ordenamiento jurídico, el cometido del proceso político democrático se ve reducido a la mera puesta en práctica de lo que ya ha sido decidido por la Constitución, y si tenemos que el cumplimiento de éste cometido es supervisado por el Tribunal Constitucional, adquiere dicho órgano de esta forma todo el poder real. Bockenforde expone para evitarlo regresar a la concepción de los Derechos constitucionales como Derechos subjetivos de libertad

[738] *Cfr*. García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica"*,* en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.,* pp. 249-326.
[739] *Cfr.* García Figueroa, Alfonso, "Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy" y Pardo, Celestino, "Reivindicación del concepto de Derecho subjetivo"*,* ambos en Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.,* (333-370) y (371-404) respectivamente.

dirigidos defensivamente contra el Estado.[740] En respuesta Alexy sostiene que ésta objeción sólo sería admisible si se implicara de hecho que todas las normas y decisiones jurídicas se encontrasen ya contenidas en la Constitución, lo que daría lugar a la pérdida total de autonomía de la legislación parlamentaria, algo incompatible con la democracia.

En general, las críticas formuladas a las posiciones conflictivistas, ya sea por jerarquía o ponderación proporcionalizada, según Castillo Córdova son las siguientes:

1. *Permite el sacrificio de Derechos constitucionales.* Debido a que trae como consecuencia considerar que existe una suerte de Derechos de primera y de segunda categoría, por lo que un Derecho Fundamental considerado de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda sacrificado, desplazado, en buena cuenta vulnerado en su contenido. De esta manera explica que *"…mediante posiciones iusconflictivistas de los Derechos Fundamentales, consciente o inconscientemente se termina por dar cobertura y legitimar situaciones que dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones de Derechos constitucionales."*[741]

2. *Desconoce los principios de normatividad y unidad de la Constitución.* Si las posiciones conflictivistas, terminan por sacrificar o lesionar Derechos reconocidos por la Constitución, esto: *"convierte a la Constitución en una norma que a veces rige y otras veces no, o lleva a aceptar que habrán partes de la Constitución que rigen y otras partes que no."*[742]

3. *La jerarquización y ponderación conllevan soluciones inconstitucionales e injustas.* En el sentido de que uno de los bienes y Derechos en liza puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente y en concreto, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* lo hace en concreto.

En virtud de estas posiciones críticas Castillo Córdova, uno de los férreos defensores del contenido esencial, concluye:

> *"Por tanto las posiciones conflictivistas, tanto en su lógica conflictual de enfrentar unos Derechos de modo que uno quede desplazado y olvidado, así como en los métodos que emplean para solucionar los llamados conflictos de Derechos, producen una serie de perjuicios que no sólo la hacen criticable sino también rechazable, por lo que obliga a intentar una nueva formulación del significado de los Derechos que permita, no el desplazamiento o*

[740] *Cfr*. *Ibídem*, pp. 46 y ss.
[741] Castillo Córdova, Luis*, Los derechos constitucionales*, *op.cit.*, pp. 328 y s.
[742] *Ibídem*, p. 329.

imposición (proporcional o no) sino que por el contrario permita una vigencia conjunta y armoniosa de todos los Derechos constitucionalmente reconocidos a la persona."[743]

Por su parte Rafael de Asís, engloba las críticas al principio de proporcionalidad *-las que son también extensibles a proporcionalidad en sentido estricto o ponderación-* en dos dimensiones, en virtud de lo anterior señala:

"Por un lado la acusación de falta de justificación de un análisis de los Derechos basados en ventajas y sacrificios; la otra la acusación de la falta de certeza existente en la utilización de este principio. Esta crítica pone de manifiesto que la utilización del principio de proporcionalidad es algo enormemente valorativo, esto es, independiente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, implica adoptar puntos de vista, significados y jerarquías de valores cuestionables."[744]

XVI. LAS TEORÍAS MATERIALES Y ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVAS A LA PONDERACIÓN.

Como alternativas para sustituir a la ponderación, tenemos a las siguientes teorías conocidas como materiales y estructurales de los Derechos Fundamentales.

A. TEORÍAS MATERIALES.

Podemos explicarlas diciendo que son las que pretenden fundamentar a las normas iusfundamentales adscritas mediante la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la luz de un sistema ideológico concreto, en otras palabras, sostienen en común que la fundamentación de las normas adscritas se construye con base en un conjunto de premisas y de argumentos que derivan de una concepción material de estos Derechos, la que está constituida a su vez por un conjunto de valores pertenecientes a una ideología, a una visión general de la sociedad, la Constitución y el Estado. En este sentido:

"…las teorías liberales que propugnan por un Estado abstencionista, fundamentan normas que prescriben abstenciones al Legislador. Las teorías democráticas que preconizan la participación de los ciudadanos en configuración del orden social y jurídico defienden la concreción sobre normas básicamente que prescriben Derechos a obtener un determinado efecto jurídico, una vez que hayan sucedido ciertos actos de participación política. Las teorías del Estado social, por último conciben un Estado que atiende a las necesidades básicas de los individuos, y por tanto traducen las cláusulas de Derechos en normas que imponen el cumplimiento de determinadas prestaciones."[745]

[743] *Ibídem*, p. 333.
[744] De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho, op. cit.,* p. 112.
[745] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* p. 402.

Es importante destacar, que si bien este criterio material, es imprescindible para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales, lo es también, que muchos coinciden en que debe reconocerse que por sí solo, o sea sin complemento alguno, no puede ser un criterio para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales que sea aplicable a la Constitución y que pueda sustituir al principio de proporcionalidad,[746] entre otras cosas, porque no pueden ser consideradas también como posiciones definitivas, absolutas, irrestringibles e inderrotables, sino solamente como normas y proposiciones con validez *prima facie.* Esto es así, porque las dos formas que podían considerar definitivas a las posiciones traen aparejada problemas irresolubles: La primera, que establecería que si se integra en todo el Derecho Fundamental a dicha definitividad, éstas presentarían el problema de que ante una interpretación a la luz de criterios materiales distintos, se producirían contradicciones que al ser definitivas serían antinomias que no podrían resolverse. La segunda, en respuesta a la anterior, resolvería el problema diciendo que no todas son definitivas, sólo aquellas que pertenecen al núcleo esencial del Derecho, sin embargo, ahora surge el problema de qué criterios han de seguirse para definir cuales pertenecen a este reservado grupo y cuales no.[747]

B. TEORÍAS ESTRUCTURALES.

Buscan determinar el contenido de los Derechos Fundamentales, vinculante para el Legislador a partir de un análisis de su estructura, siendo su principal virtud que ellos consiguen integrar los criterios materiales y axiológicos que resultan de las teorías liberales, democráticas y de Estado social, que muy a menudo se contraponen entre sí en la fundamentación de las normas iusfundamentales adscritas, es decir, permiten armonizar y reducir las tensiones de lo material. Dentro de estos criterios estructurales, tenemos al propio principio de proporcionalidad y a dos criterios que han sido considerados como sus alternativas, nos referimos a las teorías del contenido esencial y las teorías interna o del contenido reducido de los Derechos Fundamentales.

Abordando a las *teorías estructurales del contenido esencial*, mismas que explican que las normas adscritas y las posiciones iusfundamentales que resultan vinculantes para el Legislador, son aquellas que están comprendidas en el contenido esencial de cada Derecho Fundamental. Se han postulado a su vez tres teorías. *La teoría espacial-absoluta del contenido esencial* que se sintetizaría en afirmar que el contenido esencial

[746] *Ibídem*, p. 303.
[747] *Ibídem*, pp. 403 y s.

de un Derecho Fundamental está compuesta por todas las normas y posiciones jurídicas que lo integran, y que, según las convicciones generalizadas de los juristas en un momento histórico determinado, son necesarias para que el Derecho no se desnaturalice,[748] al respecto son validas las siguientes preguntas: ¿Sólo hay una naturaleza de los Derechos Fundamentales? ¿Hay criterios fiables para determinar núcleo y periferia en la doctrina?, ¿Tiene mayor objetividad que la proporcionalidad? En cuanto a la *teoría mixta del contenido esencial***,** tiene como objeto conjugar la aceptación de los postulados básicos de la teoría espacial-absoluta con un reconocimiento que el principio de proporcionalidad puede funcionar como criterio para definir la vinculación del Legislador, es decir, para controlar la forma en que el Legislador puede actuar en la periferia del Derecho, a la única donde puede accesar, siempre y cuando su labor sea proporcionada. Sin embargo, se critica en todo su esplendor porque donde hay núcleo esencial no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo.[749] Para la última tesis del contenido esencial, la denominada *teoría temporal absoluta* defiende que la garantía del contenido esencial y no el principio de proporcionalidad contiene el criterio definitorio de la vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales, con la peculiaridad que contempla a ese contenido esencial como el componente del Derecho esencial que ha de permanecer siempre, a pesar de que algunos de sus elementos cambien con el tiempo, o dicho de otra forma "el conjunto que constituye la esencia, perdura a pesar de que las normas y posiciones que lo integran puedan desaparecer o ser reemplazadas por normas y posiciones distintas."[750]

En términos de las *teorías estructurales internas de los Derechos Fundamentales,* se señala que dicha concepción no esta sometida a la casi titánica labor de separar al Derecho en núcleo y periferia, ya sea según los criterios espaciales o temporales antes vistos, ya que sostiene que todo el Derecho Fundamental vincula al Legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida, de igual forma ésta teoría preconiza que todas las normas adscritas a Derechos Fundamentales son de validez definitiva y que las restricciones o límites de estos Derechos Fundamentales no vienen del exterior, puesto que los únicos límites que conocen son los que demarcan los contornos de la sustancia a la que alude las disposiciones que los tipifica. [751]

[748] *Ibídem,* pp. 414-425.
[749] *Ibídem*, pp. 436-439.
[750] *Ibídem*, pp. 440 y s.
[751] *Ibídem,* p. 448.

En suma, todas las alternativas propuestas, de las que reconozco su interesante aporte al debate y búsqueda de una mejor racionalidad de las decisiones judiciales, critican al principio de proporcionalidad, pero adolecen aún más de los mismos problemas que critican, por lo que defendemos el principio de proporcionalidad como el medio más ventajoso para el control de las leyes y actos que intervienen en los Derechos Fundamentales y como la forma para determinar y concretizar los contenidos vinculantes que se derivan de los mismos. Al respecto Cárdenas Gracia comenta que a los críticos de la proporcionalidad, donde se ubica la ponderación, *"debe precisárseles que éste principio no brinda certezas absolutas, pero sí una racionalidad aceptable y plausible. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que no conduzcan a la única respuesta correcta pero sí a determinaciones justificables".*[752]

[752] Cárdenas, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 219.

CAPÍTULO V

"LA PONDERACIÓN COMO SUBSISTEMA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTEGRAL."

I. LOS SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD O ADECUACIÓN, DE NECESIDAD Y EL DE PROPORCIONALIDAD EN EL SENTIDO ESTRICTO O PONDERACIÓN, COMO TRILOGÍA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTEGRAL.

En el capítulo anterior estudiamos a la ponderación como método para interpretar y resolver tanto tensiones entre Derechos Fundamentales como tensiones entre Principios Jurídicos que los reflejan, y comentamos que a la ponderación se le identifica con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, se consideró que cuando el juzgador resuelve un caso a la luz de los *subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, aplica el principio de proporcionalidad en su sentido integral*, también llamado *principio general de proporcionalidad o principio de proporcionalidad en sentido amplio,* mismo que será objeto de análisis del presente capítulo.

El principio de proporcionalidad se presenta como una estructura de tres momentos o niveles que se encuentran ordenados, relacionados y condicionados, a grado tal, que la superación de los requerimientos del primer nivel *(el examen de adecuación)* se vuelve condición para poder acceder al siguiente nivel de análisis *(el examen de necesidad),* mientras que la superación de estos segundos requerimientos abre la puerta para ingresar al escenario donde se examinará si se satisface o no el test de *(proporcionalidad estricta o ponderación)*. No se omite manifestar, que algunos autores consideran que más que subprincipios son principios independientes.

Alexy desde la visión integralista comenta que los subprincipios de la proporcionalidad:

> *"Expresan la idea de optimización. Interpretar los Derechos Fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas"*.[753]

[753] Alexy, Robert*,* "Ponderación, control de constitucionalidad y representación"*, trad.* René G. De la Vega, en Miguel Carbonell, Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez (Coordinadores), *Jueces y ponderación argumentativa, op. cit.,* p. 2.

En cuanto al *subprincipio de idoneidad o adecuación*, mismo que responde a la optimización en el terreno posible de lo fáctico. Tenemos la siguiente explicación ejemplificativa de Alexy:

> *"Supongamos que el Legislador introduce la noma N con la intención de mejorar la seguridad del Estado. N infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido a un bien colectivo. A éste principio le podemos llamara P_1. La libertad de expresión puede ser concebida como un Derecho individual fundamental que se basa en un principio. A éste principio le llamaremos P_2. Supongamos ahora que la norma N no es adecuada para promover P_1. Esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo infringe P_2, o sea la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando invalida N, que aceptando la validez de N. Aceptar la validez de N no conlleva ninguna ganancia para P_1, sino sólo perdidas para P_2. Tal solución no sería un óptimo de Pareto. Los Derechos como principios exigen óptimos de Pareto."*[754]

En otra valiosa intervención académica, en el marco de los Derechos de protección y defensa, Alexy ha comentado que: *"El principio de adecuación excluye la adopción de medios que infrinjan un Derecho constitucional sin promover ningún Derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios, Si un medio M, adoptado con objeto de promover un Derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un Derecho de defensa, entonces será desproporcionado, y por tanto anticonstitucional"*.[755]

Respecto al *subprincipio o regla de necesidad,* según Alexy, se deduciría de la siguiente forma: *"Supongamos que hay una alternativa N* a N, que es suficientemente adecuada para promover P_1, y que infringe menos P_2 que N. En esta situación, P_1 y P_2 prohíben conjuntamente N. N no es necesaria para realizar P_1, porque P_1 puede ser cumplida con un costo menor. De nuevo se trata de un óptimo de Pareto"*.[756]

También en el marco de los Derechos de protección y defensa, Alexy ha explicado que *"el principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos o adecuados en términos generales para promover un Derecho a protección, debe escogerse al que interfiera menos con el Derecho de defensa. Lo mismo sucede cuando dos medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo"*.[757]

Ante la recurrencia de Alexy de sintetizar un importante contenido de los subprincipios de adecuación o idoneidad y necesidad, con los famosos óptimos de

[754] Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, pp. 36 ys. Ensayo que también se encuentra en la Revista *Isonomía*. núm. 1, 1994, pp. 46 y s.
[755] Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.,* p. 57.
[756] Alexy, *Robert, Derecho y razón práctica, op.cit.*, pp. 36 y s. Ensayo que también se encuentra en la Revista *Isonomía*. núm. 1, 1994, pp. 46 y s.
[757] Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, op. cit.,* pp. 57 y s.

Pareto, a mayor reforzamiento de su explicación, acudimos a los campos de la Economía para conocer un poco de éste criterio que podría sintetizarse de la siguiente forma: *"Si se tienen dos estados sociales **A** y **B**, **A** es preferible a **B** si por lo menos una persona está mejor en **A** que en **B** sin que ninguna de las otras personas esté peor que en **B**. En éste caso, se dice que **A** es Pareto superior. Si, en cambio, la única forma de mejorar la situación de un individuo es empeorando la de otro, se dice que esa situación constituye un óptimo de Pareto (no es posible mejorar la situación de un individuo sin empeorar la de otro)*[758] ó explicado de otra forma*:" Un Estado Social es "Pareto- óptimo" si y sólo si no existe ningún estado alternativo en el que al menos un individuo esté mejor y nadie esté peor. Por otra parte, un Estado social X es "Pareto-superior" a otro Estado Social si y sólo si existe al menos un individuo que está mejor en X que en Y sin que ningún otro individuo este peor en X que en Y.*[759]

En otras palabras:

> *"…la regla de necesidad tiene por objeto examinar si el medio que interviene en el Derecho Fundamentales de menor o, al menos de similar intensidad que el que ocasionaría otros medios hipotéticos igualmente idóneos. Se trata de una relación comparativa entre medios idóneos -el optado y el hipotético-, de una comparación medio-medio. La comparación entre medios tiene por propósito examinar si frente al medio adoptado en la intervención existen medios hipotéticos, alternativos, igualmente idóneos, con una intensidad menor a la ocasionada por aquél. Hay aquí un mandato del medio menos gravoso o de menor intensidad en la intervención que, si no es observado, la intervención será innecesaria y, por tanto inconstitucional. Cabe observar que tanto en la regla de idoneidad y de necesidad requiere haberse previamente determinado la intención de la intervención."*[760]

En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, mismo que en términos alexianos sirve para la optimización de principios contrapuestos después de que la intervención ha superado los exámenes de idoneidad y necesidad, se sintetiza en la fórmula siguiente: *"Cuanto más sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio"*.[761]

Bernal Pulido, abordando el tema del principio de proporcionalidad como criterio orientador y valorativo para la fundamentación correcta de las decisiones judiciales, apunta que el principio de proporcionalidad, utilizado *in genere* desde la filosofía práctica griega clásica para analizar las relaciones entre medios y fines, es ahora

---

[758] Notas docentes elaboradas por los economistas Ianina Rossi y Máximo Rossi, Universidad de Montevideo, Departamento de Economía. *http://decon.edu.uy/~mito/nota%20equilibrio%20general.pdf*. (Consultada el 16 de octubre de 2008).

[759] Opinión tomada de Andreas Novy, Departamento para el Desarrollo Urbano y Regional de la Universidad de Economía de Viena, *http://www.lateinamerika-studien.at/content/wirtschaft/ipoesp/ipoesp-2769.html*. (Consultada el 26 de septiembre de 2008).

[760] *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, op. cit,* p. 483.

[761] Alexy, Robert, *Derecho y Razón práctica*, *op. cit.*, pp. 37 y s. *Vid.* también la revista *Isonomía*. núm. 1, 1994, pp. 46 y s.

también visto como un concepto jurídico con creciente recurrencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional, especialmente en las sentencias de control constitucional que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los Derechos Fundamentales, esto es así, desde que el propio discurso de los Derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo es el fin último del ejercicio de todo poder político y de cualquier intervención estatal que en la órbita de su libertad debía ser proporcionada.

Además, explica que dicho principio de proporcionalidad, cuya fuente principal se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y en la doctrina germánica[762] *"aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los Derechos Fundamentales debe cumplir"*,[763] concluyéndose válidamente que éstas exigencias deben ser observadas por el Estado cuando interviene en el tema de los Derechos Fundamentales, para que su actuación sea considerada constitucionalmente legítima. En *contrario sensu*, toda intervención en los Derechos Fundamentales sin arreglo a éstos subprincipios debe ser declarada ilegitima e inconstitucional.

Dichas reglas son explicadas de la siguiente forma:[764]

> *"Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los Derechos Fundamentales debe ser adecuada para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los Derechos Fundamentales debe ser la más benigna con el Derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En fin, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los Derechos Fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del Derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el Derecho Fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general".*[765]

En este sentido, cuando el Tribunal Constitucional aplica la proporcionalidad:

> *"...Indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el Derecho Fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para*

[762] Bernal Pulido puntualiza que la primera investigación profunda sobre este tema en la Alemania de la posguerra se efectuó en 1961 por parte de P. Lerch, sólo que el principio de proporcionalidad fue llamado como *"interdicción del exceso",* mismo que sólo aparece con dos subprincipios: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, estando implícito en ellas el ahora conocido como subprincipio de idoneidad. Asimismo, en Prusia donde si se tomaron en cuenta los tres subprincipios mencionados, estos se agruparon en el denominado principio de la prohibición del exceso. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 41 y 47.

[763] *Ibídem*, pp. 41y s.

[764] Si bien las explicaciones de Bernal Pulido se inspiran en el pensamiento de Alexy, hemos considerado incluirlas por sus valiosas y profundas aportaciones en el entendimiento del tema.

[765] Bernal Pulido*, El principio de proporcionalidad, op. cit,* p. 42. *Una explicación muy similar puede encontrarse en Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos, op. cit.,* p. 67.

conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretenden obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los Derechos Fundamentales afectados y para la propia sociedad."[766]

Jaime Cárdenas, por su parte, explica que el subprincipio de idoneidad o adecuación, también conocido como juicio de razonabilidad, sirve para analizar la legitimidad del fin legislativo y para constatar que la norma legal *sub examine* no constituye una decisión arbitraria al estar prohibida expresa o implícitamente en la Constitución, por lo que se constituye en la etapa en donde el juzgador debe determinar los fines inmediatos y mediatos perseguidos por el Legislador de la manera más concreta posible según lo permitan las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes, también se configura como la etapa en donde el juzgador debe analizar por separado los fines principales y secundarios de la medida legislativa a fin de resolver sobre su legitimidad.

Comenta a su vez, que *"la idoneidad de una medida adoptada por el Legislador dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud, etcétera. Bastará en ocasiones la realización parcial del fin legislativo como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada"*.[767]

En lo que respecta al subprincipio de necesidad, expresa que sirve para analizar si la medida de intervención en los Derechos Fundamentales es la más benigna con el Derecho intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Asimismo, considera que la elección de medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al Derecho Fundamental, son los aspectos determinantes en la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.[768]

Para Cárdenas, las reglas por las que debe de transitar el subprincipio de necesidad, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- *Los medios alternativos que no pueden llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tomados en cuenta en el examen de necesidad;*
- *La comparación entre medios alternativos no sólo es fáctica, sino también normativa;*
- *Un medio alternativo será más benigno desde el punto empírico si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental, y si afecta menos aspectos relativos al bien que ésta norma o ésta posición protege;*

[766] *Ibídem*, p. 43.
[767] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, op. cit.,* p. 142.
[768] *Cfr. Ibídem*, p. 143.

- *Un medio alternativo se revela como un medio más benigno, desde el punto de vista normativo y analítico, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el Legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del Derecho Fundamental que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla;*
- *En caso de duda en el análisis de los medios alternativos, el juzgador debe esperar la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto;*
- *El examen del medio más benigno se lleva en abstracto cuando se trata de control de constitucionalidad abstracta de la Ley; se desarrolla en concreto, tomando en cuenta el caso, cuando se trata de control de constitucionalidad de aplicación de la Ley;*
- *Además de los medios alternativos de afectación a un Derecho iusfundamental, deben tomarse en consideración otros intereses de la comunidad o la posible afectación del principio de igualdad;*
- *La perspectiva del examen de necesidad debe realizarse ex ante, es decir, a partir de los datos y conocimientos que el Legislador tenía en la época en que la Ley fue adoptada por el parlamento;*
- *Cuanto más intensa sea la intervención legislativa, más intenso debe ser el control del Juez constitucional;*
- *Una medida legislativa debe ser declarada constitucional por carecer de necesidad sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el Derecho Fundamental.*[769]

En referencia al subprincipio de proporcionalidad comenta Cárdenas que éste se estructura argumentativamente en tres pasos:

> ***1)*** *El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el Derecho Fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa;* ***2)*** *El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el Derecho Fundamental;* ***3)*** *El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el Derecho Fundamentaly el fin legislativo, de conformidad al segundo paso*.[770]

Estableciendo como reglas del primer paso las siguientes:

> ***a)*** *Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación (regla del peso abstracto);* ***b)*** *Cuanto más intensa sea la intervención en el Derecho Fundamentalmayor será el peso del Derecho en la ponderación; correlativamente, cuando más intensa sea la realización del principio que fundamente la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (peso concreto);* ***c)*** *La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamentaldepende del significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado Social, que tenga la posición prima facie afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del Derecho respectivo;* ***d)*** *La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza;* ***e)*** *La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental prima facie; f) La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la eficacia,*

[769] *Ibídem*, pp. 143 y s.
[770] *Ibídem*, pp. 144 y s.

rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato."[771]

Prieto Sanchís, aduce que la proporcionalidad es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital porque es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un Derecho Constitucional, desde la decisión gubernamental que prohíbe una manifestación en la calle a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal de un imputado. Este autor explica que:

"…la prueba de proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los Derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es la Ley o medida restrictiva, ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del Derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del Derecho; aquí es donde rige propiamente la Ley de la ponderación, en el sentido de que cuando mayor sea la afectación del Derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto."[772]

Sánchez Gil, estima que:

"…el principio de idoneidad se refiere a que la medida examinada sirva a un fin constitucionalmente legítimo y a que contribuya de algún modo a la realización de éste; el de necesidad, a que no exista alguna alternativa que con menor sacrificio del Derecho Fundamental intervenido logre el mismo beneficio para la promoción del fin que persigue la medida legislativa de que se trata; finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, exige que el Derecho Fundamental no sea menoscabado en una intensidad mayor a la del beneficio que el fin egislativo obtiene con ello…"[773]

También observa la importancia que cuando se analice la constitucionalidad de una Ley o acto, sus emisores puedan aportar argumentos y pruebas de los hechos que demuestren su licitud constitucional.[774]

[771] *Ibídem,* pp. 145 y s.
[772] Prieto Sanchís, Luis*, Los Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, p. 66
[773] Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007, p. 122.
[774] *Cfr. Ibídem*, p. 123.

Gil Domínguez reconoce que el principio de proporcionalidad se estructura por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, explica que estos subprincipios se aplican de forma sucesiva y escalonada:

> *"…así, el Tribunal actuante verifica la idoneidad de la norma legal mediante la cuál interviene el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo. En caso de no serlo, debe ser declarada inconstitucional. Si supera el test, debe ser sometida al análisis de la necesidad; si sale airosa, al escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto…El subprincipio de idoneidad establece que toda intervención debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Con lo cual impone dos exigencias:* ***a)*** *que tenga un fin constitucionalmente legítimo (lo es cuando no está constitucionalmente prohibido expresa o implícitamente) y* ***b)*** *que sea idónea para favorecer su obtención. Configura un juicio acerca de la capacidad que tiene el medio escogido para fomentar su finalidad. Este subprincipio se relaciona directamente con el clásico principio de razonabilidad. El subprincipio de necesidad enuncia que la intervención legislativa debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad, implica la comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias:* ***a)*** *si reviste el mismo grado de idoneidad que la medida adoptada para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta última;* ***b)*** *si afecta negativamente al sistema de Derechos y a la organización institucional en un grado menor… El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que las ventajas obtenidas mediante la intervención legislativa compensen los sacrificios que ésta implica para los titulares de los Derechos y para la sociedad en general."*[775]

Martín Borowski enfatiza que al ser los Derechos Fundamentales restringibles, necesitan del principio de proporcionalidad, lo explica a la luz de los Derechos de defensa, de igualdad y de prestación. En el caso de los Derechos de defensa, el *subprincipio de idoneidad*, considera que una medida es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legitimo perseguido por el Estado, de manera que un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente, siendo los fines ilegítimos aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución.

El *subprincipio de necesidad,* como el que establece que una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no limite el Derecho Fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor, debiéndose aclarar que no podrán considerarse como medios alternativos todos aquellos que cumplan los presupuestos de ésta definición, pero que a la vez afecten a otras posiciones constitucionales.

En cuanto al *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, es el que exige llevar a cabo una ponderación de bienes ante la gravedad o la intensidad de la

[775] Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 71 y s.

intervención en el Derecho Fundamental, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.[776]

En cuanto a los Derechos de igualdad, explica que en primer lugar, el Legislador debe perseguir un fin legítimo con la diferenciación que introduce, y la diferenciación por lo menos debe contribuir a alcanzar dicho fin legítimo. Luego debe emprenderse un examen de necesidad, una diferenciación es necesaria si existe otra diferenciación alternativa con cuya ayuda se alcance el fin de la diferenciación del mismo modo, pero que represente una intervención menos intensa en el principio de igualdad. El examen de estos dos subprincipios de la proporcionalidad en sentido amplio se restringe al examen de las relaciones medio-fin. Por consiguiente, allí en donde no debe examinarse la relación medio-fin no deben aplicarse estos dos subprincipios. Respecto a la proporcionalidad estricta concerniente en este tipo de Derechos, debe establecerse una relación de comparación entre dos magnitudes *(la intensidad de la intervención y el peso de las razones que justifican la diferenciación),* si la intensidad de la intervención es mayor que el peso de las razones que la justifican, se presenta entonces una vulneración al principio de igualdad.[777]

Para los Derechos de protección, mismos que involucran una acción positiva Estatal, en primer lugar, debe examinarse la idoneidad, presentándose ésta si favorece la realización del objeto de optimización del principio respectivo. En segundo lugar, verificar si es un medio necesario, lo que implica ver si no existe un medio alternativo cuya aplicación implique por lo menos un mismo grado de favorecimiento del principio respectivo, a cambio de producir menos consecuencias desventajosas para los Derechos y bienes que juegan en sentido contrario; como última fase, consiste en buscar la aplicación del mejor medio que logre la máxima intensidad de favorecimiento, después de que haya sido ponderado (costos-beneficios) con los demás principios que juegan en sentido contrario.[778]

Para Mendoza Escalante, la regla de idoneidad, se sintetiza en que:

> *"…el medio que interviene en el Derecho Fundamental debe ser adecuado para la realización del fin propuesto. Se trata de una relación de causalidad, una relación medio-fin, entre medio y fin pretendido que implica un examen empírico. El medio es la intervención legislativa en el Derecho Fundamental. El fin lo constituye la realización de otro Derecho Fundamental, principio constitucional u otro bien de rango constitucional. El fin puede ser inmediato y mediato. El primero designa el estado de cosas fáctico o jurídico que el medio-*

[776] *Cfr*. Borowski, Martin, *La estructura de los Derechos Fundamentales; op. cit.,* pp. 129-131.
[777] *Ibídem*, pp. 205-207.
[778] *Ibídem*, pp. 154-168.

adoptado por la Ley-pretende alcanzar; el segundo, el Derecho, principio o bien constitucional a cuya realización se orienta el fin inmediato".[779]

En tanto que la regla de necesidad, tiene por objeto:

"…examinar si el medio que interviene en el Derecho Fundamental es de menor o, al menos de similar intensidad que el que ocasionaría otros medios hipotéticos igualmente idóneos. Se trata de una relación comparativa entre medios idóneos -el optado y el hipotético- de una comparación medio-medio. La comparación entre medios tiene por propósito examina si frente al medio adoptado en la intervención existen medios hipotéticos, alternativos, igualmente idóneos, con una intensidad menor a la ocasionada por aquél. Hay aquí un mandato del medio menos gravoso o de menor intensidad en la intervención que si no es observado, la intervención será innecesaria y por tanto inconstitucional. Cabe observar que tanto en la regla de idoneidad y de necesidad se requiere haberse previamente determinado la intención de la intervención."[780]

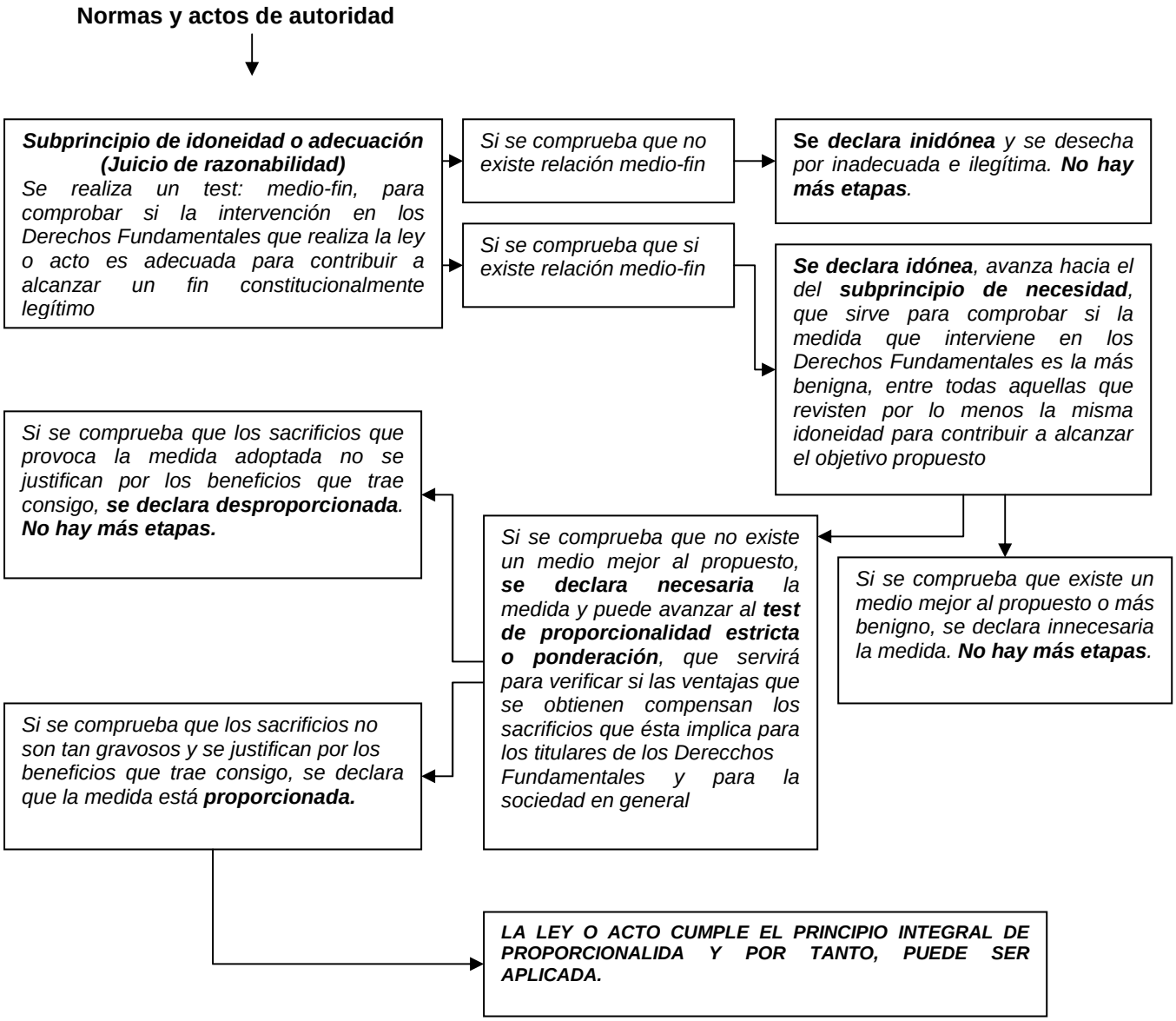
Asimismo, también se considera al principio de necesidad como el que expresa que toda limitación idónea a un Derecho, debe ser la más benigna para dicho derecho.[781]

Otros consideran que el subprincipio de proporcionalidad se sintetiza mejor en la fórmula: *"Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro"*.[782]

Como podrá apreciarse, en el siguiente diagrama que hemos diseñado para representar el ciclo del examen de proporcionalidad integral que debieran pasar las leyes o actos de la autoridad, la aplicación del principio de proporcionalidad no significa necesariamente que el operador jurídico deba cumplir con los requerimientos de cada una de sus etapas, ya que éste depende del caso en concreto que se tenga. Así tenemos, que un caso puede resolverse desde que se declara inidónea una medida que interviene en los Derechos Fundamentales, o si bien es idónea, se declare posteriormente innecesaria. Situación que no opera cuando directamente se acude a la ponderación o proporcionalidad estricta para resolver un caso, sin tomar en cuenta previamente a la idoneidad y la necesidad de la intervención. Asimismo, llama la atención que debido a la gran aceptación que ha tenido contemporáneamente la teoría de saturación argumentativa, muchos jueces optan por analizar las tres fases, aún cuando la medida fuera declarada inidónea e innecesaria.

---

[779] *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor*, *op. cit.,* pp. 482 y s.
[780] Ibídem, p. 483.
[781] *Cfr.* De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación del Derecho, op. cit,* p. 112.
[782] Sánchez González, Santiago, "Lección II: Los Límites de los Derechos", en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* p. 61.



II. EL ÁMBITO APLICATIVO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. (DE NUEVO SOBRE LOS CASOS FÁCILES Y DIFÍCILES)

¿Cuál es el ámbito aplicativo del principio de proporcionalidad?, parece ser una pregunta recurrente en la teoría jurídica especializada en este tema. Nosotros intentaremos responderla desde la diferenciación entre casos fáciles y difíciles.[783]

Se presenta un caso fácil de Derechos Fundamentales en los siguientes supuestos:

> ***1.*** *Cuando la norma legal regula una hipótesis absolutamente extraña a la referencia semántica de la norma directamente estatuida y, por esta razón, existe consenso en la comunidad de intérpretes sobre la constitucionalidad de la Ley;* ***2.*** *Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuadra claramente en el supuesto de hecho de una norma*

[783] A juicio de Rodolfo Vigo, no existen los casos fáciles, puesto que todos en un momento se vuelven difíciles para el operador jurídico. Comentario realizado en el taller de argumentación jurídica, organizado en enero de 2008, por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

directamente estatuida, pero también en el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva estatuida directamente por la Constitución o sobre cuya Constitucionalidad no existe ninguna duda; ***3.*** *Cuando la norma legislativa contiene una contradicción flagrante de una norma iusfundamental directamente estatuida; y* ***4.*** *Cuando la Ley no contradice absolutamente y en toda su extensión a la norma directamente estatuida, sino sólo regula de manera contradictoria un caso previsto por dicha norma*.[784]

Es importante notar que en los casos fáciles, las normas directamente estatuidas actúan como premisa mayor de la fundamentación interna del control de constitucionalidad, sin que exista controversia o incertidumbre, y por tanto, no requieren grandes fundamentaciones, o en otras palabras, en casos fáciles, la norma directamente estatuida actúa como premisa mayor de la fundamentación interna, y dado que está estatuida directamente por la Constitución, no necesita ser a su vez objeto de una fundamentación externa, ya que ella se presupone.

Por el contrario, son representativos de los casos difíciles de Derechos Fundamentales, los siguientes supuestos:

1. *Cuando la norma legislativa examinada regula un caso, que suscita la incertidumbre, existen argumentos a favor y en contra, de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida;* ***2.*** *Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre -existen argumentos a favor y en contra- de si también esta tipificado por el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva constitucionalmente legítima;* ***3.*** *Cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas -entran a escenas argumentos a favor y en contra- acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula restrictiva; y* ***4.*** *Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero a la vez, existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de las declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley.*[785]

Como podrá deducirse, la característica común de los casos difíciles es que presentan conflictos argumentativos constitucionales que juegan a favor y en contra de la inconstitucionalidad de la norma.

Después de realizada esta diferenciación entre casos fáciles y difíciles, estamos en aptitud de comprender que en los casos fáciles no se requiere concretar y fundamentar las normas adscritas para su resolución, y por lo tanto, no se requiere la función que realiza el principio de proporcionalidad. En *contrario sensu*, los conflictos argumentativos que presentan los casos difíciles o trágicos sí necesitan de la concreción y fundamentación de una norma adscrita de Derecho Fundamental,[786] y por

[784] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 143 y s.
[785] *Ibídem*, pp. 148 y s.
[786] Las normas adscritas precisan o concretan el alcance de las normas directamente estatuidas en los más variables ámbitos de aplicación. Por su parte, las normas directamente estatuidas constituyen el fundamento jurídico

tanto, la función de la proporcionalidad se posiciona trascendental. Además, si partimos de que los Principios Jurídicos se integran en nuestras constituciones generalmente en términos vagos e indeterminados, o por decirlo en términos alexianos, con una textura abierta por ser mandatos de optimización, se colige que cuando se aplica la Constitución, existe un gran índice de que se trate de un caso difícil que requiera de la proporcionalidad, o dicho en términos de Bernal Pulido: *"este principio se proyecta como un criterio estructural para la fundamentación correcta de las normas adscritas en los casos difíciles"*.[787]

III. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, UN ANÁLISIS DESDE SU FUNCIÓN COMO MEDIO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y ACTOS DEL ESTADO QUE INTERVIENE EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN LOS PRINCIPIOS QUE LOS REFLEJAN.

La teoría y la práctica jurídica demuestran que el principio de proporcionalidad integral con sus tres subprincipios se utiliza preponderantemente para interpretar y resolver casos en los que el Estado, vía norma o acto, interviene en la esfera de Derechos Fundamentales de los gobernados. No se omite manifestar, que autores llaman la atención respecto a que la proporcionalidad también puede ser usada para resolver conflictos entre particulares.[788]

Pero volviendo a la función que por ahora nos interesa, como mecanismo de control del poder del Estado, para Alexy la proporcionalidad en éste terreno:

> *"…cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de la constitucionalidad de las leyes. De este modo, éste principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los Derechos Fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de ésta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los Derechos Fundamentales y de la estructura del control de la constitucionalidad de las leyes*."[789]

---

para la concreción de las normas adscritas, las primeras traducen en los casos concretos aquello ordenado por las estatuidas.

[787] *Ibídem*, p. 152.

[788] En una opinión parecida Gil Domínguez comenta partiendo de la posición de Bernal Pulido, que si bien, el principio de proporcionalidad se aplica preferentemente en el campo de las relaciones entre el Estado y la persona, éste también es extensible a las relaciones entre órganos de Derecho público (relaciones entre las instituciones del Derecho comunitario o entre particulares. Opiniones en éste sentido que compartimos y se ha expresando en el apartado de la ponderación y proporcionalidad del capítulo anterior, se encuentran en Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.*, p. 566 y Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismos…*, *op. cit.,* p. 73.

[789] Bernal, Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, *op. cit.,* p. 81.

En complemento de lo anterior, se estatuye como:

> *"…un esquema que permite estructurar el examen de constitucionalidad de las leyes a manera de una controversia entre argumentos y réplicas. Este principio no contiene en sí mismo los criterios para precisar cuándo se cumplen o no las exigencias impuestas por sus subprincipios. El cumplimiento de estas exigencias se establece en un proceso argumentativo en donde se consideran razones de índole interpretativa, fáctica y valorativa. Estas razones se integran en la estructura del principio de proporcionalidad*."[790]

También es importante destacar que cuando los tribunales funcionan determinando el contenido de los Derechos Fundamentales,[791] actúan únicamente con un carácter interpretativo, mismo que no comprende una habilitación para la toma de decisiones políticas en contra de las leyes, por lo que sus interpretaciones no deben imponerse al Legislativo sólo por razones de autoridad, sino sobre todo, en razón de provenir de una fundamentación correcta.

En razón de lo anterior, está probado que nuestras constituciones no prevén de manera expresa una norma de Derecho Fundamental para cada situación hipotética, sino un catálogo de disposiciones marcadamente indeterminadas. Es fácil entender, que cada vez que los Derechos Fundamentales vía principios deben ser aplicados, se hace imprescindible recurrir a diversos criterios metodológicos para reducir la indeterminación normativa de las disposiciones que los tipifican, siendo el más eficaz de todos estos métodos a nuestro juicio, el principio de proporcionalidad.

De Asís, explica que el criterio de proporcionalidad se utiliza normalmente dentro de la cuestión genérica del control de la constitucionalidad, y en este sentido, en el examen de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los Derechos Fundamentales, y que en el ámbito de la teoría del Derecho, éste principio se engloba en el tema genérico de los límites, más en concreto, dentro del tema de los límites del Derecho, contemplando que los límites a los derechos son restricciones establecidos al contenido de un Derecho apelando a otros valores, bienes o derechos, límites a los límites que pueden ser establecidos bien desde el propio significado del derecho en cuestión, o bien de nuevo desde la apelación a otros valores, bienes o derechos. Concluyendo que sea como fuere, la operatividad del principio de proporcionalidad,

---

[790] *Ibídem*, pp. 74 y s.

[791] Lo anterior, también es conocido como concreción de los Derechos Fundamentales y consta de una pretensión de corrección de tres pasos: 1. que dicha actuación se considera así misma como una decisión correcta. 2. que pretende ser reconocida y considerada por la práctica constitucional como una decisión correcta; y finalmente que se pretende a sí misma como una decisión susceptible de ser fundamentada. *Vid*. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* pp. 64 y s.

implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de ser extraídos de las normas constitucionales.[792]

En complemento, si bien en el Estado Constitucional los ciudadanos gozan de Derechos Fundamentales, no puede haber un ejercicio absoluto de ellos, ó como Bernal Pulido mencionaría:

> *"…en el Estado Constitucional, no puede valer cualquier restricción a los Derechos Fundamentales, sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de un fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, es el límite de los límites a los Derechos Fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los Derechos Fundamentales…"*[793]

En este tema Pérez Tramps, ha sostenido que:

> *"…la interpretación de los límites de los Derechos Fundamentales debe superar un juicio de congruencia y proporcionalidad. Se trata en efecto, de asegurar que cualquier límite a un Derecho Fundamental no sólo tenga base constitucional, sino que además, responda a una relación de correspondencia entre la medida restrictiva, el bien a proteger y el derecho que se pretende limitar (juicio o test de congruencia): pero, además, supuesta esa congruencia de la restricción del Derecho, ésta ha de ser proporcional precisamente por el carácter limitado de la restricción y por la fuerza expansiva del Derecho (juicio o test de proporcionalidad)*."[794]

Gil Domínguez, expresa en este tema de control de la constitucionalidad de normas y actos del Estado que:

> *"…el principio de proporcionalidad cumple dos funciones:* ***a)*** *estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y* ***b)*** *fundamenta el contenido de los Derechos Fundamentales en las decisiones de control constitucional… Con la aplicación de dicho principio, se intenta precisar el máximo grado de racionalidad y de respeto hacia la competencia legislativa para configurar la Constitución y encauzar la vida política."*[795]

Por lo expuesto, se deduce que el principio de proporcionalidad se erige como un instrumento eficaz para fijar los límites de los Derechos Fundamentales, y en consecuencia se vuelve un interesante mecanismo que permite realizar un control de la constitucionalidad *(de manera más específica, de los contenidos de los Derechos Fundamentales de la Constitución)* en las normas y actos que provienen de la actividad estatal. Como podrá deducirse, a partir del consenso doctrinario mayoritario del carácter restringible y no absoluto de los Derechos Fundamentales, éstos se vuelven

[792] *Cfr.* De Asís Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho, op. cit,* pp. 109-112.
[793] Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos, op. cit,* p. 82.
[794] Pérez Tramps, Pablo, "La interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit,* p. 910.
[795] Gil Domínguez, Andrés*, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, op. cit.,* p. 71.

limitables, pero no discrecionalmente si no sólo cuando superan el test de proporcionalidad en su sentido *lato*, de ahí que éste se convierte en una obligada herramienta para cualquier intervención estatal en los Derechos Fundamentales.

IV. LOS TEMAS INHERENTES AL FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE CARLOS BERNAL PULIDO.

A. LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Sobre este punto Bernal Pulido, explica que el debate entre la necesidad o no de la existencia de las Cortes Constitucionales, esta superado, la gran mayoría coincide en la necesidad de contar con una jurisdicción constitucional. No obstante lo anterior, lo que aún necesita ser resuelto es sobre los límites de la competencia de estos tribunales y sobre los linderos que demarcan el ejercicio adecuado de sus atribuciones.[796] En este tema, Rubén Sánchez Gil, ha comentado que basándose en parámetros constitucionales, como la optimización de los Derechos Fundamentales, la aplicación del examen de proporcionalidad no lleva necesariamente a que la jurisdicción constitucional usurpe facultades de los poderes estrictamente políticos, sino en realidad, a imponer la observancia de aquéllos como límite a la actuación de los órganos de poder, que por otro lado, resulta necesaria en función de la complejidad actual del ordenamiento jurídico y de la vida social a la cual se refiere.[797]

Mucho se ha discutido que el Parlamento representa al pueblo y por lo tanto no es aceptable que los Tribunales Constitucionales que no representan más que a una instancia sin legitimación democrática declaren invalidas leyes del Parlamento, a este respecto, Alexy reflexiona en el tema de la representación que:

> *"El control de constitucionalidad representa un ejercicio de autoridad estatal. En un Estado Democrático, en el que "toda autoridad del Estado proviene del pueblo"… el control de la constitucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia. En tanto que el parlamento es el representante del pueblo, el ejercicio de la autoridad estatal del poder legislativo es legítimo. Esta clase de representación es democrática, pues todos los miembros del parlamento son elegidos y controlados por elecciones generales y libres. Pero en el caso del control de constitucionalidad las cosas son bien diferentes, al menos en un aspecto general, los jueces de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa, lo que quiere decir que normalmente el pueblo no tiene la posibilidad de controlarles negándoles la reelección. ¿Es esto compatible con la democracia? La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo. Ahora bien esta estrategia parece estar*

[796] *Cfr*. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos, op. cit.,* pp. 29-51.
[797] *Cfr*. Sánchez Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad, op. cit.,* p. 124.

bloqueada con dos obstáculos. La representación parece estar necesariamente relacionada con elecciones, y segundo, si la representación fuera posible sin la prevalencia de elecciones ¿porque debería prevalecer esta forma de representación frente al sufragio?".[798]

Dicha reflexión sin lugar a dudas, nos conlleva a enfatizar que los Tribunales deben legitimarse en cada uno de sus fallos, aunado a buscar esquemas más democráticos de elección y reelección de los Jueces, y por supuesto, su independencia.

B. LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Si bien ya se ha aceptado la existencia de un margen irreductible de discrecionalidad en la actuación de cualquier Juez, actualmente se polemiza sobre como lograr la racionalidad de esa decisión jurídica. Una respuesta muy viable consiste en incorporar procesos de justificación, es decir, de argumentación jurídica*. "…las decisiones que se ajustan a las reglas de la argumentación jurídica pueden ser tenidas como racionalmente aceptables por los auditorios de la Corte Constitucional"*.[799] Asimismo, como bien apunta Bernal Pulido, a pesar de que, cuando estas reglas no eliminan todos los elementos valorativos y subjetivos de dichas decisiones, haciendo la racionalidad de toda sentencia siempre relativa, dicha circunstancia no debe hacer perder el gran valor de los procesos lógicos racionales de argumentación y su valiosa aportación al terreno jurídico.[800]

C. LA RACIONALIDAD COMO CRITERIO ORIENTADOR Y VALORATIVO PARA LA FUNDAMENTACIÓN CORRECTA DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Aun cuando siempre se ha buscado la plena objetividad de las decisiones judiciales, ésta difícilmente resulta alcanzable en su totalidad, más aun cuando contemporáneamente los asuntos que se ventilan en los Tribunales son referentes a Derechos Fundamentales, mismos que por su naturaleza estructural (de Principios Jurídicos) presentan vaguedad e indeterminación. A este respecto Bernal explica que ante la inalcanzabilidad de la objetividad se necesita el cumplimiento de algunos criterios de racionalidad en la toma de decisiones judiciales. Estos criterios son: **1.** Claridad y coherencia conceptual: que los argumentos puedan ser comprendidos por

[798] Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación"*, trad.* René G. de la Vega, en Miguel Carbonell, Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez (Coord.), *Jueces y ponderación argumentativa, op. cit.,* pp. 12 y s.

[799] Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos, op. cit,* p. 50.

[800] Para Atienza una decisión es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica (consistencia, eficiencia, coherencia, generalidad y sinceridad) si se adopta sin eludir la utilización de una fuente de Derecho de carácter vinculante, y si no se adopta sobre la base de criterios éticos o políticos, no previstos específicamente en el ordenamiento jurídico. Dicha opinión citada por Bernal Pulido fue extraída del artículo "Para una razonable definición de lo razonable" en *Doxa*, núm. 4, 1987, p.193.

las partes y por la comunidad jurídica y política, y que sean coherentes al evitar contradicciones, es decir, los mismos conceptos y los mismos significados; **2.** Consistencia normativa: mayor racionalidad en cuanto más veces sean utilizados los mismos fundamentos en casos idénticos análogos; **3.** Saturación: todo argumento debe contener todas las premisas que le pertenezcan, debe ser completo; **4.** Lógica deductiva: debe respetar todas las reglas de la lógica deductiva; **5.** Respeto de las cargas de argumentación: una decisión será más racional en cuanto más se cumplan sus argumentos con las cargas argumentativas propias de los principios que derivan del sistema jurídico; y **6.** Consistencia argumentativa y coherencia: ausencia de contradicciones entre las proporciones argumentativas de los Tribunales y que las proposiciones interpretativas encuentren respaldo en otras proposiciones del sistema y en las reglas de prioridad o de preferencia estatuidas.[801]

D. La razonabilidad como criterio orientador y valorativo para la fundamentación correcta de las decisiones judiciales.

Existe una decisión razonable, sí esta representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta para el caso concreto y si ella es admisible por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. En tal sentido explica Bernal Pulido que estos dos criterios de razonabilidad se implican recíprocamente, porque una decisión será tanto más compartida por la sociedad cuanto mejor sea el equilibrio de las exigencias contrapuestas de cada caso concreto. En caso de no encontrarse argumentos generalmente aceptables para configurar tal ponderación, no puede adoptarse ninguna decisión aceptable y deberá concluirse que existe un caso trágico. Asimismo, la razonabilidad, simplemente implica una decisión no arbitraria, es decir fundada en una razón legítima; por lo que toda actuación estatal será irrazonable, cuando carezca de toda motivación, fundamento o no tenga un fin jurídicamente relevante. Bernal concluye que toda decisión que se toma por medio de los criterios de racionalidad intenta ser una decisión razonable, y que toda decisión razonable presupone a los criterios de racionalidad.[802]

[801] *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos, op. cit.,* pp. 62-65.
[802] *Cfr. Ibídem*, pp. 68-70.

V. PRESENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN INSTRUMENTOS JURÍDICOS.

Resulta ser cada vez más común en nuestra realidad encontrarnos con materiales jurídicos que explícitamente se refieren al principio de proporcionalidad. Así tenemos por ejemplo, que el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone en relación a las limitaciones de los Derechos Fundamentales que *"sólo se podrá introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los Derechos y libertades de los demás."*

De igual forma la Constitución europea dice a la letra en su numeral II.109.3 que: "*La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción"* y en su numeral II.112.1 *que: "Cualquier limitación de los Derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás."*

En este tenor, la referencia temporal de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las decisiones judiciales, tiene como origen los tribunales alemanes,[803] y ahora se ha extendido en todos los tribunales europeos, consolidándose especialmente por el importante uso que se hace del mismo dentro del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Inclusive se dice que el propio sistema británico ha sido inducido en esta inercia, aclarando que a veces lo matizan de manera más conservadora a través principio de la *manifest unreasonableness,* mismo que contempla que los jueces sólo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral de irracionalidad, que haga incomprensibles sus finalidades y sentido.[804]

[803] Muchos convienen en que el afamado caso de un sujeto que impugnó mediante amparo una decisión de gobierno que le impedía abrir una farmacia, es el primer caso donde se aplica el principio de proporcionalidad. En este asunto el Tribunal analizó la libertad de elección y ejercicio profesional y la constitucionalidad de la medida que restringía este principio por ir en detrimento de los intereses de las farmacias establecidas, concluyendo que *"cuanto mayor sea la afectación en la órbita de la libertad del individuo mayor debe ser el interés público que la justifique". Cfr*. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.*, p. 54.

[804] *Cfr. Ibídem*, pp. 52-54.

En lo que refiere a España, la conocida sentencia de 1959 del Tribunal Supremo fue pionera de esta corriente,[805] misma que después influiría en decisiones judiciales posteriores, situación que se fortaleció con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y actualmente se ha configurado como una pieza clave por el Tribunal Constitucional a grado tal de considerarse en las sentencias SSTC 170/94 y 176/95 como una operación lógica jurídica, que en principio forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar.[806]

Como podrá apreciarse, el principio de proporcionalidad ha extendido su presencia lo mismo en Italia, Alemania, Suiza, España, Inglaterra, Francia, Estados Unidos de Norteamérica y también de manera más lenta ha llegado a países latinoamericanos como Colombia, Argentina y México, por citar algunos. Al respecto es importante señalar que instrumentos como el Código Iberoamericano de Ética Judicial y el Estatuto del Juez Iberoamericano, mismos que obviamente han sido firmados por las Cortes de toda Iberoamérica, expresa e implícitamente contienen sendos mandamientos sobre el tratamiento proporcional de los Derechos Fundamentales.

Lo anterior comprueba que, si bien dicho principio puede ser objeto de críticas en torno a que no está en capacidad de garantizar la objetividad o racionalidad jurídica absoluta, lo cierto es que, se ha convertido en el principal actor del escenario aplicativo de los Derechos Fundamentales.[807]

VI. HACIA UN PERFECCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Como se comentó con anterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido objeto de diversas críticas,[808] de las cuales podíamos decir, la más recurrente ha sido la que cuestiona su racionalidad.[809] Ante tal situación, independientemente que se considere que sus críticos no proponen alternativas más confiables y exentas de los males que denuncian, debemos aceptar que en efecto, es necesario seguir estudiándolo y

[805] Dicha sentencia declaró nula una orden del Ministerio de Educación por transgredir el subprincipio de necesidad, puesto que la medida buscada pudo encararse con otros medios más adecuados que no entrañasen para las afectadas, sanciones de tanta gravedad (se había establecido que los profesores de enseñanza media que no realizaran cargas adicionales de docencia en otra materias no propias de su profesorado, no recibirían una compensación adicional). *Cfr*. Bernal Pulido, *Ibídem*, p. 58.

[806] *Cfr.* Sánchez González, Santiago, "Lección II, los límites a los Derechos"*, en Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* p. 61.

[807] Otros tantos testimonios de la aplicación jurisprudencial del principio de proporcionalidad podrá apreciarse en el capítulo sexto de la presente obra.

[808] Toda vez que las críticas al principio de proporcionalidad son en gran parte coincidentes con las formuladas a la ponderación o proporcionalidad estricta, para conocerlas se remite al lector al capítulo anterior de la presente ivestigación, donde fueron abordadas.

[809] Habermas ha sido uno de sus críticos más férreos, y denuncia que no brinda certeza ni racionalidad absoluta.

proponiendo ideas que ayuden, si bien no a alcanzar la objetividad plena, que sería utópica, si ha reducir la subjetividad en un margen mínimo, logrando con esto aumentar los niveles de racionalidad en las decisiones judiciales. Coincidiendo con este sentir, Bernal Pulido, a mi juicio uno de los especialistas más destacados en Iberoamérica, ha propuesto una serie de tesis y reglas, que de cumplirse por los operadores jurídicos, lograrían aumentar los grados de racionalidad del principio de proporcionalidad y de las resoluciones judiciales que de su uso emanan, al respecto comenta que:

> *"…con estas tesis y reglas argumentativas consideramos poder fundamentar la idea de que, aunque la aplicación del principio de proporcionalidad no constituya un procedimiento objetivo para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales vinculante para el Legislador, sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad y de respeto de las competencias del Parlamento".*[810]

Estas tesis y reglas, son pues un intento loable de Bernal Pulido para intentar que el principio de proporcionalidad mejore hasta donde sea posible en sus indicadores de racionalidad y objetividad, logrando con esto defenderse de sus críticos y convencerlos que es una valiosa herramienta del operario jurídico que garantiza la vigencia de los Derechos Fundamentales. Además si como dice Alexy, el control de la constitucionalidad es la expresión de superioridad o prioridad de los Derechos Fundamentales frente o en contra de la legislación parlamentaria, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una Ley implica que la misma contradice de alguna forma a la norma constitucional y lo que es peor, en algunas ocasiones sus contenidos iusfundamentalistas. En este tenor de ideas, ante la contradicción del Legislador que piensa que la *"la Ley L es constitucional"* y la posición del juzgador que dice *"L es inconstitucional"* se tienen contradicciones que muestran que el control de la constitucionalidad es esencialmente proposicional y, por tanto discursivo o argumentativo. Es por esto, que la clave del éxito del control constitucional depende en gran medida en su dimensión metodológica, a mejor método mejor posicionamiento en el terreno de la legitimación democrática directa del Tribunal del Juez, independientemente de que éstos a comparación de los legisladores no pueden ser castigados con su no reelección.[811]

---

[810] Bernal Pulido, Carlos*, El principio de proporcionalidad, op cit.,* p. 813.

[811] *Cfr*. Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *trad.* René G. de la Vega, en Miguel Carbonell, Rodólfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez *(Coord.)*, *Jueces y ponderación argumentativa, op. cit.,* pp. 11 y s.

En razón de lo anterior, y después de ver la riqueza teórica y potencialidad práctica de las tesis y reglas que propone Bernal Pulido[812], no dudamos en incluirlas en la presente investigación, ya que insistimos, mucho del éxito del control de la constitucionalidad y su inherente influjo en garantizar la efectividad de los Derechos Fundamentales depende de la dimensión metodológica, y la proporcionalidad integral parece ser hasta ahora su mejor estrategia.

A. Tesis

1. *El principio de proporcionalidad, en cuanto criterio para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales que resulta vinculante para el Legislador, cumple la función de estructurar la concreción y la fundación jurisdiccional de las normas descritas de Derecho Fundamental en los casos difíciles.*[813]

2. *Ciertamente, la aplicación del principio de proporcionalidad no constituye un procedimiento que garantice la objetividad o la racionalidad jurídica absoluta de la fundamentación de las normas adscritas, ni que conduzca en todos los casos al hallazgo de una única solución correcta. No obstante, ésta no representa una característica exclusiva de aplicación del principio de proporcionalidad. Ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar la objetividad, en razón de que es posible asumir los radicales conflictos sobre apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los Derechos Fundamentales y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional. Además, tampoco parece conveniente alcanzar la objetividad en este campo, pues este haría inane la competencia legislativa para configurar la vida política de la sociedad y convertiría al Parlamento en un mero ejecutor del detallado catálogo de decisiones constitucionales que podrían derivarse por un método objetivo.*[814]

3. *En razón de lo anterior, lo pertinente es analizar cuál de los criterios propuestos hasta el momento por la dogmática de los Derechos Fundamentales consigue ofrecer un mayor grado de racionalidad en la fundamentación de las normas adscritas y en la delimitación de las competencias del Tribunal Constitucional y del Parlamento que se lleva a cabo en la interpretación de tales Derechos.*[815]

4. *Algunas disposiciones de Derecho Fundamental se concentran en normas adscritas que establecen al Estado prohibiciones de acción, y a las normas que corresponden posiciones iusfundamentales –Derechos de defensa– que presentan la siguiente forma: Sujeto activo: el individuo; Sujeto pasivo: el Estado (Legislador, administrador, Juez); Objeto: una abstención relacionada con la preservación de la libertad negativa del individuo.*[816]

5. *No obstante, estas normas adscritas no tienen una primacía absoluta. Los Derechos Fundamentales en sentido amplio, a los que estas normas pertenecen, no son irrestringibles). Que las normas adscritas que dan lugar a posiciones iusfundamentales de defensa están positivadas de una primacía absoluta, quiere decir que no prevalecen en todos los casos de manera definitiva. Su validez es únicamente prima facie. Son normas derivadas de otros Derechos Fundamentales o bien constitucionales. Los demás Derechos Fundamentales y bienes constitucionales tienen entonces capacidad para fundamentar restricciones a los Derechos Fundamentales.*[817]

6. *La principal consecuencia de la afirmación anterior consiste en que el ámbito de todo Derecho Fundamental liberal puede ser también restringido prima facie. No obstante, la restricción será válida de modo definitivo, únicamente si, como sostiene C. Schmitt, es mesurada –proporcionada, en nuestro léxico–.*[818]

7. *En el análisis de proporcionalidad de una restricción cobra valor el concepto significado acuñado por Rawls. Nuestra tesis señala que en el juicio de proporcionalidad de una restricción a*

---

[812] Bernal Pulido propone a lo largo del desarrollo de su obra *El principio de proporcionalidad,* un total de *51 Tesis* y *87 Reglas*, mismas que para efectos de esta investigación fueron enumeradas y recopiladas de manera integral, ya que al estar íntimamene relacionadas y condicionadas, el hecho de omitir algunas de ellas hubiése podido afectar la potencialidad expositiva de su autor.

[813] Bernal Pulido, Carlos*, op cit.,* p. 142.

[814] *Ibídem*, p. 254.

[815] *Ídem*.

[816] *Ibídem*, pp. 303 y s.

[817] *Ibídem*, p. 304.

[818] *Ídem.*

un Derecho Fundamental, es relevante indagar cuál es el `significado´ que la posición iusfundamental restringida tiene relación con el concepto liberal de persona. Por consiguiente, una restricción tendrá más riesgo de ser proporcionada, en la medida en que afecte mis posiciones iusfundamentales que revistan un mayor significado para el despliegue de las dos facultades morales de la persona, es decir, la capacidad para otorgarse a sí mismo una propia concepción del bien."[819]

8. *El concepto democrático de persona, basado en la capacidad de discernimiento, y concretado en el status de ciudadano y en las facultades deliberativas del individuo, es materialmente relevante para definir el contenido normativo de los Derechos Fundamentales.*[820]

9. *El concepto democrático de persona fundamenta las disposiciones constitucionales que consagran los Derechos democráticos.*[821]

10. *Estas disposiciones se concretan en normas adscritas y en posiciones de Derecho Fundamental que tienen la estructura de garantías institucionales, derechos de defensa, derechos de prestación y de igualdad, y sobre todo, de derechos a la producción de efectos jurídicos relacionados con la participación ciudadana.*[822]

11. *El concepto democrático de persona permea todo el ámbito de los Derechos Fundamentales. Como consecuencia, afecta también a los derechos de libertad y de prestación, y especialmente a algunas libertades presupuestas por los procedimientos de deliberación (libertades de expresión, información, reunión, sindicación, etc.), que, de este modo, adquieren una dimensión democrática.*[823]

12. *Los derechos democráticos no son irrestringibles. Esto quiere decir que las posiciones de Derecho Fundamental vinculadas con el concepto democrático de persona tienen sólo una validez prima facie. Dichas disposiciones pueden ser restringidas en razón de las libertades, de los derechos de prestación y de otros derechos democráticos o del ejercicio del mismo derecho democrático por parte de otros titulares y en razón de otros bines constitucionales.*[824]

13. *El imperativo de armonizar las posiciones democráticas con otras posiciones adscritas materialmente a otros derechos, y de decidir acerca de la admisibilidad de las restricciones a los derechos democráticos, resalta la necesidad de disponer de un criterio adicional, capaz de conciliar todas estas posiciones a la hora de concretar el contenido normativo de los Derechos Fundamentales. Este criterio no puede tener una índole material, porque su función consiste precisamente reducir las tensiones entre posiciones materiales que tienen una idéntica jerarquía, y que en muchos casos se contraponen entre sí. Ha de tratarse, por lo tanto, de un criterio estructural. Nuestra hipótesis es que el principio de proporcionalidad es el criterio que puede cumplir de modo más idóneo esta función.*[825]

14. *Estas objeciones a la tesis de las posiciones definitivas llevan a concluir, que las disposiciones de Derechos prestacionales deben concretarse más bien en normas adscritas y en posiciones iusfundamentales con carácter prima facie.*[826]

15. *Que las teorías materiales son imprescindibles a la hora de determinar el contenido de los Derechos Fundamentales vinculante para el Legislador, porque dichas teorías fundamentan tres tipos de posiciones jurídicas en que se concretan las disposiciones isufundamentales: los derechos de defensa, los derechos de prestación y los derechos a la obtención de efectos jurídicos relativos a la participación de ciudadanos en la toma de decisiones políticas.*[827]

16. *Que las teorías materiales fundamentan este tipo de posiciones jurídicas basadas en un principio material determinado, relacionado con los elementos del concepto de persona propuesto por el Estado Constitucional. La teoría liberal fundamenta los deberes de abstención, sobre todo en la capacidad de ser racionales y de ser razonables que tienen los individuos, es decir, en la facultad de cada quien para trazarse sus propios objetivos y para cooperar socialmente. La teoría democrática, por su parte, se sustenta en la capacidad de discernimiento del sujeto y en las facultades de participación del hablante en la discusión política, implícitas en ella. En fin, la teoría del Estado Social basa sus alcances en la noción de necesidades básicas que el individuo debe satisfacer para sobrellevar una subsistencia digna y para poder ejercer sus libertades y sus derechos políticos.*[828]

---

819 *Ídem.*
820 *Ibídem*, p. 351.
821 *Ídem.*
822 *Ibídem*, pp. 351 y s.
823 *Ídem.*
824 *Ibídem*, p. 352.
825 *Ídem.*
826 *Ibidem*, pp. 395 y s.
827 *Ibídem*, pp. 402 y s.
828 *Ibídem*, p. 403.

17. *Que las posiciones jurídicas fundamentales por las teorías materiales no pueden entenderse como correlativas de modo exclusivo a ciertas disposiciones. Es un error pensar, por ejemplo, que los derechos de libertad sólo corresponden a los derechos de libertad. Nuestra tesis es, por el contrario, que a toda disposición iusfundamental pueden ser adscritas, en la medida que su específico campo de referencia semántico lo posible, posiciones de defensa, democráticas y prestacionales.*[829]

18. *Que las normas adscritas y las posiciones jurídicas derivadas de las teorías materiales no pueden comprenderse como posiciones definitivas, es decir, absolutas, en el sentido de posiciones irrestringibles o inderrotables. Habría dos maneras de considerar a estas posiciones como definitivas: integrándolas en todo contenido del Derecho Fundamental, observando de manera amplia, o integrándolas tan sólo en el contenido esencial del derecho. A nuestro modo de ver, las dos maneras llevan a problemas irresolubles. No es viable pensar que todo el contenido de los derechos está compuesto por posiciones definitivas, porque muchas veces las posiciones que emanan de un derecho, interpretado a la luz de la teoría material, son contradictorias con las que emanan del mismo o de otro derecho, interpretado a la luz de otra teoría material (por ejemplo, los deberes de abstención de la teoría liberal, con los derechos de actuación de la teoría del Estado Social). Si se sostiene que todas las posiciones iusfundamentales son definitivas, se llega al sentido de afirmar que en el sistema constitucional puede existir antinomias irresolubles, es decir, que dos normas contradictorias entre sí pueden valer al mismo tiempo de manera definitiva. Este problema se evitaría si se piensa que las únicas posiciones iusfundamentales adscritas a estos derechos que valen definitivamente, son aquellas que integran el núcleo esencial del derecho. Sin embargo, con este expediente se evita un inconveniente para dar pie a otro, pues es necesario diseñar un criterio para definir qué normas y posiciones pertenecen al núcleo esencial del derecho y qué normas y posiciones están excluidas del mismo.*[830]

19. *Como consecuencia de lo anterior, que las normas y posiciones que se deriven de la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la luz de las teorías materiales, sólo pueden ser consideradas como normas y posiciones de validez prima facie.*[831]

20. *Todas las objeciones anteriores llevan a la conclusión, de que la tesis espacial-absoluta del contenido esencial no ofrece un criterio plausible para definir la vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales, o de otro modo, un criterio que permita discernir entre aquellas restricciones legislativas del contenido normativo de los derechos que deben ser consideradas admisibles de aquellas que no lo son. Además de todas las dificultades que esta teoría enfrenta para conceptualizar los Derechos Fundamentales como entidades dogmáticas, está más afectada que el principio de proporcionalidad por las objeciones subjetivas de irracionalidad y por el riesgo de auspiciar el ejercicio de una discrecionalidad interpretativa incontrolable por parte del Tribunal Constitucional. Esta afectación radical se presenta, sobre todo, porque esta teoría no puede invocar ningún criterio plausible distinto a la mera institución, para determinar cuales son los contenidos que forman el núcleo esencial de los Derechos Fundamentales, y como se distinguen de los contenidos que constituyen la periferia"*[832]

21. *Si utilizamos el concepto de significado acuñado por Rawls, diremos que mientras las normas y posiciones más fundamentales son aquellas que tienen un mayor significado material desde la perspectiva de su nexo semántico con la disposición iusfundamental, las menos fundamentales son aquellas que tienen un mayor significado material desde la perspectiva de su nexo semántico con la disposición iusfundamental, las menos fundamentales son aquéllas que tienen un menor significado, observadas desde este mismo punto de vista. La variable de la fundamentalidad se integra en el esquema del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no como un criterio para separar dos subconjuntos –núcleo esencia y periferia–, sino para evaluar posiciones que se ubican en una línea continua –desde las posiciones más fundamentales hasta las menos fundamentales–.*[833]

22. *El segundo tipo, aporte importante de la teoría espacial-absoluta es hacer que en ningún caso los Derechos Fundamentales pueden quedar vacíos de contenido, es decir, que a pesar de que el Legislador esté legitimado para hacer intervenciones en su ámbito normativo, este ámbito nunca puede quedar desprovisto de toda norma o posición. Este es un aspecto que la aplicación del principio de proporcionalidad de que siempre deba permanecer en el derecho un reducto de contenido normativo, precisamente porque las posiciones más fundamentales de cada derecho, sólo muy rara vez podría ser legítimamente restringidas.*[834]

---

[829] *Ídem.*
[830] *Ibídem*, pp. 403 y s.
[831] *Ibídem*, p. 404.
[832] *Ibídem*, p. 424.
[833] *Ibídem*, pp. 424 y s.
[834] *Ibídem*, p. 425.

23. *De este modo se observa como la teoría mixta sucumbe ante su propia contradicción: concebir los Derechos Fundamentales como entes absolutos, y enmarcarlos en un sistema constitucional de tensiones en donde sólo pueden tomar parte los relativos.*[835]

24. *A pesar de todo lo anterior, es preciso reconocer que de tras de esta contradicción que afecta la teoría mixta, se transluce una idea muy importante, y que puede ser aplicable al intento de contribuir un modelo de principio de proporcionalidad como criterio definitorio de la vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales. Esta idea puede insertarse en el esquema del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Para la teoría mixta, cuando la restricción del Derecho Fundamentales demasiado intensa (afecta un núcleo esencial) debe ser declarada inconstitucional. Si matizamos esta idea y la despojamos de la alusión al núcleo esencial, podemos formular una interesante regla, según la cual, las restricciones demasiado intensas a los Derechos Fundamentales sólo pueden dar por válida una restricción radical y a fondo de un Derecho Fundamental. Esta idea es bastante plausible. Lo que sucede es que dicha idea no puede expresarse mediante la alusión a un núcleo duro del derecho, que sea intangible en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es bien cierto que el examen de proporcionalidad en sentido estricto hay un momento en donde cada uno de los derechos se observa con independencia del otro, para medir el grado que ha sido restringido. Este momento se detecta si la restricción del derecho es grave, mediana o leve; y paralelamente, si las ventajas para el bien o para el derecho contrario son de alta, media o solo leve intensidad. Sin embargo, el resultado final de la ponderación no surge de ninguna de estos juicios individuales, sino de la relación entre ellos. Por ejemplo, no toda restricción grave de un Derecho Fundamental debe ser declarada inconstitucional (como sostendría la teoría mixta, si allí constara una vulneración del núcleo esencial), pues una restricción semejante puede estar justificada por favorecimiento mucho mayor del Derecho o del bien con el que se colisiona. Sin embargo, sí puede considerarse que, por regla general, las restricciones graves a los Derechos Fundamentales no pueden valer constitucionalmente. Estas restricciones graves sólo son admisibles, si están justificadas por un beneficio del derecho o bien contrapuesto, que sea de igual o mayor intensidad.*[836]

25. *Por esta y por todas las razones anteriores, la teoría temporal-absoluta no puede funcionar como criterio definitorio del contenido esencial y tampoco de vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales. Asimismo, se observa, cómo esta concepción del contenido esencial está afectada en una amplísima medida por los mismos problemas que Jiménez Campo pretende imputar al principio de proporcionalidad: falta de racionalidad (transgrede el principio de no contradicción) y constricción de la libertad legislativa de configuración de la Constitución.*[837]

26. *Llegados a este punto, debemos intentar establecer cuál de las dos teorías acerca del proceso de aplicación de los derechos ofrece más ventajas y menores inconvenientes, habida cuenta de sus fundamentos de filosofía política. La teoría externa es más acorde con el pensamiento liberal que ha permanecido siempre en la base de concepción de los Derechos Fundamentales del Estado Constitucional. En este tipo de Estado, es característico que los particulares estén dotados en principio de un ámbito de acción ilimitado de la libertad, ya relevante desde el punto de vista jurídico, pero después puede verse restringido por la necesidades derivadas del los objetivos de la comunidad o de la protección de otros derechos. Por el contrario, al Estado Constitucional es ajena la idea de que el individuo dispone de ámbitos de libertad iusfundamental muy restringidos, definidos con precisión desde el principio, pero que sólo son inteligibles cuando desaparecen las apariencias que los cubren y se llega a conocerlos en sus circunstancias verdaderas.*[838]

27. *De esta manera, la teoría externa ofrece un ganancia en la racionalidad de la fundamentación de las normas iusfundamentales adscritas que no debe ser minusvalorada. Este plus de la racionalidad acota el margen de discrecionalidad de que dispone el Tribunal Constitucional, en una actividad tan compleja como lo es la aplicación de las disposiciones de los Derechos Fundamentales en el control de las leyes. El principio de proporcionalidad exige al Tribunal Constitucional el despliegue de una argumentación más potente y desarrollada que aquélla que le impone la teoría interna. El Tribunal ha de fundamentar de que manera se debe garantizar, no sólo el derecho intervenido por la Ley, sino el derecho o el bien que justifica la intervención y hasta la propia competencia legislativa para configurar la Constitución. En el esquema de la teoría interna, el Tribunal Constitucional se arroga para sí todo el poder de definir los límites de los Derechos Fundamentales, y una vez los ha definido, en un solo acto, en el cual puede prescindir de alusiones a otros bienes constitucionales y a la competencia del Legislador, entra a decidir el caso. En cambio, en la estructura de la teoría externa se reconoce que el Legislador dispone en principio de la potestad para concretar, intervenir y restringir los Derechos Fundamentales, y que*

[835] *Ibídem*, p.438.
[836] *Ibidem*, pp. 438 y s.
[837] *Ibídem*, p. 447.
[838] *Ibídem*, p. 476.

sólo tras acometer las valoraciones implícitas en la aplicación del principio de proporcionalidad de un a Ley, el Tribunal Constitucional debe fundamentar en todo caso, en razón de qué argumentos considera que el ejercicio de la competencia legislativa para configurar la Constitución, dirigido a garantizar las exigencias un bien, un Derecho Fundamental o un fin político, ha implicado una restricción desproporcionada del Derecho Fundamental intervenido.[839]

28. *A lo anterior ha de agregarse otra ventaja que ofrece la teoría externa, en comparación con la teoría interna, y que se relaciona con la dimensión temporal de los Derechos Fundamentales. Desde el punto de vista de la teoría interna, los Derechos Fundamentales no pueden estar abiertos al cambio. Esta es una consecuencia del carácter definitivo que tiene sus contenidos, y de la idea según la cual, los Derechos Fundamentales tiene un contenido verdadero. Si el contenido de tales Derechos es definitivo y esta prefigurado de antemano, no puede modificarse por una vía distinta a la reforma de la Constitución. La actualización de la jurisprudencia a las nuevas circunstancias sociales se torna imposible, porque sería inexplicable que en una sentencia anterior el Tribunal Constitucional estableciese que una determinada norma vale como parte del contenido verdadero de un Derecho Fundamental, y en sentencia posterior, así mediaran múltiples razones para el cambio, se dijese, y dictaminara que dicha norma ya no pertenece a tal contenido preformado, único y verdadero, una norma ya no pertenece a tal contenido único y verdadero. Dado que todo Derecho sólo tiene un contenido único y verdadero, una norma no podría a la vez pertenecer y no pertenecer a este contenido de los Derechos Fundamentales. Desde la perspectiva de esta teoría, la jurisprudencia puede otorgarle una validez definitiva a una norma o posición iusfundamental a la que antes que se le hubiese negado, o puede enajenar tal validez definitiva a una norma o posición a la que antes se le hubiese contenido, siempre y cuando exista una fundamentación para ello. En el esquema de esta teoría, las relaciones de procedencia de prioridad entre normas o posiciones iusfundamentales en conflicto pueden variar, si en un nuevo caso, concurren la transformación de la jurisprudencia. De este modo el sistema de los Derechos Fundamentales permanece abierto al cambio, pueden adaptarse con facilidad a la aparición de nuevas razones en todo caso queda garantizado siempre por las exigencias del principio de proporcionalidad.*[840]

29. *La existencia de estas cargas de argumentación atribuye una mayor racionalidad al control de constitucionalidad de las leyes de intervención en los Derechos Fundamentales. Estas cargas prefiguran los roles argumentativos que los diversos participantes en el proceso de constitucionalidad deben desempeñar, y le señalan al Tribunal Constitucional una solución by default a favor de la libertad, en el caso hipotético de que la justificación de las intervenciones legislativas no sea allegada o una solución by default a favor de la Ley, en caso de que el cumplimiento por parte de los subprincipios de la proporcionalidad no pueda ser acreditada sobre la base de premisas normativas, analíticas y fácticas fiables. Desde la perspectiva de la teoría interna, en cambio, no puede operar ninguna carga de argumentación, pues lo que para la teoría externa es el problema de la concreción de las posiciones jurídicas prima facie en posiciones jurídicas definitivas, en el esquema de la teoría interna se estructura sólo como un incontrolable dictamen del Tribunal Constitucional, en el que, sin operar un juego de razones, el Tribunal decide si la posición jurídica pertenece al <<verdadero>> contenido del Derecho Fundamental.*[841]

30. *La propuesta de Habermas, basada en la teoría de K. Günther, en contra de la aplicación del principio de proporcionalidad puede ser objetada con dos razones. En primer lugar, es pertinente señalar que la teoría de la norma adecuada de K. Günther no es una teoría específica de la aplicación de los Derechos Fundamentales, y mucho menos de su empleo como patrón de enjuiciamiento en el control de la constitucionalidad de las medidas legislativas que intervienen en ellos. Antes bien, se trata de una teoría elaborada desde el punto de vista de los casos que se le pueden presentar a un Juez ordinario, en los cuales es posible contar con una detallada descripción de circunstancias fácticas, y con normas dotadas de mayor nivel de concreción que las disposiciones iusfundamentales. Esta circunstancia ostenta un relieve nada desdeñable. Parece dudoso que el Tribunal Constitucional pueda aplicar una teoría de la norma adecuada para enjuiciar en abstracto, es decir, prescindiendo de las circunstancias de un caso concreto, si son constitucionales las medidas legislativas que restringen un determinado Derecho Fundamental. Dentro del esquema conceptual de k. Günter, esta actividad se asemeja más a aquélla que se desarrolla en los discursos de aplicación jurídica. De hecho, el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, se inicia como una fase más del procedimiento legislativo.*[842]

31. *La proposición P que el Tribunal Constitucional preconiza y defiende en la fundamentación externa de la premisa mayor de sus argumentaciones en el juicio de constitucionalidad de las*

[839] *Ibídem*, pp. 481 y s.
[840] *Ibídem*, pp. 482 y s.
[841] *Ibídem*, p. 384.
[842] *Ibídem*, p. 487.

leyes, consiste en la descripción definitiva de una determinada norma N a una disposición iusfundamental D –la disposición relevante–.[843]

32. *El principio de proporcionalidad constituye un criterio o argumento estructural, mediante el cual se organizan las razones que el Tribunal Constitucional ofrece para respaldar o apoyar la proposición descriptiva P. Estas razones no sólo se refieren a la interpretación de la disposición fundamental, sino también a la relación que la Ley de intervención guarda con dicha disposición. Como razones pueden concurrir todos los argumentos utilizados en la interpretación jurídica, en la interpretación constitucional, en las teorías materiales de los Derechos Fundamentales y en la argumentación práctica general.*[844]

33. *Los subprincipios de la proporcionalidad son sub argumentos estructurales, mediante los cuales se organiza, en tres grupos compuestos por una disposición y conjunto de razones, el argumento que constituye el principio de proporcionalidad en sentido amplio."*[845]

34. *Entre el principio de proporcionalidad y los cánones tradicionales de la interpretación jurídica existe un nexo de compatibilidad y complementación. La utilización de estos cánones en la interpretación de las disposiciones iusfundamentales no suele ser suficiente a la hora de fundamentar las normas adscritas en los casos difíciles. Por esta razón, en tales casos debe entrar en juego el principio de proporcionalidad, en cuya estructura los cánones tradicionales de la interpretación desempeñan un papel relevante.*[846]

35. *Por medio de la aplicación del método literal, el Tribunal Constitucional verifica (1) si el caso sub judice es un caso fácil o difícil de Derecho Fundamental; y si se trata de un caso difícil, (2) si la norma o posición afectada puede ser adscrita prima facie a la disposición iusfundamental alegada, y (3) si la Ley objeto del control debe ser considerada como una intervención en el ámbito normativo de dicho enunciado constitucional. Dado que estos tres análisis constituyen presupuestos para la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad.*[847]

36. *Los métodos teleológicos, en sus vertientes subjetiva y objetiva, e histórico constituyen instrumentos de gran valor específico para hacer explícitos los argumentos y criterios que integran los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.*[848]

37. *El principio de proporcionalidad representa una aplicación de las exigencias del método sistemático en la concreción y fundamentación de las normas adscritas de Derecho Fundamental. En virtud de dicho principio, en la fundamentación de estas normas se debe tener en cuenta todos los principios constitucionales relevantes que jueguen a favor o en contra de la constitucionalidad de la Ley objeto de control y no sólo el Derecho Fundamental objeto de la intervención legislativa.*[849]

38. *El principio de proporcionalidad desarrolla las exigencias de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. Esta circunstancia se deriva de que en la estructura de dicho principio son tenidos en cuenta todos los enunciados constitucionales relevantes para la decisión del caso, así como la propia Ley que interviene en el Derecho Fundamental afectado. Entre tales enunciados constitucionales se traza la colisión, que afecta sólo a sus normas prima facie. La solución de las colisiones entre normas y posiciones prima facie mediante el principio de proporcionalidad constituye un método para delimitar los contenidos normativos definitivos de cada enunciado constitucional y un expediente por medio del cual, se hacen prevalecer las exigencias definitivas de un derecho o bien constitucional sobre las exigencias definitivas de otro.*[850]

39. *El principio de proporcionalidad cumple las exigencias del principio de corrección funcional, pues representa un método para delimitar la competencia interpretativa del Tribunal Constitucional y la competencia legislativa de configuración de la Constitución de la manera más racional posible*[851]

40. *El principio de proporcionalidad contribuye a la realización de la fuerza normativa y de máxima efectividad de los Derechos Fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos. Mediante dicho principio, tales Derechos y tales bienes se articulan y adquieren una aplicación jurídica en la mayor medida posible.*[852]

41. *El principio de proporcionalidad no se identifica con el principio de interpretación conforme a la Constitución. Si bien es posible que en algunos casos, mediante los subprincipios de la*

---

[843] *Ibídem*, pp. 543 y s.
[844] *Ibídem*, p. 544.
[845] *Ídem.*
[846] *Ibídem,* p. 611.
[847] *Ibídem*, pp. 611 y s.
[848] *Ibídem*, p. 612.
[849] *Ídem.*
[850] *Ídem.*
[851] *Ibídem*, pp. 612 y s.
[852] *Ibídem*, p. 613.

proporcionalidad se detecte si la Ley admite una interpretación conforme a la Constitución, también puede suceder que tales subprincipios fundamentan la declaración de inconstitucionalidad de la Ley (Ley desproporcionada que no admite una interpretación conforme) o que la Ley sea interpretada conforme a la Constitución, sin que el principio de proporcionalidad sea aplicado [interpretación conforme sin examen de proporcionalidad].[853]

42. *Existe un nexo de implicación del principio de proporcionalidad sobre el contenido esencial. Esto quiere decir, que siempre que se aplica el principio de proporcionalidad se define una parte del contenido esencial del Derecho Fundamental, pero que dicho contenido no consiste únicamente en aquello que se define mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. El contenido esencial de un Derecho Fundamental está conformado por todas las normas y posiciones definitivas, que pueden adscribirse a la disposición iusfundamental que lo tipifica. Normas con validez definitiva son la norma iusfundamental directamente estatuida, aquellas normas adscritas que se subsumen incontrovertidamente bajo el supuesto de hecho de tal norma estatuida en los casos difíciles se fundan mediante el principio de proporcionalidad.*[854]

43. *El concepto de ponderación puede entenderse de dos maneras diversas. En un sentido amplio, la ponderación alude a la actividad de sopesar los argumentos que juegan a favor y en contra de una determinada decisión jurisdiccional. En sentido estricto, en cambio, la ponderación se identifica con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cuando la ponderación se utiliza en esta última acepción, comparte su ámbito de aplicación con el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, se aplica para decidir los casos difíciles acerca de la constitucionalidad de las intervenciones públicas o privadas en los Derechos Fundamentales.*[855]

44. *Entre el principio de proporcionalidad y las normas iusfundamentales con carácter de principios, entendidas como mandatos de optimización, media un nexo de doble implicación. Los subprincipios de la proporcionalidad presuponen que las normas que concurren como objetos normativos en su aplicación, deban tener el carácter de mandatos de optimización, en el sentido de que exigen ser realizadas en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por su parte, el principio de proporcionalidad es el único método, mediante el cual pueden ser aplicadas las normas iusfundamentales con carácter de principio.*[856]

45. *El resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad es la fundamentación y concreción de una norma iusfundamental adscrita que tiene el carácter de regla.*[857]

46. *El principio de proporcionalidad es el criterio mediante el cual se resuelven las colisiones entre una regla iusfundamental y otro principio constitucional. En este caso, en la adscripción prima facie o en el juicio de idoneidad se establece cuál es el principio constitucional que respalda la regla relevante en el caso, y la colisión se reforma un conflicto entre el principio que respalda la regla en contra del principio que la contradice.*[858]

47. *Que una norma iusfundamental sea una regla o sea un principio, es una pregunta interpretativa que sólo puede responderse en el caso concreto, cuando se observa la específica relación entre la Constitución y la Ley objeto del juicio de constitucionalidad.*[859]

48. *Las normas iusfundamentales se aplican con carácter de reglas en los casos fáciles de Derecho Fundamental en sentido amplio.*[860]

49. *Las normas iusfundamentales se aplican con carácter de principios en los casos difíciles de Derecho Fundamental en sentido amplio.*[861]

50. *Las normas iusfundamentales adscritas, concretadas y fundamentadas por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad, se aplican como reglas en el caso que se decide bajo sus exigencias y cuando se aplican como precedentes en los caso futuros.*[862]

51. *El principio de proporcionalidad deriva su fundamento constitucional de su carácter como correlato de las normas iusfundamentales de principio, que según el artículo 53.1 CE resultan vinculantes para el Legislador. Asimismo, se encuentra un fundamento constitucional complementario en los artículos 1.1 CE (como contenido del valor de justicia y del principio del*

---

853 *Ídem.*
854 *Ídem.*
855 *Ibídem*, pp. 613 y s.
856 *Ibídem*, p. 614.
857 *Ídem.*
858 *Ídem.*
859 *Ídem.*
860 *Ídem.*
861 *Ibídem*, p. 615.
862 *Ídem.*

Estado de Derecho) y 9.3 CE, en el ámbito en que este principio coincide con el principio de interdicción de la arbitrariedad."[863]

B. REGLAS.

1. *Para adscribir prima facie una norma o una posición a una disposición de Derecho Fundamental, el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta los argumentos aducidos por las partes del proceso constitucional, debe interpretar la disposición respectiva con ayuda de los métodos tradicionales de la interpretación y debe considerarse las demás fuentes de los Derechos Fundamentales.*[864]

2. *La adscripción prima facie debe respetar las reglas lingüísticas vigentes en la práctica constitucional mediante las cuales se define el significado de los términos que componen las disposiciones de Derecho Fundamental. Asimismo, dicha adscripción debe tener en cuenta las premisas empíricas relevantes en el caso, los criterios jurisprudenciales para la determinación del contenido esencial de un Derecho Fundamental y los criterios provenientes de las teorías materiales de los Derechos Fundamentales.*[865]

3. *En la adscripción prima facie, debe interpretarse ampliamente el supuesto de hecho de la norma iusfundamental directamente estatuida que resulte relevante.*[866]

4. *Toda norma legislativa que represente una propiedad que–considerada aisladamente– baste para sus subsunción bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, debe considerarse tipificada por este supuesto de hecho, independientemente de cuáles sean sus propiedades.*[867]

5. *Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos incluidos en el supuesto de hecho de las normas iusfundamentales directamente estatuidas hay que hacer interpretaciones amplias.*[868]

6. *Basta que la tipificación de la norma legal bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida pueda fundamentarse razonablemente en la interpretación de la disposición iusfundamental, mediante alguno de los criterios hermenéuticos tradicionales, algún criterio procedente de las teorías materiales de los hechos fundamentales o alguno de los criterios del contenido esencial expresados en la STC 11/98 FJ8ª –modificados de la manera antes expuesta–, o en las fuentes formales de los Derechos Fundamentales, para que se deban adscribir prima facie a la disposición correspondiente una norma iusfundamental contraria a la norma legal.*[869]

7. *Ninguna norma o posición puede ser adscrita prima facie, fuera de los límites semánticos de una disposición de Derecho Fundamental interpretada ampliamente.*[870]

8. *Toda norma legislativa que no presente ninguna propiedad para su subsunción bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, no puede considerarse tipificada en este supuesto de hecho.*[871]

9. *Las interpretaciones amplias de los conceptos incluidos en el supuesto de hecho de las normas iusfundamentales directamente estatuidas no pueden transgredir sus márgenes semánticos.*[872]

10. *Si la tipificación de la norma legal bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida no puede fundamentarse razonablemente en la interpretación de la disposición iusfundamental, mediante alguno de los criterios hermenéuticos tradicionales, algún criterio procedente de las teorías materiales de los Derechos Fundamentales o alguno de los criterios del contenido esencial expresados en la STC11/1981FJ8º o en otras fuentes formales de los Derechos Fundamentales, no puede ser adscrita prima facie a la disposición correspondiente una norma iusfundamental contraria a la norma legal.*[873]

11. *Una norma iusfundamental también puede adscribirse prima facie a la libertad general de actuación.*[874]

---

[863] *Ídem.*
[864] *Ibídem*, p. 630.
[865] *Ibídem*, p. 636.
[866] *Ibídem*, p. 637.
[867] *Ibídem*, p. 638.
[868] *Ídem.*
[869] *Ídem*.
[870] *Ibídem*, p. 651.
[871] *Ibídem*, p. 652.
[872] *Ídem.*
[873] *Ídem.*
[874] *Ibídem*, p. 660.

12. *A ninguna disposición de Derecho Fundamental puede adscribirse prima facie una norma o posición que caiga bajo el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva que el Constituyente le haya introducido expresamente.*[875]

13. *Sobre la interpretación amplia del concepto de intervención en un Derecho. El concepto de intervención en un Derecho Fundamental debe ser concebido de manera amplia. De acuerdo con esta concepción amplia, toda Ley que afecte a un Derecho Fundamental de manera negativa o desventajosa, debe ser considerada como una intervención legislativa en el Derecho respectivo.*[876]

14. *Sobre el concepto de afectación negativa. Para que se produzca una afectación negativa de un Derecho Fundamental, resulta necesario que entre la norma legal y el Derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa, bien sea del tipo jurídico o fáctico. Es pertinente que la norma legal sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la norma iusfundamental afectada –que contradiga la norma iusfundamental adscrita prima facie– (afectación jurídica), o bien, sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al Derecho afectado (afectación fáctica).*[877]

15. *Sobre el concepto de causalidad negativa aplicando al concepto de intervención en el Derecho Fundamental. La norma legal (N) guarda una relación de causalidad negativa con el Derecho Fundamental (DF), y por tanto debe considerarse como una intervención en este Derecho, si conduce a un estado de cosas en que la realización del Derecho Fundamental (DF) se vea disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal.*[878]

16. *Sobre la prohibición prima facie que pesa sobre las intervenciones legales en los Derechos Fundamentales. Toda norma legal que cumpla con las exigencias del concepto de intervención, y que sea considerada como una intervención en un Derechol, está prohibida prima facie.*[879]

17. *Sobre el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el Derecho Fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional.*[880]

18. *Sobre el concepto del subprincipio de idoneidad. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los Derechos Fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.*[881]

19. *El fin que funda la intervención legislativa en el Derecho Fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explicita o implícitamente por la Constitución…*[882]

20. *Un fin sólo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución. Cuando se presenta un caso dudoso acerca de la legitimidad del fin legislativo, porque existe una prohibición prima facie del fin, debe aplicarse la presunción de la constitucionalidad de la Ley. De este modo, el fin legislativo de cuya legitimidad se duda, debe ser considerado como un fin prima facie legítimo y correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de su legitimidad, debe desplazarse, y diferirse hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto.*[883]

21. *Toda intervención de un Derecho Fundamental puede legítimamente, de forma mediata, la realización de un Derecho individual, de un bien colectivo o de un bien jurídico, garantizado por un principio.*[884]

22. *Entre los principios que pueden constituirse como fines mediatos de las intervenciones legislativas, se encuentran: los Derechos Fundamentales, los demás principios constitucionales y los llamados principios constitucionales de segundo grado, bien sea que estos deriven de una reserva de Ley específica o de la reserva de Ley general de intervención en los Derechos Fundamentales.*[885]

---

875 *Ídem.*
876 *Ibídem*, p. 671.
877 *Ídem.*
878 *Ídem.*
879 *Idem.*
880 *Ibídem*, p. 693.
881 *Ídem.*
882 *Ibídem*, p. 698.
883 *Ibídem*, p. 704.
884 *Ibídem*, p. 708.
885 *Ibídem*, p. 709.

23. *El fin inmediato perseguido por el Legislador debe determinarse de la manera más correcta posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes en cada caso concreto.*[886]
24. *Los criterios de la racionalidad consistentes en la claridad argumentativa y la saturación imponen al Tribunal Constitucional el deber de diferenciar claramente entre la medida adoptada por el Legislador (el medio), su finalidad concreta (el fin inmediato) y el principio constitucional de primer o segundo grado al que esta finalidad pueda adscribirse (el fin mediato).*[887]
25. *El Tribunal Constitucional debe determinar cada uno de los fines principales y secundarios de una medida legislativa, debe examinar por separado la legitimidad de cada uno de ellos y la idoneidad que revista la intervención legislativa para favorecerlos.*[888]
26. *Una medida adoptada por una intervención legislativa en un Derecho Fundamental, no es idónea cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de un fin inmediato.*[889]
27. *La idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su relación de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.*[890]
28. *En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe aceptar que una medida legislativa es idónea, si, considerada en abstracto o en teoría, puede contribuir de alguna manera a la obtención del objetivo que se propone. Dicho en sentido contrario, no es necesario constatar que la medida legislativa hay contribuido en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que, para tal fin, es suficiente establecer que la medida tiene la virtualidad de facilitar la obtención de su fin.*[891]
29. *En segundo término, debe admitirse que un medio legislativo es idóneo, aún cuando sólo haya dado lugar a la realización parcial del fin que persigue. La idoneidad no se traduce en la exigencia de obtener plenamente el objetivo propuesto, ni en la de asegurar que será conseguido. La realización parcial del fin legislativo basta como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada por el Parlamento.*[892]
30. *En primer lugar, debe aclarase que la imposibilidad de conectar analíticamente el fin inmediato del Legislador con un fin mediato legítimo, da lugar a la ilegitimidad del fin legislativo inmediato. Esto ocurre cuanto este fin sólo se relaciona con fines mediatos ilegítimos, es decir, prohibidos por la Constitución. Por su parte, la falta de correlación empírica entre el medio y el fin inmediato genera la carencia de idoneidad del medio.*[893]
31. *La falta de idoneidad de una media legislativa debe demostrarse mediante un conjunto de premisas empíricas, basadas en conocimientos científicos o convicciones sociales aceptadas generalmente.*[894]
32. *Una norma legal debe catalogarse como una norma carente de idoneidad, sólo si desde el comienzo, o sea, desde el momento de su expedición, el Legislador hubiese podido prever su ineptitud para facilitar la obtención de su finalidad inmediata.*[895]
33. *A menos que la falta de idoneidad de la medida legislativa se demuestre por medio de premisas empíricas muy seguras, el Tribunal Constitucional debe reconocer al Legislador la prerrogativa para decidir acerca de la aptitud de su decisión para contribuir a la obtención de su finalidad. La falta de idoneidad de la norma legal debe ser evidente. En caso contrario, debe considerarse como idónea.*[896]
34. *La evaluación de las incertidumbres acerca de la certeza de las premisas empíricas, que jueguen a favor y en contra de la medida legislativa, debe trasladarse al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.*[897]
35. *De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los Derechos Fundamentales debe ser la más benigna con el Derecho Fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto."*[898]

---

[886] *Ibídem*, p. 721.
[887] *Ídem.*
[888] *Ibídem*, p. 723.
[889] *Ibídem*, p. 724.
[890] *Ibídem*, p. 726.
[891] *Ibídem*, p. 729.
[892] *Ídem*.
[893] *Ibídem*, p. 733.
[894] *Ídem.*
[895] *Ibídem*, p. 735.
[896] *Ibídem*, p. 737.
[897] *Ibídem*, p. 739.
[898] *Ibídem,* p. 740.

36. *El principal criterio para seleccionar los medios alternativos consiste en que estos revistan algún tipo de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida se propone.*[899]
37. *En el examen de necesidad debe analizarse si los medios equivalentes tienen por lo menos una idoneidad equivalente a la de la medida legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato, desde las perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la realización del fin y la probabilidad.*[900]
38. *La mayor idoneidad de un medio alternativo no es de por sí un dato que implique la carencia de necesidad de la medida legislativa. Para tal efecto es imprescindible, además, que el medio alternativo supere la segunda exigencia del subprincipio de necesidad, es decir, que intervenga con menor intensidad en el Derecho Fundamental.*[901]
39. *Los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad.*[902]
40. *Un medio alternativo será más benigno, desde el punto de vista empírico, si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental prima facie objeto de la intervención del Legislador, si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protegen. Si existe un medio alternativo que reúna estas condiciones, deberá ser considerado como un medio más benigno y, como consecuencia, la medida legislativa deberá ser declarada inconstitucional.*[903]
41. *Cuando un medio alternativo sea más benigno que la medida legislativa sólo en una o varias, pero no en todas las perspectivas posibles, debe considerarse que dicha medida es necesaria. Sin embargo, la menor restricción que el medio alternativo proyecta sobre el Derecho en dichas perspectivas, debe ser tenida en cuenta en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.*[904]
42. *Un medio alternativo se revela como el más benigno, desde el punto de vista analítico y normativo, si la norma o posición en que habría afectado, de haber sido adoptado por el Legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito del Derecho Fundamental, que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla.*[905]
43. *En caso de que, a causa de la inseguridad que pesa sobre las premisas analíticas y normativas, no pueda establecerse cuál de las opciones, la posición iusfundamental afectada por la intervención legislativa o aquélla que los medios alternativos afectarían, tiene un significado mayor, debe considerarse que la medida legislativa es necesaria. Los argumentos que indiquen que alguno de los medios alternativos resulta más benigno en este aspecto, adquieren relevancia en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.*[906]
44. *El examen del medio más benigno debe llevarse a cabo en abstracto, cuando se trata de controlar la constitucionalidad de la Ley. Esto significa, que el medio más benigno será aquél que en promedio, o sea, en una generalización de los casos posibles, en la mayoría de los casos o en un caso normal, afecte con menor intensidad al Derecho Fundamental. Sin embargo, el carácter del medio más benigno de la intervención legislativa debe valorarse en concreto, con estricta observancia de las circunstancias del caso, cuando se controla la constitucionalidad de la aplicación de la Ley mediante el recurso de amparo.*[907]
45. *El examen del medio más benigno debe llevarse a cabo desde la perspectiva del individuo titular del Derecho Fundamental afectado. Sin embargo, la medida legislativa no deviene innecesaria, si un medio alternativo resulta ser más benigno desde este punto de vista, pero afecta a otros intereses de la comunidad, a Derechos de terceros o infringe el principio de igualdad.*[908]
46. *El examen de necesidad debe efectuarse desde la perspectiva ex ante del Legislador. Esto quiere decir, que la medida legislativa sólo puede considerarse innecesaria, si dados los conocimientos existentes en la época en que fue adoptada, el Parlamento habría podido avizorar la existencia de un medio igualmente idóneo y más benigno con el Derecho afectado.*[909]
47. *Una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad, sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y*

[899] *Ibídem*, p. 743.
[900] *Ibídem*, p. 747.
[901] *Ídem*.
[902] *Ibídem*, p. 748.
[903] *Ibídem*, p. 750.
[904] *Ibídem*, p. 752.
[905] *Ibídem*, pp. 752 y s.
[906] *Ibídem*, p. 755.
[907] *Ibídem*, p. 756.
[908] *Ibídem*, p. 758.
[909] *Idem.*

normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el Derecho Fundamental.[910]

48. *Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el Derecho Fundamenta ldebe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.*[911]

49. *De acuerdo con la definición anterior, del decurso argumentativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe estructurarse en tres pasos:*

- *El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el Derecho Fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.*
- *El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención del Derecho Fundamental.*
- *El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre el Derecho Fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el seg Peso abstracto. Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación.*[912]

50. *Peso concreto. Cuanto más intensa sea la intervención en el Derecho Fundamental, mayor será el peso del Derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación.*[913]

51. *La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental depende de la fundamentalidad o el significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona demócrata y del individuo del Estado social, que tenga la posición prima facie afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del Derecho respectivo.*[914]

52. *La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la profundidad o del significado que el fin inmediato de la intervención en el Derecho Fundamental ostente dentro de su ámbito normativo. Dicha fundamentalidad depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza.*[915]

53. *La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición fundamental prima facie.*[916]

54. *La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con lo que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato del Legislador.*[917]

55. *En relación con la parte del ámbito normativo afectado negativa y positivamente. Cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del Derecho Fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor peso que deberá otorgarse al Derecho Fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del principio constitucional que sustenta la intervención legislativa, que se realice mediante dicha intervención, mayor será la realización del principio constitucional y mayor el peso que deberá otorgarse a éste en la ponderación.*[918]

56. *La fundamentalidad de una posición con respecto a su función. Cuanto más importante sea una determinada posición prima facie para que el Derecho Fundamental pueda desempeñar su función de defensa, su función democrática y su función de Derecho de prestación en sentido amplio, mayor será la fundamentalidad de dicha posición y, por lo tanto, mayor el peso que deberá otorgarse al Derecho Fundamental en la ponderación, cuando dicha posición sea afectada por la Ley. De modo correlativo, cuanto más importante sea un determinado fin legislativo inmediato para el fin legislativo mediato –el principio constitucional que respalda la intervención– pueda*

---

[910] *Ibídem*, p. 763.
[911] *Ídem.*
[912] *Ibídem*, p. 766.
[913] *Ídem.*
[914] *Ibídem*, p. 768.
[915] *Idem.*
[916] *Ibídem*, p. 769.
[917] *Ídem.*
[918] *Ibídem*, pp. 771 y s.

desempeñar sus funciones, mayor será la fundamentalidad de aquél y, por tanto, mayor será el peso del principio constitucional en la ponderación.[919]

57. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a su status de condición para la realización del Derecho Fundamental o del principio constitucional. Cuanto más valor tenga una determinada posición iusfundamental, desde la perspectiva temporal, espacial y material, como condición para que el Derecho Fundamental al que se describe pueda realizarse, mayor será la fundamentalidad de dicha posición y, por tanto, mayor el peso del Derecho Fundamental en la ponderación, cuanto más valor tenga un fin legislativo inmediato, desde las perspectivas temporal, espacial y material, como condición para la realización del fin legislativo mediato –el principio constitucional que respalda la intervención–, mayor sería la fundamentalidad de dicho fin y , por lo tanto, mayor es el peso del principio constitucional en la ponderación. Una posición iusfundamental y un fin inmediato tienen el máximo valor, cuando son condición suficiente y necesaria para la realización de los Derechos y principios a los que se describen. Menor valor tienen, cuando son condición suficiente pero no necesaria; menor valor aún, cuando son condición necesaria pero no suficiente, pero junto con otras posiciones sí pueden llegar a ser con condición suficiente.*[920]

58. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otras posiciones jurídicas. Cuantos mayores efectos tenga la posición iusfundamental afectada sobre otras posiciones iusfundamentales, mayor será su fundamentalidad y, por tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al Derecho Fundamental al que se adscribe. De modo correlativo, cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el Derecho Fundamental, sobre otras posiciones adscritas al principio constitucional que constituye el fin mediato, mayor será la fundamentalidad de aquel fin y, por lo tanto mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación a dicho principio constitucional.*[921]

59. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales diversos al que se describe. Cuantos mayores efectos tenga la posición iusfundamental afectada sobre otros Derechos Fundamentales y principios constitucionales, mayor será su fundamentalidad y, por tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al Derecho Fundamental al que se adscribe. De un modo correlativo, cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el Derecho Fundamental al que se adscribe. De modo correlativo, cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención del Derecho Fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su fundamentalidad y, por tanto, mayor el peso que deberá cargarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe.*[922]

60. *El mayor peso de un principio en razón del reconocimiento de su prioridad en decisiones institucionales anteriores. El peso del Derecho Fundamental en la ponderación será mayor, si en alguna decisión institucional anterior ha reconocido su prioridad sobre el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, en razón de la intervención análoga. La misma regla puede aplicarse en sentido contrario, a favor del principio constitucional que constituye el fin mediato del Legislador.*[923]

61. *En relación con los criterios del contenido esencial. La intensidad de la intervención legislativa en el Derecho Fundamental será mayor, cuanto mayor será el cumplimiento de las exigencias de los criterios del contenido esencial, formulados por el Tribunal Constitucional en la STC11/1981FJ8º. Estos criterios se refieren a que la posición prima facie afectada sea necesaria para que el Derecho Fundamental sea reconocible como tal, de modo que si se suprimiera, el Derecho perdería su naturaleza (primer criterio); y que la posición prima facie afectada sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida a un Derecho Fundamental, resulten, real, concreto y efectivamente protegidos (segundo criterio).*[924]

62. *Sobre la relación entre el Derecho Fundamental y principio democrático. Cuantas conexiones tenga un Derecho Fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación.*[925]

63. *Sobre la relación entre el Derecho Fundamental y dignidad humana. Cuantas más conexiones tenga un Derecho Fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso de ponderación.*[926]

64. *En relación con la eficacia. Cuanto más eficaz sea la intervención legislativa para impedir o dificultar el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será la intensidad de dicha*

[919] *Ibídem*, p. 772.
[920] *Ibídem*, pp. 773 y s.
[921] *Ibídem*, p. 774.
[922] *Ídem.*
[923] *Ibídem,* p. 775.
[924] *Ibídem*, p. 776.
[925] *Ibídem*, p. 777.
[926] *Ibídem*, p. 778.

intervención y mayor peso que deberá atribuirse al Derecho Fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto más eficaz sea la intervención legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la Ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio de ponderación.[927]

65. *En relación con la rapidez. Cuanto más expeditiva sea la intervención legislativa para impedir o dificultar el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será al Derecho Fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto más expeditiva sea la intervención legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la Ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación.*[928]

66. *En relación con la probabilidad. Cuanta mayor probabilidad exista, de que la intervención legislativa puede impedir o dificultar el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al Derecho Fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanta mayor probabilidad exista, de que la intervención legislativa atribuya a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la inmensidad de la realización del principio constitucional que fomentan la Ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación.*[929]

67. *En relación con el alcance. La intensidad de la intervención legislativa en el Derecho Fundamental será mayor, en cuanto dicha intervención impida o dificulte el ejercicio de más disposiciones prima facie adscritas al Derecho Fundamental afectado a otros Derechos Fundamentales. Correlativamente, la intensidad de la realización del fin mediato del Parlamento será mayor, cuantos más fines inmediatos adscritos a su ámbito normativo pueden ser alcanzados mediante intervención legislativa.*[930]

68. *En relación con la duración. Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al Derecho Fundamentalen la ponderación. Correlativamente, cuanto más tiempo contribuya la intervención legislativa a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la Ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación.*[931]

69. *Sobre el supuesto en que la medida legislativa sea el único medio para alcanzar el fin del Legislador. Si la medida legislativa es el único medio para alcanzar el fin del Legislador, los argumentos normativos a favor de la adopción de dicha medida adquirirán un alto peso en la ponderación.*[932]

70. *En cuanto a la urgencia de la obtención del fin inmediato del Legislador. Cuanto más urgente sea la obtención del fin del legislador, mayor será el peso que deberá otorgarse a éste en la ponderación.*[933]

71. *Los criterios analítico-normativos y empíricos para determinar la intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo tienen un carácter de primera facie. Su relevancia debe ser determinada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Si en un caso entran en colisión dos o más criterios, debe llevarse a cabo una ponderación para atribuir a uno de ellos la prioridad, condicionada a las circunstancias del caso.*[934]

72. *Cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa.„*[935]

73. *Carga de la argumentación a favor del Derecho Fundamental. Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el Derecho Fundamental.*[936]

74. *Carga de la argumentación a favor de las relaciones de precedencia condicionada establecida en casos anteriores. La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos o análogos. La*

[927] *Ibídem,* p. 780.
[928] *Ibídem*, p. 781.
[929] *Ídem.*
[930] *Ibídem,* p. 782.
[931] *Ídem.*
[932] *Ibídem*, p. 783.
[933] *Ídem.*
[934] *Ibídem*, p. 784.
[935] *Ibídem*, p. 788.
[936] *Ibídem*, p. 795.

inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla.[937]

75. *Variante de la Ley de la colisión. Las circunstancias del caso, bajo las cuales el Derecho Fundamental precede al principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, constituyen el supuesto de hecho de la norma iusfundamental adscrita, que expresa la consecuencia jurídica del Derecho Fundamental y que adquiere carácter de regla y validez definitiva. O por el contrario, las circunstancias del caso, bajo las cuales el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa precedente del Derecho Fundamental, constituyen el supuesto de norma legal, que expresa la consecuencia jurídica del principio constitucional prevalente y que adquiere carácter de regla de validez definitiva. La norma que adquiere carácter definitivo opera como premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia.*[938]

76. *Sobre la necesidad de evidencias en contra de la proporcionalidad de la intervención legislativa. Una intervención legislativa leve en los Derechos Fundamentales sólo puede ser declarada desproporcionada en sentido estricto, si, visto desde la perspectiva del Legislador, existen premisas empíricas, analíticas y normas seguras que así lo evidencien.*[939]

77. *Sobre la práctica de un control material intensivo de la proporcionalidad en sentido estricto sobre las intervenciones legislativas intensas en los Derechos Fundamentales. Las intervenciones legislativas intensas en los Derechos Fundamentales deben ser objeto de un control material intensivo de proporcionalidad en sentido estricto, prácticando desde la perspectiva del Tribunal Constitucional.*[940]

78. *Cuanto más seguras sean las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional. Por el contrario, cuanto menos seguras sean las premisas relevantes en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, menos intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y mayor el ámbito de apreciación del Legislador.*[941]

79. *Cuanto más intensa sea la intervención del Legislador en el Derecho Fundamental, más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional. Por el contrario, cuanto menos intensa sea la intervención del Legislador en el Derecho Fundamental, menos intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y mayor el ámbito de apreciación del Legislador.*[942]

80. *Sobre la estructura de la prohibición de protección deficiente. La prohibición de protección deficiente tiene la misma estructura general que la prohibición del exceso. Esta segunda versión del principio de proporcionalidad se compone de dos presupuestos –la prescripción prima facie a un Derecho Fundamental de la posición de protección afectada y la catalogación del acto legislativo examinado como una invención en el Derecho– y tres subprincipios –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–.*[943]

81. *Sobre la adscripción prima facie en la estructura de la prohibición de protección deficiente. La adscripción prima facie que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue mutatis mutandi las mismas reglas que las de la prohibición del exceso (reglas 1 y 12). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posición fundamental en la mayor medida posible.*[944]

82. *Sobre la intervención legislativa en la estructura de la prohibición de protección deficiente. La intervención que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente. Sigue mutatis mutandi las mismas reglas de la prohibición del exceso (reglas 13 y 16).*[945]

83. *Sobre el principio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente sigue mutatis mutandis las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 18 a 34).*[946]

84. *Sobre el subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente, siguiente mutatis mutandi las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 35 a 47).*[947]

---

[937] *Ibídem,* p. 796.
[938] *Ibídem,* p. 799.
[939] *Ibídem,* p. 803.
[940] *Ídem.*
[941] *Ibídem,* p. 805.
[942] *Ídem.*
[943] *Ibídem*, p. 808.
[944] *Ídem.*
[945] *Ídem.*
[946] *Ibídem*, p. 809.
[947] *Ibídem*, p. 810.

85. *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente sigue mutatis mutandi las mismas reglas que el de la prohibición del exceso.*[948]
86. *Cuando se presenta una colisión entre un Derecho Fundamental de defensa y un Derecho Fundamental de protección, debe aplicarse simultáneamente el principio de proporcionalidad en su función de prohibición del exceso y de prohibición de protección deficiente. En este caso, la falta de realización máxima del Derecho de protección sólo es admisible en la medida que lo exija la realización del Derecho de defensa y, correlativamente, la intervención en el Derecho de defensa es admisible en la medida que lo exija la realización del Derecho de protección….*[949]

[948] *Ídem.*
[949] *Ídem.*

CAPÍTULO VI

“LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: (UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA PRAXIS JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEA.)”

Realizar una confrontación entre las cuestiones teóricas y el desarrollo de la *praxis* jurisdiccional, resulta sumamente ilustrativo y enriquecedor para toda investigación jurídica. Más aun cuando se trata de investigaciones que se desarrollan sobre temas novedosos y complejos para la tradición jurídica de los países. Para decirlo más claro, incluir ejemplos reales de aplicación jurisprudencial de diversos países y organismos supranacionales, resulta una valiosa oportunidad para demostrar que todo lo que se ha explicado, en este caso a la luz de una corriente preponderantemente neoconstitucionalista *(que bien pudiera sintetizarse en la transición del Estado de legalidad al Estado Constitucional)*, no se queda en el terreno simplemente discursivo, o de las buenas intenciones, o de utopías jurídicas, sino por el contrario, su utilización pragmática es evidente y cada vez más común, sin importar las fronteras judiciales. Hecha esta pequeña acotación, sin más preámbulo y en aprovechamiento de los medios informáticos, analizaremos algunas resoluciones de casos dictadas por **Tribunales de Europa** *(Alemania y España)*; **de América** *(Argentina, Colombia, Estados Unidos de Norteamérica y México)* y algunas provenientes de **Organismos Supranacionales** *(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia)*. Con esto insistimos, se podrá comprobar claramente, como es cada vez más común, aún más yo diría necesario, la presencia de los Principios Jurídicos y obviamente, de los métodos interpretativos, aplicativos y argumentativos que por su naturaleza necesitan, en las actividades cotidianas de los Tribunales de los Estados Constitucionales.

Por lo antes expuesto, hemos realizado una selección de diversas resoluciones que ayudarán a entender la presencia de los principios, su tratamiento, ya sea demostrando que no existe conflicto entre ellos, ya sea aplicando de manera individual a la ponderación como un principio independiente o como parte del principio de proporcionalidad integral *(idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta o ponderación).*

Es importante advertir, que aún cuando por obvias razones, las sentencias analizadas serán objeto de una síntesis debido a su extenso número de fojas, trataremos hasta en donde sea posible, conservar las ideas sustanciales y originales

del ejercicio interpretativo-aplicativo-argumentativo realizado por los operadores jurídicos.[950] Nuestra metodología será iniciar con una semblanza básica del emisor, una descripción de los sucesos fácticos-normativos relevantes y concluiremos con los principales razonamientos que soportan la resolución en análisis.

I. LA PRAXIS PRINCIPIALISTA EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS.

A. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT).

Se distribuye en dos cortes o senados, cada uno de los cuales tiene ocho miembros, de los cuatro que son elegidos por un comité del *Bundestag* y otros cuatro por el *Bundesrat,* siempre con mayoría de dos tercios. En específico tienen las funciones de resolver el recurso de amparo constitucional, el control de constitucionalidad de la Ley en forma ya sea concreta (al existir un litigio) o abstracta (sin necesidad de existir un un litigio), resuelve conflictos de competencia y resolver sobre la disolución de partidos políticos. [951]

1. CASO DEL ABORTO. (Sentencias BverfG 39, I y BVerfGE 88,203).

En este apartado analizaremos las sentencias *BverfG 39,I* y *BVerfGE 88,203,* con las que este Tribunal Constitucional decidió el complicado tema del aborto. Como es de suponerse, ambas implican necesariamente un tratamiento ponderativo de los Principios Jurídicos, que sin lugar a dudas mostrarán una aplicación práctica de lo expuesto a lo largo de esta investigación doctoral.

- **SENTENCIA BVERFGE 39, I.**

El 18 de junio de 1974 la denominada Quinta Ley para la Reforma del Código Penal, estableció la regulación de los plazos, es decir, permitía el aborto por decisión libre de la mujer dentro de las primeras 12 semanas, uno de los requisitos que se imponía era

[950] También advertimos que las cursivas que aparecen en las sentencias son nuestras y servirán para enfatizar e identificar algunos razonamientos en los que son incluidos diversos temas tratados a lo largo de esta investigación, lo que se ofrece como prueba de su actualidad y pragmatismo contemporáneo. Asimismo, hacemos notar que debido a que algunos razonamientos expuestos traen aparejados notas al pie, a fin de respetar su sentido y potencialidad argumentativa fueron incluidas, de tal suerte que distinguiremos nuestros comentarios de los expuestos por los jueces con la siguiente marca inicial*****.**

[951]***Para el tratamiento de estas sentencias, nos hemos apoyado en el interesante estudio intitulado *Aborto. sentencias y precedentes*, elaborado por la Dirección General de Relaciones Públicas e Internacionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pp.5-13, que puede consultarse en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Corte: http://informa.scjn.gob.mx/documentos_de_la_coordinacin_de.html *(Consultada el 12 de diciembre de 2008).*

simplemente consultar a un médico y a asesores de apoyo público para las mujeres embarazadas. La penalización del aborto se mantenía después del tercer mes de embarazo, salvo en los tradicionales casos de que importara la vida o salud de la mujer, por indicación eugenésica por daños de salud no superables que afectaran al no nacido. En desacuerdo con esta reforma, diversos parlamentarios y varios representantes del gobierno de Landen exigieron la revisión del 218 del citado Código, cuyo contenido era precisamente la liberación del aborto en los supuestos señalados.

Llegado este asunto al Tribunal Constitucional vía revisión de constitucionalidad abstracta, se dedicó a resolver si la reforma citada era o no conforme con los dos primeros artículos de la Constitución alemana, a saber, de la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad en tanto no se vulneren los derechos de otros, respectivamente.

El 25 de febrero de 1975, fue resuelto este caso y se decidió declarar la invalidez del artículo impugnado. Los principales argumentos fueron los siguientes: La protección constitucional de la vida no se limita a humanos ya nacidos o aquellos no nacidos que sean viables y con posibilidad de lograr la independencia respecto de la madre. Por el contrario: el artículo 2 del texto constitucional señala que la vida de *“todos”* o *“cada uno”* se encuentra dentro del manto protector. De tal manera que no es posible hacer distinciones entre las diferentes etapas de gestación o entre la vida prenatal y la posnatal. La protección es igual en cualquier de estas circunstancias o variantes.

En este contexto, el Estado tiene la obligación de proteger toda forma o etapa de vida humana, ya que la misma representa la base vital de la dignidad humana y el prerrequisito del resto de los Derechos Fundamentales.

Esta obligación del Estado de cobijar bajo su protección la vida en desarrollo, existe, apuntó el Tribunal, inclusive a pesar de la voluntad de la madre. Sin embargo, esto no significa que se desconozca la especial unión entre la madre y la vida prenatal, la cual sitúa al embarazo dentro de la esfera íntima de la mujer y donde en principio el Legislador no debe intervenir. Además del Derecho a la intimidad, el Tribunal consideró indispensable sumar el Derecho a desarrollar libremente la personalidad, el cual abarca la libertad que una mujer tiene para decidir su maternidad.

Más estos Derechos de la mujer, subrayó el Tribunal, no son absolutos. No es posible permitir que tales Derechos realicen una intrusión en la esfera de la libertad de un tercero o, peor aún, que destruya la vida de ese tercero.

El Tribunal entendió el conflicto de derechos al que se enfrentaba y determinó que la correcta ponderación debería realizarse considerando a la dignidad humana como el centro del sistema constitucional. Y, por ello, estableció que se le debe dar prioridad a la vida del feto. En principio, esta prevalencia se mantendría durante todo el proceso de gestación y no podía ser objeto de excepción en ninguna fase o etapa en particular del embarazo.

Al hilo de su ejercicio de ponderación, el Tribunal determinó que también es cierto que el Estado no puede imponerle a la madre la obligación de llevar el embarazo a su término, inclusive sacrificando sus propios valores y derechos por encima de las expectativas razonables. Y, por ello, declaró constitucional el sistema de indicadores que establecían los supuestos médicos y eugenésicos, y agregó dos más: por violación o incesto y por situaciones sociales extremas para la madre. Dejando en libertad del Legislador para puntualizar éstos y otros casos semejantes de condiciones extremas y excepcionales.

- **SENTENCIA BVERFGE 88,203**

En 1992 se elaboró una nueva regulación del aborto, permitiéndose éste cuando un médico certifique que la embarazada se ha sometido a consejería; que después de la consejería haya reflexionado por tres días; que se lleve a cabo por un médico y que no hayan transcurrido más de doce semanas. Asimismo, esta nueva regulación implementaba una serie de ayudas económicas para la continuación del embarazo.

Inconformes con esta reglamentación, miembros del Parlamento y del Gobierno de Baviera solicitaron la intervención del Tribunal Constitucional alemán. Así las cosas, el Tribunal, nuevamente apuntó a un conflicto de derechos y valores entre el deber de proteger la vida del no nacido y derechos de la mujer, tales como el Derecho a la protección y respeto de su dignidad, Derecho a la salud, Derecho al desarrollo de la personalidad, etcétera. En este sentido, apuntó que:

Esto significa, que no sólo se pueden considerar como excepciones constitucionalmente válidas a la penalización del aborto cuando está en peligro la salud o vida de la madre. Es posible también, insistió el Tribunal, fijar otros supuestos donde el aborto esté también justificado.

El criterio establecido por el Tribunal fue el siguiente: “exigibilidad del sacrificio”. El sacrificio requerido a la mujer para obligarla a llevar su embarazo a término; esto significa que en principio una mujer embarazada está obligada a llevar a término su embarazo, a menos que éste represente una carga tan fuerte que se traduciría en un sacrificio inexigible, o lo que es lo mismo, el aborto es permitido cuando seguir con el embarazo implica un sacrificio excesivo para la mujer.

En congruencia con el resultado de la ponderación realizada, la nueva Ley del aborto alemana, votada según las recomendaciones del Tribunal, en esta sentencia, despenaliza (sin legalizar) el aborto hasta las 12 primeras semanas.

B. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA.

Lo instituye la Constitución española de 1978, como el órgano constitucional al que específicamente se confía la defensa de la norma fundamental, no forma parte del Poder Judicial y sólo está sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica, se integra de doce magistrados designados por el Rey (artículo 159 de la Constitución española), se organiza para su actuación en un Pleno y dos Salas, éstas últimas conformadas por 6 ministros cada una que a su vez se seccionan en dos (tres y tres ministros). Es competente para conocer de: *Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley*, a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad; *conflictos constitucionales*; *conflicto en defensa de la autonomía local que pueden ser negativo y positivo*; *control previo de constitucionalidad de tratados internacionales* y recurso de amparo.[952]

1. CASO DEL NOVELISTA INDISCRETO.

La primera resolución que expondremos de este Tribunal español, es la sentencia STC 51/2008[953] dictada el 14 de abril de 2008, por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional para resolver un caso de supuesta vulneración del *Derecho al honor* por medio del fragmento de una novela que se defiende a su vez en el *ejercicio del Derecho de creación literaria*, y que como se podrá apreciar, el Tribunal

[952]***Tribunal Constitucional de España, *http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/tribunal.html. (Consultada el 15 de noviembre de 2008).*

[953]***Esta sentencia puede ser consultada en la página de Internet: Tribunal Constitucional Español *http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-051.html (Consultada el 18 de noviembre de 2008).*

Constitucional resuelve simplemente delimitando los campos de ejercicio de los Principios Jurídicos involucrados, es decir, aconseja que previa a la realización de una acción ponderativa, es importante comprobar que realmente estamos en presencia de un conflicto entre principios, y no simplemente en presencia de una equivocada concepción de sus límites.

Para un óptimo entendimiento del caso en comento, remitámonos a la novela "*Jardín de Villa Valeria"*, escrito por Manuel Vicent en abril de 1996, editado por Santillana, S.A. El problema que da origen a la contienda judicial es el hecho de que en dicha obra, concretamente en la página 106 puede leerse el siguiente fragmento:

> *"Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo."*

Es por el anterior párrafo que la viuda del personaje estelar de la novela se siente ofendida y consideró *"que dicho pasaje constituía una intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad personal y familiar de su marido",* motivo por el cual, decidió interponer demanda civil en el año de 1997. De la demanda interpuesta conoce el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, quién desestimó dicha demanda por sentencia de 10 de diciembre de 1997. Los argumentos vertidos por el Juez de primera instancia, estaban en el sentido de que después del análisis de los hechos fue que: *"…tal pasaje no tenía entidad suficiente para ser considerado una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar del afectado, por contenerse en una novela que relata hechos ficticios con los que se pretendía representar a una determinada generación".* Además se argumentó que dicho fragmento no puede ocasionar un resultado difamatorio, sobre todo, cuando la misma frase incluso contiene palabras elogiosas y por lo tanto no tenía ningún énfasis de desmerecimiento público al personaje.

No conforme con este fallo, la demandante interpone apelación y logra que al ser resuelta la causa 562/2000 por la Audiencia Provincial de Madrid, el 22 de septiembre de 2000, dicha sentencia sea revocada, reconociéndose que se había producido una intromisión ilegítima en el honor de su marido. Tras recordar la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho al honor y su conflicto con las libertades de expresión e información, y señalar que las expresiones objeto de litigio debían interpretarse en

el contexto del libro en que aparecen, consideró que eran innecesarias para el cumplimiento de las finalidades del mismo, que no eran otras que las de exponer de forma novelada las vivencias de una serie de personas durante la transición política española. Al suponer, por el contrario, un evidente menosprecio y descrédito en la consideración social de la persona aludida, que no se justifica ni por la libertad de expresión de su autor ni por el lenguaje coloquial o el ambiente relajado en que se encontraban los personajes descritos, la Audiencia Provincial *consideró que constituían una intromisión ilegítima en el honor de dicha persona*. En consecuencia, se condenó al autor de dichas expresiones y a la editorial del libro a indemnizar a la demandante en la cuantía que se determinara en ejecución de la sentencia, así como a suprimir las referencias que se hacen a su marido, a publicar el fallo de la sentencia en el diario *"El País" y a pagar las costas.*

Los demandados y apelados a efecto de combatir esta sentencia de segunda instancia, interpusieron recurso de casación, mismo que al ser resuelto el 14 de abril de 2008, ordenó que se anulara la sentencia de apelación y se acatara lo dispuesto en primera instancia, es decir, confirmó la no procedencia de la demanda civil.

Entre los diversos razonamientos jurídicos en los cuales se soporta el criterio del Tribunal, bien vale la pena transcribir directamente de la sentencia, los siguientes:

> *A efectos del enjuiciamiento de la cuestión planteada, lo primero que debe señalarse son las discrepancias que existen respecto del enfoque que debe emplearse para resolver el conflicto que está en el origen del presente proceso. Por un lado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha fundamentado su decisión partiendo de la base que el problema planteado no es de colisión de Derechos, sino de calificación. Según su parecer, "no se trata tanto de hacer una correcta ponderación de la colisión entre el Derecho al honor y la libertad de expresión o el Derecho a la información veraz, como de considerar si se ha producido una intromisión… a aquel Derecho, protegido constitucionalmente". A partir de este enfoque, compartido también por el autor y la sociedad editora del pasaje litigioso, el Tribunal Supremo ha considerado que éste no constituye una perturbación del Derecho al honor de la persona aludida, al no tener entidad suficiente para ello. Frente a este planteamiento el Ministerio Fiscal ha abordado el caso desde la perspectiva del conflicto entre dos Derechos Fundamentales, Derechos que identifica sin seguir los términos del debate suscitado en la vía previa. En todo caso, este enfoque no le ha impedido coincidir con el autor y editor del pasaje litigioso, al solicitar de este Tribunal un fallo desestimatorio.*
>
> *Como resulta de su exposición, las diferencias entre estos diversos enfoques son más aparentes que reales. A primera vista un comportamiento que no tiene entidad suficiente para ser considerado lesivo de un Derecho Fundamental no puede ser censurado desde una perspectiva constitucional. Máxime si, como en el presente caso, está conectado con el ejercicio de otro Derecho Fundamental. Sin la concurrencia de dos Derechos Fundamentales no hay, en efecto, ponderación posible. De ahí que el enfoque que se deriva de la sentencia recurrida y de las alegaciones del autor y del editor del texto litigioso resulte constitucionalmente acertado, puesto que si se descarta la posible lesión del Derecho al honor en ningún caso es posible acceder a la petición de la demandante. Pero al margen de consideraciones teóricas, lo cierto es que en éste y en la mayor parte de supuestos resulta difícil descartar a priori cualquier lesión del Derecho al honor sin entrar a valorar los otros Derechos Fundamentales concurrentes. Como hemos señalado reiteradamente (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5) el honor constituye un "concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento". Ello no significa que este Tribunal haya renunciado a definir su*

contenido constitucional abstracto al afirmar que este Derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio… Pero aunque existen supuestos en los que la lesión del Derecho al honor puede descartarse de entrada, su contenido indeterminado y el hecho de entrar habitualmente en conflicto con otros Derechos Fundamentales (sobre todo con los amparados en el art. 20 CE) convierten a la ponderación judicial en un método interpretativo prácticamente consubstancial a la concreción del ámbito de protección del Derecho al honor y a la concreción de su ámbito de protección. Prueba de ello es que la propia sentencia recurrida, a pesar de rechazar que estemos ante un problema de ponderación, no deja de tener en cuenta el contexto literario en que se inscribe el fragmento litigioso, así como el carácter principal o secundario de las expresiones pretendidamente lesivas del Derecho al honor para rechazar cualquier vulneración de este último. Y lo mismo puede decirse del autor y del editor de dicho pasaje, que también aluden al contexto de ficción, a la brevedad del texto y a su carácter secundario para negar tal posibilidad al margen de cualquier ponderación. Como suele ser habitual, pues, en los conflictos entre particulares que afectan al art. 18.1 CE, la concurrencia de otros Derechos Fundamentales y el carácter no absoluto, sino principial y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso.

Llegados a este punto, y constatado que la sentencia recurrida tampoco es ajena a este método interpretativo, debemos recordar que este Tribunal no se limita a controlar la razonabilidad de las ponderaciones judiciales impugnadas por la vía del recurso de amparo, sino que debe verificar si los órganos judiciales han realizado una "ponderación constitucionalmente adecuada" de los Derechos en conflicto. Aunque no constituye una doctrina tan reiterada, también hemos señalado que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación o valoración de los Derechos constitucionales en conflicto (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 7, y 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3), sino que a este Tribunal también le compete "verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los mismos" (STC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3), así como si dicha ponderación se ha efectuado "de modo que se respete la definición y valoración constitucional de esos bienes" (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 7) o "de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos" (SSTC 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2, y 19/1996, de 12 de febrero, FJ 3). En esta misma línea, y a los efectos de la resolución del presente recurso, conviene señalar que el control de la ponderación judicial que debe realizarse en amparo debe incluir, no sólo la correcta identificación de los Derechos en conflicto, sino también la delimitación de su concreto ámbito de protección, puesto que, como se ha señalado anteriormente, sin la concurrencia de dos Derechos en conflicto no hay ponderación posible, debiéndose reconocer eficacia inmediata al Derecho Fundamental que se pretende ejercer. En todo caso, teniendo en cuenta el carácter sustantivo de los Derechos en conflicto y la necesidad de limitar nuestro análisis a la eventual vulneración del invocado en la demanda, el control de la ponderación judicial no puede desvincularse del resultado de la misma, respecto al fallo de la sentencia impugnada. Partiendo de este enfoque a continuación se analizarán los Derechos Fundamentales que aparentemente entran en conflicto en el presente supuesto, para de este modo, poder determinar a continuación si la sentencia impugnada ha realizado una ponderación constitucionalmente adecuada de los mismos.

Así hemos considerado que la producción y creación literaria constituye una 'concreción del Derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones'… la constitucionalización expresa del Derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión.

Así, el objetivo principal de este Derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión.

En el presente supuesto el carácter literario de la obra en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a personajes, lugares y hechos

reales, el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por lo tanto, de la libertad de información. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo. En el caso concreto de la novela aquí analizada, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso y a su evolución durante la etapa de la transición política es evidente que no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello encuentra en el Derecho a la creación literaria una cobertura constitucional. Y no sólo en el caso del autor del fragmento controvertido, sino también en el de la editorial que ha hecho posible su publicación, sin la cual la obra literaria pierde gran parte de su sentido. Al igual que sucede con los restantes Derechos Fundamentales, sin embargo, es evidente que el ejercicio del Derecho a la creación y producción literaria también está sometido a límites constitucionales que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Sin ir más lejos, el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en este precepto tienen su límite en el Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cambio, y tal y como se desprende de la propia sentencia recurrida, el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho Derecho. En cualquier caso, y dados los términos en que se ha desarrollado el presente proceso, nuestro análisis debe limitarse a los Derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, que son los que pretendidamente han sido vulnerados mediante el ejercicio del Derecho a la producción y creación literaria.

Concretado el Derecho Fundamental que puede verse afectado por el pasaje controvertido, lo primero que debe analizarse es si dicha afectación resulta producida desde una perspectiva constitucional, que es la única que nos compete. Conviene recordar, en este sentido, que la vía ordinaria se ha ocupado de la protección del honor desde una perspectiva civil y que, como se ha señalado anteriormente, las valoraciones empleadas para dar respuesta a las pretensiones de las partes no vinculan a este Tribunal. Por ello debemos abordar dos cuestiones que, aún cuando no han sido planteadas abiertamente por las partes, deben ser analizadas antes de controlar la ponderación judicial realizada en la sentencia impugnada.

La primera de ellas afecta a la titularidad del Derecho al honor invocado por la demandante de amparo. En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del Derecho Fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un Derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar como en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, "la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE" (FJ 5), como sucedió en esta sentencia, es en la ponderación del derecho al honor con dichas libertades y no en la identificación de los Derechos en conflicto donde debe tenerse en cuenta pues, el dato del fallecimiento de la persona cuya reputación se considera ofendida.

La segunda cuestión sobre la posible vulneración del derecho al honor que debe ser aclarada es la concreta delimitación de las frases a las que se atribuye tal vulneración. Como ocurre siempre que se aduce una infracción de este derecho, el contexto en el que se produce resulta decisivo para poder determinar si la misma se ha verificado efectivamente. Y más en un caso como el presente, en el que el pasaje litigioso se inserta en una obra literaria, dotándole de unas características que no podemos ignorar. La mera lectura de dicho pasaje pone de relieve, de entrada, que no todas las frases del mismo han podido afectar negativamente a la reputación de la persona. Así, las tres primeras frases se limitan a presentarlo y a destacar algunos aspectos relativos a su carácter (liderazgo y brillantez), a su profesión y a su militancia política que en ningún caso pueden considerarse afrentosos y, por lo tanto, susceptibles de vulnerar su honor. Lo mismo puede decirse de la alusión a las "fobias obsesivas" del personaje, puesto que la misma se limita a describir una aversión apasionada que tampoco puede considerarse en sí misma vejatoria, insultante o con capacidad para incidir negativamente en dicho Derecho. Aunque no puede olvidarse la necesidad

de interpretar el pasaje litigioso no sólo en su conjunto, sino también en el contexto de la obra en que se inserta, parece evidente que el origen último de la pretendida vulneración del derecho al honor se sitúa en sus dos últimas frases, referidas a la indumentaria y al comportamiento sexual de dicho personaje.

Como se ha señalado anteriormente, tanto la sentencia recurrida como el autor y el editor del fragmento litigioso parten de la interpretación conjunta del mismo para llegar a la conclusión de que no puede ser calificado de intromisión ilegítima en el derecho al honor, puesto que las referencias negativas son secundarias, no son en sí mismas injuriosas o denigrantes y no pretenden escarnecer o humillar al personaje aludido.

Identificados y concretados los Derechos Fundamentales en conflicto, el control de la sentencia recurrida debe limitarse a verificar, como se ha señalado anteriormente, si ha realizado una ponderación constitucionalmente adecuada de los mismos y si, en definitiva, ha vulnerado el Derecho Fundamental invocado en la demanda de amparo. Ciertamente, dicha sentencia no ha identificado formalmente los derechos en conflicto, puesto que no ha hecho ninguna referencia explícita al derecho a la creación y producción literaria ejercitado con la publicación del fragmento litigioso. Pero tampoco ha realizado una valoración constitucionalmente reprochable de los mismos al considerar que la intromisión en el derecho al honor no ha tenido la suficiente entidad para lesionarlo. Y es que, como se ha señalado anteriormente, para llegar a esta conclusión la sentencia recurrida ha tenido en cuenta aspectos como el contexto literario en que se inscribe dicho fragmento, el carácter secundario de las expresiones pretendidamente lesivas del derecho al honor o el que ninguno de los términos empleados puede considerarse en sí mismo vejatorio, argumentos todos ellos que denotan que materialmente no se ha desconocido la concurrencia de otros bienes jurídicos.

Desde una perspectiva constitucional –única que nos corresponde– y teniendo en cuenta el resultado alcanzado, no podemos más que coincidir con el parecer de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puesto que las circunstancias concretas del caso impiden considerar que se ha vulnerado el honor de la persona aludida en el pasaje litigioso. En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del Derecho Fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.

2. CASO DE LA CELDA DE PONENT.

Una segunda resolución que analizaremos de este mismo Tribunal, es el fallo identificado con el número STC 89/2006,[954] de 27 de marzo de 2006, dictada por su Sala Primera y en donde se puede apreciar la aplicación del principio de proporcionalidad, en su sentido integral, para resolver un caso en el que un interno se queja por el registro de su celda que se realizó en su ausencia y del que aduce violó su dignidad e intimidad.

Así las cosas, el día 10 de febrero de 2002 el Sr. Pallarés Bayona, interno en el Centro Penitenciario de Ponent, elevó queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña núm. 3, por el registro del que, en su ausencia, había sido objeto su celda el

[954]***Esta sentencia puede ser consultada en *http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2006/STC2006-089.htm (Consultada el 16 de noviembre de 2008).*

día 8 de febrero. Abierto el correspondiente expediente el Subdirector de interior del Centro informó, a requerimiento del Juzgado que:

> *…el registro se había debido a informaciones previas relativas a que otro de los ocupantes de la celda podía esconder sustancias prohibidas en la misma. Asimismo informó que la ausencia de los ocupantes de la celda durante el registro se debió a que los mismos se encontraban en los talleres del Centro y, por medio del informe del Jefe de servicios, se requisaron tres folios con dibujos y frases ofensivas hacia los funcionarios y el Centro.*

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimó la queja, al considerar que:

> *…ni la celda es domicilio protegido constitucionalmente (por lo que no cabe aplicar la normativa de los registros domiciliarios), ni la presencia de los internos en el registro es obligada (si bien es recomendable), ni se ha vulnerado Derecho alguno a la intimidad o a la dignidad del interno por el simple hecho de la forma en que se desarrolló el registro (sin su presencia). Debe recordar el interno que la relación de especial sujeción con la Administración penitenciaria es limitativa de los Derechos del interno, siendo admisibles intervenciones como la realizada, que mientras respeten la forma legalmente establecida no puede considerarse una actuación arbitraria.*

El interno apeló esta resolución, quejándose de la ilegalidad del que llamó ***cacheo*** en su celda, exponiendo nuevamente que había sido vulnerado su Derecho a la intimidad *"por el hecho de que en modo alguno se comunicó al preso la procedencia del citado **cacheo** ni se le requirió la posibilidad de estar presente en el mismo".* El auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida 640/2002, de 24 de septiembre, confirma los autos recurridos. Tras reseñar que:

> *…ni la Ley Orgánica General Penitenciaria ni el Reglamento Penitenciario prevén la presencia del interno en el registro de su celda y que no puede considerarse que la celda es el domicilio habitual de su ocupante, "con un grado de protección igual al dispensado al domicilio de las personas libres", destaca que debe establecerse un ámbito mínimo de intimidad del interno que impida las intromisiones "que no resulten indispensables para el ejercicio de las funciones de control propias del régimen penitenciario y que resulten inherentes a la situación de sujeción especial en la que se encuentra el interno respecto a la Administración". Concluye que no se ha vulnerado la intimidad del interno recurrente y avala la recomendación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria relativa a que siempre que sea posible el registro de celda debe realizarse con la presencia del interno.*

El afectado promueve amparo y se resuelve favorablemente hasta el 27 de noviembre de 2006, en los siguientes términos:

> *Procede por lo tanto otorgar el amparo solicitado por vulneración del Derecho a la intimidad, declarar que el registro de celda al que procedió la Administración penitenciaria fue el que generó tal vulneración y anular las resoluciones judiciales que no ampararon al recurrente. Debemos, en cambio, inadmitir la pretensión relativa a la vulneración de la libertad de expresión del recurrente por la incautación de unos dibujos.*

Algunos de los razonamientos vinculados con la aplicación del principio de proporcionalidad, en su sentido integral, fueron los siguientes:

La perspectiva constitucional desde la que se impugna el registro de la celda del recurrente es la del Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y no la del derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE)… Debemos por ello comenzar afirmando la adecuación del planteamiento de la pretensión del recurrente en amparo, habida cuenta de que la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren –"una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas" (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)– como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar "ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere" (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad "dentro del espacio limitado que la propia persona elige" (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública… aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.

Centrada, pues, la cuestión de legitimidad constitucional en la compatibilidad del registro de celda denunciado con el derecho a la intimidad personal de su ocupante, procede recordar que este Derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4, entre otras muchas). Sin embargo, no es un derecho absoluto, "como no lo es ninguno de los Derechos Fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4)" (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

Tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena –de su contenido o de su sentido–, han de ser "penitenciarias" y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Que hayan de ser limitaciones penitenciarias, en primer lugar, supone que su finalidad "tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria" (STC 58/1998, FJ 3). Más allá de esta precisión relativa a la finalidad de la limitación del Derecho Fundamental, su constitucionalidad exige igualmente observar las exigencias del principio de proporcionalidad: en expresión sintética de la STC 69/1999, de 26 de abril, "por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto" (FJ 4). En efecto, "según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de Derechos Fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los Derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un Derecho Fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: 'si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e).

A partir de la doctrina jurisprudencial evocada y del contenido de la demanda hemos de convenir en que el examen de constitucionalidad del registro efectuado que debemos realizar es un examen de su proporcionalidad, dado que la previsión del artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria no ha sido cuestionada.

En el presente caso la Administración penitenciaria justificó la medida de registro en el seguimiento que los funcionarios estaban realizando de uno de los ocupantes de la celda "por su relación con el tráfico de drogas" y en la "información que tenían los funcionarios de que podía haber en la celda sustancias prohibidas". Esta finalidad, que es calificable como penitenciaria y, conforme a nuestra doctrina, como suficientemente específica, no ha sido cuestionada ni en el expediente penitenciario ni en la demanda de amparo, por lo que debe rechazarse la alegación que analizamos relativa a la innecesariedad del registro en sí.

El grueso de la argumentación de la demanda se refiere al modo en el que se realizó el registro y, en concreto, a que se hiciera en ausencia del ocupante de la celda, sin notificación previa al mismo y sin que posteriormente se le entregara un acta del registro. Esta queja como tal resultaría impertinente si se refiriese a la ausencia de garantías procedimentales, pues ni tal derecho ha sido invocado en el procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ni resultaba razonable hacerlo a la vista de que tal registro no se enmarcaba ni dio lugar a procedimiento sancionador alguno. En cambio, la queja no carece de sentido en el marco de la invocación del derecho a la intimidad en la medida en que el modo de prácticar el registro pueda haber afectado a la misma y, en concreto, en la medida en que haya supuesto un daño a la intimidad innecesario para la finalidad perseguida. Si tal fuera el caso, el registro resultaría desproporcionado, pues no superaría el juicio de necesidad, dado que para alcanzar el fin legítimo invocado (evitar el tráfico de drogas en el centro penitenciario) existiría una medida menos lesiva del derecho a la intimidad (un registro más respetuoso con la intimidad del registrado).

Para el enjuiciamiento de la pretensión de amparo en este punto resulta conveniente precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en su ámbito de intimidad. La cuestión consiste así en si la intimidad limitada por un registro de pertenencias personales y de un área de intimidad resulta aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, o su contenido, o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no puede negarse la existencia de conexión entre la intimidad y el conocimiento de que la misma ha sido vulnerada y en qué medida lo ha sido.

Para la comprensión de tal conexión debe recordarse a su vez la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento. El derecho a la intimidad se traduce en "un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes Derechos Fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos" (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5). Así, si la intimidad es, entre otras facetas, una reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena. Tal devaluación es correlativa a la de la libertad, a la de la "calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3), que posibilita no sólo el ámbito de intimidad, sino el conocimiento cabal del mismo.

Desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento. Esta afectación adicional debe quedar también justificada –en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo– para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del Derecho Fundamental."

A manera de conclusión, el Tribunal adujo que:

En el caso objeto de nuestro enjuiciamiento resulta obvia la justificación de la falta de comunicación previa, pues el pre aviso hubiera privado de sentido a la justificada indagación a la que servía el registro. No se constatan ni se aportan, en cambio, razones convincentes para la falta de toda información simultánea o posterior acerca de la dimensión y la intensidad del registro y de los objetos incautados a partir del mismo, a la que sólo pudo acceder el recurrente tras la iniciación de un proceso judicial de queja. En efecto, por una parte, el recurrente no estuvo presente en el

registro –presencia ésta que constituye el medio más natural y adecuado para informar del mismo a quien lo sufre–, sin que a la luz del Derecho Constitucional en juego resulte suficiente a efectos justificativos la razón aportada para ello por el Centro, consistente en que cuando se practicó el registro los ocupantes de la celda estaban en un taller del establecimiento. Tampoco consta, por otra parte, que posteriormente se informara al interno de los datos esenciales del registro –lo que hubiera sido suficiente para evitar ese daño añadido a la intimidad que supone el propio desconocimiento de la injerencia en la misma– ni que concurriera algún motivo para esa falta de información. Por ello, hemos de concluir que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica ha supuesto una limitación del derecho a la intimidad del recurrente que no es conforme a las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los Derechos Fundamentales.

En un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena (art. 25.2 CE). En el presente caso, sin embargo, aunque el registro de la celda estaba justificado por su finalidad, no consta ni que se le informara al recurrente del mismo –mediante su presencia durante su práctica o mediante una comunicación posterior–, ni justificación suficiente alguna para esta falta de información, lo que hizo que la limitación del derecho a la intimidad incurriera en desproporción por extenderse más allá de lo necesario para los fines de seguridad que la legitimaban.

II. LA PRAXIS PRINCIPIALISTA EN LOS TRIBUNALES DE AMERICA.

A. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se instaló el 15 de enero de 1863, actualmente se compone de 7 ministros, que durarán en sus funciones mientras dure su buena conducta.[955] Corresponde a la Corte Suprema, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación.[956]

1. CASO FACTURACIÓN TELEFÓNICA COSTOSA.

El 11 de junio de 2007 se resolvió el recurso de hecho sobre acción inconstitucional promovido por Telefónica Argentina S.A. en contra de la Ley Provincial 3674, que obligaba a las empresas concesionarias de servicios telefónicos, fijos o móviles, a ofrecer facturación detallada de los consumos realizados por el usuario, a solicitud de los abonados y sin costo para ellos.

El sentido de la resolución fue darle la razón a las empresas y declarar la invalidez de la norma impugnada. Sin embargo, dicho fallo y la carga argumentativa que lo

[955] ***Art. 110 de la Constitución Nacional de la República de Argentina. Para mayor información de esta Corte acudir a su sitio oficial en *http://www.csjn.gov.ar/ (Consultada el 15 de octubre de 2008).*
[956] ***Ibidem, Art. 116.

respaldó, no fue aceptado por todos los ministros, y en consecuencia, se emitió voto disidente por parte de los Ministros Ricardo Luís Lorenzetti y Raúl Zafaronni. Cabe precisar que aunque comúnmente se ve al voto disidente como testimonio de los derrotados, debemos reconocer la importancia que tiene en el mundo judicial, como razones críticas al pensamiento mayoritario, que sin lugar a dudas, tienen que ser reconsiderados en los casos futuros. Un ejemplo de la calidad argumentativa de este tipo de votos, es el de disidencia compartida que analizaremos a continuación, mismo que apoyaba el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro, en cuanto a que la Ley examinada no era carente de racionalidad ni mucho menos dictada en una competencia inválida, se realiza una importante exposición sobre la conducta que debe tener en cuenta todo juzgador ante la presencia de un conflicto entre Principios Jurídicos.[957]

Los principales razonamientos expuestos en la parte considerativa de este voto disidente compartido, y que defendían los intereses de los consumidores, son los siguientes:

> *Que el caso presenta un conflicto de normas constitucionales entre la denominada "cláusula comercial" (art. 75 inc. 13 Constitución Nacional), que confiere a la Nación la regulación del comercio interprovincial, invocada por la compañía telefónica, y la competencia provincial para regular algunos aspectos de la protección de los consumidores y usuarios (art. 42 de la Constitución Nacional), bajo cuyo amparo se dicta la norma cuestionada. Que también debe adoptarse una decisión respecto de la pluralidad de fuentes de Derecho, toda vez que debe valorarse la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Río Negro, los marcos regulatorios del servicio público telefónico, y la Ley de defensa de los consumidores y usuarios (Ley 24.240). La decisión que se adopte en este aspecto tiene consecuencias importantes en el desarrollo del comercio, en la protección de los consumidores y en el régimen de competencias entre las provincias y la Nación.*
>
> *Que cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432). La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los Principios Jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos.*
>
> *Que la "cláusula de comercio" (art. 75 inc. 13 de Constitución Nacional) otorga al Congreso Nacional la facultad de "reglar el comercio", que resulta aplicable a los servicios telefónicos interprovinciales. La doctrina de los precedentes de esta Corte ha respaldado dicha regla, en el entendimiento de que la expresión "comercio" comprende las comunicaciones telefónicas interprovinciales. Por esta razón, tales comunicaciones telefónicas se encuentran sujetas a la jurisdicción del Congreso Nacional... Que los referidos precedentes establecieron la siguiente interpretación: a) la regulación del servicio telefónico interprovincial es un ámbito exclusivo del gobierno federal; b) son inconstitucionales las normas provinciales que violan "la cláusula de comercio" porque afectan la necesaria uniformidad de la legislación; c) la violación se verifica cuando dicho comercio es obstruido a raíz de restricciones locales, en materias relativas a la fijación de tarifas y tributos, d) esta regla alcanza a las disposiciones que constituyen una afectación indirecta, como ocurre cuando se ordena la instalación de contadores de pulsos domiciliarios, que producen un incremento de costos que luego influirá en las tarifas.*

[957]*** Este fallo puede consultarse en la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *http://www.csjn.gov.ar/documentos/cons_listas.jsp, (Consultada el 5 de octubre de 2008)*.

Que después de la reforma constitucional de 1994, se ha señalado que no se advierte "en el lenguaje del art. 42 de la Constitución Nacional, elemento alguno que permita inferir que el Poder Legislativo de una provincia tiene competencia para ordenar, a empresas que ofrecen servicios telefónicos interprovinciales (...) la instalación, en el territorio local, de medidores domiciliarios de pulsos telefónicos" (Fallos: 321:1074, voto de los jueces Petracchi y López).

Que la "protección de los consumidores" consagrada en el art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto regla relevante para el caso, impone el derecho a una información completa y veraz y a la protección de sus intereses económicos. La regulación de la información en las relaciones de consumo consagra tanto un Derecho Fundamental cuyo titular es el consumidor o usuario, como un deber a cargo del prestador. Este débito es más acentuado que en las relaciones jurídicas de derecho común, y su contenido es el de suministrar los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o le impida ejercer un derecho. El fundamento de este mayor rigor debe ser buscado en el principio protectorio de los consumidores, en la igualdad negocial informativa, y en la buena fe contractual. Con referencia a las facultades reglamentarias relativa a la protección de los consumidores la norma prevé la competencia federal.

Que la interpretación de la Constitución Nacional revela que, por aplicación de la "cláusula de comercio" (art. 75 inc. 13) y de la "tutela constitucional de los consumidores" (art. 42), la competencia corresponde al Congreso de la Nación. Fijada la regla, es necesario determinar si esa competencia es excluyente, o si por el contrario admite supuestos de concurrencia y cuáles son sus límites.

Que los conflictos de normas y las lagunas deben ser solucionados mediante la ponderación de los principios aplicables al caso, lo que lleva a la conclusión de que la competencia en la materia es concurrente. En el ordenamiento jurídico infraconstitucional vigente no hay una norma jurídica que establezca una prohibición, que impida sostenerla, y no cabe dar esa interpretación a la Ley 24.240 (art. 25) en cuanto dispone que "los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente Ley supletoriamente". La supletoriedad debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo. En supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica, sino la integración armónica.

En cambio, es posible afirmar que la competencia concurrente está claramente fundada en la Constitución. El régimen federal y el principio de la descentralización institucional llevan a sostener esta conclusión. Esta orientación fue promovida por el art. 31 de la Ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de "fortalecer el federalismo" y se plasmó en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. Estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial. En este sentido, la Constitución de la Provincia de Río Negro (1988) establece en su art. 30 que: "El Estado reconoce a los consumidores el Derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta información y educación de aquéllos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial; vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden". Esta norma, en cuanto promueve la información y combate la deslealtad comercial, no tendría ningún significado si se negara competencia para dictar leyes provinciales que permitan su aplicación concreta.

En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que "a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de...policía [...], y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual T. 177. XL. art. 126) de la Constitución Nacional" (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240). Las provincias ejercen habitualmente el "poder de policía de bienestar", controlando a los pequeños y medianos oferentes de bienes y servicios. Si no pudieran hacerlo respecto de quienes tienen mayor envergadura, no sólo sería incongruente, sino que afectaría gravemente la percepción de la justicia por parte del ciudadano común.

El principio de la aplicación eficaz de los derechos del consumidor también constituye un soporte fundamental a la conclusión. El art. 42 de la Constitución Nacional dispone: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (...) previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control". De tal modo, una disposición provincial, complementaria, que tenga por finalidad lograr una aplicación más efectiva de los Derechos del consumidor es constitucionalmente fundada. El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización

institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente.

Que la competencia concurrente debe estar limitada por el principio de no interferencia, de manera que no obstaculice el comercio interprovincial, imponiendo costos excesivos. La obligación de informar el detalle de las llamadas no es muy diferente del que tiene cualquier comerciante de emitir una factura consignando en ella los bienes o servicios que constituyen la causa del precio que cobra. La disposición cuestionada no atenta contra la preservación del tráfico interprovincial, no perjudica la marcha y prestación del servicio telefónico, y no parece que pudiera originar conflictos y complicaciones en la aplicación del régimen telefónico, no impide la realización de concesiones, ni priva del goce de privilegios que el Congreso haya otorgado según sus atribuciones constitucionales.

Que la solución dada es consistente con una interpretación de las consecuencias de la decisión. El principio protectorio de los consumidores es un mandato que debe llevar a realizar los mayores esfuerzos hermenéuticos a los fines de obtener una igualdad negocial informativa, la que a su vez es coherente con la buena fe contractual. La noción de igualdad constitucional exige establecer instrumentos que disminuyan las distancias cognoscitivas que existen entre expertos y profanos en el ámbito de las prestaciones. El principio de la transparencia en el mercado favorece la difusión de la información, ya que ésta es el antídoto del error, y por ello los incentivos de conductas que permitan su difusión fortalecen bienes colectivos como la competencia (art. 43 de la Constitución Nacional).

La difusión informativa en cabeza de los expertos es también una decisión eficiente en términos económicos, ya que son los prestadores quienes la pueden difundir a un costo notablemente inferior al que debería asumir el consumidor.

B. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

La Corte Constitucional fue creada por la Constitución Política vigente desde el 7 de julio de 1991. Está integrada por nueve magistrados designados proporcionalmente por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Es un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (artículo 241 de la Constitución). Sus funciones constitucionales consisten en decidir sobre el control de los actos reformatorios de la Constitución; control sobre Tratados Internacionales y leyes que los aprueban; control formal y material de las leyes de la República, los decretos con fuerza de Ley dictados por el Gobierno en tiempos de paz; control previo y automático de constitucionalidad de los decretos legislativos o de excepción; control de constitucionalidad de referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos; protección de los Derechos Fundamentales a través de la acción de tutela y resolver acerca de las excusas relativas al artículo 137 de la Carta.[958]

[958]***Información tomada de la página oficial de la Corte Constitucional de Colombia, *http://www.corteconstitucional.gov.co/ (Consultada el 16 de diciembre de 2008).*

1. CASO DEL MÉDICO CONFUNDIDO.

La primera resolución que analizaremos de esta Corte, es la identificada bajo el número T-209/08,[959] su referencia es el expediente T-1673450 y corresponde a una Acción de tutela interpuesta por Gladys Belén Arias Becerra contra la EPS Coomeva y el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, fue pronunciada por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 28 de febrero de 2008 y con ella se resuelve el caso en el que a una menor violada no se le quiso prácticar un aborto por médicos que argumentaron objeción de conciencia.

Primeramente, manifiesta la accionante que el 16 de febrero de 2007, su hija Eli Johanna Palencia Arias, de 13 años de edad, fue víctima de acceso carnal violento por parte de Luís Enrique Panqueva Contreras y que, como consecuencia de tal agresión, quedó en estado de embarazo; fue igualmente víctima de una infección de transmisión sexual y presentó daños sicológicos que la llevaron incluso a pretender suicidarse cortándose las venas; le resulta muy difícil conciliar el sueño y, con posterioridad a la agresión, continuó recibiendo amenazas por teléfono para que no delatara lo ocurrido. Resulta trascendental para este caso, comentar que la aludida menor de edad estaba afiliada a la institución médica del organismo médico denominado *Coomeva* desde el 25 de julio de 2000, como beneficiaria de su padre.

Como resultado de este embarazo producto de una agresión sexual, el Centro de Atención Integral a Víctimas de Agresión Sexual (CAIVAS) de la Fiscalía, a petición de la parte ofendida ordenó a Coomeva interrumpir el embarazo. Coomeva –*también identificada en este fallo como EPS*– se negó a realizar tal acción invocando la objeción de conciencia de su *staff* de ginecólogos y remitiendo para tal efecto a la menor al hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta. Este último hospital, después de diferentes trámites burocráticos, de alegar que no se tenía vínculo contractual con Coomeva, y que no se trataba de una urgencia que ponga en peligro la vida de la paciente, mediante oficio fechado el 10 de abril de 2007, emitido por su Departamento de Ginecobstetricia y firmado por todos los ginecólogos de la entidad, argumentó objeción de conciencia en relación con la práctica del aborto solicitada.

En respuesta a la negativa de proceder a la interrupción del embarazo solicitada voluntariamente, se accionó juicio de primera instancia en donde el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 20 de abril de 2007, negó el

[959]***La sentencia 709/2008, puede ser consultada en la página: http://www.corteconstitucional.gov.co/ *de la* Corte Constitucional de Colombia, *(Consultada el 26 de diciembre de 2008).*

amparo impetrado por considerar que si bien es cierto que la menor se encuentra en estado de embarazo y que se denunció una presunta conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, es igualmente cierto que no aparece evidenciado que el embarazo sea fruto del referido acceso carnal violento por cuanto existen discrepancias entre la fecha en la que tuvo lugar la presunta violación y la fecha en que se dio la fecundación. Asimismo, se señaló que tampoco hay evidencia de la existencia de grave malformación del feto que haga inviable su vida.

La madre de la menor impugna la aludida decisión por considerar que se está denegando el amparo sustentado en un criterio de la Corte Constitucional referente al derecho de abortar. En este mismo tenor de ideas, la Procuraduría General de la Nación se presenta como coadyuvante de esta impugnación, manifestando que:

> *"…no comparte lo dicho por el "a quo" al exigir que exista evidencia o que se tenga claramente establecido que el embarazo es fruto del acceso carnal abusivo, lo cual encuentra desproporcionado, máxime si se tiene en cuenta que los galenos de Coomeva, además de proponer la objeción de conciencia, aluden a la existencia de una incongruencia entre la fecha de la última menstruación y la fecha del acceso carnal, lo cual constituye una intromisión ilegal y abusiva, que haría inviable el alcance, el sentido y la aplicación de la sentencia C-355 de 2006…. agrega que sería recomendable establecer si realmente todos los especialistas de las diferentes EPS contratantes presentaron objeción de conciencia en relación con la práctica del aborto a la menor."*

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta *–mediante sentencia del 07 de mayo de 2007–* confirmó la decisión impugnada, señalando, en primer lugar, que ni la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, ni el decreto reglamentario de la interrupción voluntaria del embarazo señalan qué procedimiento judicial habrá de seguirse por parte de la gestante o de sus representantes en el evento de que su IPS se niegue a llevar a cabo el procedimiento médico correspondiente. Manifiesta su acuerdo con el análisis probatorio realizado por el "*a quo*", por cuanto si el argumento para solicitar la interrupción del embarazo radica en que el mismo es producto de un acceso carnal violento que tuvo lugar el 16 de febrero de 2007 y la ecografía practicada permite concluir que cuando se produjo la violación la gestante ya se encontraba embarazada, lo menos que puede hacer el Juez Constitucional es denegar el amparo.

Así las cosas, y ante la inconformidad de las resoluciones vertidas, el asunto llegó al conocimiento de la Sala Novena de Revisión de la Corte, la que mediante sentencia de 28 de febrero de 2008, dejó sin efectos las sentencias dictadas en primera y segunda instancia y condenó en abstracto a Coomeva EPS, y

solidariamente a las IPS de su red, y a los profesionales de la salud que atendieron el caso y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor por la violación de sus Derechos Fundamentales.

Las conclusiones a las que arribó la Corte Constitucional colombiana, en torno a los requisitos para que el aborto no constituya delito y para que un médico pueda abstenerse de prácticar un aborto aduciendo objeción de conciencia, mismos que en gran parte decidieron el caso, fueron los siguientes:

1.- El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida o incesto, certificado médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto.
2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tienen la obligación ética, constitucional y legal de respetar los Derechos de las mujeres.
3.- Los médicos o el personal administrativo no pueden exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de prácticar o autorizar un procedimiento de IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo).
4.- La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
5.- La objeción de conciencia es un derecho que sólo es posible reconocer a las personas naturales.
6.- La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
7.- La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
8.- La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción.
9.- La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
10.- La objeción de conciencia no puede vulnerar los Derechos Fundamentales de las mujeres.
11.- El médico que se abstenga de prácticar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS (Institución Pública de Salud), éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para prácticar el procedimiento de IVE.
12.- Cuando se presenta objeción de conciencia, el aborto debe prácticarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.
13. El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.
14.- Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.
15.- El Sistema de Seguridad Social en Salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.
16.- El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las razones que soportaron sus conclusiones y que muestran un tratamiento de los Principios Jurídicos fueron:

…la Sala debe estudiar si la generalizada objeción de conciencia presentada por parte de los profesionales de la salud, a quienes se solicitó prácticar la interrupción del embarazo, sin que hubieren remitido de manera inmediata a la madre gestante a otro profesional que pudiere prácticarlo, hacen nugatorio el cumplimiento de la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006

vulnerando los Derechos Fundamentales de la menor en cuanto no se procedió a la interrupción del embarazo por ella solicitado respecto de una de las causales en las cuales no se incurre en el delito de aborto.

Para tal efecto, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: (I) La sentencia C-355 de 2006 y los presupuestos para que una solicitud de interrupción de embarazo deba ser atendida en forma oportuna. Regulación nacional e internacional al respecto; (II) La objeción de conciencia no es un Derecho absoluto; y, (III) por último, se resolverá el caso, y se tomarán otras determinaciones.

Al respecto la Corte consideró, que el Legislador, mediante las normas demandadas, decidió proteger la vida en gestación tipificando como delito el aborto, medida que la Corte no encuentra desproporcionada. Sin embargo, encontró que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los Derechos Fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Para esta corporación, la decisión del Legislador de sancionar el aborto cuando el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de un hecho punible… es manifiestamente desproporcionada e irrazonable, pues se trata de una intromisión estatal de tal magnitud que anula el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de las mujeres en cuanto termina considerándolas como mero receptáculo para la reproducción, y no consulta su consentimiento para asumir un compromiso u obligación que afectará profundamente su proyecto de vida en todos los sentidos, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser.

También resulta desproporcionado sancionar penalmente el aborto en aquellos casos en los cuales está amenazada la vida y la salud, física y mental, de la mujer gestante, pues es excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, no existe equivalencia entre el Derecho a la vida y a la salud de las mujeres respecto de la salvaguardia de la vida del embrión.

En efecto, fue clara la Corte al considerar que la penalización del aborto sin distinción alguna, dando protección absoluta al valor de la vida del nasciturus, vulnera los Derechos Fundamentales de las mujeres. En tal virtud, el control de la Corte sobre las normas penales respectivas, implicaba ajustarlas al ordenamiento constitucional, como así se hizo mediante la sentencia C-355 de 2006, en la cual se resolvió que en algunas circunstancias puede proceder la interrupción del embarazo sin que se incurra en el delito de aborto.

En este sentido, a manera de desglose del tema la regulación nacional e internacional, estimó que:

La mencionada decisión de la Corte, armoniza las normas demandadas con la Constitución por las siguientes razones de orden jurídico: (I) La Constitución de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. En efecto, en el ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos, es un bien que goza de protección constitucional y también es un Derecho Fundamental; (II) El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición; (III) La vida como un bien de relevancia constitucional se constituye en un límite a la libertad de configuración del Legislador; (IV) La vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales; (V) A partir de la Constitución de 1991 los Derechos de las mujeres adquirieron relevancia constitucional, por lo que hoy en día la mujer es un sujeto constitucional de especial protección; (VI) Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son Derechos Humanos y por lo tanto forman parte del derecho constitucional; (VII) La potestad de configuración del Legislador en materia penal tiene como límites los Derechos Fundamentales, los principios constitucionales y el bloque de constitucionalidad; (VIII) El Legislador, a fin de darle protección a la vida, en ejercicio de su potestad de configuración decidió dar distinto tratamiento punitivo a los atentados contra ella, atendiendo las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

Cabe recordar, que el requisito exigido para acreditar la procedencia de la interrupción del embarazo en cada uno de los tres casos no constitutivos de delito,[960] según la sentencia C-355 de 2006, es el único que puede exigirse como máximo, por lo que, si no se puede establecer por el Legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto, tampoco le es dado a los profesionales de la salud exigir otro u otros adicionales en cuanto imponen barreras administrativas al acceso al servicio legal del IVE (interrupción legal del embarazo) y resultan contrarios a la Constitución y a otra normatividad tanto nacional como internacional sobre la materia.

Mediante la multicitada sentencia se removió una barrera de orden legal que conllevaba la práctica de abortos en condiciones inseguras con riesgo para la vida y la salud de las mujeres, por tanto, con ésta resolución, las mujeres están autorizadas para acceder a los servicios legales de salud y solicitar la práctica del procedimiento de IVE, acreditando encontrase en alguna de las tres circunstancias en que dicha práctica no constituye delito. Por su parte, los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder de manera oportuna…

Ahora bien, la sentencia C-355 de 2006, se enmarca en documentos internacionales de consenso orientados a la protección de los Derechos Humanos de las mujeres, los cuales han sido emitidos con ocasión de ciertas conferencias mundiales de la Organización de Naciones Unidas.

En efecto, varias conferencias internacionales, así como la Guía Técnica de Políticas para Sistemas de Salud: Aborto sin riesgos, de la Organización Mundial de la Salud –2003–, han corroborado que el aborto inseguro es una de las principales causas de mortalidad y morbilidad materna, convirtiéndose en un problema de salud pública. En atención a ello, los Estados que conforman la Organización de Naciones Unidas, reconocieron que en aquellos casos en que no sea contrario a la Ley, el aborto debe prácticarse en condiciones tales que no se ponga en riesgo la vida y la salud de la madre.

También cabe recordar, que en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (ICPD) desarrollada en El Cairo en 1994, los gobiernos del mundo reconocieron que el aborto inseguro es una de las mayores preocupaciones de la salud pública y garantizaron su compromiso para disminuir la necesidad de un aborto a través de la expansión y mejoramiento de los servicios de planificación familiar, mientras que al mismo tiempo reconocieron que, en los casos en que no estén contra le Ley, el aborto debe ser sin riesgos…

Al igual en la 4ª Conferencia Mundial de la Mujer (FWCW) que tuvo lugar en Beijing en 1955, afirmaron los Derechos Humanos de la mujer en el área de la salud sexual y reproductiva… los gobiernos acordaron que Los Derechos Humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener control y decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo salud sexual y reproductiva, sin coerción, discriminación ni violencia. La igualdad entre mujeres y hombres con respecto a las relaciones sexuales y la reproducción, incluyendo el total respeto por la integridad de la persona, requiere respeto mutuo, consentimiento y responsabilidad compartida sobre la conducta sexual y sus consecuencias… La Asamblea General de Naciones Unidas en 1999, revisó y evaluó la implementación de los asuntos tratados en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, y los gobiernos acordaron iniciar acciones para garantizar que, en aquellos lugares donde el aborto no esté en contra de la Ley, se tomen todas las medidas para que éste sea accesible y sin riesgo, y los sistemas de salud deben capacitar y equipar a los proveedores de servicios de salud, así como tomar medidas adicionales para salvaguardar la vida de las mujeres.

Para finalizar el tema la Sala dijo, que se trata de:

Documentos internacionales que no sólo son vinculantes para el gobierno y los jueces de la República, sino que también lo son para los profesionales de la salud en todo nivel, quienes tienen la obligación ética, constitucional y legal de respetar los Derechos de las mujeres y garantizar su goce efectivo permitiéndoles el acceso a todos los servicios legales de salud, respetando la Constitución y los fallos que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, como la sentencia C-355 de 2006, pues de tal manera contribuyen a la reducción significativa de las altas tasas de mortalidad y morbilidad materna por la práctica de abortos inseguros.

[960]***Los tres casos, responden al hecho de que se ponga en riesgo la vida de la madre, por malformación o por delito sexual.

Respeto al tema de la objeción de conciencia determinó que:

La objeción de conciencia tiene como fundamento lo previsto en el artículo 18 de la Constitución, que garantiza la libertad de conciencia y dispone que nadie sea obligado a actuar contra ella. En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, en la sentencia referida se señala que la corporación tuvo en cuenta el derecho que tienen los profesionales de la salud de presentar objeción de conciencia. Sin embargo, la Corte consideró, que: (I) no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (II) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a prácticar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (III) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una "convicción de carácter religioso debidamente fundamentada", pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (IV) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los Derechos Fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.

En efecto, como mecanismo de armonización de la cabal garantía de los Derechos Fundamentales de la mujer gestante, por una parte, y del derecho de los médicos a presentar objeción de conciencia, por la otra, se dispuso en forma expresa en sentencia C-355 de 2006, que el médico que presente objeción de conciencia a la práctica del procedimiento de IVE, si bien puede hacerlo, está en la obligación de proceder a remitir en forma inmediata a la mujer embarazada a otro médico que sí esté dispuesto a prácticar el citado procedimiento, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Significa lo anterior, que al no ser la objeción de conciencia un derecho absoluto, su ejercicio se encuentra limitado por la propia Constitución, es decir, no puede vulnerar los Derechos Fundamentales de las mujeres. En efecto, frente a una solicitud de práctica de interrupción voluntaria del embarazo, (I) cuando se encuentra en peligro la vida de la madre, (II) se trata de un feto inviable, certificados por un médico, (III) o se afirma que el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto, denunciados penalmente, en el entendido que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce años la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, los profesionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a la interrupción del embarazo; y, si el médico respectivo se niega a prácticarlo fundándose en la objeción de conciencia, su actividad no queda limitada a tal manifestación sino que tiene la obligación subsiguiente de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional que esté habilitado para su realización, quedando sujeto a que se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

En suma, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los Derechos Fundamentales de las mujeres. En efecto, los profesionales de salud tienen la obligación ética y legal de respetar tanto la Constitución como las sentencias proferidas por esta corporación en sede de control de constitucionalidad, que al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter erga omnes y por tanto son de obligatorio cumplimiento por todas las personas.

La prohibición de prácticas discriminatorias para la gestante, y los profesionales de la salud que no presenten objeción de conciencia para la práctica del procedimiento de IVE, así como la obligación de quién la presenta de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVA, son mecanismos que garantizan la plena vigencia de la Constitución y hacen efectivos los Derechos Humanos de las mujeres, y cumplen los compromisos adquiridos por Colombia internacionalmente.

En efecto, instrumentos internacionales como la "Declaración de Oslo de la Asociación Médica Mundial sobre el aborto terapéutico", adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial, Oslo, Noruega, agosto 1970 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983, establecen expresamente que, si un médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o prácticar un aborto, él puede retirarse, siempre que garantice que un colega calificado continuará prestando la atención médica.

Ahora bien, el derecho a la objeción de conciencia y la garantía de la madre a la no vulneración de sus Derechos Fundamentales deben quedar a salvo, tal como lo consagra la sentencia C-355 de 2006 y en la misma orientación lo dispone el Decreto 4444 de 2006, que con el fin de adoptar medidas tendientes al respeto, protección y satisfacción de los Derechos a la atención en salud de las mujeres, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios, dispuso que es deber de las entidades que conforman la red pública de salud y de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción, garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo de acuerdo con sus disposiciones, para el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios IVE en todos los grados de complejidad, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

En resumen, a fin de garantizar los Derechos Fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo (artículo 2º Decreto 4444 de 2006); además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda prácticar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo anterior, las autoridades administrativas del sistema de salud, deben dar cumplimiento a lo previsto, tanto en el Decreto 4444 de 2006 como en la Resolución 004905, que prevén que en todas las entidades o instituciones que conforman el Sistema de Salud se debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo… Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus Derechos Fundamentales.

Seguidamente, la Corte resuelve el caso, diciendo:

De las pruebas que obran en el expediente puede concluirse, que la menor fue remitida a más de cinco instituciones de salud, sin que le hubiere sido prácticado el procedimiento de IVE por ninguna de ellas, con fundamento en que todos los profesionales de la medicina presentaron objeción de conciencia, y sin que tampoco se hubiere hecho gestión alguna, por ninguno de ellos, encaminada a remitir inmediatamente a la menor gestante a un médico que sí estuviere habilitado para llevarlo a cabo el citado procedimiento.

Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen Derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso.

En conclusión, en este caso, tanto las entidades de salud públicas y privadas como los médicos que atendieron el caso y presentaron de manera conjunta y unánime objeción de conciencia, desconocieron la Constitución, la sentencia C-355 de 2006 y los decretos reglamentaros expedidos por el Gobierno Nacional sobre la materia, y vulneraron los Derechos Fundamentales de la menor.

Ahora bien, con el fin de garantizar el Derecho a la objeción de conciencia, pero también los Derechos Fundamentales de las mujeres, los profesionales de la medicina al presentar la mencionada objeción de conciencia deben proceder a remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento. Y para que los profesionales de la salud puedan cumplir con dicha obligación, tanto las empresas promotoras de salud como las entidades de la red pública de prestadores de servicios de salud, deben garantizar a sus afiliadas un número adecuado de proveedores habilitados o disponibles para prestar el servicio de IVE, según así lo dispone el Decreto 4444 de 2006. En este sentido, tanto las EPS como las IPS deben tener claro

que, mientras la objeción de conciencia es resuelta, deben tener de antemano claro y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para prácticar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los Derechos Fundamentales de las mujeres.

Manifiesta la vulneración de los Derechos Fundamentales de la menor Eli Johanna Palencia, correspondía a los jueces de tutela otorgarle de manera inmediata la protección solicitada. Sin embargo, no obraron de conformidad y procedieron a negar la tutela con fundamento en la valoración que hicieron de los hechos denunciados penalmente, de los cuales concluyeron que no se puede determinar claramente que el embarazo es fruto de acceso carnal violento pese a encontrase denunciado, por cuanto existen discrepancias entre la fecha en la que tuvo lugar la presunta violación y la fecha en que se dio la fecundación.

Los jueces de instancia en tutela, teniendo la prueba que acreditaba la edad de la menor que solicitaba el amparo de sus Derechos Fundamentales, desatendieron la citada norma penal, que presume la violación en mujer menor de catorce años. También pasaron por alto la circunstancia que les fue puesta de presente, en forma oportuna, por la Defensora del Pueblo, en el sentido de que, además de la violencia sexual a la que fue sometida la menor, tuvo que padecer también las continuas amenazas de parte del sujeto activo de la violación con el fin de que no contara lo sucedido, circunstancia que merecía también una valoración por parte de aquellos.

Las conclusiones de los jueces de tutela, además de apartarse de las normas del Código Penal, también desconocieron la Constitución y la sentencia C-355 de 2006, que por tener efectos de cosa juzgada constitucional, les es de obligatorio cumplimiento… Así las cosas, siendo evidentes las pruebas sobre la vulneración de los Derechos Fundamentales por parte de la entidades e instituciones de salud, y los profesionales de la salud, la Sala estima que la acción de tutela invocada por la señora Gladys Belén Arias Becerra, en representación de su hija Eli Johanna Palencia Arias ha debido prosperar, habiendo actuado de manera contraria los jueces de tutela que negaron el amparo solicitado.

Por tanto, le corresponde a la Corte revocar los fallos objeto de revisión. También, se ordenará que los jueces que actuaron, tanto en primera como en segunda instancia en la tutela, sean investigados para que se establezca las posibles faltas disciplinarias en que pudieron haber incurrido, de conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente.

Ahora bien, como ya no es posible garantizar a la agraviada el pleno goce de sus Derechos Fundamentales, ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior a la vulneración, pues el acto impugnado se consumó en forma que no es posible que se disponga el restablecimiento de los Derechos conculcados, es procedente que la Corte emita un fallo de fondo al respecto de los perjuicios que se le ocasionaron a la menor accionante con la omisión puesta de presente en la solicitud de tutela. En efecto, en el caso "sub examine", se tiene que de conformidad con la ecografía practicada a la menor el día 24 de marzo de 2007… se ha superado el tiempo normal de gestación y debe haber ocurrido el parto.

En el presente caso se reúnen las condiciones para imponer condena en abstracto según lo previsto en la disposición citada. En efecto, (I) la menor fue afectada de manera manifiesta en sus Derechos Fundamentales; (II) la vulneración fue consecuencia de una acción clara y arbitraria; y, (III) la menor no dispone de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-355 de 2006.

Cabe recordar, como quedó explicado anteriormente, que la violencia contra las mujeres, en sus diversas manifestaciones, pero en especial las violencias sexuales constituyen violaciones de Derechos Humanos y problemas de salud pública; que si bien los profesionales de la salud que atendieron el caso, dijeron presentar objeción de conciencia, ésta no reúne los requisitos para su procedencia, en cuanto no fue presentada de manera individual y fundada en razones de orden religioso. Además, dichos profesionales no cumplieron con la obligación subsiguiente de remitir inmediatamente a la solicitante a un profesional habilitado para prácticar el procedimiento de IVE.

En relación con los perjuicios, éstos deben ser reparados en su integridad para asegurar el goce efectivo de sus derechos, y así lo deberá tener en cuenta el Juez que los liquide, para lo cual valorará que se trata de una menor de edad, cuyo embarazo fue producto del delito de agresión sexual pues fue accedida carnalmente teniendo menos de 14 años, que la violación además de ser una acto violento es de agresión, de humillación y de sometimiento, y que tiene impacto no solo en el corto plazo sino que también es de largo alcance, en los órdenes emocional, existencial y psicológico, incluidos los daños a su salud por la gestación y la enfermedad sexual que le fue trasmitida.

Los perjuicios que sufrió la menor deben ser reparados en su integridad por Coomeva EPS, y solidariamente por las IPS de su red y los profesionales de la salud que atendieron el caso, todos éstos contra los cuales podrá repetir posteriormente Coomeva una vez los hubiere cancelado en su

totalidad. Y, si bien es cierto, igualmente los médicos tienen Derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

2. CASO DE LA RETENCIÓN TRANSITORIA.

La sentencia que ahora será materia de nuestro análisis es la identificada con el número C-720/2007[961] y fue dictada por la Corte Constitucional Colombiana sesionando en pleno, el 11 de septiembre de 2007. Con este fallo se resolvió la inconstitucionalidad planteada del artículo 192 del Decreto 1355 de 1970, que permitía la retención transitoria de un infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas. Es importante destacar que este fallo, nos enseña de manera magistral, no sólo la aplicación del principio de proporcionalidad en su sentido integral, sino también una relevante explicación sobre el mismo.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Zulma Isabel Bañol Zapata demanda que:

…si bien las demás medidas correctivas previstas en el artículo 186 del Decreto 1355 de 1970 pueden ser legítimas, no sucede lo mismo con la retención transitoria, pues "no se compadece que en el vigente Estado Social y Democrático de Derecho, las autoridades de policía sigan privando de la libertad a las personas", es decir, "restringiendo el Derecho Fundamental de la libertad personal, violando de forma campante y rampante la normatividad constitucional de forma expresa señalada en el artículo 28". Concluye que el derecho a la libertad personal, reconocido y pregonado en un Estado por sus instituciones y su Constitución, no admite violaciones, ni de minutos, ni de horas, ni de días, el término reducido, bajo ninguna óptica le resta ilegalidad, arbitrariedad ni exceso a los mecanismos correctivos en manos de la policía nacional.

La Policía Nacional argumenta por el contrario que:

La retención transitoria consagrada en el Código Nacional de Policía no equivale a la detención preventiva que contempla el artículo 28 de la Constitución, pues mientras que la retención, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social o individual, la detención preventiva es una medida de seguridad ordenada por una autoridad judicial, que restringe el Derecho a la libertad de una persona sindicada de haber cometido un delito, por el tiempo que sea necesario, para garantizar que comparezca al proceso.

[961]*** La sentencia C-720/2007, puede ser consultada en la página de la Corte Constitucional de Colombia en: http://www.corteconstitucional.gov.co/ *de la* Corte Constitucional de Colombia, *(Consultada el 26 de diciembre de 2008).*

Así las cosas, el Pleno de la Corte, conoció esta causa y decidió el 11 de septiembre de 2007 declarar inexequible el artículo cuestionado. Los principales argumentos para arribar a esta decisión fueron principalmente, los siguientes:

El caso que estudia la Corte se refiere a las facultades y los límites que en un Estado Constitucional puede tener la policía para prevenir actos que puedan lesionar los Derechos Fundamentales del propio sujeto que actúa o de terceros… En los términos anteriores resulta claro que, a juicio de la Corte, la retención transitoria no puede ser utilizada para encubrir medidas sancionatorias de ningún tipo, ni para lograr otros objetivos de política criminal como la declaración de la persona retenida al margen de los derechos que la Constitución le confiere.

Pasa la Corte a explicar un poco más en detalle las afirmaciones anteriores y a identificar si la figura de la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada en el CNP luego de la sentencia C-199 de 1988 citada (que le da el carácter de medida de protección), supera los estándares constitucionales mencionados: el juicio de proporcionalidad y las garantías mínimas exigibles para toda restricción de la libertad personal, que se convierten finalmente en la salvaguarda del individuo frente a cualquier actuación arbitraria de las autoridades.

La aplicación del juicio de proporcionalidad para este caso fue el siguiente:

Para resolver el problema planteado, distintos tribunales constitucionales, y en particular esta Corporación, han utilizado el llamado juicio (o principio) de proporcionalidad. Este principio parte de la base de que el Estado sólo puede restringir los Derechos Fundamentales –como el Derecho a la libertad personal– cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión. En efecto, en un Estado Constitucional de Derecho, el poder público no es el titular de los Derechos. Por el contrario, el Estado Constitucional existe, esencialmente, para proteger y garantizar los Derechos Fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas. En este sentido, ningún órgano o funcionario público puede restringir los Derechos Fundamentales sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja. Cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del Derecho.

A este respecto conviene no olvidar que los Derechos Fundamentales –como el derecho de todas las personas a la libertad personal– fueron reconocidos en las constituciones occidentales sólo después de siglos de abusos y persecuciones injustas y arbitrarias. Por eso, una vez que han sido consagrados, deben ser garantizados y protegidos a toda costa para evitar que pasiones o intereses egoístas o autoritarios puedan fácilmente y en poco tiempo destruir lo que a la humanidad le ha costado tanto construir. Para tales efectos, la Constitución consagra los Derechos Fundamentales que sirven de horizonte y límite del Estado y asigna a los jueces la tarea de garantizar, de forma inquebrantable y sin tregua, su vigencia… pero al mismo tiempo, es necesario garantizar que los jueces se sometan a criterios de interpretación razonables en virtud de los cuales las decisiones resulten suficientemente motivadas y satisfagan los criterios de coherencia y consistencia que les dan legitimidad.

A falta de un mejor instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción a los Derechos Fundamentales, la mayoría de los Tribunales Constitucionales del hemisferio occidental –incluida esta Corte Constitucional– ha adoptado la métodología que propone el principio de proporcionalidad. La utilización de esta herramienta sirve al propósito fundamental de controlar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer los Derechos Fundamentales y, al mismo tiempo, limitar la discrecionalidad judicial en estas sensibles materias.[962]

[962] En efecto, la utilización de esta herramienta argumentativa contribuye a incrementar los niveles de racionalidad y previsibilidad de las decisiones en los llamados casos difíciles, al fijar un derrotero por el que debe transitar el intérprete cuando se trata, como en este caso, de resolver una colisión entre las razones que militan a favor y en contra de la constitucionalidad de una norma jurídica. En estos casos el Juez se encuentra obligado a identificar y exponer públicamente, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se trata de evaluar si los medios dispuestos por las autoridades estatales suponen una intervención legítima en los Derechos de los ciudadanos o si,

Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los Derechos Fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

Se trata, como ya se mencionó, de una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios-fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los Derechos Fundamentales de las personas. Como lo ha señalado esta Corporación, "la proporcionalidad (…) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales."[963]

La aplicación del juicio de proporcionalidad al caso que ocupa la atención de la Corte conduce a sostener que la retención transitoria sólo será una medida constitucional si, efectivamente, persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa y es verdaderamente útil, necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de dicha finalidad. En particular, como ya lo ha explicado la Corte, la "idoneidad" indica que una medida sólo será proporcionada si, efectivamente, presta alguna ayuda a la consecución del fin buscado, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta. La exigencia de "necesidad", se orienta a contener la tendencia –fácil– a emplear los máximos medios, los más gravosos para los derechos del individuo, en el intento de alcanzar los objetivos de la actividad estatal de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, la exigencia de estricta proporcionalidad, reclama que la protección de derechos y otros bienes jurídicos que se busca asegurar con la intervención estatal resulte superior al sacrificio de los derechos que se ven afectados con la medida.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido igualmente que las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad no se aplican con la misma intensidad en todos los eventos, sino que, para el caso del control de constitucionalidad, ella depende de la materia objeto de la norma demandada y del grado de legitimidad y representatividad democrática de la autoridad que la expide. En consecuencia, siguiendo los pasos de la jurisprudencia constitucional comparada, la Corte Constitucional ha distinguido tres niveles de intensidad en la aplicación del juicio de proporcionalidad.[964]

Como ya había sido mencionado, en el presente caso corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que la medida de retención transitoria afecta

---

por el contrario, representan una vulneración injustificada de los mismos. Otra de las herramientas esenciales para lograr disminuir la discrecionalidad judicial es el respeto por el precedente judicial, salvo que existan razones suficientes que puedan justificar públicamente el cambio en la decisión.

[963] Sentencia C-799/2003.

[964] *Como ya se mencionó, desde sus inicios la Corte encontró aplicable, para evaluar la legitimidad constitucional de una medida que afectare Derechos Fundamentales, el test o principio de proporcionalidad. La doctrina de la Corte en la materia ha sido recientemente resumida en distintas decisiones. En particular, tal y como se resume en la sentencia C-673 de 2001, los tres niveles del juicio de proporcionalidad son los siguientes: (I) Test leve, según el cual basta con que la medida persiga un fin legítimo (o no prohibido por la Constitución) y que resulte idónea para alcanzar el fin propuesto para que, en principio, la misma supere el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, tal es el estándar que, en principio, corresponde aplicar cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el Derecho en cuestión. (II) Test intermedio, en el cual ya no sólo se requiere que el fin sea legítimo sino además constitucionalmente importante, en tanto la medida enjuiciada promueve intereses públicos que gozan de protección constitucional. Adicionalmente se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial y que la medida no resulte evidentemente desproporcionada en términos del peso ponderado del bien constitucional perseguido respecto del bien constitucional sacrificado. Dicho estándar ha de aplicarse, según lo establecido por esta Corte: 1) cuando la medida puede afectar el goce de un Derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. (III) Test estricto, que incorpora elementos especialmente exigentes. Así, en este tipo de estándar no sólo se exige que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma.*

de manera cierta el goce de un derecho constitucional fundamental, como la libertad personal, aparte de los restantes Derechos Fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación. De otra parte, no se trata de una norma expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, en virtud de las amplias facultades legislativas que la Carta vigente hasta 1991 permitía atribuir a este órgano. Tal circunstancia, como lo ha señalado esta Corte, disminuye relativamente la presunción de constitucionalidad de las normas y la deferencia que en su enjuiciamiento debe observar el Juez constitucional. En efecto, como se sabe, las normas provenientes del Poder Ejecutivo carecen del carácter plural y deliberativo que está presente en la formación de la voluntad política que tiene lugar en el Congreso.

En virtud de las consideraciones realizadas, procede la Corte a evaluar la constitucionalidad de la medida de protección consistente en la retención transitoria conforme a los estándares requeridos por el juicio estricto de proporcionalidad. A este respecto, la Corte hará el juicio de la medida atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales puede ser aplicada y sólo hará distinciones entre los supuestos de hecho cuando ello resulte necesario para avanzar en el análisis de constitucionalidad propuesto.

Finalidad de la retención transitoria: la medida persigue la protección de una serie de Derechos de marcada importancia constitucional.

En su versión más estricta, el principio de proporcionalidad exige que la medida enjuiciada persiga una finalidad no sólo legítima o constitucionalmente importante sino además imperiosa. A continuación se examinará cuál es el fin o los fines que persigue la retención transitoria y si la consecución de los mismos puede calificarse como constitucionalmente imperiosa.

Según ha quedado enunciado, la Corte ha entendido que la retención transitoria es una medida de protección destinada a prevenir que una persona que se encuentra en estado de transitoria incapacidad (ebriedad) o de grave, notoria y violenta exaltación, pueda cometer actos que afecten sus propios derechos o derechos de terceros. En este sentido, la medida estudiada tiene dos finalidades: busca proteger tanto al individuo que se encuentra en estado de transitoria incapacidad o de extrema excitación, como a terceras personas del peligro que podría suponer un comportamiento agresivo o simplemente descontrolado de una persona en tales circunstancias.

No duda la Corte en reconocer que la protección de Derechos Fundamentales de terceros eventualmente afectados por el comportamiento de quien se encuentra en situación de transitoria incapacidad o en estado de grave excitación en el que pueda cometer inminente infracción penal, encuentra un claro respaldo constitucional. De tal suerte, si la retención transitoria persigue proteger a todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal, tal finalidad no sólo no resulta contraria sino que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso.

La segunda de las finalidades perseguidas –la protección de los Derechos e intereses del propio sujeto transitoriamente incapaz o excesivamente exaltado respecto de sus propios actos–, también aparece como constitucional. Sin embargo, en este caso la necesidad sólo será una necesidad imperiosa cuando se trata de proteger de sus propios actos a personas que aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio (como los menores), o que se encuentran en situaciones (temporales o permanentes) de debilidad de voluntad o de incapacidad, hasta el punto en el cual puede razonablemente sostenerse que no tienen conciencia o capacidad para actuar de conformidad con sus verdaderos intereses. Si no fuera esta la circunstancia, la finalidad sería inconstitucional.

En este punto, resulta relevante recordar que la Corte ha considerado constitucionales algunas medidas coactivas de protección del propio individuo sobre quien recaen siempre y cuando no constituyan medidas perfeccionistas. En efecto, en la sentencia C-307 de 1997, al evaluar la constitucionalidad de una medida que autorizaba la imposición de una sanción pecuniaria a los conductores de vehículos que no llevaran debidamente puesto el cinturón de seguridad, la Corte decidió que era constitucionalmente posible tomar medidas de protección respecto del individuo, en dos eventos: o bien en el caso de aquellas personas que "no tienen todavía la capacidad suficiente de discernir sus propios intereses en el largo plazo", que sería el caso de los menores de edad; o bien, en tratándose de adultos, cuando existe una reducción de la voluntad, esto es, en los eventos en los cuales el sujeto se encuentra en un estado de debilidad volitiva o de falta de capacidad. Al respecto dijo la Corte:

Esta Corte considera que armoniza mejor con los valores constitucionales denominar esas políticas como medidas de protección de los intereses de la propia persona, o de manera más

abreviada, medidas de protección, ya que en virtud de ellas, el Estado, respetando la autonomía de las personas, busca realizar los fines de protección que la propia Carta le señala…[965]

En consecuencia, al menos desde el punto de vista de la finalidad perseguida, no vulnera la Constitución la adjudicación a la policía de una medida encaminada a proteger Derechos Fundamentales de una persona que se encuentra en condición de incapacidad transitoria y de los terceros que puedan verse afectados por el comportamiento temerario, agresivo o irracional de esta persona. Sin embargo, los reparos constitucionales pueden surgir en el supuesto de las llamadas debilidades volitivas así como en el caso en el cual no se demuestre la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida de protección. En efecto, el sometimiento de tales medidas a las exigencias mencionadas garantiza justamente que las mismas no degeneren en un ejercicio de arbitrariedad o de perfeccionismo moral incompatible con un Estado Constitucional de Derecho. Pese a las debilidades que han sido someramente advertidas, continúa la Corte con el juicio de proporcionalidad a fin de identificar si se satisfacen plenamente, en las distintas hipótesis de aplicación de la norma, todas las garantías mencionadas. En efecto, si bien en el juicio de proporcionalidad es necesario superar cada uno de los sub-principios para que proceda el análisis del siguiente, en el presente caso, en cumplimiento del mandato de racionalidad y suficiencia en la argumentación que pesa sobre el Juez constitucional y, especialmente, en atención a la importancia que la doctrina constitucional en esta materia puede tener para la elaboración de una nueva normatividad de policía, la Corte considera apropiado realizar en su totalidad el análisis de la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida estudiada.

Examen de la idoneidad de la retención transitoria: la medida es relativamente idónea pero puede aparejar efectos contraproducentes para los derechos del propio sujeto retenido.

El juicio de idoneidad requiere verificar si la medida enjuiciada –que afecta el derecho a la libertad personal– resulta idónea (es decir útil o adecuada) para contribuir a la consecución de la finalidad que con ella se persigue. Ello ocurrirá si su implementación presta una contribución positiva en orden a alcanzar el fin propuesto, es decir, la protección de los Derechos Fundamentales. En cambio, se considerará inidónea si no reporta ningún beneficio a la consecución del propósito o cuando, incluso, resulta contraproducente de cara al mismo.

Ahora bien, el juicio estricto de proporcionalidad –que debe adelantarse al estudiar una norma expedida por el ejecutivo que autoriza la restricción de la libertad personal– eleva el nivel de exigencia en tanto impone acreditar que la medida no sólo resulta adecuada sino efectivamente conducente para el logro de la finalidad perseguida. En consecuencia, para dar por satisfecha esta exigencia no basta con afirmar que en el caso concreto no se ha demostrado que la implementación de la medida resulta indiferente –o incluso negativa– en relación con la finalidad perseguida. En estos casos se invierte la carga de la argumentación para exigir que se acredite de manera fehaciente la existencia de una relación de causalidad positiva entre la adopción de la medida enjuiciada y la satisfacción del fin propuesto.

En virtud de las consideraciones realizadas, debe la Corte definir si la retención transitoria resulta idónea –en el sentido de efectivamente conducente–, para proteger la integridad, la vida y otros bienes y derechos de terceros o del propio agente en quien recae dicha intervención policial, cuando quiera que este se encuentre en situación de incapacidad transitoria o en estado de grave excitación en el que pueda cometer inminente infracción penal.

En principio resulta razonable afirmar que cuando una persona se encuentra en estado de grave exaltación o de embriaguez en un lugar público y rehúsa ser conducida a su domicilio puede, eventualmente, ser víctima de lesiones o maltratos o causar daños no deseados a sus derechos o a derechos de terceras personas. Así por ejemplo, nadie duda de que una persona embriagada se encuentre en una situación de particular indefensión. Si adicionalmente esta persona tiene comportamientos agresivos o temerarios, como acometer actividades peligrosas o de riesgo o irrespetar gravemente las reglas de convivencia en lugares concurridos, puede evidentemente poner en peligro intereses y derechos propios y de terceros. En estos casos, mantener bajo control a la persona, como última ratio, mientras supera el estado de embriaguez puede ser una medida idónea para evitar eventuales lesiones.

Sin embargo, tal y como pasa a explicar la Corte, la forma como se encuentra regulada la medida que se estudia plantea serias dudas sobre su verdadera capacidad para alcanzar la finalidad de protección perseguida. En este punto cabe recordar que la retención transitoria no debe ser entendida como una sanción (si así fuera sería inconstitucional), sino como una medida de protección de terceros y del propio sujeto destinada a prevenir un daño eventual que aún no ha sido causado. En este sentido, se pregunta la Corte si la medida que se estudia reúne efectivamente todas las garantías necesarias para que contribuya efectivamente a la protección de la persona

[965] Sentencia C-309 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

retenida y no de lugar a nuevas circunstancias que puedan, incluso, ser contraproducentes en términos de los Derechos que el Estado, en todo caso, esta obligado a proteger.

Como ya se mencionó, tal y como se encuentra diseñada, puede ser que la retención transitoria efectivamente proteja al individuo de los peligros a los que puede verse enfrentado cuando circula o interactúa con otros en estado de embriaguez o en alto grado de excitación. Sin embargo, la idoneidad de la medida para proteger al sujeto retenido se pone en cuestión al quedar demostrado que la misma expone al individuo a riesgos nuevos y adicionales a los que trata de evitar. En efecto, en primer lugar, por virtud de esta medida la policía confina al individuo retenido (que no ha cometido falta alguna), en lugares propios de detención de personas que han cometido delitos, han sido capturadas en flagrancia o están siendo procesadas. Se trata de lugares en los cuales se encierra a la persona en precarias condiciones de espacio y seguridad, en general, caracterizados por una total ausencia de medios materiales necesarios para permitir el goce de los derechos que, en principio, no podrían verse afectados por una medida de protección.

En segundo término, la retención transitoria en estación de policía no conduce a que se brinde al individuo la atención médica y/o psicológica que su estado de transitoria incapacidad o de excitación probablemente requiera. Como se dijo, el encierro se produce en una estación de policía, con personas que han sido privadas de la libertad y bajo el control de agentes de la fuerza pública durante el término que el comandante considere adecuado, siempre que no exceda de 24 horas. Se trata pues, en palabras claras, de un encerramiento en un lugar de privación de libertad y no de una medida de protección –o de cuidado– real y efectiva como, por ejemplo, la conducción de la persona a un centro de salud o a un centro de atención social especializado como una comisaría de familia.

En tercer lugar, la medida se lleva a cabo en condiciones de absoluta indefensión de la persona retenida. La autoridad no tiene que motivar o justificar la decisión; la persona no tiene derecho a ser informada de las razones de la retención; no existe notificación inmediata a terceras personas o a otras autoridades sobre esta decisión; la persona retenida no tiene derecho a ser informada de las garantías que la amparan, ni tiene reconocidos derechos esenciales como el derecho a comunicarse de manera inmediata con una persona que la asista o que la defienda; no existen garantías para evitar la incomunicación; no se reconoce el derecho de la persona a permanecer en silencio para evitar interrogatorios o declaraciones que puedan auto implicarla; y tampoco se establecen mecanismos que impidan una duración irrazonable o desproporcionada de la medida, pues la misma se aplica durante el término que el comandante libremente encuentre necesario, siempre que no exceda de 24 horas. Al final, sin embargo, la persona se ve compelida a firmar un documento en el cual declara su entera satisfacción por el trato recibido.

Finalmente, por las razones que han sido explicadas, la medida comporta la restricción cierta, y no meramente probable, de múltiples Derechos Fundamentales –como los de la intimidad personal y familiar, reunión, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión– que acompaña a toda privación de libertad sin que parezca que existe alguna justificación clara para ello.[966]

Todo lo anterior llevaría a concluir que si una de las finalidades fundamentales que se busca alcanzar con la retención transitoria es proteger al propio individuo de eventuales peligros para su vida, integridad y otros derechos, el medio escogido por el Legislador no sólo no garantiza que se brinde la protección deseada sino que comporta una amenaza –e incluso una nueva violación– de estos derechos. En efecto, el encerramiento en un lugar de detención no es una medida idónea para proteger al individuo en las condiciones tantas veces mencionadas, pues si bien logra conjurar algunos riesgos eventuales, apareja efectos ciertos que son contraproducentes para sus propios derechos. Por esta razón, la retención transitoria no parece la medida más adecuada para proteger todos los Derechos Fundamentales de una persona transitoriamente incapaz o altamente exaltada que requiere de una medida de protección urgente y que, se reitera, no ha cometido falta alguna.

En los términos anteriores, incluso en situaciones de urgencia –como la que daría lugar a la retención temporal de una persona ebria o exaltada con la finalidad de protegerla– deben ponerse en práctica todas las garantías constitucionales diseñadas para proteger Derechos Fundamentales cuya restricción o vulneración no encuentra justificación. En este sentido, sólo será idónea la medida de protección que efectivamente permita a la persona protegida comunicarse con sus allegados o con quien pueda asistirla, defenderse de una eventual arbitrariedad o de actos policiales que lo obliguen a declarar contra si mismo o contra terceras personas, o de agresiones de terceras personas que comparten su encerramiento. Adicionalmente, una verdadera medida de

[966] Sobre los Derechos que necesariamente se ven comprometidos por la privación de libertad *vid*. sentencia T-153/1998, en la cual la Corte señala que *"derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad."*

protección, supone la atención de autoridades civiles técnica o profesionalmente capacitadas para brindar el cuidado médico o psicológico requerido.

Examen de necesidad de la retención transitoria: la medida estudiada, tal y como se encuentra regulada en la Ley, resulta innecesaria dado que pueden existir otros medios menos lesivos de los derechos que sin embargo pueden alcanzar la finalidad de protección perseguida.

Para que una medida de protección que se impone contra la voluntad del propio sujeto y que termina afectando su derecho a la libertad personal resulte constitucional, se requiere demostrar que es estrictamente necesaria. En consecuencia, quien defiende la medida debe estar en capacidad de probar que la misma resulta ser imprescindible para alcanzar una finalidad imperiosa que no puede ser alcanzada por ningún otro medio menos costoso para los Derechos Fundamentales con el mismo grado de eficacia. Así las cosas, el juicio de necesidad exige evaluar, en primer lugar, el costo de la medida que se estudia.

Para determinar cuán onerosa resulta la medida de la retención transitoria, no es reiterativo recordar que se trata de una privación de la libertad en un establecimiento policial. El hecho de que se trate de una verdadera privación del Derecho, en un establecimiento policial de retención transitoria (al cual son conducidas en igualdad de condiciones todas las personas capturadas por su presunta implicación en la comisión de delitos), llevada a cabo por orden de una autoridad de policía, sin que se exija motivar la decisión y sin que existan garantías adicionales para contrarrestar una posible arbitrariedad, es constitucionalmente relevante para definir el grado de afectación del Derecho Fundamental comprometido. En efecto, la afectación de la libertad personal será mayor entre menos garantías institucionales existan para evitar o contrarrestar la arbitrariedad en el uso de la fuerza contra el sujeto afectado.

En los términos anteriores se pregunta la Corte si existen otras medidas que pudieran satisfacer la finalidad de protección perseguida, con un costo menor que el que apareja la medida estudiada.

Finalmente, una alternativa menos costosa al encerramiento en un establecimiento policial, es la conducción de la persona alterada o ebria ante un funcionario civil (no policial) o judicial, con competencia técnica para proferir al sujeto la protección que requiere y al amparo de todos los controles que sobre este funcionario debe desplegar el Estado de Derecho.[967] *Se trata de una medida de protección que no apareja sanción alguna, que no esta acompañada de incomunicación ni comporta el sometimiento del sujeto a otros factores de riesgo, y que –dentro de un límite máximo razonable de las veinticuatro (24) horas– puede extenderse mientras el sujeto, en realidad, necesite la protección del Estado y no pueda recibirla de una persona allegada o de un establecimiento privado de su elección. Dicha alternativa ha sido prevista por el propio Legislador en casos como los que contempla el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuya virtud se permite atender al menor que se encuentra en situación de riesgo en centros de protección especializada,*[968] *o en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en estado de evidente incapacidad transitoria y debe ser conducida de inmediato a un centro médico o asistencial.*

Como ya se mencionó, el principio de necesidad persigue que la búsqueda de eficacia en el mantenimiento del orden público no conduzca a la adopción fácil –pero ilegítima– de los medios más costosos para los derechos del individuo. Lo que se busca, como ya se ha señalado tantas veces, es que se implementen medidas que, al tiempo que garantizan eficacia instrumental (idoneidad) para el logro de una finalidad deseable, no sacrifiquen de una manera excesiva (es decir, innecesaria) otros derechos e intereses. Si en efecto en algunos casos de incapacidad –transitoria o permanente–, se imponen medidas de protección, la manera de hacerlo debe sacrificar

[967] Así por ejemplo, en España la policía puede conducir a la persona ebria que ha sido encontrada conduciendo o en otras situaciones de riesgo a los respectivos controles de alcoholemia y a una institución de salud si ello es necesario para proteger al sujeto que se encuentra inconsciente o en grave estado de enajenación. En cuanto a la primera hipótesis, dado que en el ordenamiento español es un delito la conducción del vehículo automotor bajo los efectos del alcohol, la policía esta autorizada para hacer controles *in situ*, incluso si la persona no ha cometido infracción alguna. Si existe duda sobre el estado de la persona sometida al control, puede ser conducida transitoriamente y exclusivamente por el tiempo necesario para realizar la medición de alcoholemia respectiva. Cfr. STC 22 de 1988, de 18 de febrero.

[968] Así por ejemplo, el art. 51, 53, 57, 89-10, 94 y ss de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.

apenas en la medida necesaria los derechos de aquél en quien recaen y debe poder compensar, en la atención o el cuidado requerido, la restricción de tales derechos.

En el presente caso, como se ha mencionado, dada la generalidad de las causales de retención, existen múltiples alternativas que permitirían de manera menos costosa para los Derechos Fundamentales, lograr la finalidad de protección perseguida. La conminación de la autoridad, la expulsión de lugar público, la conducción al domicilio de la persona o a un centro especializado de protección (como las comisarías de familia, las inspecciones de policía o los centros sanitarios), pueden ser medidas igualmente adecuadas para conjurar el riesgo eventual que ponen de presente las circunstancias que dan lugar a la retención.

La existencia de múltiples alternativas menos lesivas para los derechos de las personas y con un grado de eficacia similar para protegerla, conduce a reforzar las dudas sobre la constitucionalidad de la medida estudiada. Sin embargo, dada la importancia de la decisión que la Corte debe adoptar no sólo para el caso concreto, sino para aclarar algunos de los criterios constitucionales que deben guiar la elaboración de un nuevo estatuto policial, considera importante la corporación hacer el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de la medida demandada.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto de la retención transitoria. La medida estudiada reporta un beneficio eventual en ciertas circunstancias. Sin embargo, tal y como se encuentra diseñada, en la práctica puede causar un daño constitucional mayor al beneficio constitucional que efectivamente logra.

Finalmente, compete a la Corte evaluar si los derechos e intereses que se protegen con la medida estudiada tienen, en el caso concreto, mayor peso (o valor constitucional) que aquellos que se sacrifican al ponerla en práctica. En otras palabras, debe la Corte evaluar si la privación de la libertad en estación de policía, hasta por 24 horas, por decisión de un funcionario de policía, a quien se encuentre ebrio y no consienta ser conducido a su domicilio o a quien esté exaltado, supone un costo menor que el beneficio constitucional que efectivamente se alcanza con su aplicación. Es decir, si la medida de retención transitoria es proporcional en sentido estricto.

Dicho examen supone efectuar una ponderación entre los principios constitucionales que suministran razones tanto en contra como a favor de la constitucionalidad de la norma o medida enjuiciada. La estructura argumentativa de dicha ponderación viene dada por la regla en virtud de la cual entre mayor afectación a un derecho mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger.

Según la doctrina y la jurisprudencia más especializada, para definir si el sacrificio de un derecho se encuentra justificado por la satisfacción de otros de igual o mayor importancia constitucional es necesario definir (i) la importancia e intensidad de la afectación del derecho comprometido (en este caso de la libertad personal y los derechos-garantía que la rodean) y de la satisfacción del derecho protegido; (ii) el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos (la libertad personal y los derechos a la vida o a la integridad de terceras personas y del propio sujeto); y, finalmente (3) el grado de seguridad de las premisas empíricas que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida (la certeza que en la práctica se puede tener sobre la afectación o la protección de los derechos en conflicto).

Para definir el grado de afectación del derecho a la libertad personal que se produce con la medida estudiada, es necesario recordar que la retención transitoria comporta una privación de la libertad por orden de una autoridad de policía. La medida consiste en el encierro de la persona ebria o exaltada en el mismo lugar en el cual son recluidos transitoriamente quienes tienen orden de captura o quienes han sido capturados en flagrancia. De otra parte, la decisión de retener a la persona no se encuentra acompañada de garantías que en la práctica permitan evitar o controlar la arbitrariedad en el uso de la fuerza. En efecto, como ya ha sido mencionado, la orden de retención no es motivada, no hay recurso alguno ni intervención de funcionario judicial o administrativo distinto a los miembros de la fuerza pública, ni está claro que la persona tenga derecho a conocer las razones de la retención, a no dar declaración alguna y a comunicarse de inmediato y en forma permanente con sus familiares o con un apoderado de confianza. Así mismo, la retención puede darse por el lapso que el funcionario de policía estime conveniente siempre que no supere las 24 horas. Se trata, por lo tanto, de una intensa modalidad de restricción de la libertad personal, si se compara con otras limitaciones posibles de este derecho que cabría adoptar en una situación

semejante, tales como la obligación de abandonar un establecimiento público, la conducción al propio domicilio o a un establecimiento sanitario o de protección especializada.

En las circunstancias anotadas, la restricción de la libertad personal lleva aparejada la afectación de otros Derechos Fundamentales, como el derecho a disponer de un recurso efectivo para evitar la arbitrariedad; a conocer las razones de la privación de la libertad y que estas reposen en documento escrito que pueda ser susceptible de control judicial; a no ser encerrado en lugar común con personas condenadas o sindicadas; a comunicarse con el exterior y recibir asistencia de familiares o amigos y defensa técnica de un abogado de confianza; en fin, al derecho de todo ciudadano a confiar, tranquila y seguramente, en que no será objeto de actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades. Esto aparte de los riesgos adicionales a los cuales puede estar sometida una persona que en grave estado de excitación o ebria, es encerrada con otras personas en un establecimiento de retención transitoria.

En consecuencia, la medida enjuiciada compromete seriamente tanto el derecho a la libertad personal como el derecho a un recurso efectivo contra la eventual arbitrariedad y los derechos-garantía que en toda circunstancia deben ser asegurados a las personas objeto de retención policial.

Ante la intensa afectación de los Derechos Fundamentales que produce la retención transitoria, se pregunta la Corte cual es la intensidad (o el grado) con que dicha medida contribuye al logro de la finalidad que persigue –la protección de derechos de terceros y del propio sujeto puesto en condición de riesgo– y, por ende, satisface los principios constitucionales que prima facie la respaldan.

Para determinar de manera más adecuada el nivel de satisfacción de los derechos cuya protección se persigue, es preciso considerar el grado de lesividad que representan los supuestos que dan lugar a imponer la retención. Cuanto más probable sea la lesión o amenaza de los bienes jurídicos que se busca proteger con la intervención policial, tanto más intensa será la contribución que ella preste a la protección de dichos bienes jurídicos. En sentido contrario, cuanto más remota sea la relación entre las conductas que habilitan la intervención policial y la lesión o amenaza de los bienes jurídicos que con ella se quiere proteger, menor será la intensidad con que tal medida contribuya a satisfacer los principios que ordenan la protección de dichos bienes.

En los términos anteriores se pregunta la Corte ¿cual puede ser el riesgo que representa para los Derechos Fundamentales propios o ajenos, el que una persona levemente alicorada se encuentre tranquilamente caminando con personas allegadas, por un lugar público que goza de altos niveles de seguridad ciudadana?. Poco más que ninguno. Sin embargo, las disposiciones estudiadas permiten que si esta persona no consciente en ser conducida a su domicilio –lo cual puede darse por múltiples razones que ni los agentes policiales ni esta Corte tienen autoridad para evaluar– sea encerrada durante 24 horas en una estación o subestación de policía, con personas capturadas, sin asesoramiento o acompañamiento alguno y sin las garantías necesarias para iniciar un control judicial eficaz de tal actuación.

En las condiciones descritas, la relación entre la adopción de la medida y la protección de los bienes que dice perseguir resulta, cuando menos, dudosa.

Por su parte, el segundo de los supuestos que, según la codificación policial, da lugar a retención transitoria, requiere que el alto grado de excitación pueda dar lugar a un "inminente" comportamiento punible. En esta hipótesis, el vocablo "inminente" denota un estado que aún es previo al comienzo de ejecución de un ilícito penal, pues de otra forma se estaría ante la comisión de un delito (al menos en grado de tentativa) frente a lo cual la policía está autorizada para capturar a la persona, por verificarse el estado de flagrancia.[969]

Finalmente, en las condiciones advertidas en los numerales anteriores, el grado de protección de los bienes jurídicos del propio infractor que se logra con la medida enjuiciada es aún menor. Para ello valgan las consideraciones efectuadas al señalar la dudosa idoneidad, e incluso el carácter contraproducente de la retención transitoria en estación de policía (en las circunstancias tantas veces descritas) en relación con la finalidad de protección del individuo sobre quien recae. Adicionalmente, las causales legales resultan de tal vaguedad que nada permite indicar que la persona en ese estado, en efecto, puede causarse a si misma un riesgo que en pleno uso de sus facultades mentales no estaría dispuesta a soportar.

En definitiva, la retención transitoria representa una afectación grave de la libertad personal y demás Derechos Fundamentales comprometidos en su ejecución y, pese a que tiene algún grado de eficacia, lo cierto es que no parece reportar equivalentes niveles de satisfacción de los bienes jurídicos que con su implementación se busca proteger.

---

[969] Se trataría en este caso de un comportamiento punible en grado de tentativa, razón por la cual la Policía estaría habilitada constitucional y legalmente para detener a la persona, por tratarse de un supuesto de flagrancia de un delito en grado de tentativa, del artículo 27 Código Penal.

Ahora bien, se pregunta la Corte ¿cuál es el valor que la Constitución le asigna a cada uno de los principios o Derechos en tensión en el presente caso? Esta cuestión repara en el hecho de que no todos los bienes o Derechos tienen la misma importancia, el mismo significado, para los participantes en la práctica constitucional …Para realizar esta ponderación no sobra recordar que el reconocimiento constitucional expreso de un Derecho permite atribuirle un peso abstracto mayor del que pueda conferirse a aquellos Derechos que surgen de decisiones legislativas autónomas. Un segundo criterio a considerar es aquél en virtud del cual cabe atribuir un mayor peso abstracto a los Derechos Fundamentales individuales respecto de los que protegen bienes no fundamentales. Finalmente, también cabe atribuir un peso abstracto mayor a una posición de Derecho Fundamental, cuanto mayor sea su grado de resistencia constitucional, esto es, cuanto más resistente resulte a la ponderación y cuantas mayores garantías haya dispuesto la propia Constitución para asegurar su protección.

Conforme a los criterios anteriores, es posible afirmar que los principios o bienes constitucionales que se ven afectados con la medida estudiada están llamados a tener un elevado peso abstracto en la ponderación. En efecto, la retención transitoria compromete la libertad personal, un Derecho Fundamental cuya especial valía se ve reflejada en las cautelas que dispone la Constitución para su protección: reserva legal en su regulación; reserva judicial en su privación; principio de estricta legalidad; hábeas corpus; prohibición de pena sin juicio previo; debido proceso (Derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros contenidos); prohibición de penas de destierro y prisión perpetua, entre otras. Dado este conjunto de técnicas que el constituyente dispone para la protección del derecho a la libertad, se deduce desde una perspectiva abstracta el importante valor que se concede a este derecho.

Sin embargo, aunque por las razones señaladas en los argumentos anteriores no es posible determinar con absoluta claridad los derechos y demás bienes jurídicos que tiende a proteger la "retención transitoria", es posible conceder –como de hecho se ha concedido en algunos apartes anteriores de esta decisión– que tal medida esté, en últimas, encaminada a la protección de Derechos Fundamentales con una importancia similar al de la libertad, como la vida o la integridad del sujeto protegido y de terceras personas. Así las cosas, cabe conferir a los principios constitucionales en juego una importancia material equivalente.

Resta entonces definir el grado de seguridad en torno a las premisas empíricas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la medida enjuiciada. Con este análisis se quiere dar relevancia al hecho de que no siempre los fundamentos fácticos (o premisas empíricas) que respaldan los argumentos a favor o en contra de la medida, tienen el mismo grado de confiabilidad, y que tal diferencia ha de ser considerada al momento de asignar el peso a cada uno de los principios que intervienen en la ponderación. En efecto, como ya se mencionó, entre más intensa sea la afectación de un Derecho Fundamental, mejores razones materiales, ciertas y confiables, debe tener la autoridad para demostrar el beneficio que tal restricción persigue alcanzar.

Los fundamentos jurídicos anteriores demuestran el carácter remoto (o abstracto) del daño que se pretende evitar. Asimismo, ponen de presente serias dudas acerca de la idoneidad de la retención transitoria (en la condiciones antes mencionadas) como medida para proteger al propio individuo sobre quien recae, si se considera que con ella se le expone a una lesión de sus Derechos más cierta y a peligros nuevos y adicionales. Finalmente, la seguridad de las premisas que sustentan la necesidad de la medida enjuiciada sufre un serio menoscabo por la comprobada existencia de alternativas, sin duda menos lesivas, y sin embargo igualmente eficaces para alcanzar la finalidad perseguida.

Todo ello permite considerar que, en relación con la afectación grave y cierta, no meramente eventual, de la libertad personal y demás derechos comprometidos con la retención transitoria, la calidad de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor de la intervención no satisface el criterio antes expuesto. En otras palabras, nada permite a esta Corte considerar que, en el caso que se estudia, la fuerte intensidad en la afectación de Derechos Fundamentales (como la libertad personal) apareja la seguridad en la protección de los derechos que dicha medida pretende resguardar.

En definitiva, si bien para la Constitución, los derechos enfrentados en el presente caso tienen un valor abstracto similar, lo cierto es que la fuerte restricción del derecho a la libertad personal que tiene lugar con la aplicación de la medida estudiada, no conduce necesariamente a asegurar una mejor y mayor protección de los derechos de terceros y de la propia persona protegida. En efecto, como ha sido mencionado, las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor de la constitucionalidad de la medida no cuentan con el grado de seguridad que se requiere para apoyar una intervención cierta y especialmente intensa en Derechos Fundamentales como la que representa la retención transitoria.

Por las razones expuestas, es decir, porque no resulta claro que la medida sea idónea para proteger a quien en estado de incapacidad transitoria requiere una protección especial; porque

existen medios que, con una idoneidad equivalente a la retención transitoria, sacrifican en menor medida otros valores y principios constitucionales; y porque además se trata de un caso en el cual la medida afecta bienes particularmente valiosos en aras de evitar un daño sobre el que, en estricto sentido, no se tiene certeza; la Corte concluye que la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada y entendida como una medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue. En consecuencia, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y en la expresión "Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el artículo 207 del mismo Decreto deben ser declaradas inconstitucionales. Sin embargo, la Corte no declarará la inexequibilidad de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 186 del CNP, pues la medida de la retención transitoria regulada de manera diferente a la forma como se regula en el actual Código y siempre que incorpore la totalidad de las garantías constitucionales puede resultar ajustada a la Constitución.

Estudio de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad y de las alternativas existentes para no desproteger los Derechos constitucionales fundamentales que la norma estudiada persigue proteger:

…Ahora bien, en el presente caso, la decisión de diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad se somete al cumplimiento de un término máximo razonable para que el Congreso de la República pueda regular esta materia bajo los parámetros de respeto a las garantías y Derechos constitucionales ya señalados. Ese término, que habrá de culminar al vencimiento de la presente legislatura, es decir el 20 de junio de 2008, es suficiente para el trámite de una normatividad de policía que las mismas autoridades reconocen ha dejado de ser adecuada para la atención de las exigencias actuales que supone la convivencia ciudadana. En este sentido, la Corte conmina al Congreso a no dilatar más una urgente e inaplazable decisión legislativa para adecuar las normas de policía al Derecho Constitucional vigente.

No obstante lo dicho en punto a la imposibilidad de proferir una sentencia integradora, en el presente caso la decisión diferida tiene que estar acompañada de una serie de salvaguardas temporales destinadas a asegurar que durante el corto tiempo de vigencia de las disposiciones estudiadas, las mismas serán aplicadas dentro de las garantías mínimas que la Constitución establece… En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte se ve compelida a dictar una sentencia condicionada –pues señala unos parámetros de actuación y unas exigencias a las autoridades que si bien surgen de la Constitución no se encuentran previstas actualmente en la normatividad de policía– y a aplazar los efectos de la decisión de inexequibilidad, para permitir que sea el Legislador quien, en ejercicio de su competencia, regule de manera permanente, en términos claros y suficientes, la materia objeto de estudio. En todo caso, cualquier regulación debe resultar coherente con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las garantías constitucionales, como se dejó anotado en los fundamentos anteriores de esta sentencia.

La necesidad de establecer un nuevo régimen general de policía acorde con las normas constitucionales vigentes:

En los casos en los cuales la Corte no ha tenido otra alternativa distinta a la de ordenar diferir los efectos de su fallo, la decisión se acompañó de un exhorto al Legislador para que, en un determinado plazo –variable según la naturaleza del asunto objeto de regulación–, profiriera una nueva reglamentación legal, acorde con los postulados constitucionales.

Sobre el exhorto y su significado en Derecho Constitucional ha dicho esta Corporación:[970]

[970] Sentencia C-473 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

El exhorto no debe entonces ser visto como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los Derechos de las personas. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los Derechos constitucionales.

En el presente caso la Corte exhortará al Congreso de la República para que en ejercicio de su potestad de configuración, expida una Ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. En el aparte que sigue de esta providencia se explican las razones por la cuales la Corte adopta esta decisión. En todo caso no sobra precisar que la Corte también ha realizado exhortos al Legislador cuando quiera que encuentre necesario que se reglamente un tema sobre el cual el Congreso no se ha pronunciado, y que lleva a la Corte a fijar parámetros en ausencia de la actividad legislativa. No obstante, esos son casos distintos al que ocupa hoy a la Corte, en el cual existe una legislación sobre la materia pero esta sin embargo, tal y como se demuestra en la jurisprudencia de la Corte que abajo se relaciona in extenso, compromete seriamente importantes valores, principios y Derechos constitucionales.

El Derecho de policía elaborado al amparo del Derecho Constitucional anterior a 1991 sigue naturalmente las pautas valorativas y principialista del antiguo régimen y no del Derecho Constitucional actual."

No se omite manifestar que esta sentencia *C-720/2007*, fue objeto de un voto aclaratorio por la Magistrada Catalina Botero Marino, en donde expone algunos argumentos adicionales que contenía la ponencia original sobre la inconstitucionalidad de la norma demandada, pero que no fueron discutidos ni acogidos por la mayoría, ya que la Corte consideró que no era necesario discutir los restantes argumentos expuestos para fundamentar la inconstitucionalidad de la mencionada medida, ya que estimó que bastaba la comprobación de que la retención transitoria no superaba el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para declararla inconstitucional. Dicha Magistrada exponía que existía la necesidad de elaborar un nuevo Código Nacional de Policía (CNP) que se ajuste a los valores, principios y Derechos de la Carta de 1991, sus argumentos son los siguientes.[971]

Encuentro que el Legislador no está autorizado constitucionalmente para conferir a las autoridades de policía la facultad de imponer a quien cometa una infracción –por grave que ésta sea– una pena consistente en la privación de la libertad. Encuentro que la retención transitoria, tal y como estaba regulada en el CNP, podía ser entendida y aplicada como una medida sancionatoria. Por tal razón era inconstitucional. Adicionalmente, esta medida vulneraba el principio de estricta legalidad y las garantías mínimas del debido proceso constitucional. En esos términos, permitía que se confundieran en las autoridades de policía funciones que la Constitución asigna de manera exclusiva al Legislador (como la de establecer de manera precisa las circunstancias que dan lugar a una privación de la libertad y el procedimiento reglado respectivo) y a los jueces (como la competencia para decretar sanciones que aparejen una privación de la libertad). Una síntesis casi perfecta de todo lo que contradice al Estado Constitucional de Derecho: la confusión de funciones legislativas, judiciales y administrativas en un cuerpo armado al servicio del Poder Ejecutivo.

Encuentro que sólo una reglamentación que siga estas directrices, honra genuinamente la obligación que tenemos los servidores públicos con el Estado Constitucional y con los Derechos de libertad e igualdad que nos hemos comprometido a proteger.

[971]*** Dicho voto puede leerse integralmente en la parte inferior de la sentencia C-720/2007, acceso a través de la página: Corte Constitucional de Colombia *http://www.constitucional.gov.co/corte/*. *(Consultada el 26 de diciembre de 2008).*

C. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

La Corte o Tribunal Supremo se compone de un Juez Presidente *(Chief Justice)* y ocho Jueces Asociados *(Associate Justices),* que son nominados por el Presidente de los Estados Unidos y confirmados con el "consejo y consentimiento" del Senado de los Estados Unidos. Una vez en el Tribunal, los jueces sirven de por vida y sólo pueden ser destituidos por el Congreso mediante un proceso de *impeachment*, sin embargo, los jueces pueden renunciar cuando lo deseen. Pertenece al sistema difuso de control, y está diseñado para proteger los derechos individuales. La Corte posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y acciones de los Poderes. Sus decisiones no pueden ser apeladas.

1. Caso Roe vs. Wade (De nuevo sobre el aborto).

Jane Roe se encontraba embarazada y demandó que la Ley de Texas, al no permitirle abortar, violaba su Derecho Fundamental a la intimidad personal. Dicho asunto llegó a la Corte, quien tuvo que decidir si la Ley que penalizaba el aborto con excepción del terapéutico violaba o no el Derecho Fundamental de la libertad y de la intimidad protegido constitucionalmente. El 22 de enero de 1973, resolvió declarar inconstitucional los numerales del Código Penal texano que penalizaban al aborto. Sus argumentos fueron principalmente:[972]

> *Reconoció que el Derecho a la intimidad personal no era un Derecho absoluto y podía ser limitado si se entraba en colisión con intereses relevantes que el Estado debía proteger. De ahí que la Corte estimó necesario ponderar el Derecho a la intimidad y a los intereses del Estado para regular esta materia. Cuando se trata de Derechos Fundamentales como el Derecho a la intimidad personal, la jurisprudencia de la Corte determina que se aplique el estándar del "estricto examen" (strict scrutiny). La carga de la prueba pesa sobre el Estado, el cual tiene que demostrar que la Ley es necesaria para garantizar un interés primordial del Estado, y que no había medida menos restrictiva para cumplir con dicho objetivo. La Corte concluyó que la adopción de la teoría de la vida desde la concepción por el Estado de Texas, no podía ser causa justificada para invalidar los Derechos Fundamentales de las mujeres embarazadas. Aunque ello no signifique que el Estado carezca de interés para proteger dos relevantes y legítimos valores: la salud de la mujer embarazada y la potencialidad de la vida humana. En este contexto, la pregunta medular que se planteó la Corte Suprema fue la siguiente: ¿En que etapa del embarazo el interés del Estado de proteger la salud de la mujer embarazada y de proteger la potencialidad de la vida humana pasaba de "importantes y legítimo" a "primordiales", superando el Derecho a la intimidad de la mujer embarazada? Con base en la protección de la salud de la mujer embarazada, la Corte otorgó al Estado la autoridad de regular el procedimiento del aborto a partir del inicio del segundo trimestre (semana12) porque antes su interés no podía ser calificado de "primordial". La Corte aclaró que de hecho una mujer que aborta dentro de las 12 primeras semanas del embarazo corre menos riesgos respecto su salud que una mujer que da a luz de manera normal.*

[972] ****Ibídem,* pp. 26-37.

Con base en la protección de la potencialidad de la vida humana, el punto de inflexión es la viabilidad. El interés del Estado no salta de "importante y legítimo" a "primordial" hasta que el feto sea capaz de vivir fuera del útero y, por ello, no se supera el Derecho de la mujer a elegir sino hasta después de las 24 semanas de embarazo. Una vez rebasado este período, la Corte otorgó al Estado la autoridad de prohibir el aborto, excepto en caso de peligro para la vida de la madre.

D. PRAXIS PRINCIPIALISTA EN MÉXICO.

Ahora toca el turno de analizar a nuestro país, por lo que acudiremos a nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, primero para analizar algunas de sus sentencias, y después para mostrar algunos criterios jurisprudenciales que consideramos relevantes para la presente investigación.

D.1. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Con la reforma judicial de 1994, se atribuye a la Corte una especial competencia de control de la constitucionalidad, por lo que el desempeño de la jurisdicción constitucional, inmanentemente trae aparejado el uso de los métodos interpretativos-aplicativos-argumentativos de los Principios Jurídicos. Veamos con los casos siguientes la evolución principialista de sus resoluciones.

1. CASO REQUISITOS PARA PARTIDOS POLÍTICOS.

El 10 de abril de 2008, la Suprema Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 170/2007, misma que fue promovida por el partido político del Trabajo, bajo el argumento de que se violó el proceso legislativo al momento de reformar y adicionar la Ley Electoral del Estado de Nayarit. Los conceptos que enuncia a efecto de convencer sobre su invalidez aparecen en el resultando Tercero de la sentencia, y fueron sintetizadas de la siguiente forma:

> *Las violaciones graves al procedimiento legislativo violan lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales, por la indebida fundamentación y motivación del acto de autoridad mediante el cual se aprobó la norma impugnada, por la falta de razonabilidad y la desmedida urgencia, falta de debate, con que se aprobó una reforma legal mediante un "mayoriteo" que no fue producto de un procedimiento legislativo democrático, sino de una reforma con dedicatoria, atendiendo a intereses*

particulares, que no de la generalidad, y que tiene un objetivo claro de obstaculizar los Derechos de asociación política-electoral de un número considerable de ciudadanos nayaritas que actualmente se encuentran en proceso de formación de un partido político, así como de los partidos políticos que les llaman "chicos", inobservando las disposiciones legales de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado y Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso, normas que en el procedimiento legislativo debieron adoptarse [sic], en armonía con las normas constitucionales citadas, no siendo razonable la urgencia y falta de reflexión que se advierte con claridad del estudio integral del contexto y de las circunstancias en que se desarrolló la reforma legal viciada de inconstitucionalidad desde la presentación de la iniciativa hasta su promulgación y publicación oficial... Los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que estima infringidos son: 9o, párrafo primero, 35, fracción III, 41, bases I y II, y 116, fracción IV. Lo constituye la falta de razonabilidad en el aumento desmedido de los requisitos para conservar el registro como partido político estatal, obstaculizando el Derecho de asociación en materia político-electoral. Lo anterior se advierte, estima, al aumentar de forma irracional y sin tener una base justificada en la realidad para establecer que ahora cuando un partido político estatal no obtenga el dos por ciento de la votación total en una sola elección, ya perdería el registro; lo que, aunado a que aumentaron el requisito para lograr un nuevo registro, y lo hicieron punto menos que imposible, que no legislaron las candidaturas ciudadanas, se colige que lo que quieren los partidos políticos mayoritarios es monopolizar el acceso a los cargos de elección popular.

Las consideraciones del Pleno la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para declarar que no había lugar a esta acción de inconstitucionalidad, y consecuentemente, para validar constitucionalmente, tanto los requisitos mínimos para continuar con registro, como los nuevos requisitos para lograr el registro de partidos políticos, fueron del tenor siguiente:

Por lo tanto, en un Estado Constitucional Democrático de Derecho, la Constitución impone ciertos requisitos de publicidad y participación, para la creación, reforma, modificación o supresión de las normas, sin los cuales no pueden éstas considerarse válidas, de modo que, para lograr el respeto de los principios de democracia y representatividad que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sólo reviste importancia el contenido de las leyes sino, además, la forma en que son creadas o reformadas, en virtud de que las formalidades esenciales del procedimiento legislativo resguardan o aseguran el cumplimiento de los principios democráticos.

Lo anterior se vincula estrechamente con los argumentos que este Tribunal Pleno sostuvo, al resolver la diversa acción de inconstitucionalidad 9/2005, en el sentido de que la violación a las formalidades del procedimiento legislativo no puede abordarse en esta sede constitucional, sino desde la consideración de las premisas básicas en las que se asienta la democracia representativa, elegida como modelo de Estado, de acuerdo con los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Federal, por lo que la evaluación del potencial invalidatorio de dichas irregularidades procedimentales debe intentar equilibrar dos principios distintos: por un lado, un principio que podríamos llamar de economía procesal, que apunta a la necesidad de no reponer innecesariamente etapas procedimentales, cuando ello no redundaría en un cambio sustancial de la voluntad parlamentaria expresada y, por lo tanto, a la necesidad de no otorgar efecto invalidatorio a todas y cada una de las irregularidades procedimentales identificables en un caso concreto y, por otro, un principio de equidad en la deliberación parlamentaria, que apunta, por el contrario, a la necesidad de no considerar automáticamente irrelevantes todas las infracciones procedimentales que se produzcan en una tramitación parlamentaria que culmina con la aprobación de una norma mediante una votación que respeta las previsiones legales al respecto.

Este último principio está estrechamente vinculado con la esencia y valor mismo de la democracia, como sistema de adopción de decisiones públicas en contextos caracterizados por el pluralismo político, como es el caso de México y de la mayor parte de las democracias constitucionales.

La democracia representativa es un sistema político valioso, no solamente porque, en su contexto, las decisiones se toman por una mayoría determinada de los votos de los representantes de los ciudadanos, sino porque aquello que se somete a votación ha podido ser objeto de deliberación por parte, tanto de las mayorías como de las minorías políticas. Es precisamente el

peso representativo y la naturaleza de la deliberación pública, lo que otorga todo su sentido a la reglamentación del procedimiento legislativo y a la necesidad de imponer su respeto, incluso, a los legisladores mismos, cuando actúan como órgano de reforma constitucional.

En efecto, la adopción de decisiones por mayoría es una condición necesaria de la democracia, pero no suficiente. No todo sistema que adopta la regla de la mayoría es necesariamente democrático. Junto a la regla de la mayoría, hay que tomar en consideración el valor de la representación política, material y efectiva de los ciudadanos, que tienen todos y cada uno de los grupos políticos con representación parlamentaria, así sean los minoritarios, como viene a subrayar el artículo 41 constitucional y el modo en que la aportación de información y puntos de vista por parte de todos los grupos parlamentarios contribuye a la calidad de aquello que finalmente se somete a votación.

El Pleno de la Suprema Corte realizó un análisis detallado del proceso legislativo nayarita determinando que:

En el presente caso, como se ha mostrado, se siguió, en lo general, el procedimiento legislativo ordinario, con las irregularidades no invalidantes precisadas, y la dispensa de segunda lectura del dictamen respectivo se realizó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso, dado que, como se ha establecido, se cumplió con los extremos de la disposición legal invocada, toda vez que, en primer término, se satisfizo el requisito de procedencia de la solicitud, en tanto que se efectúo cuando menos la primera lectura y, en segundo lugar, la Asamblea autorizó la dispensa de segunda lectura por el voto unánime del total de integrantes del Congreso. Por lo tanto, haciendo una evaluación del procedimiento legislativo en su integridad, se arriba a la conclusión de que las violaciones cometidas no son invalidantes.

Después de que la Suprema Corte determinó que dicha modificación y adición a la Ley Electoral del Estado de Nayarit, se dispuso a analizar la supuesta ausencia de razonabilidad en el aumento de los requisitos para conservar el registro como partido político estatal aducido por el partido político del trabajo, tema que nos interesa en la presente investigación, pues es precisamente en esta parte, en donde se aplica el principio de proporcionalidad en su sentido integral. Retomando el Considerando Sexto, la Corte razonó que:

El Partido del Trabajo sostiene que el artículo 70, fracción II, de la Ley Electoral del Estado de Nayarit es inconstitucional, pues infringe lo dispuesto en los artículos 9º, párrafo primero, 35, fracción III, y 41, párrafo segundo, fracciones I y II, y 116, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de la falta de razonabilidad en el aumento desmedido de los requisitos para conservar el registro como partido político estatal, obstaculizando el Derecho de asociación en materia político-electoral.

Lo anterior se advierte, según el promovente, al aumentar, de forma irracional y sin tener una base justificada en la realidad, los requisitos para la pérdida de registro, al establecer ahora que, cuando un partido político estatal no obtenga el dos por ciento de la votación total en una sola elección, perderá el registro, lo que, aunado a que 1) aumentaron el requisito para lograr un nuevo registro, haciéndolo menos que imposible, y que 2) no legislaron las candidaturas ciudadanas, se colige que lo que quieren los partidos políticos mayoritarios es monopolizar el acceso a los cargos de elección popular.

Al efecto, el análisis debe comprender también el escrutinio de la norma general impugnada mediante un juicio de razonabilidad o proporcionalidad.

Dado que, como se adelantó, la libertad de asociación en materia política está en la base de la formación de los partidos políticos y esa libertad constituye un Derecho Fundamental de carácter político, es necesario examinar si la distinción establecida por el Legislador ordinario en la norma general impugnada satisface o no el principio de razonabilidad o proporcionalidad, habida cuenta del argumento de desigualdad en la contienda electoral planteado por el partido político promoverte.

En particular, la cuestión por dilucidar es si tiene o no una base objetiva y razonable la decisión del Legislador local a favor de la distinción entre partidos políticos de nueva o reciente creación y partidos políticos con antecedentes electorales para efectos de su integración en una coalición o para fusionarse.

Al efecto, se realizará un juicio de razonabilidad o proporcionalidad de la diferenciación establecida por el Legislador, a través de un examen que permitirá aclarar analíticamente los pasos argumentativos del control abstracto de constitucionalidad. Ante todo, es preciso explicitar las siguientes premisas básicas:

En primer término, el principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En segundo término, acorde con la premisa anterior, no toda diferencia introducida por el Legislador ordinario es automáticamente indebida o ilegítima. Si bien en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido.

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la Ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la Ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la Ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el Legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el Legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el Legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el Legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la Ley y los bienes y Derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y Derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un Derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el Legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el Legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

En tercer término, conforme con la igualdad de oportunidades que corresponde a los partidos políticos, deben estar sujetas a un escrutinio estricto las normas generales que se impugnen que permitan a las mayorías bloquear los canales de cambio, negando acceso al poder político a aquellos partidos políticos que actualmente no lo tienen.

El que se trate de un escrutinio estricto implica que la distinción introducida por el Legislador ordinario debe ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente válido, esto es, admisible dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, sin que sea suficiente que la medida legislativa esté potencialmente vinculada con la realización de tales fines.

En cuarto término, como se anticipó, es necesario realizar una interpretación sistemática y, por lo tanto, armónica de lo dispuesto en las disposiciones constitucionalmente aplicables, específicamente lo dispuesto en los artículos 9º, 35, fracción III, 41, párrafo segundo, fracción I, 116, fracción IV, y 134, párrafo sexto,66 de la Constitución Federal.

En el dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales del Congreso del Estado de Nayarit se ofreció la siguiente razón en favor de la norma general impugnada:

Uno de los puntos delicados de la presente reforma pero que indudablemente justifica su incorporación es la estipulación en el sentido de que los partidos políticos de reciente creación deberán contender de manera individual en el proceso electoral local posterior a su creación.

Se dice que por sí sola se justifica dicha incorporación, ya que es de sana lógica jurídico-política que las fuerzas electorales representadas a través de los partidos políticos de reciente creación deben justificar la viabilidad de su existencia contendiendo por sí solos, sin formar coaliciones o fusionarse, para que dejen entrever que su existencia depende de la voluntad popular y no de la de grupos de interés.

Ahora bien, la distinción bajo análisis tiene una justificación razonablemente objetiva en función de las finalidades constitucionales asignadas a los partidos políticos, a saber: i) promover la participación del pueblo en la vida democrática del país; ii) contribuir a la integración de la representación nacional/local, y iii), como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Lo anterior en el marco de un sistema de partidos plural y competitivo.

En tal virtud, mediante la distinción bajo escrutinio, el Legislador ordinario pretende consolidar un sistema de partidos funcional en el que cada uno de sus componentes constituya una opción real para acceder, en igualdad de oportunidades, al poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que cada partido político postula y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Será la actividad de cada partido político de nueva creación en el proceso electoral y, en forma decisiva, el sufragio ciudadano el que determine si permanece o no como una entidad de interés público, con los consecuentes Derechos y prerrogativas electorales. El Legislador ordinario ha considerado que para que un partido político pueda integrarse en una coalición es necesario que, primeramente, acredite, por sí mismo, una suficiente fuerza electoral. Además de tener una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, la medida legislativa bajo escrutinio cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como se muestra a continuación.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto, a su vez, de diversos sub-principios:

1. Idoneidad: toda interferencia de los Derechos Fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

2. Necesidad: toda limitación de los Derechos básicos debe realizarse a través de la medida más favorable (o menos restrictiva) para el Derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objeto pretendido.

3. Proporcionalidad en sentido estricto: la importancia del objetivo debe estar en una relación adecuada con el significado y alcance del Derecho intervenido. Si el Legislador ha establecido una diferenciación como un medio para alcanzar un determinado fin constitucionalmente válido o admisible, ese medio debe ser proporcional a dicho fin y no producir efectos desmesurados o desproporcionados para otros bienes y Derechos constitucionalmente tutelados.

Si una intervención de los Derechos Fundamentales no satisface el criterio de proporcionalidad en sentido amplio enunciado, entonces debe ser declarada constitucionalmente inválida.

En el presente caso, la medida legislativa es idónea, toda vez que contribuye a alcanzar un fin constitucionalmente válido, como lo es que los partidos políticos constituyan entidades de interés público funcionales para alcanzar los fines que tienen constitucionalmente encomendados, específicamente el hacer posible el acceso de los ciudadanos al poder público.

La norma general reclamada es necesaria, ya que, dado el fin constitucionalmente válido de incentivar una competencia democrática en la que participen partidos políticos en un contexto de igualdad de oportunidades, entre las medidas idóneas para alcanzar ese objetivo constitucionalmente válido, constituye la medida más favorable o menos restrictiva para el Derecho intervenido, en tanto que, tomando en cuenta la propiedad relevante consistente en "ser partido político de nueva creación", entre permitir que pueda integrarse en coalición y prohibir que lo haga en el proceso electoral inmediato posterior a su registro legal, se estima que la prohibición es menos gravosa o menos restrictiva a la libertad de asociación en materia política.

La norma general impugnada cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que si bien el Legislador ordinario tiene una amplia libertad conformadora dentro de los límites establecidos por la propia Constitución Federal, ese margen (como se ha establecido) no sólo debe ser razonable, sino que debe procurar una adecuada concordancia entre la libertad de asociación en materia política y otros bienes y Derechos constitucionalmente protegidos, que, en el caso, están constituidos por la finalidad perseguida (incentivar una competencia democrática en la que participen partidos políticos en un contexto de igualdad de oportunidades), así como por la necesidad de consolidar un sistema de partidos más competitivo, razones que encuentran sustento en lo dispuesto en el artículo 41, fracción I, de la Constitución Federal.

Como se indicó, aunque, conforme con lo dispuesto en la norma general impugnada, los partidos políticos estatales durante su primera elección inmediata posterior a su registro no podrán integrarse en una coalición o fusionarse, no les está impedido legalmente participar individualmente

en el proceso electoral. Tampoco les está vedado, para ulteriores procesos electorales, integrarse en una coalición o fusionarse si es que mantienen vigente su registro legal y cumplen, además, con los requisitos que exija la Ley.

2. CASO BANDERA.

Ahora toca el turno de analizar el caso que se conoce como *bandera o* el caso del *poeta maldito*, el que como se podrá apreciar, muestra un conflicto entre lo que representa la libertad de pensamiento, de expresión literaria y por otro lado, el respeto cívico a los símbolos patrios. Advertimos que sobre todo centraremos nuestra atención en el voto de minoría que formulan los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Brevemente diremos que este famoso caso consistió en que el Sr. Witz escribió y publicó en abril de 2002, un poema intitulado (La Patria entre mierda), el cuál decía:

"Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta."

El Ministerio Público Federal inició averiguación previa y finalmente consignó al poeta ante un Juez de Distrito en Campeche, por la comisión del delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal. El Juez de Distrito dictó auto de sujeción a proceso el 3 de octubre de 2002. El procesado apeló. El Tribunal Unitario confirmó el auto. En contra de esta determinación de alzada y del artículo 191 del Código Penal Federal, se promovió amparo indirecto ante un diverso Tribunal Unitario de Circuito. Éste negó y sobreseyó. En contra de este fallo, el quejoso promovió revisión, en la que el Tribunal Colegiado, reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *exclusivamente* para conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad contra el artículo 191 del Código Penal Federal.

Los argumentos *in genere* del poeta eran que:

"...no existe delito que perseguir porque, en primer lugar, lo ampara la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permite la libre expresión de "ideas; en segundo lugar, el poema 'INVITACIÓN (La patria entre mierda)' no puede considerarse delito, pues su estilo o forma personal de escribir sobre un tema está basado en un lenguaje real, cotidiano, crudo, escatológico, el cual en ocasiones se puede interpretar por algunas personas que no conocen la teoría o el desarrollo actual de la literatura, como obras ofensivas por el tema o los términos utilizados; en tercer plano, añadió que en nuestro país existen muchos ejemplos de poemas como el de su autoría, los cuales son conocidos como poesía de compromiso o crítica social, presentando dos textos, el primero de Jaime Sabines, titulado 'Diario Oficial' y el segundo de nombre 'Alta Traición' de José Emilio Pacheco, y concluyó apuntando que su intención al escribir el poema en ningún momento fue de ofender o ultrajar a la bandera ya que como mexicano está orgulloso de ella así

como por lo que representa para la historia, sólo que un escritor puede utilizar diferentes estilos al hacer una obra literaria, para lo cual anexó un poema sobre los símbolos patrios en donde emplea un lenguaje diferente, aclarando que toda obra literaria es polisémica, pues tiene muchos y diversos significados según el tiempo y la época en que se escribe…"

El 5 de octubre de 2005, la Sala en sesión pública, resolvió el Amparo revisión *A. R. 2676/2003* en comento y por 3 votos frente a 2, decidió *no amparar ni proteger a Sergio Hernán Witz Rodríguez*, en contra de los actos que reclamaba. Los argumentos de la mayoría fueron esencialmente:

La litis en el presente asunto se circunscribe a determinar si el artículo 191 del Código Penal federal, el cual tipifica el delito de ultraje al pabellón nacional, resulta contrario al Derecho a la libre manifestación de ideas y a la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, consagrado en los artículos 6°y 7°de la Constituc ión Política de los Estados Unidos Mexicanos. En otro orden de ideas, la posibilidad de ultrajar –con lo que esto significa– sea a las personas, sea a las instituciones, sea a los símbolos patrios, no puede tener un apoyo en la libertad de expresión que establece la Constitución; en un Estado donde el ultraje se estime como un ejercicio ordinario del Derecho a la manifestación de las ideas, sí se afectaría gravemente la convivencia social.

En el caso del artículo 191 del Código Penal federal se está frente a uno de los límites constitucionales de la libertad de expresión, y dicho en pocas palabras, quien ultraja a otro, no puede tener como respaldo la libertad de expresión que establece la Constitución, pues ésta, es suma de los Derechos y límite de los deberes, no autoriza a nadie a ultrajar y menos cuando la propia Carta Magna protege de forma tan específica a ciertos entes.

Así, el tipo penal en cuestión no impide la libre manifestación de ideas ni vulnera la libertad de escribir y publicar textos y expresar las convicciones que se tengan a favor o en contra de la bandera nacional, sino sólo aquéllas que sean vertidas para ajarla, ofenderla, mancillarla. Conforme a lo manifestado, en la materia de la revisión competencia de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación procede negar el amparo solicitado en contra del artículo 191 del Código Penal federal; y, reservar jurisdicción al Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, con residencia en la ciudad de Cancún, Quintana Roo, respecto de los agravios que atañen a la legalidad del acto de aplicación impugnado.

No compartiendo la decisión de mayoría, los Ministros Cossío Díaz y Silva Meza, formularon voto minoritario en el que adujeron las siguientes razones:

La primera Sala emitió el pasado cinco de octubre una resolución que incide en la delimitación del ámbito de protección que tiene en nuestro país uno de los Derechos Humanos más básicos: la libertad de expresión. Y lo ha hecho de un modo que, a nuestro juicio, refleja un entendimiento equivocado del contenido y alcance de dicho Derecho, así como de la manera en que un Estado democrático puede condicionar su libre ejercicio mediante normas de rango legal y, en particular, mediante normas de naturaleza penal.

Las libertades fundamentales a expresarse y a publicar escritos. Como es generalmente aceptado, la libertad de expresión es uno de los Derechos que radican en el núcleo mismo del Estado Democrático de Derecho. Testimonio de ello es su consagración en los principales instrumentos internacionales de Derechos de los que México es parte, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13). Dicha libertad contiene una primera faceta esencialmente negativa e individual, desde la que destaca su condición de Derecho que impone al Estado el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos, y que asegura a estos últimos un importante espacio de creatividad y desarrollo individual. Pero la libertad de expresión e imprenta goza también de una vertiente pública, institucional o colectiva de inmensa relevancia. Tener plena libertad para expresar, difundir y publicar ideas es imprescindible no solamente para poder ejercer plenamente otros Derechos Fundamentales como el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el Derecho de petición o el Derecho a votar y ser votado, sino que constituye además un elemento funcional de esencial importancia en la dinámica de una democracia representativa.

En efecto; si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el Derecho los respeta y protege

en su posibilidad de expresar y publicar libremente sus ideas, es imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaces así de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático. En otras palabras, cada vez que un tribunal decide un caso de libertad de expresión o imprenta, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Así lo ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos… así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete primario de instrumentos internacionales que nos vinculan, en casos entre los que destaca la opinión consultiva 5/85, destacó lo siguiente:

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una conditio sine qua non para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre.

Esta relación entre libertad de expresión y práctica democrática, así como la idea de que la misma confiere un "plus" a la primera, cuando su ejercicio interactúa con otros Derechos y bienes que los órganos jurisdiccionales no pueden obviar, está en el centro de lo que podemos llamar la "teoría estándar de la libertad de expresión", que es aplicada y salvaguardada por las Cortes Constitucionales de los Estados democráticos y de Derecho de nuestro tiempo.

Es importante subrayar que el Derecho que nuestra Constitución Federal garantiza no es simplemente un Derecho a expresarse, sino un Derecho a expresarse libremente. La libertad de expresión, en otras palabras, protege al individuo no solamente en la manifestación de ideas que comparte con la gran mayoría de sus conciudadanos, sino también de ideas impopulares, provocativas o, incluso, aquellas que ciertos sectores de la ciudadanía consideran ofensivas. La libertad de expresión es, en muchos sentidos, un Derecho al disenso, y esta dimensión dota de pleno sentido al hecho de que la Constitución Federal la consagre como un Derecho Fundamental que, como es sabido, es una figura jurídica cuya razón de ser es la salvaguarda del individuo frente a la decisión de las mayorías. Los Derechos tienen por naturaleza un carácter contramayoritario que obliga a desvincular su contenido y alcance protector de las opiniones y determinaciones tomadas por las mayorías en un cierto momento histórico.

Lo anterior no significa que las libertades de expresión e imprenta no tengan límites. Como cualesquiera otros Derechos, no son libertades ilimitadas. La Constitución federal realiza una enumeración explícita de cuáles son aquéllos.

No hay duda de que el Legislador puede dar especificidad a los límites a las libertades de expresión e imprenta contemplados de manera genérica en la Constitución, y de que el Código Penal no puede ser, prima facie, excluido de los medios de los que puede valerse a tal efecto. Sin embargo, tampoco es dudoso que la labor del Legislador penal debe poder cohonestarse en todos los casos con unas previsiones constitucionales que no dan carta blanca a las autoridades públicas a la hora de desarrollar y concretar los límites a los mismos, sino que les obligan a examinar de modo muy cuidadoso los casos en que la libertad de expresión entra en conflicto con bienes jurídicos o Derechos que la Constitución configura como límites a la misma y a ponderar sus diversas exigencias. De lo contrario, se pondría en riesgo el carácter supralegal de los Derechos Fundamentales y se otorgarían atribuciones extraordinarias al Legislador ordinario, representante de ciertas mayorías históricas y, por ende, contingentes.

Toda actuación legislativa que efectúe una limitación a los Derechos de libre expresión e imprenta, con la pretensión de concretar los límites constitucionales previstos debe, por tanto, respetar escrupulosamente el requisito de que tal concreción sea necesaria, proporcional y por supuesto compatible con los principios, valores y Derechos constitucionales. El cumplimiento de estos requisitos es especialmente importante cuando dichos límites son concretados mediante el Derecho Penal que, como es sabido, es el instrumento de control social más intenso con el que cuenta el Estado, lo cual exige que su uso esté siempre al servicio de la salvaguarda de bienes o Derechos con protección constitucional clara.

Será obligado, pues, considerar constitucionalmente ilegítimas aquellas determinaciones legislativas que afecten el ejercicio del Derecho a la libre expresión de un modo que demuestre claramente que el Legislador se ha apartado de su obligación de equilibrar de una manera proporcionada las exigencias que derivan de este Derecho, con las exigencias de resguardar los bienes y Derechos mencionados, por vía de limitación, en los artículos 6° y 7° de la Constitución,

cuyo alcance, hay que subrayarlo también, debe delimitarse a la luz de la totalidad de las disposiciones constitucionales.

La inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal:

En este contexto, el delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal federal no puede considerarse, a nuestro entender, una concreción constitucionalmente legítima de los límites constitucionales a la libertad de expresión e imprenta –los cuales, haciendo una interpretación conjunta de lo establecido en los artículos 6° y 7° , se concretan en la necesidad de no atacar la moral, los Derechos de tercero (y en especial la vida privada), no provocar algún delito y no perturbar el orden público o la paz pública–.[973]

Empecemos por la necesidad de que el ejercicio de la libertad de expresión no "ataque la moral". No cabe duda que el concepto de moral tiene una carga emotiva y una dimensión valorativa muy grande, y que difícilmente podrá desprenderse de su condición de concepto esencialmente controvertido. Ello no significa, sin embargo, que sea imposible darle concreción a los efectos de la interpretación constitucional. Lo que sí es claro, es que dicha concreción no puede venir dada por lo dispuesto, por ejemplo, por la Ley sobre Delitos de Imprenta publicada el doce de abril de 1917, frecuentemente invocada en el contexto de las discusiones sobre la libertad de expresión: si lo que queremos es interpretar el significado de los límites constitucionales del Legislador (entre otras autoridades) en materia de la libertad de expresión, es obvio que no podemos delegarle a él la definición de tales límites, pues ello lo convertiría en un sujeto que decide acerca de la constitucionalidad de sus actos, en lugar de que la misma sea evaluada por un órgano jurisdiccional a la luz de lo dispuesto en la Carta Magna.

La resolución del presente caso, sin embargo, no nos obliga a proporcionar una definición exhaustiva del término "moral", sino más sencillamente a precisar lo que no puede entenderse comprendido en la mención que a la misma se hace en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En este sentido, hay que afirmar que el término "moral" que la Constitución menciona como límite expreso a la libertad de expresión e imprenta, no puede hacerse coextensivo con la moral "social" de un grupo determinado, esto es, no puede identificarse con el conjunto de normas culturales que prevalecen en una sociedad y en una época determinadas, plasmadas en sus costumbres, tradiciones y estados de opinión más extendidos. El término "moral" mencionado en los artículos constitucionales que nos ocupan, debe entenderse de un modo muy restrictivo como equivalente de la moral "pública", esto es, el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo prevalecientes en un determinado núcleo social, sin que puedan incorporarse dentro de esta categoría juicios sobre las más variadas cuestiones que acontecen socialmente.

Si se interpreta el término "moral" de modo más extenso, se convierte en una cláusula con un evidente potencial para desnaturalizar la libertad de expresión, en vez de simplemente limitarla. De poco serviría en la realidad la garantía de la libertad de expresión e imprenta protegida como Derecho Fundamental por la Constitución federal, si los individuos sólo pudieran ejercerla hasta el límite de no contrariar la moral social imperante en la comunidad en la que viven, la cual, como es sabido, incluye a menudo creencias totalmente incompatibles con el necesario respeto a los Derechos Fundamentales de todas las personas, e intolerantes con el pluralismo ideológico, político y filosófico inherente a las sociedades modernas. De nuevo, hay que subrayar que sería imposible proteger la vigencia de un Derecho Fundamental entendido como un Derecho individual al disenso, si el término "moral" se definiera de un modo no estrictamente condicionado por la necesidad de fomentar el pleno ejercicio de las libertades individuales fundamentales y el desarrollo desinhibido de la vida democrática.

El artículo 191 impone a todos los individuos el deber de aceptar el significado simbólico de ciertos objetos tal y como es formulado por ciertos sectores sociales, así sean estos mayoritarios, coartando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente. Dicho precepto legal legitima la imposición de una pena para todos aquellos que se atrevan a disputar o desconocer, de palabra o de obra, en público o en privado, el significado simbólico que las mayorías le otorgan a ciertos objetos. El efecto del artículo examinado es obligar a los individuos a no controvertir, en ningún caso, ciertas convicciones políticas, y no simplemente asegurar la protección del núcleo de convicciones morales sobre lo bueno y lo malo, básicas y fundamentales, de una sociedad, haciendo nugatorio el Derecho Fundamental a la libre expresión y la base del pluralismo político que nuestra Constitución garantiza al más alto nivel.

---

[973] ***El artículo 191 del Código Penal Federal dispone que "al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones a juicio del Juez".

Hay ciertamente muchas maneras de entender la moral y muchas maneras de entender qué es lo debido, correcto y conveniente en materia política, y sin duda el debido respeto a la moral impone ciertas restricciones a lo que puede decirse y hacerse en materia política. Sin embargo, el marco constitucional que nos rige no autoriza que estas restricciones morales sean entendidas de modo que permitan imponer a los individuos, bajo amenaza de sanción penal, qué significado político simbólico deben atribuir a ciertos objetos, porque ello equivaldría a despojar de toda significación a la libertad de expresión e imprenta constitucionalmente protegidas.

No soslayamos, en conclusión, que el escudo y el pabellón nacionales son, ciertamente, objetos dotados de un alto contenido simbólico para un número importante de mexicanos. Que ello sea así, sin embargo, en modo alguno significa que todos y cada uno de los ciudadanos mexicanos deban, bajo amenaza de sanción penal, conferirle un valor simbólico idéntico, o un valor simbólico invariablemente positivo. Precisamente por las posibles diferencias existentes en la consideración que se otorga a tales objetos, hay que reconocer que la amenaza de sanción penal a quienes no adopten los símbolos de la mayoría o, al menos, les confieran un valor diverso, no es aceptable en nuestro orden jurídico; estas manifestaciones de diferencia constituyen el contenido esencial de la libertad de expresión y, por tanto, la discrepancia en el significado simbólico no puede dar lugar a un ataque a la moral pública. Ver en las diferencias de entendimiento o valoración de ciertos símbolos un ataque a la moral que justifique una restricción a la libertad de expresión, es tanto como abogar por la imposición de una homogeneidad social moralizante y una particular visión nacionalista, lo cual es claramente incompatible con el avance hacia la sociedad abierta y democrática que nuestra Constitución postula.

Es difícil, desde esta perspectiva, considerar al delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal federal sea un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público, porque ello significaría tanto como presumir, ex ante, que ciertas modalidades de ejercicio del Derecho a la libertad de expresión e imprenta, ocasionarán una alteración de la paz pública, presunción que resulta incompatible con una postura comprometida con la plena vigencia de los Derechos Fundamentales. Si el ejercicio de la libre expresión provoca o no una alteración a la paz y al orden público es algo que, en un Estado Democrático de Derecho, sólo puede precisarse ex post y a la luz de las pruebas sobre lo sucedido en un caso concreto, sin que sea legítimo usar el Código Penal para realizar conclusiones apriorísticas al respecto. De nuevo, hay que decir que las alteraciones al orden público debidamente acreditadas, podrán legítimamente tratarse en procesos orientados a establecer la comisión de delitos cuyo objeto específico es evitarlas.

Desde esta perspectiva, hay que destacar que la Constitución Federal no incluye a la bandera y el escudo entre los bienes constitucionalmente valorados y protegidos. La Constitución menciona en algunos puntos a los símbolos patrios, pero ello no permite considerarlos "bienes constitucionalmente protegidos", situados a un nivel comparable al de los Derechos Fundamentales individuales. Las referencias textuales son reveladoras al respecto.

La tesis de esta Suprema Corte que algunos de los Ministros que han conformado la mayoría han sacado a colación, refleja precisamente que en el contexto de nuestro ordenamiento no existe un Derecho Fundamentala recibir una educación absolutamente ajena al afán de fomentar el amor a la patria.[974] *Sin embargo, sí existe un Derecho Fundamental a que, en otros contextos, los ciudadanos no puedan ser obligados a sentir amor por la patria (o más exactamente, por los objetos que tradicionalmente la han simbolizado), bajo amenaza de una sanción penal que puede acarrear incluso la pérdida de su libertad. Lo que el Estado quizá puede hacer por la vía de la educación, no puede hacerlo mediante su instrumento más virulento y delicado –el Derecho Penal–…*

Lo que es, sin embargo, claramente incompatible con nuestro marco constitucional, es que el Estado (en este caso el Legislador) decida defender "hasta las últimas consecuencias" –esto es, mediante el uso del Derecho Penal– este icono simbólico mayoritario, sacrificando Derechos Fundamentales de los individuos que, a diferencia de la bandera, sí están protegidos por la Constitución. Como un Juez de la Corte Suprema estadounidense dijo en cierta ocasión, utilizar el Derecho Penal para "defender la bandera" contradice la idea misma de libertad que la bandera representa. La operación simbólica de ver en una bandera un emblema del Estado Democrático de Derecho en el que se pretende vivir, se convierte en algo totalmente hueco si el Derecho Penal impide la plena vigencia del Derecho de cada individuo a manifestar libremente sus opiniones en materia política.

No es ocioso concluir estos razonamientos con una reflexión acerca de la pena contemplada por el artículo examinado. Las personas que realicen la conducta tipificada por el artículo 191 del Código Penal federal, serán condenadas a una pena de seis meses a cuatro años de prisión, o a

974 ***Vid.* la Tesis jurisprudencial 41/94 de la Cuarta Sala de la Octava Época, visible en la página 20 del Tomo 82 del Semanario Judicial de la Federación, de rubro "TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL".

una multa de cincuenta a tres mil pesos, o a ambas sanciones, a juicio del Juez. Una previsión que permitiría, en este caso concreto, recluir al autor de un poema en una prisión hasta por cuatro años demuestra que el Legislador no ponderó adecuadamente los elementos constitucionales relevantes y, en concreto, la necesidad de equilibrar los límites constitucionales a la libertad de expresión con el ejercicio verdaderamente libre de la misma.

LA CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL FUE LA SIGUIENTE:

De los argumentos desarrollados se desprende, en conclusión, que el artículo 191 del Código Penal federal ha de considerarse violatorio de la libertad de expresar ideas y escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Dicho precepto posibilita la sanción de conductas que no pueden relacionarse con la necesidad de evitar perturbaciones al orden o a la paz pública, ni de evitar que la gente incite a la comisión de delitos, ni con la necesidad de proteger la moral y los Derechos de los terceros. La pretensión del Legislador de imponer, mediante un instrumento que en un Estado Democrático es siempre de ultima ratio –el Derecho Penal–, significados simbólicos ligados esencialmente a las convicciones políticas de los individuos, desconoce la libertad fundamental de expresar ideas que en dicho ámbito les atribuye la Constitución federal.

Por todo ello, estamos en contra de la resolución apoyada por la mayoría. Lo que nos correspondía determinar como Primera Sala de la Suprema Corte, no podemos olvidarlo, no es si el señor Witz escribió un buen o un mal poema, o si nosotros diríamos de la bandera nacional lo mismo que él dice. Lo que nos competía determinar es aquello que una persona tiene Derecho a decir en México sin sufrir una persecución penal que lo marca de por vida y que lo puede llevar incluso a la cárcel. Lo que nos correspondía, en definitiva, era garantizar el ámbito de protección de un Derecho Fundamental y emitir una resolución que diera plena operatividad práctica a lo que nuestra Constitución establece, otorgando plena vigencia a los Derechos civiles de los ciudadanos, elemento sobre el cual debe apoyarse la construcción de la democracia que nuestra Constitución prevé. Ello nos obligaba a amparar al quejoso contra el artículo 191 del Código Penal federal, como medida imprescindible para salvaguardar el núcleo de su Derecho a expresarse libremente en nuestro país, y a difundir las propias ideas mediante la publicación de escritos.

Amparar al quejoso en esta instancia no implicaba –es importante subrayarlo– hacer una declaración general de inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal federal, ni expulsarlo definitivamente del ordenamiento jurídico. Como es propio del Juicio de Amparo en nuestro sistema jurídico, mediante el cual no se ejerce un control de constitucionalidad de la Ley con efectos erga omnes, sino inter partes, esto es, para el caso concreto y no de manera abstracta, el delito de ultraje a los símbolos patrios se mantendría en el Código Penal y podría constituir el parámetro para perseguir penalmente las conductas que así lo ameriten. En un caso como el que hemos debatido, sin embargo, en el cual está en juego la preservación del contenido esencial de la libertad de expresión (pues escribir poemas es quizá la manifestación más clásica y menos controvertida de esta libertad), el respeto al orden constitucional obligaba a esta Sala a declararlo inaplicable, pues el simple hecho de dejar la puerta abierta a un Juez para que pueda utilizarlo para calificar penalmente la conducta del señor Witz implica legitimar una violación a las libertades más básicas de este último.

3. CASO DEL ABORTO.

El 24 de abril de 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó el "Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal". Con respecto al Código Penal para el Distrito Federal, las reformas establecían una nueva definición de aborto, y despenalizan la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, siempre y cuando la interrupción del embarazo se realice antes de que se cumplan las doce semanas de gestación. En los casos en que la interrupción del embarazo se realice con el consentimiento de la mujer pero después de la doceava

semana de gestación, tanto ella como las personas que la auxilien serán sancionadas. De igual manera se establecen sanciones al que hiciera abortar a una mujer sin su consentimiento.

En lo que concierne a las reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal se estableció la obligación de las instituciones de salud del gobierno del Distrito Federal para atender las solicitudes de interrupción del embarazo, y para implementar políticas públicas de promoción de la salud sexual y reproductiva.

El 26 de abril de 2007, el Decreto es publicado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

El 24 de mayo de 2007, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República presentaron ante la Suprema Corte, sus respectivas demandas de Acción de Inconstitucionalidad en contra del Decreto mencionado.

El 25 de mayo de 2007 fueron turnadas para su trámite al Ministro Salvador Aguirre Anguiano, quien con fecha 28 de mayo de 2007, los demandados fueron admitidosdecretando la acumulación respectiva.

Debido a la trascendencia del fallo que se aproximaba y en aras de la transparencia y democracia, la Corte realizó diversas acciones, abrió un micrositio con toda la información sobre este caso y relacionados, así también realizó una serie de audiencias públicas donde participaron diversas personas y argumentos en pro y en contra.

Después de analizarse por parte de los Ministros, durante más de 17 horas de sesión, las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada147/2007, el 28 de agosto de 2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que es constitucional la norma que despenaliza el aborto en el Distrito Federal hasta la semana 12 de gestación, emitida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Algunos de los argumentos que realzan el tema de los Principios Jurídicos y su tratamiento, y sobre todo, su gran actualidad, fueron expuestos de la siguiente manera en este trascendental, o en términos dworkianos, “*difícil caso”*, o en términos de Atienza *“trágico caso”.*

En primer lugar, la Asamblea Legislativa, identificó en todo momento, que la reforma implicaba una colisión de derechos y que por tal motivo, sería necesario realizar una ponderación de los mismos. Así lo demuestran diversas consideraciones

que fueron incluidas en el dictamen aprobado por el Pleno de esta instancia legislativa:[975]

> *Las Comisiones Unidas estiman que la anterior propuesta es una fórmula que al mismo tiempo que representa una adecuada protección a la vida en gestación; ya que subsiste la regla general de la penalización del aborto, también reconoce la necesidad de que sea fortalecido el pleno disfrute de los Derechos Fundamentales de las mujeres embarazadas, garantizando simultáneamente la realización de éstos. Estas Comisiones Unidas consideran que como consecuencia de su potestad de configuración, el Legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que impliquen una afectación de la vida en gestación como bien constitucionalmente protegido… En este dictamen se parte de la premisa de que la esfera de Derechos Fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, establece un límite negativo a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, y que en un Estado laico como lo es nuestro país, los legisladores están obligados a atender al bien común y a conciliar, en la medida de lo posible, los Derechos, intereses y posiciones ideológicas divergentes, características de las sociedades democráticas.*
>
> *Las Comisiones Unidas consideran que la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los Derechos Fundamentales de la mujer, ya que parte del principio de que el Estado no puede imponer de manera indiscriminada una penalización del aborto cuando el embarazo produce a juicio de la mujer una afectación de modo sustancial en sus Derechos Fundamentales.*
>
> *Por otro lado, las Comisiones Unidas concluyen que el establecimiento del plazo de doce semanas utilizado en la reformulación del tipo penal previsto en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, que es objeto de este dictamen, satisface un criterio de razonabilidad y, por ende, que no resulta arbitrario, dado que de acuerdo al actual conocimiento científico existen razones biomédicas que permiten una diferenciación cualitativa entre el desarrollo gestacional que se alcanza hasta el término de la décima segunda semana de embarazo y el que es consecuencia de una mayor edad gestacional.*

Por su parte, el Ministro Aguirre Anguiano, en su calidad de ponente, presentó proyecto[976] que apoyaba la inconstitucionalidad de las reformas, y por ende, no estaba de acuerdo con liberar la pena del aborto en las primeras 12 semanas. Uno de los razonamientos que sostenían su decisión fue, que dicha reforma no superaba el test de proporcionalidad. En su ponencia, el Ministro Aguirre consideró que no eran razones válidas las aducidas por la Asamblea. Así expreso que:

> *En relación a las anteriores motivaciones, debe señalarse que las mismas carecen de sustento porque como se analizó, el Derecho a la vida se consagra en la Constitución sin restricción alguna, por lo que al Legislador ordinario le está vedado limitarlo… Además, aunque se considerara que el Derecho a la vida pudiera ser limitado, en el caso no se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica que este Tribunal Pleno ha determinado deben cumplirse para el desarrollo de los límites de las garantías individuales y la regulación de sus posibles conflictos por parte del Legislador.*
>
> *Así, la limitación a una garantía individual debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.*

---

[975] ***Este dictamen aparece en el sitio oficial de la Asamblea del Distrito Federal, *http://www.asambleadf.gob.mx/*

[976] ***Este proyecto de sentencia puede leerse en el sitio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el link *http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/00f/336/PROYECTO_20DE_20SENTENCIA.pdf.*

Por lo que se refiere a las finalidades perseguidas por la Asamblea Legislativa al expedir el Decreto impugnado, a saber, solucionar el problema de embarazos no deseados y el de salud pública generado por la práctica clandestina de abortos, en principio, éstos resultan constitucionalmente legítimos, en tanto responden a una realidad social que requiere la regulación y adopción de las medidas legales pertinentes.

Sin embargo, las medidas establecidas por el órgano legislativo del Distrito Federal, consistentes en la reformulación del tipo penal de aborto para dejar a la mujer en libertad de interrumpir su embarazo hasta la doceava semana de gestación y definir el concepto de embarazo como "la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio", no resultan adecuadas para lograr los fines perseguidos, pues nulifican en forma absoluta el Derecho a la vida del "nasciturus" en el periodo comprendido desde la fecundación hasta finalizar la décimo segunda semana de gestación, computadas las semanas a partir de la implantación del embrión en el endometrio, además de constituir una medida que pone en riesgo la vida y la salud de la madre… En efecto, por lo que se refiere a la nulificación del Derecho a la vida del concebido, si precisamente el objetivo del procedimiento de interrupción del embarazo es causar la muerte de la concepción, es claro que se nulifica su Derecho a la vida en forma absoluta y total.

Por tanto, no puede ser criterio para considerar que un Derecho no se nulifica en forma total, el hecho de que no se prive del mismo a la totalidad de los individuos sino únicamente a unos cuantos en razón de su edad, como lo hace la Asamblea Legislativa, pues ello atenta contra el principio de universalidad de los Derechos Fundamentales y de no discriminación. Un Derecho Fundamental se nulifica cuando se establece su privación en forma absoluta con independencia del número de individuos que resulten afectados.

Asimismo, la medida resulta inadecuada en tanto que atenta contra el Derecho a la protección de la salud de la mujer embarazada. Debe partirse del hecho científicamente comprobado de que el embarazo no es una enfermedad sino parte del proceso biológico de reproducción de la especie humana.

A lo anterior, debe añadirse que existen otras medidas pertinentes para dar solución a la problemática social referida que ponderan los Derechos de la mujer con la vida del producto de la concepción, sin nulificar ninguno de ellos, como se verá con posterioridad al analizar la proporcionalidad de la medida legislativa.

Asimismo, importa resaltar que el Derecho de autodeterminación del cuerpo de la mujer no se afecta de manera definitiva con el embarazo no deseado, ya que sólo implica un retardo en el ejercicio de este Derecho mientras se produce el parto, sin que pueda darse el caso de afectación grave a su salud… De igual manera, el ejercicio de los demás Derechos de la mujer, como son los de procreación y el plan de vida, se afectan sólo de manera temporal dado que existen alternativas a su alcance, como es, por ejemplo, la adopción. Consecuentemente, resulta claro que ante limitaciones parciales a los Derechos de la mujer frente a una nulificación absoluta y definitiva del Derecho a la vida del producto de la concepción, debe darse prevalencia a este último, máxime que el Derecho a la vida tiene carácter preeminente al ser el sustento y base de los demás Derechos Fundamentales.

La diferenciación en la tipificación legal combatida es desproporcional, porque es innecesaria para alcanzar las finalidades legítimas perseguidas, en razón de que existen alternativas a disposición del Legislador para dar debido respeto a los Derechos de la mujer sin nulificar el Derecho a la vida y salud del concebido, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

En efecto, a manera ejemplificativa y sin desconocer que corresponde al Legislador establecer las medidas pertinentes para atender la problemática social que se examina, se destacan como alternativas posibles a su disposición, por un lado, una política intensa de planificación familiar y educación sexual y reproductiva para evitar embarazos no deseados y, por el otro, existiendo aquéllos, proporcionar efectivos servicios de seguridad social para las mujeres embarazadas; fomentar la paternidad y maternidad responsables y el desarrollo de una cultura centrada en la dignidad del ser humano; ampliar y favorecer políticas de adopción de niños en familias con posibilidad de educarlos en ambiente de afecto, amor y responsabilidad; fortalecer los esfuerzos de grupos de la sociedad civil que se ocupan de la atención de la mujer embarazada y de los niños para adopción en coordinación con las autoridades correspondientes y, a falta de éstos, establecer centros de atención para los menores que, por cualquier razón, carezcan de familia.

En relación a la prevención de embarazos no deseados, debe destacarse uno de los deberes que corresponden al Estado en relación con el Derecho de procreación consagrado en el artículo 4° constitucional, a saber, proporcionar al hombre y la mujer la educación e información suficientes para que estén en aptitud de actuar de manera responsable, como lo es la relativa al cuerpo humano, su funcionamiento, la reproducción, la gestación, el embarazo, el parto, los métodos de

control y planificación familiar, así como en torno a los servicios públicos de salud sexual y reproductiva. Lo anterior supone el establecimiento de políticas y programas para la consecución de este objetivo… Finalmente, la diferenciación legislativa combatida carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no hay justificación constitucional para la nulificación del Derecho Fundamenta la la vida del producto de la concepción, haciendo prevalecer los diferentes Derechos de la mujer involucrados, a pesar de que éstos no se ven afectados de manera permanente por el embarazo e, inclusive, su Derecho a la vida y salud no es puesto en riesgo por el embarazo sino por el procedimiento de su interrupción, como ha quedado analizado con anterioridad.

Además, la medida legislativa adoptada por la Asamblea Legislativa resulta contraria a los principios de interpretación constitucional en materia de Derechos Fundamentales ya mencionados, a saber: 1) Principio pro-homine, en sus dos variantes: Preferencia interpretativa, porque se da preferencia a una interpretación que nulifica el Derecho a la vida del concebido en lugar de aquella que proteja todos los Derechos en conflicto, sin aniquilar alguno. Preferencia normativa, pues si éste exige preferir la norma que más favorezca al ser humano, con independencia de su jerarquía, la Asamblea no podía dar preferencia a los Derechos de la mujer involucrados y cuya afectación es sólo temporal, sobre el Derecho a la vida, que nulifica de manera absoluta y total máxime que en el caso se hace en una norma cuya jerarquía es inferior a la Constitución y tratados internacionales. 2) Posición preferente de los Derechos Fundamentales, en virtud de que la ponderación que realiza la Asamblea Legislativa no cumple con los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, según ha quedado razonado con anterioridad. 3) Mayor protección de los Derechos Fundamentales, pues lejos de ampliar el espectro de estos Derechos, la Asamblea Legislativa desconoce el Derecho a la vida del producto de la concepción en sus doce primeras semanas. 4) Fuerza expansiva de los Derechos, ya que la Asamblea no hace una interpretación por la cual extienda lo más posible el universo de los sujetos titulares para que resulten beneficiados con el Derecho el mayor número posible de personas, sino que, por el contrario, desprotege en el ámbito penal en forma absoluta al producto de la concepción en sus doce primeras semanas de vida.

Conforme a lo anterior, es claro que la reforma impugnada no cumple con el principio de razonabilidad, en tanto que no existen razones constitucionales que la justifiquen. Resulta pertinente añadir que es tarea del Legislador buscar un equilibrio entre las exigencias sociales y las medidas legislativas que adopte para satisfacerlas, tomando en cuenta que éstas deben responder a los valores del pueblo de México reflejados por el Constituyente y sobre una base de responsabilidad y solidaridad que no impliquen costos desmesurados para el Estado y atenten contra Derechos Fundamentales.

Por lo que respecto a la interesante discusión del proyecto de sentencia sostenida por la Corte sesionando en Pleno, los Ministros manifestaron sus argumentos, de la siguiente manera:

El Ministro Góngora Pimentel, en contra del proyecto, adujo que:

De lo anterior, podemos afirmar, que no encontramos alguna justificación lógico-jurídica, que permita determinar que el embrión menor de doce semanas, es un individuo o persona que pueda anteponerse y restringir los Derechos de las mujeres; en todo caso, como se ha venido mencionando, el embrión menor de doce semanas, es un bien jurídico que no queda desprotegido del marco de la Ley, salvo en el supuesto de que la mujer decida no continuar con su embarazo; por tanto, es un bien jurídico, cuya valoración corresponde al ámbito moral, ético o religioso, que a su vez consolida los Derechos, creencias y libertades de las personas.

En este sentido, nos parece, las normas impugnadas atienden a estos principios que sí encuentran justificación en la Constitución mexicana, ya que de lo contrario la penalización es una norma que discrimina por razón de género, al subestimar la voluntad y decisión de las mujeres sobre sus cuerpos y desarrollo social, económico y cultural, que también forma parte de su Derecho a la vida digna. [977]

En este punto, me parece oportuno mencionar, que la despenalización del aborto hasta las doce semanas, y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo en este contexto, constituye

[977] ***Lo transcrito en estos primeros dos párrafos, son parte de la versión estenográfica matutina del día 26 de agosto de 2008. Puede ser consultada en el link: *http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BD16BBB3-8DAA-4A2C-91B7-8477FECAF0F7/0/PL20080826.pdf.*

un Derecho de salud pública, que se vincula estrechamente con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, me parece más relevante, destacar que una de las estrategias más importantes, para lograr la eficacia de estos Derechos… El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha determinado que, para hacer efectivo el Derecho a la vida, los estados deben tomar medidas positivas para poner freno a muertes evitables; incluidas medidas contra abortos clandestinos que ponen en peligro la vida. Una de tales medidas es la "despenalización del aborto.[978]

Los alcances del Derecho a la intimidad de las mujeres también, obedecen a Derechos ganados, que reconocen la autonomía y control de su sexualidad; aún en los casos en que tengan una pareja; en ese sentido, es posible afirmar que la penalización de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer embarazada, constituye una de las medidas que produce una importante afectación y desigualdad en las relaciones de género.

Si el proyecto no valora los alcances de los Derechos Humanos y fundamentales de las mujeres, el resultado de su apreciación no puede ser congruente con la globalidad del sistema de Derechos Humanos… El proyecto no atiende las recomendaciones que se han hecho al Estado mexicano en materia de Derechos Humanos y tampoco considera los avances en el tema de los Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En la intervención del Ministro Gudiño Pelayo, mismo que se pronunció en favor de la constitucionalidad de las reformas, expuso que:[979]

Hoy acepta nuestro constitucionalismo que en las Constituciones hay principios, hay valores y hay reglas; y, yo creo que así es como debe de interpretarse el artículo 1° de nuestra Constitución… por tal motivo, que yo creo que de la dinámica de esta interacción entre principios y valores, entre principios y normas, entre valores y reglas, es como debe hacerse una correcta interpretación constitucional. Por otro lado, difiero del proyecto en la afirmación de que este valor de la vida que establece la Constitución, este Derecho sea de carácter absoluto. En una Constitución, cualquiera que ésta sea, no puede haber Derechos absolutos. ¿Por qué? Porque la propia naturaleza, el régimen constitucional exige conciliar una serie de valores que no necesariamente son compatibles. Pero yo también creo que el régimen constitucional, consiste en un equilibrio entre valores que son antagónicos, que no son del todo compatibles. Para poner un ejemplo, el valor de libertad puede entrar en conflicto, con el valor de la seguridad pública, y entonces, una persona que no ha sido todavía sentenciada, tiene que permanecer privada de su libertad, en prisión preventiva. ¿Por qué? Porque se le acusa y se le dictó auto de formal prisión por haber cometido un delito que tiene una pena mayor al término medio aritmético de cinco años. Bueno. ¿Pero cómo es posible que una persona que no se le ha dictado sentencia, permanezca privada de su libertad? Precisamente por este equilibrio entre dos valores antagónicos. Por una parte los Derechos del procesado, y por otro lado, la seguridad pública. Y como éste, vamos a encontrar muchos ejemplos en la Constitución, donde hay un equilibrio entre valores, y uno de estos valores que puede entrar en conflicto con otros valores, es el conflicto relativo a la vida humana, puede entrar en conflicto con otro valor, también constitucional, como es la libertad de la mujer sobre su cuerpo, como es también, el no imponerle una maternidad que no sea absolutamente querida por ella, en fin, todos aquellos valores relativos a la mujer.

Cuando entran en conflicto con el valor de la vida, entonces, el Legislador tiene que resolver y ponderar cuál de los dos valores es el que predomina. Normalmente lo sabemos, en la mayoría de los códigos penales, el conflicto de valores se resolvía en favor del no nacido, salvo en casos de excepción; actualmente, en la legislación del Distrito Federal, se establece otro tipo de solución, hasta la décimo segunda semana, es la madre la que decide, y a partir de la décimo segunda semana, es la Ley la que protege al producto de la concepción.

Siendo así, y por estas razones, independientemente de cuál sea mi opinión personal respecto de la reforma, debo manifestar que no encontré motivo alguno de inconstitucionalidad, creo que se trata de una despenalización, por decirlo de alguna manera, que no infringe ninguna de las reglas, ni de los valores que establece la Constitución, porque repito, ninguna regla obliga al Legislador a

[978]***Los siguientes razonamientos del Ministro en análisis, constan en la versión estenográfica de la sesión vespertina del día 26 de agosto. Vid. *http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/09D546A9-9F98-403D-AC2B-BBEDDC667174/0/PL20080826Ext.pdf.*

[979] *Ídem*.

penalizar conductas de particulares. Por tal motivo, yo me voy a pronunciar por la validez de las normas reclamadas.

El Ministro Cossío Díaz, también convencido de la constitucionalidad de las reformas en materia de aborto, argumentó que:[980]

Esto me parece que tiene un problema en el sentido de lo que está denominado desde hace muchos años una falacia naturalista en el sentido de que algo sea, no significa que algo deba ser; así el hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros Derechos no puede, de ahí deducirse, que se deba considerar la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros Derechos, creo que esta no es una forma consecuente en la argumentación.

En otros términos podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún Derecho, de eso no cabe duda, pero de ahí no podríamos inferir que el Derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro Derecho, aceptar esto nos obligaría aceptar también que el Derecho a alimentarse es más valioso e importante que el Derecho a la vida, porque lo primero es una condición de lo segundo. Y aquí creo que es un punto esencial en este caso.

¿A qué quiero llegar con esto? A que jurisprudencialmente, en la Quinta, en la Octava y en la Novena Época, y reiteradamente lo hacemos, aceptamos la tesis de que los Derechos Fundamentales o garantías individuales, son Derechos que admiten la posibilidad de su modulación. Si el Derecho a la vida existiera expresamente en la Constitución reconocido –cosa que muy respetuosamente yo no veo– este sería, de cualquier forma, un Derecho relativizable y, en consecuencia, tendría que ser un Derecho armonizable con otro conjunto de Derechos.

Sin embargo, yo no veo que el Derecho a la vida tenga reconocido este estatus constitucional y, por ende, no encuentro la manera de hacerlo oponible al resto de los propios Derechos.

Ahora bien, si de este modo y aceptando la existencia de este Derecho a la vida en estos términos, a nivel de un tratado internacional, como imposibilidad del Estado de ejecutar las sanciones penales por vía de la privación de la vida y en un sentido relativo e interdependiente con los demás Derechos, y no dándole el carácter de un Derecho Fundamental del feto, del embrión, del óvulo fecundado o como se quiera, me parece que adicionalmente no encontramos –y esto me parece muy importante– en toda la Constitución una determinación que nos obligue a penalizar estas conductas que se pudiera realizar en este caso.

Finalmente, yo soy de los que cree que la ponderación debe hacerse entre bienes que tengan una analogía, Derechos contra Derechos, principios contra principios, valores contra valores, no me parece que sea, y no lo he visto en ningún ejercicio de ningún Tribunal Constitucional del mundo, y no lo he visto en la literatura de ningún autor que se lleven a cabo ponderaciones entre bienes que tienen una distinta naturaleza jurídica.

Si esto es así, no entiendo cómo podríamos ponderar, por un lado, los Derechos de la mujer, en este caso concreto —que sí están reconocidos— frente a un bien constitucionalmente protegido, que no a un Derecho Fundamental, porque sigo sin encontrarlo, en la Constitución ni en el Derecho Internacional, y por supuesto, tampoco sigo creyendo que esto sea una construcción implícita ni un presupuesto lógico, por estas razones yo estoy por la constitucionalidad de los preceptos reclamados.

En uso de la voz, el Ministro Silva Meza, se declaró bajo los siguientes argumentos, a favor de la constitucionalidad de las reformas:

Lo que sí es tarea de este Tribunal, es enfrentar este asunto desde el ámbito constitucional identificando puntualmente los Derechos Fundamentales y bienes constitucionales que se encuentran en colisión, consecuencia de la medida utilizada ahora por el Legislador local. Ahora, para verificar en un estricto escrutinio constitucional, si la medida adoptada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es racional, si es proporcional para alcanzar los fines perseguidos por ella, es indispensable referirnos a los Derechos Fundamentales, que como tales o como bienes constitucionales están imbricados y entran en conflicto por esa unión entre la mujer y el nasciturus.

[980]***Datos tomados de la versión estenográfica corresponde a la sesión matutina del 27 de agosto de 2008 *http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/24CBAD83-C463-4144-A129-4566D376F413/0/PL20080827.pdf.*

No podemos olvidar, que los Derechos Fundamentales son todos de la misma jerarquía considerados en abstracto; es decir, el carácter prima facie y no absoluto de los Derechos Fundamentales, deriva del hecho de que pueden ser desplazados por otros, lo que provoca que habiendo conflicto entre dos o más se debe determinar cuál de ellos debe prevalecer, caso por caso y conforme a las circunstancias específicas. Por ende, el reconocimiento que hizo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación del Derecho a la vida no significa que el mismo sea absoluto y que no sea susceptible de ser balanceado con otros Derechos o limitado en atención a ciertos intereses estatales.

Lo anterior se sustenta en el hecho de que es el propio sistema constitucional, el que en algunos casos los subordina a otros valores constitucionales; dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos diversos casos que claramente imponen límites al Derecho a la vida. Los Derechos Fundamentales de las mujeres que intervienen en el conflicto en estudio, desde luego son: la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad sexual y la reproductiva, la autodeterminación y la intimidad. Es evidente que, tanto el significado como el alcance de los citados Derechos Fundamentales se explican por sí mismos.

Ahora bien, partiendo del conocimiento de que existe protección constitucional, tanto para la mujer, como para asegurar la continuidad del proceso de gestación, lo procedente es dilucidar, si la medida adoptada por el Legislador local, consistente en despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, es racional y proporcional, y por ende, apegada al texto constitucional.

Lo anterior, como digo, es de la mayor relevancia toda vez que el asunto que nos ocupa no implica que, del ejercicio de ponderación efectuado, se sostenga una premisa que sea aplicable a todos los ámbitos jurídicos, pues el ejercicio realizado por el Legislador local se refiere a la ponderación concreta de dos bienes en conflicto, que tuvieron como resultado la despenalización de una conducta.

En mi concepto, la medida utilizada por el Legislador resulta idónea para salvaguardar los Derechos de las mujeres, pues dada la no penalización de la interrupción del embarazo se libera a las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aún en la actualidad existe mortandad materna.

Por último, es proporcional la medida empleada por el Legislador, puesto que en mi concepto, y limitado al período empleado por el Legislador local, es acertada la prevalencia que se da respecto de los Derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo en sus primeras doce semanas, salvaguarda, indiscutiblemente, Derechos de las mujeres de gran importancia, tutelados por el orden constitucional dentro de los que se encuentra, incluso, el Derecho a la vida.

El Ministro Azuela, inclinó su decisión a favor del proyecto discutido, por lo tanto, hace suyos de cierta forma muchos de los razonamientos ya expuestos, no obstante una parte medular donde enfatiza su posición es la siguiente:

Siento que una mujer que, de algún modo, tiene que vivir el fenómeno de haber quedado embarazada cuando no quiere tener al producto de ese embarazo, pues por razones biológicas tendrá de algún modo que sufrir las afectaciones durante todo el tiempo de la gestación, pero ahí es donde entra, no solamente el gobierno, sino entran también los particulares que pueden encontrar fórmulas idóneas. Primero, que garanticen a esa mujer que no tendrá que tener al producto de la concepción, y existe, desde luego, la adopción que debidamente flexibilizada con las seguridades que deben, naturalmente adoptarse por el Legislador, permitiría garantizar esto, y desde el punto de vista económico se le podrían dar los apoyos pertinentes en relación con esas molestias, que previsiblemente tendría que soportar. Y para mí ésta sería la fórmula idónea de no enfrentar esos bienes constitucionalmente protegidos, porque no se violentaría el Derecho Fundamental de la mujer, que naturalmente puede renunciar a ser madre, ni tampoco se afectaría el Derecho a la vida del producto de la concepción.[981]

El Ministro Franco Salas, quién se pronunció en contra del proyecto de sentencia, razonó:

[981] ***Ídem.

Por tanto, este Pleno de la Suprema Corte como máximo Tribunal Constitucional de nuestro país debe determinar mediante juicios de ponderación y argumentos estrictamente constitucionales, repito, estrictamente constitucionales, si las reformas a los artículos del Código Penal y a la Ley de Salud del Distrito Federal en materia de aborto e interrupción del embarazo realizados por la Asamblea Legislativa son conformes o no a los preceptos de nuestra Constitución Política y con los valores y principios en ellos reconocidos.

He sostenido en otras ocasiones que en los casos que resolvemos se deben analizar en sus méritos propios e individuales, en su contexto y en su momento, dado que los fenómenos sociales, políticos y económicos y, por ende, el Derecho y su interpretación son dinámicos y, por tanto, cambiantes.

Yo convengo en que la Constitución mexicana protege la vida humana; sin embargo, no considero que se pueda sostener a la luz de su texto que lo haga sin hacer ninguna distinción y sin prever excepción, restricción o limitación alguna; nuestra institución no establece, en mi opinión, Derechos absolutos ni preeminencia per se, de unos sobre otros de los Derechos, aún en el caso del Derecho a la vida existen excepciones constitucionales y legales. Ni en la Legislación nacional o en los Tratados Internacionales, existe una norma que obligue al Estado mexicano a sancionar penalmente a la mujer que decide interrumpir su embarazo en las primeras doce semanas de gestación; además, quisiera añadir solamente dos razones que me parecen relevantes para el juicio de ponderación constitucional que sostengo en este asunto, para afirmar que el bien jurídico tutelado, el ser en gestación, tiene un tratamiento y protección diferenciados, según el momento del proceso de gestación.

Un aspecto muy importante para mí, y aquí retomo el inicio de mi intervención, es que la Asamblea Legislativa no tomó su decisión sobre una consideración aislada sobre el aborto, no, ello fue el producto de un juicio de ponderación, entre los Derechos que protegen al producto de la gestación en esas primeras semanas, y los Derechos constitucionales que protegen la dignidad, la igualdad, la salud, y sobre todo la intimidad de la mujer, que en mi opinión, conlleva también su Derecho de autodeterminación, para que no le sea impuesta una maternidad contra su voluntad, bajo la amenaza de ser recluida en la cárcel. En lo personal siempre he sostenido que esto a mí me resulta inaceptable.[982]

El Ministro Sergio Valls, se pronunció en contra del proyecto en análisis, sus interesantes argumentaciones fueron:

El Poder Judicial de la Federación, hoy en día, es el Poder del equilibrio, de la ponderación, ante un tema tan polémico y polarizante como el que nos ocupa, considero que es ocasión propicia para evidenciar ese equilibrio, esa ponderación, esa prudencia, que nos debe constreñir a un estricto análisis de la regularidad constitucional de las reformas al Código Penal, y a la Ley de Salud del Distrito Federal.

De los conceptos de invalidez esgrimidos por los promoventes de las acciones, así como del propio tema a debate, advierto que se implican diversos valores y Derechos Fundamentales, tales como: la protección a la vida; el Derecho a la vida; la dignidad humana; la protección a la salud; la autodeterminación procreativa; la libertad de desarrollo personal, que necesariamente debemos verificar, considero que los conceptos de protección a la vida y Derecho a la vida, se utilizan en el proyecto como si su significado fuera el mismo, al grado de que se llega al extremo de sostener, que de la Constitución Federal se deriva una protección absoluta e ilimitada de la vida. No comparto esa postura.

En nuestra Constitución, no existe de manera expresa la protección a la vida; esto es, no encuentro en sus disposiciones, ninguna, que consagre expresamente y en forma absoluta la inviolabilidad de la vida, o al Derecho a la vida; sin embargo, indiscutiblemente, debemos diferenciar entre la vida como un bien que constitucionalmente está protegido, y el Derecho a la vida, que precisamente por su connotación es un Derecho público subjetivo de carácter fundamental.

Así las cosas, tanto constitucionalmente como de acuerdo a los tratados internacionales, la protección a la vida, tratándose del nasciturus no es absoluta ni irrestricta, sino que en todo caso debe ponderarse con otros valores protegidos constitucionalmente; esto es, no estamos ante una protección absoluta a la vida en gestación, sino más bien debemos ponderar tal protección con los

[982] ***Ídem.

Derechos Fundamentales que estén en juego; que, en el caso concreto son aquellos inherentes a la mujer dada la particular relación de ella con el feto.

Así pues, los preceptos constitucionales en cita, no pueden sino entenderse como una protección especial a la mujer que comprende su Derecho a la igualdad y la no discriminación y su dignidad humana; como también sus Derechos de libre desarrollo personal, así como sus Derechos sexuales y de reproducción, de decidir libremente el número de hijos que desee, o no tener hijos y su espaciamiento; además, del Derecho a recibir la información para ello, y los servicios de salud necesarios para que el embarazo y el parto no conlleven riesgos para ella; la libertad reproductiva vinculada estrechamente con el Derecho a la salud, debe ser protegida por el Estado, a través de medidas que asistan a la mujer que desee procrear, o en su caso, al disponer de medios y servicios que eviten el riesgo que implica un aborto clandestino.

También el Derecho a la autodeterminación reproductiva, implica la mínima intervención del Estado en las decisiones de la mujer sobre su cuerpo, su capacidad reproductiva, siendo una decisión personalísima de ella, interrumpir un embarazo o continuarlo por lo que la intervención estatal debe ser en un mínimo posible bajo juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por consiguiente, considero que ante un tema como el aborto, el Estado debe proteger dos valores relevantes: la vida en gestación como potencialidad de la vida humana y los Derechos de la mujer.

En conclusión, si bien el Legislador debe proteger la vida en gestación no puede afectar en forma desproporcionada los Derechos de la mujer, no es constitucionalmente admisible que al Legislador con la finalidad de proteger la vida en gestación, sacrifique en forma absoluta los Derechos Fundamentales de la mujer embarazada, considerándola entonces como un mero instrumento de la vida en gestación. Por lo que, si dentro de la política criminal estima que deben establecerse medidas de índole penal a fin de proteger la vida del nasciturus, así como el de la mujer, tal regulación debe comprender las hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los Derechos de la mujer embrazada.

Cuando dichos valores o Derechos Fundamentales entran en colisión, el Legislador debe regular tales supuestos, de manera que la protección a la vida del "nasciturus" no prevalezca sobre los Derechos de las mujeres; pero tampoco éstos sobre aquella.

Por todas las razones expuestas estimo que, bajo esa ponderación de Derechos es que deben examinarse los preceptos legales impugnados, pues de lo contrario, sostener, como se hace en el proyecto que constitucionalmente la protección a la vida en gestación es absoluta y sólo el Constituyente podría modificarlo, llevaría a violentar los Derechos Fundamentales de la mujer reconocidos por la propia Carta Fundamental, considerándola un mero instrumento reproductivo.

Conforme a tal criterio, si ante esas circunstancias el Legislador ha establecido el tipo penal del delito de aborto, basado en una razonabilidad y proporcionalidad, considerando que, de acuerdo a la ciencia médica existe una viabilidad o capacidad potencial de vida después de las doce semanas de gestación y de ahí su correspondiente penalización, entonces, la norma que se impugna, desde mi punto de vista, se apega a la Constitución federal.[983]

La Ministra Sánchez Cordero, consideró que las reformas materia de estudio, no eran contrarias a la Constitución, al respecto manifestó que:

En primer término, debe decirse que cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, éste no puede resolverse de acuerdo con las tradicionales o con los tradicionales criterios de resolución de antinomias, o sea, mediante la declaración de invalidez de una de ellas, o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra, pues la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas, es más, podría decirse que todas ellas gozan, por decirlo de alguna manera, de la misma categoría constitucional, y que por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras… Las normas constitucionales son simultáneamente válidas, y por ello, cuando entran en conflicto, se configuran como mandatos de optimización, es decir, como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas; por eso, las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga, tratando de buscar una solución armonizadora, una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

[983] ***Ídem.*

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos, a lo mejor la mayoría, esa solución armonizadora o conciliadora no es posible, y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna, precisamente por ello, suele decirse muchas veces que ni ante la ponderación se da valor decisorio al principio que, en el caso concreto, tenga un peso mayor, pero hay que insistir, en el caso concreto; con la ponderación, no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, y que por lo tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Ahora bien, el ejercicio de ponderación, o también llamado juicio de razonabilidad, no significa que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues cabe la posibilidad de ensayar algún método para resolver estos conflictos, de hecho, por vía jurisprudencial, como esta Corte ha venido sosteniendo, se pueden crear condiciones de prioridad en abstracto, es decir, las condiciones bajo las cuales una norma constitucional prevalece sobre otra.

Una vez establecido lo anterior, podemos hacer la siguiente pregunta ¿Cuáles son los Derechos Fundamentales que procede ponderar en el presente caso?. Por un lado, debemos hablar de los Derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer y por el otro, del Derecho de vida del nasciturus antes de las doce semanas. Ahora bien, si damos por bueno el procedimiento antes relatado respecto a la forma de realizar la ponderación entre dos o más y aquí quiero decirles que no quiero hablar de principios, valores, reglas y quiero hablar en forma genérica de la ponderación entre dos o más normas constitucionales en primer lugar, para no meternos a un terreno a lo mejor académico o a lo mejor muy válido pero, y además no es el caso, en primer lugar debemos partir del principio de que los Derechos que se están reconociendo respecto de la madre, tienen la misma categoría que el Derecho a la vida del nasciturus, pues de nuestro orden jurídico y específicamente del texto constitucional, no podemos desprender que el Derecho a la vida sea absoluto e irrestricto, pues no obstante que este Alto Tribunal, ya se hubiera pronunciado en el sentido de que el Derecho a la vida si se encuentra protegido constitucionalmente y que se trata de un Derecho intrínseco a los seres humanos y sin el cual no cabe el disfrute de los demás Derechos, inherente a éste se encuentra también el Derecho a la dignidad, del cual se desprenden otros Derechos como la libertad reproductiva, la libertad de autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, es decir, estamos exactamente frente a la necesidad de establecer cuál Derecho deberá prevalecer, sin que ello implique la anulación del otro, sino simplemente como un ejercicio de ponderación para el presente caso.

Quedó precisado que para realizar una ponderación que resuelva una eventual colisión de Derechos, la primera etapa consiste en ubicar al menos dos bienes constitucionalmente de igual relevancia, como en esta situación lo son el Derecho a nacer del producto de la concepción de un lado y los Derechos a la salud, a la vida, a la libertad de las mujeres del otro, todos reconocidos en nuestro texto constitucional y las fuentes del Derecho de origen internacional pertinentes al caso. En un segundo momento es debido analizar la idoneidad o adecuación de las medidas que se piensa puedan servir para salvaguardar cada uno de estos Derechos Fundamentales por separado, a fin de erradicar de entrada cualesquiera soluciones que por no servir como medios a la obtención de esos fines consistentes en la protección de Derechos de jerarquía constitucional, evidencian a causa de dicha carencia que constituyen medidas abiertamente irracionales y arbitrarias.

En el tercer estadio de un ejercicio de ponderación, las medidas que intenten ser el medio para defender Derechos Fundamentales tienen que observarse a la luz de la pauta de necesidad, en este punto, esas medidas deben ser contrastadas no solo ante los Derechos que protegen, sino primordialmente frente a los Derechos que pretenden limitar, considerándose razonables exclusivamente aquellas medidas que restrinjan en el menor grado posible, los Derechos que van a afectar, si agotado lo anterior, no se halla una solución correcta se avanza a la etapa final de un ejercicio de ponderación consistente en efectuar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, para conducir lo que ha de buscarse es que al menos en el mismo grado en que se afecte o limite el Derecho Fundamental derrotado en el caso concreto, se beneficie o amplíe el ámbito del Derecho que se estime prevaleciente y para conocer esos grados de restricción y apertura en equilibro, de lo que es debido cerciorarse, es de qué tanto se afecta al Derecho derrotado y qué tanto se beneficia al Derecho prevaleciente; y, finalmente que sea mayor el beneficio obtenido que la limitación sufrida entre estos Derechos contendientes. A partir de esto se puede observar a la perfección que se está en presencia de lo que en algún sector de la doctrina se ha denominado como caso trágico, toda vez que impuesto el embarazo por el propio Estado a través de la vía de la penalización de su interrupción las mujeres irremediablemente tienen que continuar con un embarazo no deseado y en ese sentido se les expone a diversas afectaciones a su salud física y mental, siendo la más grave e incluso con peligro de muerte la práctica de un procedimiento de aborto clandestino; en tanto, que

de no criminalizarse la interrupción del embarazo bajo ciertas condiciones en los supuestos en que se realice, se afecta inevitablemente la vida del nasciturus.

Como sea, si quisiera insistirse en que la medida que penaliza bajo cualesquier circunstancia la interrupción del embarazo, es de algún modo, una medida idónea; o que por lo menos, resultaría adecuada una medida menos drástica, como lo establece el régimen de excluyentes de responsabilidad, habría que evaluar las medidas en conflicto, bajo el criterio de necesidad, ya que no se permiten afectaciones excesivas de los Derechos. Ahora, si bien es claro, que la imposición de un embarazo, es la medida más dañina para los Derechos de las mujeres aquí invocados, pues los elimina, igual de fácil resulta apreciar, que pretender emplear la penalización como su respaldo, cuando se lleva a cabo antes de las doce semanas de gestación, no se ajusta la pauta de necesidad, en razón de que provoca la afectación de los mencionados Derechos, ya que, tomando en cuenta que el Derecho Penal es una medida, como lo decía el Ministro Silva Meza, de última ratio, se estaría sometiendo una mujer a un proceso penal, en el cual, en su caso, pudiera llegar a ser restrictivo de la libertad; y aunque decidiera el Juez, no imponerle la privación de la libertad, el hecho de someterla a un proceso penal, es ya, por sí misma, criminalizarla.

Lamentablemente, en el otro extremo de la balanza, también habrá de reconocerse, que la posibilidad de interrumpir un embarazo hasta la duodécima semana de gestación, constituye la medida más dañina para el Derecho a nacer del producto de la concepción, pues niega de raíz ese Derecho. Sin embargo, debe reconocerse que, al establecerse la temporalidad para la práctica de un aborto, ello encuentra sustento científico y también en el hecho, de que entre mayor sea el tiempo de gestación, mayor será el peligro para la vida y la salud de la mujer, y a menor tiempo de gestación, ese riesgo será menor.

A causa de lo anterior, pero sin olvidar, que ha quedado comprobado que la imposición del embarazo por parte del Estado, a través de la penalización de su interrupción, no resulta una medida adecuada, además de ser excesiva, importa seguir entonces adelante, con un juicio de ponderación como el presente, para terminar de demostrar, que por trágico que sea, no criminalizar esa interrupción en los supuestos regulados en la legislación del Distrito Federal, no resulta una opción inconstitucional, como lo sería su contraria. Ello es así, porque de seguirse un juicio de ponderación, de proporcionalidad en estricto sentido, debido es concluir, que prevalecen en el caso concreto los Derechos Fundamentales a la salud, a la vida, y a la libertad de las mujeres, encima del Derecho de nacer del producto de la concepción. El razonamiento que sostiene tal conclusión, encuentra a su vez, soporte en el hecho de que la culminación del embarazo es únicamente una posibilidad, en tanto que la afectación producida por la imposición del embarazo es una realidad, como real es el peligro al que se sometería a las mujeres en su vida, en su salud y en su libertad, con la penalización.

Nuevamente, viene a cuenta que se está ante un caso trágico, toda vez que las afectaciones a los Derechos en conflicto son igualmente graves, la interrupción del embarazo termina con el Derecho a nacer del producto de la concepción, tanto como su imposición a través de la penalización, llega a privar de la libertad a la mujer, por más que la afectación resulte de este proceso, sea, como lo dice el proyecto, meramente temporal.

Sin embargo, a mi juicio, esa afectación es definitiva, es permanente, pues se altera su vida laboral, familiar, educativa, profesional, social, su vida en su integridad. En esta encrucijada, debe buscarse la solución del conflicto a partir del contraste de la menor afectación de los Derechos Fundamentales enfrentados, así, de obligarse a las mujeres a culminar un embarazo no deseado, dejando de lado sus Derechos, el beneficio que podría seguirse para el Derecho de nacer del producto de la concepción de cualquier modo permanecería incierto, no tanto porque la persona que se le impusiera un embarazo, podría tener la suficiente determinación para someterse a un aborto clandestino, sino por el innegable hecho de que continuaría latente la posibilidad de que tal embarazo no concluyera por diversas razones, entre ellas, las razones naturales, ya que el Derecho a nacer tiene por base una contingencia.

Por lo mismo, los beneficios para ese Derecho, únicamente son contingentes, en cambio, tratándose de los Derechos de las mujeres involucradas en este debate, los beneficios que obtendrían de continuar permitiéndose en ciertas condiciones la interrupción legal del embarazo, no dependen de incertidumbre alguna. Al no imponérseles el embarazo, y estar previstas políticas públicas integrales en la materia, nada impide que interrumpan el embarazo en condiciones óptimas para su salud, en cualquier sentido, todo lo cual, inclina la balanza de constitucionalidad de la legislación, a favor de la legislación examinada, como debe ser, si no se olvida que, por una parte, se está ante personas reales, mientras que, enfrente, hay sólo eventuales personas.[984]

[984] ***Razones tomadas de la versión estenográfica correspondiente a la sesión vespertina del día 27 de agosto de 2008, *vid. http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/F71CC51F-0CC1-45B5-9E32A88AC2B91C4A/0/*PL20080827Ext.pdf

La Ministra Luna Ramos, se pronunció en contra del proyecto, exponiendo sustancialmente las siguientes razones:

La pregunta es: Si vamos a hacer la referencia específica a un artículo de la Constitución que está estableciendo la protección de un Derecho Fundamental, podríamos válidamente afirmar que el artículo 4º de la Constitución protege a la familia, entonces, por qué el adulterio que es algo que de alguna manera atenta contra la estabilidad familiar, solamente es punible en determinadas circunstancias, ¿por qué razón? Porque son normas de contenido optativo en las que su ponderación corresponden al Legislador, no son normas de contenido necesario en las que el tipo esté directamente reflejado en la propia Constitución, porque de ser así, de entender de alguna manera que basta con que se trate de algún Derecho que se entienda protegido por la Constitución para que éste no pueda ser alterado, entonces yo lo único que diría es: primero que nada ¿cuándo debe o no establecerse la punibilidad de determinada conducta? ¿Cuándo? ¿Respecto de qué? ¿Por qué se ha quitado el adulterio de muchos códigos penales? ¿Es constitucional que se haya quitado? ¿es constitucional que prevalezca? Es una norma de contenido optativo, queda a criterio y ponderación del Legislador ordinario, por esa razón en un momento dado, estos delitos pueden o no existir, y no me quiero referir solamente a delitos, me quiero referir también a otro tipo de conductas que se refieren a normas de contenido optativo. No vayamos más lejos, en cuestiones de carácter fiscal, yo quisiera preguntar: ¿Para gravar los activos de las empresas, en dónde encontramos en la Constitución un artículo específico que nos diga que hay la obligación de gravar los activos de las empresas? No lo hay, lo único que encontramos es el artículo 31, fracción IV que nos está dando los principios que se deben de respetar para efectos de la gravación de los impuestos, que se respete con el principio de legalidad, de equidad y de proporcionalidad, pero nunca nos está diciendo: debes de gravar la utilidad, debes de gravar la propiedad, debes de gravar los activos de las empresas. ¿Por qué han cambiado incluso de una miscelánea fiscal a otra?, no solamente el nombre de los impuestos, sino la base, la tasa, la época de pago de determinados impuestos que se nos cobran diariamente. ¿Por qué razón? La idea es: ¿porque se le ocurrió al Legislador?, no, porque son normas de contenido optativo para el Legislador, y de esta manera él tiene la obligación de ponderar en un momento dado, si puede o no gravar, si puede o no establecer o tipificar determinadas conductas, pero no puede decirse que el hecho de que esta situación de conducta que se da entre los particulares, resulte violatoria de garantías. Si establecemos esta situación, estamos no entendiendo nuestro sistema jurídico, porque nuestro sistema jurídico y las normas establecidas en la propia Constitución, lo que nos están determinando es: cuáles son los contenidos de nuestra norma constitucional, y por supuesto cuáles son los contenidos de las normas y de las leyes que de ella emanan. Si así fuera, si debiéramos en un momento dado entender que la simple referencia a una garantía individual establecida en la Constitución es más que suficiente para determinar que en una conducta de particulares hay violación de garantías, mi pregunta es: ¿por qué existen las excluyentes de responsabilidad? Mi pregunta es: por qué en un momento dado existe la prescripción en materia penal; ¿por qué en un momento dado existe la legítima defensa? si al final de cuentas nuestra Constitución está protegiendo la vida, si la Constitución está protegiendo todos los bienes jurídicos tutelados que como persona tenemos. Yo creo, y para mí es muy claro que finalmente depende de el tipo de norma que estamos llevando a cabo a través de la legislación ordinaria, y en el caso concreto, yo no me pronuncio porque si empezó la vida cuándo, si esto es bueno, si esto es malo, si esto se comprobó, si no se comprobó, yo simplemente me pronuncio porque esto no es un tema de constitucionalidad.

¿Por qué razón? porque al final de cuentas son actitudes de los particulares; actitudes de los particulares que no violentan garantías, que pueden constituir conductas delictivas, es una cuestión totalmente diferente, y que en un momento dado pueden o no ser punibles, pero que al final de cuentas, por ser el resultado de normas de contenido optativo quedan al arbitrio y ponderación del Legislador; a menos que haya una violación específica y directa a una garantía individual, que en este caso, debo mencionar, está enfocada de manera específica a la actuación de la autoridad. ¿Dónde?, en un proceso o en un procedimiento de carácter penal, que no se está dando en este momento y que finalmente es para el hecho de que si una persona está enjuiciada y en ese juicio la autoridad está determinando que se le imponga la pena de muerte, entonces sí se estarían violando garantías constitucionales, porque es a lo que se está refiriendo el artículo 22 de la Constitución, y es a lo que dejó de referirse en su momento el artículo 14, una vez que se abolió la pena de muerte. Y en el artículo 1°, yo lo que diría además es: que este artículo tiene que estar referenciado en esta parte relacionada, precisamente con el respeto irrestricto a las garantías constitucionales, con algún

otro de estos artículos que en un momento dado no están referidos a los particulares, están referidos a las actuaciones de las autoridades.

Por estas razones, señor presidente, señora, señores ministros, yo me manifiesto en contra del proyecto del señor ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y me aparto por completo de las razones que se han dado en este momento, y simplemente manifiesto que, en mi opinión, no es un problema de constitucionalidad el que estamos juzgando.

Por último, el Ministro Presidente de la Corte, Ortíz Mayagoitia, razonó a favor del proyecto considerando:

En mi convicción personal no hay duda pues de que el Derecho a la vida está protegido por nuestra Constitución desde el momento de la concepción. La otra afirmación del proyecto, que no comparto, es que la protección constitucional a la vida es absoluta. Yo creo que tiene sus matices… Hay pues Derechos constitucionales para el concebido, y también hay Derechos Humanos fundamentales para la mujer. En el caso concreto me referiré particularmente a la mujer embarazada, y mi intervención está muy lejos de querer ser sexista, es una referencia necesaria a la mujer, porque es la única que tiene estas posibilidades de embarazo.

¿Cuáles son los Derechos de la mujer que están en juego? Se dice que están en juego el Derecho de maternidad, la libre disponibilidad de su cuerpo y el Derecho a forjarse un plan de vida propio, personal que puede entrar en colisión con el nacimiento de un nuevo ser humano gestado en su vientre, los Derechos pues del nasciturus son solamente la vida y la salud, los de la mujer en torno a la maternidad y al problema que enfocamos, son estos tres: disponibilidad de su cuerpo, maternidad y plan de vida personalmente, propiamente diseñada, ¿qué deberes tiene el nasciturus, para gozar de estos Derechos? Ninguno, simplemente es, pero no puede ser sujeto de ningún deber, ¿qué deberes tiene la madre para ejercer la maternidad en los términos del artículo 4º de nuestra Constitución y para poder diseñar un plan de vida propio?

Por todas estas razones, mi balance personal en el juego de los dos Derechos en pugna; una madre que tiene libre disposición de su cuerpo, que tiene Derecho a ejercer una maternidad responsable, a trazarse un plan de vida responsable y un ser humano concebido que no tiene más Derechos que el de la vida y la salud. Lo debo analizar bajo el principio de tratar de manera desigual a los desiguales y también bajo el principio de los efectos que produce la afectación a uno o a otros Derechos.

Concluyo pues, mi intervención en los siguientes términos: La libertad no se puede anteponer a la vida, ya que ésta es la condición necesaria para la existencia de todos los Derechos del ser humano, incluida la libertad. Si bien la Constitución mexicana protege el Derecho a la vida, esto se debe a que el constituyente originario al igual que el Poder reformador de la Constitución han entendido a la vida no como un Derecho que el Estado otorga, sino como una condición para la existencia de los Derechos de las personas, por lo que la libertad de la madre no puede primar sobre la vida de su hijo en gestación. La interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación se traduce en discriminación hacia el embrión que se encuentra en la etapa y en la supresión de sus Derechos Fundamentales. En otras palabras, un embrión de doce semanas, uno de veinticuatro o uno de treinta y seis, o un bebé de un año se diferencian de la misma forma que una persona de doce años, una de veinticuatro, una de treinta y seis y una de setenta; su distinción radica únicamente en su etapa de desarrollo y no en su naturaleza. El Derecho a la vida está protegido por la Constitución expresamente y no así el Derecho de la mujer para decidir unilateralmente sobre su cuerpo.

La decisión unilateral de la mujer se traduce en desigualdad hacia el padre del ser humano en gestación; la igualdad del hombre y la mujer así como el Derecho de ambos para decidir sobre el número de hijos que deseen tener se encuentran expresamente establecidos en el artículo 4º, párrafos primero y segundo de la Constitución. Desde esta perspectiva, permitir a la madre unilateralmente decidir sobre la vida del hijo en proceso de gestación se traduce en una violación a los Derechos constitucionales del padre y lo priva de la oportunidad de proteger al individuo de cuya concepción formó parte."[985]

[985] *Ídem.*

D.2. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Antes de comenzar el análisis de sus sentencias, brevemente diremos que éste se instauró desde el 22 de agosto de 1996 como una institución especializada del Poder Judicial de la Federación, y su función es resolver los juicios de Derechos político-electorales, calificar la elección presidencial, revisar los recursos de apelación, realizar la revisión constitucional electoral, por actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades competentes para organizar, calificar o resolver las impugnaciones en los procesos electorales de las entidades federativas, que violen un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre otras.

1. CASO SECRETO BANCARIO VS. FISCALIZACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS.

La primera sentencia que mostraremos y en donde se aprecia el principio de proporcionalidad en su sentido integral, corresponde al Recurso de Apelación *SUP-RAP-050/2001*, resuelto por la Sala Superior del citado Tribunal, el 7 de mayo de 2002.

El 23 de junio de 2000, el Partido Revolucionario Institucional, a través de su representante ante el Consejo General del Instituto Federal Electoral, presentó al Presidente de ese Consejo, queja por hechos que, en su concepto, constituyen violaciones al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, por parte del Partido Acción Nacional y de la coalición Alianza por el Cambio, integrada por el citado partido y el Verde Ecologista de México, en materia de origen y aplicación de los recursos utilizados para financiar actividades políticas del Partido Acción Nacional y el candidato presidencial de la señalada coalición. Después de diversas investigaciones, por parte de la Comisión de Fiscalización de los Recursos de los Partidos y Agrupaciones Políticas, en el procedimiento de queja, se cerró la instrucción, mediante acuerdo de 19 de julio de 2001, y se elaboró el dictamen consolidado correspondiente, en el sentido de desechar la queja. En sesión extraordinaria de 9 de agosto de 2001, el Consejo General del Instituto Federal Electoral emitió resolución, aprobando el citado dictamen. Cabe mencionar que dentro de las investigaciones, mismas que radicaban en un ilegal financiamiento de gastos de campaña, resultaba trascendental la obtención de una serie de datos bancarios, sin embargo, éstos no fueron proporcionados bajo el pretexto del secreto bancario.

Así las cosas, inconforme con el contenido de esa resolución, mediante escrito presentado el 15 de agosto, el representante del PRI ante el citado Consejo, interpuso recurso de apelación. Los agravios expuestos eran principalmente entre otros: La violación procedimental consistente en la falta de exhaustividad en la función investigadora de la autoridad electoral. Y la ilegal conformidad de la autoridad responsable respecto de la negativa obtenida de las instituciones de crédito, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *de satisfacer los requerimientos que se les hicieron, de información de cuentas en operaciones bancarias o fiscales, ya que en opinión del actor, no son oponibles los secretos bancario, fuduciario y fiscal respecto a las investigaciones de los procedimientos administrativo-sancionadores que se siguen por las autoridades del Instituto Federal Electoral.*

El 7 de mayo de 2000, el Tribunal determinó revocar la resolución del Consejo General impugnada, y consecuentemente, ordenó la reanudación del procedimiento de la queja, para lo cual, el Consejo General del IFE debería remitir el expediente a la Comisión de Fiscalización de los Partidos y Agrupaciones Políticas para efectos de que se efectuara una investigación completa y exhaustiva:

> *…las consideraciones relativas a la falta de exhaustividad en la indagatoria, son suficientes para concluir que efectivamente, con la misma no se obtuvieron elementos para determinar si es probable o no la comisión de los ilícitos atribuidos a la coalición Alianza por el Cambio, lo cual conduce a la revocación de la resolución impugnada y a ordenar la devolución de los autos de la queja a la autoridad responsable, a efecto de que la misma reanude la investigación, en los términos precisados en las consideraciones de esta ejecutoria… Así se estima, porque con la reapertura de la investigación, los nuevos datos que pudieran reportar las diligencias que se dispongan y realicen en las diversas direcciones de las líneas de investigación que se consideran indispensables en el caso, se podrían encontrar situaciones que se vinculen con los hechos de referencia y que les pudieran dar otra magnitud o significación, y por tanto, pueden colocar a la autoridad en condiciones diferentes a las que privaron anteriormente, para su apreciación y ponderación.*

Los razonamientos para arribar a esta conclusión y en donde se aprecia el uso del principio de proporcionalidad en su sentido integral fueron los siguientes:

> *Por razón de carácter lógico se procederá al análisis de las violaciones de carácter procedimental toda vez que en el caso de ser acogidas, podrían conducir a la revocación de la resolución impugnada y a la reposición del procedimiento, sin que necesariamente se examine el fondo. Es decir, el estudio se inicia por aquellos que cuestionan la consideración de la responsable, acerca de que llevó a cabo una investigación exhaustiva, suficiente para determinar la procedencia o desechamiento de la queja, en los cuales queda incluido el que impugna la validez de los llamados secretos bancario, fiduciario y fiscal, para negar la información solicitada por el Instituto Federal Electoral a las instituciones bancarias, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.*
>
> *Para estar en condiciones de dar respuesta a esos planteamientos, se considera necesario realizar un estudio de las normas y principios que rigen el procedimiento relativo a las quejas sobre*

el origen y aplicación de los recursos derivados del financiamiento de los partidos y agrupaciones políticas, como premisa fundamental, para establecer en qué términos se llevó a cabo el de la queja sujeta a análisis, y mediante la comparación entre el deber ser y el ser, siguiendo como guía y base la argumentación del demandante, determinar si la responsable se apegó o no a la normatividad atinente y a su interpretación jurídica, y conocer de ese modo si debe continuar o no la investigación.

El procedimiento administrativo para la atención de las quejas sobre el origen y la aplicación de los recursos derivados del financiamiento de los partidos políticos, se rige predominantemente por el principio inquisitivo, pues una vez que se recibe la denuncia, corresponde a las autoridades competentes la obligación de seguir con su propio impulso el procedimiento, por las etapas correspondientes, según lo prescriben las normas legales y reglamentarias, además de que se otorgan amplias facultades al secretario técnico de la Comisión de Fiscalización en la investigación de los hechos denunciados, las cuales no se limitan a valorar las pruebas exhibidas por el partido denunciante, ni a recabar las que posean los órganos del Instituto, sino que le impone agotar todas las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos planteados.

La primera limitación consiste en que en el desarrollo de las investigaciones iniciales, se privilegien y agoten las diligencias en que no sea necesario afectar a terceros, ni siquiera en grado de molestia, o si es indispensable, con la mínima molestia posible; así, si el acopio de datos o elementos puede recabarse legalmente de las autoridades, no debe solicitarse prima facie a los gobernados, si sólo es indispensable una información preliminar de parte de una persona, debe pedírsele por escrito y no citarla a comparecer, etcétera.

En efecto, los Derechos Fundamentales del individuo que se encuentran consagrados en los artículos 14 y 16 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantizan la libertad, dignidad y privacidad, al imponer a toda autoridad la obligación de respetarlos, y la exigencia de fundar y motivar debidamente las determinaciones en que se requiera causar una molestia en ellas a los gobernados, pues la restricción eventual y permitida del ejercicio de los Derechos constitucionalmente reconocidos, es un acto grave, que necesita encontrar una especial causalización, mediante la expresión del hecho o conjunto de hechos que justifican la restricción, y que han de explicitarse con el fin de que los ciudadanos conozcan las razones o intereses por los cuales se les molesta en su Derecho en esas circunstancias.

Las comentadas disposiciones constitucionales ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales, como en el caso de la función investigadora, por la que se ordenan determinadas diligencias para recabar pruebas… Ese principio genera ciertos criterios básicos que conducen a asegurar una correspondencia entre las determinaciones que puede adoptar la autoridad administrativa electoral en la investigación de los hechos denunciados, y los bienes jurídicos o Derechos Fundamentales que, con motivo de ellas, pudieran resultar restringidos o afectados; dichos criterios atañen a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas encaminadas a la obtención de elementos de prueba.

Dentro del procedimiento administrativo comentado, la autoridad pudiera estimar que determinadas diligencias son conducentes para esclarecer los hechos denunciados, para lo cual habrá de considerar que sean idóneas, es decir, estimará racionalmente si conducen o no a resultados previsiblemente objetivos y ciertos, indicando si con esa diligencia se logrará un fin probatorio o si se acercará a él o lo facilitará, o bien, si por el contrario, en realidad se alejará de él o dificultará su satisfacción. Esto es, por la idoneidad se impone que las medidas no sólo sean aptas para conseguir un fin determinado, sino que además, deben tener ciertas probabilidades de ser eficaces en el caso concreto.

Bajo este criterio, la diligencia que se ordene habrá de poner especial cuidado en la extensión que tendrá, en cuanto a las personas que en su caso, serán objeto de la molestia, y las cosas que de ellas sean investigadas, así como el tiempo que permanecerá la afectación, pues de no ser así se correría el riesgo de cometer un exceso o abuso en la investigación de los hechos materia de la queja; así, se impedirá aplicar sobre terceros (respecto de quienes no se tiene indicio o principio de prueba alguno en relación con los hechos denunciados), medidas de considerable afectación, en tanto que no existen motivos racionalmente suficientes para tener una mínima convicción sobre la probabilidad o verosimilitud en su participación en los hechos que dieron origen a la queja, aunque resulte legítimo requerir de su colaboración para el esclarecimiento de la verdad, siempre que sea adecuadamente ponderado el éxito previsible de la medida en la consecución del fin probatorio que se pretende, y que las molestias que se les infieran sean las mínimas posibles.

La idoneidad también hace relación con la intencionalidad o actitud que la autoridad tiene al ordenar ciertas medidas, pues el motivo de su realización habrá de ser objetivo e imparcial, privilegiando el conocimiento de la verdad objetiva por encima de prejuicios o hipótesis preconcebidas, descontando la intención de perjudicar o beneficiar a alguien.

Dicha característica, si bien pertenece al ánimo interno de quien encarna a la autoridad investigadora, se refleja en la forma de solicitar la información, si lo hace, por ejemplo, omitiendo datos o pidiendo más allá de los objetivamente necesarios; así como la previsión del manejo que hará con el resultado de tales investigaciones, utilizándolo exclusivamente en lo que contribuya a esclarecer el asunto y devolviendo, en su momento, lo que estime inconducente, o bien, vedando el conocimiento a terceros, respecto de los informes o documentación de los que manifiestamente no se pueda obtener elementos para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Por lo que toca al criterio de necesidad, también llamado por la doctrina, de manera uniforme, como de intervención mínima, tiene como finalidad que, ante la posibilidad de llevar a cabo varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, que afectaran en alguna medida los Derechos Fundamentales de personas relacionadas con los hechos denunciados, se elija la medida que los afecte en menor grado, con lo cual se disminuye la molestia originada por la intromisión de la autoridad investigadora en la esfera de Derechos y libertades de los ciudadanos.

Llega a ser indispensable que por el criterio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, la autoridad pondere los valores e intereses constitucionalmente protegidos, según las circunstancias del caso concreto, conforme a los cuales dilucide si el sacrificio de los intereses individuales de una persona física o moral, guarda una relación razonable con la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos, de tal suerte que si una actuación determinada comporta una excesiva afectación, pudiera considerarse inadmisible.

Para llevar a cabo la señalada ponderación, la autoridad investigadora estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los Derechos enfrentados, así como el carácter del titular del Derecho, para lo cual es menester que de manera explícita se precisen las consideraciones al tenor de los cuales se inclina por molestar a alguien en un Derecho, en aras de la preservación de otro valor. Se trata de que la autoridad sopese la probabilidad de que los hechos sustentantes de la denuncia puedan llegar a ser efectivamente corroborables y, por ende, la trascendencia y afectación que podría haberse generado de ser ciertos, circunstancia bajo la cual, le será posible apreciar si la molestia inferida vale, en función de su naturaleza, aquilatando inclusive la intensidad de la afectación frente a lo que se pretende obtener.

"Una vez concluida la investigación exhaustivamente, en los términos precisados y con las limitaciones enunciadas, se debe proceder a la evaluación del material con que se cuenta, para determinar si a través de la averiguación, el grado de posibilidad y verosimilitud de los hechos denunciados alcanzó el grado de probabilidad.

Así, en el supuesto de que, realizados los actos de investigación, la Comisión de Fiscalización estime que existen indicios suficientes respecto de la "probable comisión de irregularidades", deberá abrirse la etapa siguiente, instruyendo al secretario técnico para que emplace al partido político denunciado, corriéndole traslado con todos los elementos que integren el expediente respectivo, para que, en un término de cinco días, conteste por escrito lo que considere pertinente y aporte las pruebas que estime oportunas, lo cual marca el inicio del procedimiento en el que se vinculará al partido político denunciado.

Ahora procede analizar los agravios expuestos, con base en los mencionados principios y normas.

Ante todo, es de señalarse que no se encuentra controvertido si en el caso se reunieron o no los requisitos formales de la denuncia, necesarios para iniciar el procedimiento de queja, de acuerdo con los artículos 4 y 6 del Reglamento que establece los lineamientos aplicables en la integración de los expedientes y la substanciación del procedimiento para la atención de las quejas sobre el origen y la aplicación de los recursos derivados del financiamiento de los Partidos y Agrupaciones Políticas, por lo cual esta ejecutoria no se ocupará de esa cuestión, sino únicamente de lo relativo a si la fase de investigación, a cargo de la autoridad responsable, cumplió los requerimientos necesarios para considerar que se efectuó correctamente y fue agotada, de manera que se tuvieran los elementos necesarios para determinar si había o no elementos que revelaran la probable comisión de los ilícitos denunciados; cuestión que sí es materia de los agravios planteados, donde el apelante aduce que la responsable no fue exhaustiva en su investigación, para desprender que este fue el motivo de que no se acreditara la probable comisión de los ilícitos denunciados.

Como se aprecia, se denunció la existencia de una red de transferencias de recursos en cadena, provenientes de distintas fuentes, con el fin de allegarlos a la coalición Alianza por el Cambio, y se dice que su objetivo fue el de ocultar o hacer difuso el origen del dinero, porque es ilícito, ya que provendría de entidades a las cuales se prohíbe hacer aportaciones o donativos a los partidos políticos, concretamente, de entidades extranjeras y empresas mexicanas de carácter mercantil; o bien, de simpatizantes que hicieron aportaciones a esa coalición, en cantidades superiores a las permitidas por la Ley.

En tales circunstancias, se tiene el trazo y un principio de prueba sobre una parte o ciertas partes del todo que puede constituir la conducta denunciada en términos generales, traducida en la obtención de financiamiento ilícito por parte de la coalición Alianza por el Cambio, a través de un complicado sistema de traslados de dinero, por el que se ocultó ese financiamiento.

Así, se estima que la labor investigadora a cargo de la autoridad electoral, en esta fase del procedimiento administrativo-sancionador de que se trata, debió traducirse en lo siguiente:

Explorar, para su verificación o desvirtuación, los hechos indicados por los elementos aportados por el denunciante como principio de prueba. Dicho de otro modo, verificar o corroborar la existencia de los hechos a que se refieren las copias simples presentadas que constituyen tal principio.

Ahora bien, una de las formas más idóneas, necesarias y proporcionales para llevar a cabo tal verificación, resulta la información que al efecto rindieran las instituciones bancarias que se dice participaron en tales operaciones, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; ya que las mismas tienen registro de todas las operaciones que realizan, ya sean activas, pasivas o de servicios, por lo cual previsiblemente, esa información conduciría a resultados objetivos y certeros; asimismo, no se causaría molestia directa a las personas, sino sólo respecto de las delimitadas actividades económicas que se indican en los elementos presentados como principio de prueba; además, se justificaría tal intromisión en virtud del interés legítimo en conocer la actividad económica de las personas cuando de ese conocimiento pueda derivarse una visión más o menos exacta de las mismas, cuyo contenido y alcance pueda dar lugar a la configuración de ilícitos. Por último, como se verá más delante, esa información es accesible al Instituto Federal Electoral, cuando éste ejerce funciones de fiscalización de recursos de los partidos y agrupaciones políticas, por lo cual, estaba en condiciones de recabarla.

Sin embargo, la Comisión Nacional Bancaria produjo su respuesta en el sentido de que se encontraba impedida para solicitar a los bancos la información que fue requerida, porque sólo puede hacerlo en uso de sus facultades de inspección y vigilancia, debiendo guardar la más absoluta confidencialidad, y que entre sus funciones, figura la de vigilar que las instituciones bancarias cumplan el deber de guardar el secreto previsto en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual resultaba oponible para el Instituto Federal Electoral, por estimar que ésta no es una de las autoridades que está expresamente excepcionada en la norma de reserva.

Así mismo, el citado funcionario electoral solicitó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la información con la cual contara respecto de las empresas K-Beta, Grupo Alta Tecnología en Impresos y ST and K de México, todas sociedades anónimas de capital variable, y llevar a cabo una auditoría general a la contabilidad de cada una de ellas por el periodo en que se desarrolló la campaña presidencial durante el proceso electoral federal del año dos mil; lo anterior mediante tres oficios números PCG/543/00, PCG/026/01 y PCG/108/01. Pero la Secretaría de Hacienda y Crédito Público alegó estar imposibilitada para colaborar con el Instituto Federal Electoral en las cuestiones que le fueron solicitadas, en virtud de que por disposición del artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, se encontraba obligada a guardar absoluta reserva sobre las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de sus facultades de comprobación; sin que el Instituto Federal Electoral se encuentre en los casos de excepción previstos en la propia norma.

Sin embargo, para mayor claridad de esta fallo, se considera conveniente señalar que la solicitud hecha respecto de las auditorías carece de fundamentación y motivación, en tanto que en el oficio respectivo no se hizo referencia a una facultad específica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público relacionada con las auditorías, ni en su caso, si se encontraban satisfechos los posibles requisitos que pudieran estar establecidos para la práctica de ese tipo de diligencias; es decir, carece de consideraciones tendientes a establecer una relación entre determinados preceptos o Principios Jurídicos, con ciertos hechos específicos del objeto de investigación, por lo que se evidencia la actualización de los supuestos de aplicación de las normas o principios, y se justifique la necesidad e idoneidad de lo solicitado.

En efecto, la auditoría dentro de los actos de molestia es uno de magnitud más considerable, de modo que para su desahogo, la Ley suele exigir el cumplimiento de mayores requisitos especiales que la justifiquen, en aras de garantizar que la medida sea lo menos gravosa posible, que resulte conducente, indispensable y guarde proporcionalidad entre la afectación que se podría causar y los bienes o valores que se pretenden proteger con su realización, y su falta de cumplimiento por las autoridades administrativas genera frecuentes litigios… No obstante, en el caso dichos aspectos ni siquiera fueron tomados en consideración por la autoridad electoral, porque como ya se mencionó, se constriñó a solicitar dogmáticamente dichas auditorías sin ninguna fundamentación y motivación.

Ahora bien, las negativas de información fiscal y bancaria fueron aceptadas por la autoridad electoral en la resolución emitida en el procedimiento de queja, donde estableció que efectivamente

la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores se encontraban obligadas a guardar los secretos fiscal, en el caso de la primera, y bancario y fiduciario, en el caso de la segunda, por lo cual resultaba válido que se hubiesen negado a proporcionar la información que se les solicitó, de manera que eso constituyó un obstáculo insuperable para su investigación. Con esa determinación, la autoridad electoral estimó, al igual que las autoridades requeridas, que ella no se encontraba comprendida en los supuestos previstos en los artículos 69 del Código Fiscal de la Federación, 117 y 188 de la Ley de Instituciones de Crédito, de las autoridades a las que se permite acceder a la información protegida con los mencionados secretos.

Lo anterior dio lugar a que no se cumpliera el objeto de las diligencias iniciadas, consistente verificar los indicios derivados de las copias simples presentadas como principio de prueba, esto es, para verificar si existían o no los documentos originales, así como las operaciones a que ellos se refieren, lo cual resultaba fundamental para determinar si efectivamente había elementos para continuar la investigación o, en el caso de que con motivo de esa investigación se desvanecieran los indicios, que se concluyera.

Aduce el actor que fue indebida la consideración de la responsable, toda vez que el Instituto Federal Electoral tiene potestad para investigar a los partidos políticos, sobre el cumplimiento a las normas que regulan su financiamiento, de manera que, en el ejercicio de esa potestad, dicho Instituto puede requerir información a las autoridades federales, estatales y municipales, dentro de las que se encuentran la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes tienen obligación de proporcionársela.

En efecto, esta Sala Superior considera que el Instituto Federal Electoral, en la medida que ejerza funciones de control, vigilancia, investigación y aplicación de sanciones, en relación con el uso y manejo de los recursos públicos que manejan los partidos políticos para cumplir sus finalidades, se encuentra incluido en los conceptos abiertos de "autoridades hacendarias federales" para "fines fiscales", y por tanto, en la salvedad que sobre el sigilo de la información derivada de las operaciones bancarias establece el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, en atención a la amplitud gramatical de dichos conceptos, en la que no sólo se abarca a las autoridades que formalmente tengan el calificativo de hacendarias en su denominación, sino a todas aquellas que materialmente realicen funciones atinentes a la hacienda pública federal, como la administración, distribución, control y vigilancia sobre el ejercicio de recursos públicos, y a la calidad de fiscales, cuya concepción debe entenderse referida a todas las funciones relativas a la recaudación de contribuciones, a su destino, a la vigilancia e investigación sobre el uso de tales recursos, a la comprobación de irregularidades en el manejo de los mismos, así como a la aplicación de las sanciones administrativas que corresponda por las infracciones fiscales advertidas. De esta manera, en la medida en que el Instituto Federal Electoral ejerza tales funciones de fiscalización, respecto de los recursos financieros que se confieren a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas, resulta indudable que con esto se encuentra dentro de la salvedad anotada. Esto se ve fortalecido, si se tiene en cuenta que la finalidad que se persigue con la salvedad en comento, consiste en allanar el camino para lograr el óptimo desempeño de las funciones de las autoridades a las que en forma abierta hace referencia la norma, y de esta manera, facilitar al máximo todas las labores necesarias, para que: 1. Los recursos que le corresponden al Estado para el desempeño de su función pública, puedan ser recabados en su integridad, 2. El uso de tales recursos se destine adecuadamente a los propósitos que fijen las leyes correspondientes, 3. Todos los actos encaminados a la custodia y cuidado de esos recursos se cumplan cabal y adecuadamente, por todas las autoridades y funcionarios que intervienen en dichas actividades, 4. Se investigue, de la mejor manera, la verdad objetiva sobre las posibles conductas ilícitas que atenten contra los valores y funciones mencionados, y 5. Se impongan las sanciones administrativas establecidas en la Ley para ese efecto, y de este modo se coadyuve con la administración de justicia que se imparte en el ámbito jurisdiccional, a través de los procedimientos administrativos sancionadores establecidos en las leyes electorales, tratándose de los recursos que destina la Federación, por disposición de las leyes, al financiamiento de los partidos políticos. Cualquier interpretación de la norma que excluyera al Instituto Federal Electoral de la susodicha salvedad, cuando ejerciera las mencionadas funciones fiscalizadoras, atentaría contra la finalidad perseguida con la norma, al impedir que sin justificación se cumpla con la fiscalización de los recursos utilizados por los partidos políticos o agrupaciones políticas, pues donde la Ley no distingue no se permite que el operador de la norma distinga...

En las anteriores condiciones, la salvedad establecida en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, tratándose de autoridades hacendarias federales para fines fiscales, debe entenderse referida a todo órgano u autoridad que encuentre inmersa en el concepto abierto de autoridades hacendarias, exclusivamente en razón y medida de las funciones fiscales que desempeñen, de manera que, demostrado que una autoridad de la naturaleza mencionada se encuentra en ejercicio de una función relacionada con la fiscalización de los recursos públicos, está

autorizada para solicitar la información relativa a las operaciones que realicen las instituciones de crédito, y la autoridad facultada para ello debe proporcionarla, siempre que se compruebe que con tal información se persiguen los fines indicados.

Es verdad que actualmente al concepto fiscalizar se le ha entendido en una connotación más abierta, y no sólo referida a la cuestión de recaudación de contribuciones o a la de control y vigilancia en el uso de recursos públicos, sino también a la de averiguación de ilícitos penales, a la de control y vigilancia de las actividades en general de órganos o entidades públicas o a la revisión que se ejerce en el desempeño de funciones jurisdiccionales; sin embargo, esta circunstancia sólo revela la amplitud que se le ha dado al concepto fiscalizar, pero no cambia la conclusión alcanzada en el sentido de que el origen natural de ese concepto está referido al ejercicio de funciones de recaudación, control, vigilancia y, en su caso, la aplicación de sanciones, relacionadas con el uso y manejo de recursos públicos.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala Superior llega al convencimiento de que el Instituto Federal Electoral también se encuentra inmerso dentro del concepto abierto de autoridades hacendarias cuando en el desempeño de ciertas funciones y actividades persigue fines fiscales, relacionados con el control, vigilancia, investigación e imposición de sanciones, en el uso y manejo de recursos públicos.

En razón de lo anterior, es dable concluir que el Instituto Federal Electoral, al realizar actividades eminentemente hacendarias para fines fiscales, se encuentra en el supuesto establecido por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, y por ende, tiene facultades para solicitar de las instituciones de crédito, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la información relativa a los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones celebradas por las instituciones de crédito, que resulte razonablemente necesaria para el cumplimiento de la finalidad que la citada actividad le confiere, relacionada con la investigación y vigilancia del origen de los ingresos económicos y destino de las erogaciones que realiza un partido político nacional, con motivo de las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas.

Así, para que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores pueda proporcionar al Presidente del Consejo General del Instituto Federal Electoral, la información que le solicite de las actividades realizadas por una persona u organismo, ante una institución de crédito, debe cumplir su solicitud con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en la medida que se solicita, los cuales han sido ampliamente precisados en esta resolución, esto es, necesariamente debe expresar las razones por las cuales considere, que el conocimiento de los estados bancarios de una persona, organización o empresa, debidamente identificados, pueden ser relevantes para la finalidad perseguida por la investigación que se realice, pues aportarían datos respecto de la posible comisión de irregularidades por parte de los partidos políticos, o bien, para la continuación del proceso administrativo que motivó la citada investigación, de otra manera, con el pretexto de estar realizando una función fiscalizadora, se podría dar lugar a que se violentara el Derecho a la intimidad en materia bancaria, de que todo cuenta-habiente es titular, lo que inevitablemente haría inoperante ese Derecho, al quedar solamente plasmado en la Ley, pero sin ninguna protección.

En consecuencia, si el Presidente del Consejo General del Instituto Federal Electoral requirió la información referida, y no existió objeción en cuanto a la satisfacción de los requisitos antes mencionados, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores no tuvo razón al oponerse a recabar y rendir la información solicitada, con apoyo en que el Instituto no se encuentra expresamente dentro de las autoridades excepcionadas por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Tampoco tuvo razón el Consejo General del Instituto Federal Electoral, al considerar "atendible" la respuesta de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en el sentido de que se encuentra obligada por las leyes que rigen su actuación a guardar reserva sobre la información que le fue solicitada, porque como se ha establecido, las funciones realizadas por el Instituto Federal Electoral, en el caso, corresponden a la de una autoridad hacendaria con fines eminentemente fiscales.

En relación con los requerimientos formulados a las instituciones bancarias… En estos casos, la falta de entrega de la información y la oposición planteada a la autoridad electoral, sí se encuentra justificada, pero no porque no deban entregarla, sino porque no se siguieron los conductos y las formas previstas por la ley.

En tal virtud, es infundada la resolución que se combate cuando la responsable sostiene que fue correcta la negativa de las mencionadas autoridades, para proporcionarle los informes que le solicitó.

De todo lo anterior, es posible concluir que, como señala el apelante, la etapa de investigación a cargo de la autoridad electoral no se llevó a cabo de manera completa, con exhaustividad, pues ni siquiera se efectuaron los actos que se consideran primarios, cuyos resultados podrían servir de punto de partida para avanzar en la investigación, consistentes en corroborar o verificar los indicios que sirvieron como principio de prueba, y la localización de todas las personas involucradas en los

hechos de la denuncia. En esa virtud, si no se cumplió con la exhaustividad en la investigación, la autoridad responsable no quedó en condiciones para determinar válidamente lo concerniente a la probable comisión de los ilícitos denunciados, de tal manera que la investigación deberá efectuarse sobre las bases señaladas en esta ejecutoria.

En este orden de ideas, debe concluirse que la negativa a proporcionar información de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no fue producto de una intención o voluntad consciente de transgredir el ordenamiento jurídico vigente o derivada de negligencia o falta de cuidado, y por ello no se actualiza un elemento esencial necesario para considerar antijurídica su conducta, ni por tanto, para justificar el inicio del procedimiento administrativo sancionador.De manera que las circunstancias a que se refieren los agravios mencionados, serán materia de lo que resulte de la investigación exhaustiva que se realice.

Un caso parecido es la sentencia pronunciada el 7 de mayo de 2002, al resolver el expediente *SUP-RAP-054/2001*, integrado con motivo del *Recurso de Apelación* interpuesto por el Partido de la Revolución Democrática en contra de una resolución del Consejo General del IFE, que desestimó la queja interpuesta y no sancionó el presunto financiamiento recibido del extranjero y a través de distintas empresas mexicanas de carácter mercantil y gastado en la campaña del candidato postulado por la Alianza por el Cambio a la Presidencia de la República Vicente Fox Quesada. Es importante comentar, que dicha resolución comparte literalmente las consideraciones de la primera sentencia que analizamos del TRIFE, en cuanto a explicar en que consiste el principio de proporcionalidad, sin embargo, objeto de duras críticas resultó el hecho de que se haya considerado y resuelto por los magistrados, que la información probatoria que dejó el IFE de obtener, al no usar potencialmente sus facultades de excepción del secreto bancario y fiduciario, no era útil para el fondo del asunto controvertido; y por ende, a pesar de estar fundados dichos agravios, no cambiaron el sentido de resolución. Asimismo, determinó infundado el agravio de que la Comisión instaurada dentro del IFE no había realizado una exhaustiva investigación, y finalmente, que tenía razón esa Comisión, en cuanto a que no se demostró que se haya gastado tal dinero en la campaña foxista, o en sus palabras "*que no existían indicios suficientes de que se hubiese violado alguna disposición del Código Electoral relativa al régimen de financiamiento de los partidos y coaliciones; concluyendo que las conductas denunciadas no constituían, en sí mismas, conductas antijurídicas que deban ser sancionadas".*[986]

2. CASO TABASCO.

La sentencia siguiente que será objeto de nuestro análisis, ha sido considerada como una de las joyas resolutorias del Tribunal Electoral, por supuesto, nos referimos a la

[986] *** *Vid.* parte resolutiva.

famosa resolución del conocido como el "*Caso Tabasco*", en ella podemos apreciar un acertado manejo de los principios jurídico y una adecuada reflexión ponderativa, que podríamos sintetizar, estableció el acertado criterio de que en toda elección deben ser respetados requisitos para que pueda reputarse y calificarse como un ejercicio popular válido. Dicha sentencia emitida el 29 de diciembre de 2000 por la Sala Superior en los Juicios de Revisión Constitucional Electoral, identificados bajo el número SUP-JRC-487/2000 y su acumulado, como se apreciará se centra en el tema de la nulidad abstracta. [987]

Así las cosas, el famoso Caso Tabasco consiste en que el PAN y PRD objetaron que el Consejo Estatal Electoral de Tabasco declarara válida la elección de Gobernador efectuada el 1 de octubre de 2000, y por tanto expidiera la constancia de mayoría al candidato priísta Manuel Andrade Díaz. Los partidos políticos vertieron en su escrito de inconformidad agravios que demostraban muchas irregularidades en el proceso electoral, siendo uno de los principales el que se refería a que en su gran mayoría los Consejos Distritales habían abierto ilegalmente los paquetes electorales. Ante dichos recursos de inconformidad el Tribunal Electoral de Tabasco, decretó que dichos recursos estaban fundados, declarando la nulidad de casillas y modificando el cómputo electoral, pero a su vez confirmó la validez de la elección y ratificó el triunfo de Andrade Sánchez, hecho que haya ocasionado la presentación de un Juicio de Revisión Constitucional y la consecuente resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral que hoy analizamos y que a la larga anularía la elección efectuada.

La parte argumentativa que nos interesa, por su aplicación principialista es la que se encuentra a partir de su considerando décimo tercero y del cual partiremos nuestro análisis.

> *En cuanto a los agravios relativos a la procedencia de la nulidad de la elección de Gobernador del Estado de Tabasco… esta Sala considera lo siguiente.*
>
> *Toda la argumentación que precede permite concluir que en el sistema legal de nulidades del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco se puede establecer un distingo, en atención a su extensión, de dos órdenes de causales de nulidad. El primero está compuesto por causales específicas, que rigen la nulidad de la votación recibida en casillas, respecto a cualquier tipo de elección, así como la nulidad de las elecciones de diputados de mayoría relativa y de presidentes municipales y regidores; y el segundo integrado por una sola categoría abstracta de nulidad, cuyo contenido debe encontrarlo el juzgador en cada situación que se someta a su decisión, atendiendo a las consecuencias concurrentes en cada caso concreto, a la naturaleza jurídica de las instituciones electorales, a los fines perseguidos con ellas, y dentro de este marco, a que la elección concreta que se analice satisfaga los requisitos exigidos como esenciales e indispensables por la Constitución y las leyes, para que pueda producir efectos.*

[987] ***No se omite manifestar que otro buen ejemplo de la aplicación de la nulidad abstracta, y por ende de aplicación de los principios jurídicos, podemos encontrarla en la sentencia de la Sala Superior de este Tribunal Electoral, emitida 24 de julio de 2001 dentro del expediente SUP-JRC-120/2001, mejor conocido en el argot electoral como el Caso Yucatán.

De sostener la postura de que la ausencia de causales específicas de nulidad para la elección de Gobernador impide declarar su ineficacia independientemente de las irregularidades cometidas en ella que no se puedan remediar con la nulidad de votación recibida en casillas en particular, llevaría a admitir que dicha elección debe prevalecer a pesar de la evidencia de ciertas irregularidades inadmisibles, que al afectar elementos esenciales, cualitativamente sean determinantes para el resultado de la elección, como podrían ser: a) La actualización de causales de nulidad de la votación recibida en casilla en todas las instaladas en el Estado, salvo en algún número insignificante, donde la victoria no estaría determinada por la voluntad soberana del pueblo, sino por un pequeñísimo grupo de ciudadanos; b) La falta de instalación de una cantidad enorme de las casillas en dicha entidad federativa, que conduciría a igual situación; c) La declaración de validez de la elección y la expedición de la constancia de mayoría al candidato que hubiese obtenido el triunfo, aún siendo inelegible, o d) La comisión generalizada de violaciones sustanciales en la jornada electoral, en todo el Estado, que atenten claramente contra principio como el de certeza, objetividad, independencia, etcétera. Todo lo anterior, indudablemente, según se ha razonado, a causa de una supuesta e indebida interpretación de la normatividad electoral, pasando por alto la interpretación sistemática y funcional del resto de las disposiciones jurídicas aplicables que también ya se han mencionado.

Si se llegara a argumentar que los artículos 278 y 329 fracción IV, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco sólo contienen expresiones aisladas o apéndices inocuos, carentes de cualquier efecto, esto se considera inadmisible, porque conforme a uno de los Principios Jurídicos de interpretación, ésta se debe hacer de tal forma que ninguna parte de la norma u ordenamiento quede sin producir algún efecto, a menos que se pueda demostrar, palpable y fehacientemente, que el enunciado o expresión de que se trate sólo es producto de un descuido comprobable del Legislador.

Ahora bien, para conocer cuáles son las irregularidades que podrían constituirse como causal de nulidad de la elección de Gobernador, es necesario recurrir a las distintas disposiciones donde se contienen los elementos esenciales e imprescindibles de dicha elección.

De las disposiciones *referidas se puede desprender cuáles son los elementos fundamentales de una elección democrática, cuyo cumplimiento debe ser imprescindible para que una elección se considere producto del ejercicio popular de la soberanía, dentro del sistema jurídico-político construido en la Carta Magna y en las leyes electorales estatales, que están inclusive elevadas a rango constitucional, y son imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no son renunciables. Dichos principio son, entre otros, las elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezcan los recursos públicos sobre los de origen privado; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral, el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.*

Como consecuencia de lo anterior, si esos principios son fundamentales en una elección libre, auténtica y periódica, es admisible arribar a la conclusión de que cuando en una elección, donde se consigne una fórmula abstracta de nulidad de una elección, se constate que alguno de estos principios ha sido perturbado de manera importante, trascendente, que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente, y que por esto se ponga en duda fundada la credibilidad y la legitimidad de los comicios y de quienes resulten de ellos, resulta procedente considerar actualizada dicha causal.

Lo anterior significa que el sufragio ha de ajustarse a pautas determinadas para que las elecciones puedan calificarse como democráticas, pautas que parten de una condición previa: la universalidad del sufragio.

La universalidad del sufragio se funda en el principio de un hombre, un voto. Con la misma se pretende el máximo ensanchamiento del cuerpo electoral en orden a asegurar la coincidencia del electorado activo con la capacidad de Derecho Público.

La libertad de sufragio, cuyo principal componente es la vigencia efectiva de las libertades políticas, se traduce en que el voto no debe estar sujeto a presión, intimidación o coacción alguna. La fuerza organizada y el poder del capital no deben emplearse para influir al elector, porque destruyen la naturaleza del sufragio.

El secreto del sufragio constituye exigencia fundamental de su libertad, considerada desde la óptica individualista. El secreto del voto es en todo caso un Derecho del ciudadano-elector, no una obligación jurídica o un principio objetivo.

Consecuentemente, si el acto jurídico consistente en el ejercicio del Derecho al voto no se emite en las condiciones indicadas, porque por ejemplo, el autor del acto no votó libremente, ya que fue

coaccionado, etcétera, es inconcuso que la expresión de voluntad del votante no merece efectos jurídicos. Incluso, ese acto, si no cumple con los requisitos esenciales es posible estimar que no se ha perfeccionado y que no debe producir efectos.

Entonces, la libertad de los votantes es un elemento esencial del acto del sufragio y por ende de la elección propiamente dicha, para que pueda ser considerada democrática. En efecto, la elección es el mecanismo por el cual se logra la expresión de la voluntad popular, se constituye por todas las etapas que preparan la jornada electoral y definen su resultado. Su significado como concepto, está marcado por un dualismo de contenido.

Por una parte puede tener un sentido neutro o "técnico", y por la otra, un sentido sesgado u "ontológico".

El significado neutro de elecciones puede ser definido como "una técnica de designación de representantes". En esta acepción no cabe introducir distinciones sobre los fundamentos en los que se basan los sistemas electorales, las normas que regulan su verificación y las modalidades que tienen su materialización.

El significado ontológico de "elecciones" se basa en vincular el acto de elegir con la existencia real de la posibilidad que el elector tiene de optar libremente entre ofertas políticas diferentes y con la vigencia efectiva de normas jurídicas que garanticen el Derecho electoral y las libertades y Derechos políticos; lo cual constituye su esencia. En ese sentido se da una confluencia entre los conceptos técnico (proceso electoral) y ontológico (la esencia del sufragio universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible) de la elección, como método democrático para designar a los representantes del pueblo. Para ejercer realmente el sufragio, el elector debe tener oportunidad de elegir y gozar de la libertad de elección. Sólo quien tiene la opción entre dos alternativas reales, por lo menos, puede ejercer verdaderamente el sufragio. Además, debe tener libertad para decidirse por cualquiera de ellas; de lo contrario, no tendría opción.

Las elecciones democráticas deben efectuarse siguiendo diferentes principios (procedimientos) formalizados. La garantía de esos principios constituye el presupuesto esencial para que se reconozcan las decisiones sobre personas postulantes y contenidos políticos a través de las elecciones, que son vinculantes para el electorado, por parte de los propios electores.

"Entre estos principios que procuran la capacidad legitimadora de las elecciones, y que gozan al mismo tiempo de una importancia normativa para una elección libre son:

1) la propuesta electoral, que, por un lado, está sometida a los mismos requisitos de la elección (debe ser libre, competitiva) y por otro, no puede sustituir a la decisión selectiva de electorado; 2) la competencia entre candidatos, los cuales se vinculan en una contienda entre posiciones y programas políticos;3) la igualdad de oportunidades en el ámbito de la candidatura (candidatura y campaña electoral); 4) la libertad de elección que se asegura por la emisión secreta del voto; 5) el sistema electoral (reglas para la conversión de votos en escaños) no debe provocar resultados electorales peligrosos para la democracia o que obstaculicen la dinámica política; y 6) la decisión electoral limitada en el tiempo sólo para un período electoral.

Estos principios se consagran en la Constitución federal y en la del Estado de Tabasco, se reflejan en el sufragio universal y el Derecho al voto libre, secreto, igual y directo.

El Derecho de sufragio, además de ser un Derecho subjetivo, en el doble sentido, es sobretodo un principio, el más básico de la democracia, o hablando en términos más precisos del Estado Democrático. La solidez de este aserto parece indiscutible en la medida en que si se reconoce que la soberanía reside en el pueblo, no hay otra forma más veraz de comprobación de la voluntad popular, que mediante el ejercicio del voto.

Para llegar a él, como se dijo, el elector debe elegir, cuando menos entre dos alternativas, y sólo puede hacerlo si conoce las propuestas de los candidatos.

El conocimiento de la oferta política del partido, deriva de la comunicación que tiene con el electorado. Resulta obvia la importancia que tienen los medios de difusión en este intercambio de información. La importancia de acceder en condiciones equitativas a los espacios en la radio, televisión y distintos medios de difusión, deriva en la gran eficacia y penetración que tienen en la ciudadanía. Pues a través de estos medios de difusión los partidos políticos y candidatos tienen la oportunidad de exponer los puntos de vista sobre la forma de enfrentar los problemas que afectan a la ciudadanía, los aspectos sobresalientes de su programa de trabajo, los principios ideológicos del instituto político y la opinión crítica de la posición que sostienen sus adversarios.

Entonces, la equidad en las oportunidades para la comunicación constituye, entre otros, uno de los elementos esenciales en una elección democrática, cuya ausencia da lugar a la ineficacia de la elección.

Todo lo anterior nos lleva a estimar el clima de libertad que debe imperar en una elección, para que cumpla con el principio democrático que prevé la Constitución federal, pues es obvio que no es posible una elección si se celebran en una sociedad que no es libre.

Tratar de definir el concepto libre, nos enfrenta ante un término relativo, pues dependerá de la concepción histórica y social de cada grupo social que la defina. Sin embargo, existe un común denominador, las elecciones no pueden ser libres, si las libertades públicas no están al menos relativamente garantizadas.

La noción de libertades públicas puede concebirse en términos de un clima social o en términos de Derechos y garantías señalados por la Ley.

Un clima de libertad es aquel en que circula ampliamente una abundante y variada información sobre los asuntos públicos: lo que se oye o se lee suele ser discutido y las personas se agrupan en organizaciones para ampliar su propia opinión.

En el aspecto legal, las libertades públicas comprenden las clásicas libertad de palabra, de prensa, de reunión, de asociación pacífica y el no ser sancionado económicamente o privado de libertad sin mediar sentencia de tribunal que aplique las leyes establecidas.

De ello se sigue que, en el terreno político, el elector debe quedar libre de ciertas formas explícitas de coacción: Las libertades elementales consisten en que su voto no se vea influido por intimidación ni soborno, es decir, que no reciba castigo ni recompensa por su voto individual, aparte de las consecuencias públicas, que emita su voto en el escenario antes mencionado, garantizado por sus libertades públicas, que lo haga con pleno conocimiento de las propuestas políticas derivado de una equitativa posibilidad de difusión de las propuestas de los partidos políticos.

Estas son las condiciones que debe tener una elección, que tienden a cumplir con el principio fundamental de que los poderes públicos se renueven a través del sufragio universal, tal como lo establece la Constitución federal; que se cumpla con la voluntad pública de constituirse y seguir siendo un Estado democrático, representativo, en donde la legitimidad de los que integran los poderes públicos, derive de la propia intención ciudadana.

Una elección sin estas condiciones, en la que en sus etapas concurran intimidaciones, prohibiciones, vetos, iniquidades, desinformación, violencia; en donde no estén garantizadas las libertades públicas ni los elementos indicados, no es, ni representa la voluntad ciudadana, no puede ser basamento del Estado Democrático que como condición estableció el constituyente, no legitima a los favorecidos, ni justifica una correcta renovación de poderes.

Entonces, en los casos indicados anteriormente, la elección resulta nula, por no ser legal, cierta, imparcial, ni objetiva y pronunciarse respecto de ello, es simplemente el analizar y declarar si los actos electorales en su conjunto cumplieron con el mandato constitucional. Lo que válidamente podía hacer la autoridad responsable, dado que la propia Ley electoral estatal, prevé la posibilidad de que se declare dicha nulidad y en consecuencia se revoque la constancia de mayoría que expida el Consejo Electoral Estatal, relativa a la elección de Gobernador, tal como se desprende de los artículos 107, fracción XX, 249 último párrafo y 329, fracción IV, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco.

Lo anterior no es contrario al principio de definitividad de los actos electorales, de acuerdo con lo siguiente: Primero, porque este principio esta referido a los actos que realizan las autoridades electorales en relación con un proceso electoral, de manera que no opera con relación a actos de personas o entidades distintas como pueden ser los actos de los ciudadanos de los partidos políticos y de otras autoridades distintas a las que organizan y llevan a cabo las elecciones. Segundo, porque constituye una medida de seguridad para garantizar que el procedimiento por el que se desarrolla el proceso electoral se realice sana pero firmemente, de manera que si los actos procedimentales incurren en irregularidades estas puedan se corregidas de inmediato a través de los medios de impugnación y si no se combaten en éstos, se logre la firmeza para servir de base sólida a los actos procedimentales subsiguientes, sin embargo como dicho procedimiento constituye sólo una parte del proceso y este desempeña una función instrumental respecto de los actos jurídicos sustantivos, que se constituyen y realizan por esa vía, y que a través de ella deben llegar y cumplir la finalidad principal, resulta obvio que respecto de éstos no opera dicho principio de definitividad, de manera que cuando las irregularidades cometidas en éstos afecten los elementos fundamentales de las elecciones democráticas y puedan producir su nulidad no es obstáculo para el examen de la cuestión y la declaratoria de nulidad.

De todo lo anterior es posible determinar que conforme con la legislación electoral del Estado de Tabasco sí cabe la posibilidad de declarar la nulidad de la elección de Gobernador a través del recurso de inconformidad previsto en el mismo ordenamiento.

Al aplicar todos los anteriores conceptos al presente caso y relacionarlos con algunos de los hechos evidenciados a través de las probanzas que antes se valoraron, con el fin de abordar el estudio de varios planteamientos formulados por los actores y que se encuentran, por ejemplo, en el apartado IV del resumen de agravios hecho con anterioridad, se encuentra que existen determinados hechos que impiden considerar, que la elección de Gobernador del Estado de Tabasco se haya realizado mediante el sufragio libre y, por tanto, tal circunstancia conduce a estimar, que en el presente caso no fueron observados los artículos 116, fracción IV, incisos a) y g),

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9, tercer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, los cuales prevén el sufragio universal libre, secreto y directo, como elemento indispensable de la elección, entre otras autoridades, de Gobernador, así como que deben propiciarse condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social.

Se parte de la base que el Derecho al sufragio, con las características precisadas en las disposiciones constitucionales mencionadas, constituye la piedra angular del sistema democrático; de ahí que si se considera que en una elección, el sufragio no se ejerció con las características antes citadas, ello conduce a establecer que se han infringido los preceptos constitucionales invocados y que se ha atentado contra la esencia del sistema democrático.

Se tiene en cuenta que para apreciar si se ha respetado la libertad en la emisión del sufragio, no basta con examinar el hecho aislado referente a si, en el momento de votar, el acto fue producto de la manifestación de una decisión libre, es decir, de una voluntad no coaccionada, sino que para considerar que el Derecho al sufragio se ha ejercido con libertad es necesario establecer, si en la elección han existido otra serie de libertades, sin cuya concurrencia no podría hablarse en propiedad de un sufragio libre, por ejemplo, la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de libre desarrollo de la campaña electoral, etcétera.

Se debe tener presente que para que realmente el ciudadano esté en aptitud de ejercer el sufragio con libertad, se requiere que en la organización de las elecciones se dé a los contendientes políticos un margen de equidad en aspectos tales, como el acceso a los medios de comunicación, entre los que destaca el televisivo. Si se garantiza ese margen de equidad entre los distintos partidos y candidatos que participan en las elecciones, quedará asegurado también, que el elector tendrá varias opciones entre las cuales podrá escoger realmente, con absoluta libertad, la que más se apegue a su convicción política y no será víctima de inducciones provenientes del hecho de que, por ejemplo, en la inequidad en el acceso a medios de comunicación con que cuenten partidos políticos y candidatos, se haga incurrir en error al ciudadano, de modo que éste piense que no tiene otras alternativas más que la resultante de la saturación publicitaria de quien ha contado ampliamente con ventaja de esos medios de comunicación, lo cual afecta desde luego, esa libertad que debe tener el elector al ejercer el Derecho al sufragio.

En el presente caso existen elementos que afectan la libertad con la que debió ejercerse el sufragio en la elección de Gobernador del Estado de Tabasco.

Estos elementos resultan evidenciados con varias de las pruebas que en otra parte de esta ejecutoria se describieron y se valoraron.

La apreciación de dichas probanzas se hace sobre la base de que los hechos que constituyen materia de la prueba, la mayoría de las veces son ocultados, ya que en ocasiones, incluso, se trata de verdaderos actos ilícitos, por lo que es muy difícil su demostración. De ahí que ante tal dificultad, sólo es posible tener convicción de ellos a través de los indicios que aportan los referidos medios de convicción, los cuales deben ser valorados atendiendo a las circunstancias descritas.

Tal y como se destacó en la parte de este ejecutoria, en la cual se relataron y valoraron medios de impugnación, el tiempo con que contaron los partidos políticos en los medios de comunicación electrónica, como la televisión, fue bastante desproporcionado… Lo grave de esta situación es que, como ya quedó asentado en otra parte de esta ejecutoria, la concesionaria del canal siete de televisión, en donde se dedicó más tiempo al Partido Revolucionario Institucional, es Televisora Tabasqueña, S.A. de C.V., la cual, según los testimonios notariales que obran en el expediente, tiene la participación mayoritaria (98%) el Gobierno del Estado de Tabasco.

La doctrina se refiere también a esta situación, por ejemplo, en la obra "Homo videns. La sociedad teledirigida", editorial Taurus, 1998, página 66, al analizar la definición sobre democracia, según la cual, ésta es un gobierno de opinión, Giovanni Sartori dice que: "... esta definición se adapta perfectamente a la aparición de la video-política. Actualmente, el pueblo soberano `opina´ sobre todo en función de cómo la televisión le induce a opinar. Y en el hecho de conducir la opinión, el poder de la imagen se coloca en el centro de todos los procesos de la política contemporánea. Para empezar, la televisión condiciona fuertemente el proceso electoral... bien en su modo de plantear la batalla electoral, o en la forma de ayudar a vencer al vencedor."

Podría partirse de la base que esta irregularidad, por sí sola, no pudiera constituir un factor determinante en el resultado de la elección de Gobernador de Tabasco; sin embargo, esta no es la única anomalía que aparece demostrada en el expediente, puesto que en el presente caso acontecieron otras que se mencionarán en seguida. En efecto, según quedó asentado en otra parte de esta ejecutoria, en las sesiones de cómputo distrital de la elección de Gobernador se abrieron 1,338 paquetes electorales, equivalentes al 65% de las casillas instaladas en el Estado de Tabasco.

Lo trascendente de esta apertura es que en la mayoría de los casos se llevó a cabo sin que se surtiera alguna de las hipótesis de excepción, previstas en el artículo 244 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco.

En varios casos, la razón de apertura aducida era inexacta, por ejemplo, cuando se adujo la inexistencia de actas en el paquete, a pesar de que cuando fue recibido en el distrito electoral correspondiente, en la razón de recepción se hizo constar, que el paquete contaba con dicha acta, o bien, cuando se dijo que no existía coincidencia entre los datos asentados en las actas y, sin embargo, en varias ocasiones quedó evidenciado que los datos en las actas eran iguales.

En algunos distritos se advierte que la manera de proceder fue la de expresar los motivos de la apertura de paquetes en actas levantadas respecto a cada uno de éstos. Sin embargo, en varios de esos distritos se había dictado ya un acuerdo general para que la apertura de paquetes se realizara y, por tanto, esas actas particulares dan la impresión de que lo que se trató de hacer fue reforzar, a veces sin éxito, la causa invocada en el citado acuerdo general.

Si esta situación irregular se hubiera presentado esporádicamente en uno que otro distrito electoral, se habría podido pensar que se estaba ante la presencia de errores aislados, quizá carentes de trascendencia. Sin embargo, tal irregularidad se advierte de manera constante en las sesiones de cómputo de la elección de Gobernador, realizada en todos los distritos electorales, en donde incluso, en el 50% de ellos se procedió a la apertura del total de los paquetes electorales. Esta circunstancia se aúna al hecho de que en la mayoría de los casos no se justificaba la apertura de los paquetes electorales. Todo este panorama lleva a inferir, que no se está ante una simple coincidencia en la manera de realizar el cómputo, la cual pudo darse si se tratara de dos o tres casos, sino que lo que se hace patente en realidad, es que se acató una instrucción general, la cual se ejecutó con mayor efectividad en algunos casos que en otros.

Si esto es así, es clara la gravedad de que haya existido una instrucción hacia los consejos distritales de que los paquetes electorales fueran abiertos, a pesar de que no se surtieran las hipótesis excepcionales de Ley, que permiten la apertura. De manera que, si bien la anomalía no es suficiente para declarar la nulidad de la votación en una casilla, apreciada la irregularidad en su conjunto evidencia, que la actuación de los consejos distritales no se apegó al principio de legalidad.

El Secretario de Comunicaciones y Transportes del Estado de Tabasco financió con dos millones y medio de pesos, parte de la campaña del candidato del Partido Revolucionario Institucional, Manuel Andrade Díaz. Al decir de Carlos Manuel León Segura, ese dinero se reunió con las aportaciones de taxistas a quienes se les prometió la entrega de permisos de autos de alquiler. Que con el dinero recaudado se compraron despensas, láminas de zinc, máquinas de coser, máquinas de escribir, molinos, machetes, limas, bicicletas y artículos deportivos. Todo esto se repartió en varios municipios.

Cada uno de estos elementos de prueba constituyen indicios que de manera aislada no son aptos para producir por sí solos plena fuerza probatoria; pero adminiculados y apreciados en conjunto llevan a la convicción de que a la población se le hicieron llegar diversos artículos para la obtención del voto a favor del Partido Revolucionario Institucional y que en tal actividad intervino al menos una dependencia de Gobierno del Estado de Tabasco, como es la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Esto constituye un elemento más para considerar que el Gobierno del Estado de Tabasco no fue neutral en la elección de Gobernador, lo cual implica una afectación en la libertad del posible sufragio.

De esta adminiculación es posible desprender, que en la elección de Gobernador del Estado de Tabasco existieron irregularidades que afectaron el valor fundamental previsto en la Constitución, consistente en el Derecho al sufragio.

Si cada una de las circunstancias que se han relatado se apreciara de manera individual, sin establecer ninguna relación, es claro que con tal manera de proceder ningún resultado se desprendería, tal y como se hizo en una parte anterior de esta ejecutoria, cuando los elementos probatorios fueron valorados de modo particular. Pero el enlace de los elementos descritos sí produce la convicción de que en la elección de Gobernador del Estado de Tabasco se afectaron los principios de legalidad, certeza, imparcialidad e independencia, pues quedó claro que se infringió la Ley cuando, por ejemplo, se abrieron paquetes electorales. Hubo falta de independencia e imparcialidad, cuando la apertura de paquetes electorales se hizo, al parecer, en acatamiento de una instrucción, pues lo ordinario no es que exista coincidencia por parte de los consejos distritales electorales en maneras de proceder que se apartan de la Ley. No hubo neutralidad por parte del Gobierno del Estado de Tabasco, como lo demuestra la desproporción en el acceso al canal siete de televisión que tuvo el partido triunfador de los comicios, con relación al acceso que tuvieron otros partidos políticos, así como la intervención de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes del Estado de Tabasco en la recaudación de fondos para favorecer al candidato de dicho partido, según lo declarado por Carlos Manuel León Segura.

En virtud de lo anterior, en el caso fueron conculcados los artículos 41, base IV, y 116, fracción IV, incisos a) y g) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9, tercer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

Incluso, asiste razón al Partido de la Revolución Democrática cuando afirma, que la voluntad del pueblo, expresada mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto, constituye materia del artículo 21.1, párrafo 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Igual tema forma parte del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 23, inciso b), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. De ahí la importancia de que quede salvaguardado el Derecho al sufragio.

Todo lo anterior debe relacionarse a su vez, con la circunstancia particular de que en el presente caso, los resultados de la elección son muy cerrados, puesto que si se atiende a la votación que obtuvieron los partidos que ocuparon el primero y el segundo lugar en la elección, se encuentra lo siguiente:

Esta escasa diferencia en la votación evidencia la importancia de las irregularidades de la elección de Gobernador de Tabasco que se han venido mencionando, porque el surgimiento de cualquiera de ellas pudo ser la causa de que un determinado partido fuera el triunfador, puesto que si las anomalías no se hubieran producido, el resultado podría haber sido otro.

La existencia de las conculcaciones mencionadas, relacionada con el hecho de que en el Estado de Tabasco es legalmente posible declarar la nulidad de la elección de Gobernador, ha lugar a revocar las sentencias reclamadas, a declarar la nulidad de la elección de Gobernador, a revocar la constancia de mayoría y validez expedida a favor de Manuel Andrade Díaz, candidato del Partido Revolucionario Institucional y a comunicar esta decisión al Congreso de dicho Estado, para los efectos legales conducentes. Se destaca la circunstancia de que con anterioridad se señaló, que en el presente caso, algunas autoridades del Estado de Tabasco no se condujeron con neutralidad, lo cual contribuyó a que se tuvieran por demostradas las conculcaciones aducidas.

D.3. ***CRITERIOS JURISPRUDENCIALES MEXICANOS RELEVANTES EN EL TEMA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.***

Aun cuando en el Derecho Comparado, el término jurisprudencia en su connotación actual, se refiere *in genere* a las resoluciones o sentencias emitidas por los órganos judiciales, en nuestro país, éste término se reserva exclusivamente a aquellas resoluciones judiciales que son reconocidas como tal de conformidad a la Ley de Amparo. Actualmente éstas se integran ya sea por la reiteración de criterios, por contradicción de tesis, y últimamente por resoluciones que derivan de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Por lo anterior, resulta entendible porque los diferentes Tribunales cuando hablan de su jurisprudencia nos remiten directamente a sus sentencias, situación distinta en el caso mexicano, ya que acá, si existe una diferenciación marcada entre las sentencias y la jurisprudencia, diferenciación que se relaciona directamente con el tema de su obligatoriedad. Hecha esta acotación, realizaremos una búsqueda, ésta vez no de sentencias, sino de criterios jurisprudenciales establecidos por Tribunales mexicanos, que creemos relevantes son para fines de este trabajo.

1. PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Recargos fiscales. El principio de proporcionalidad aplicable en esa materia, se traduce en que su cuantía resulte razonable frente al daño ocasionado al erario. La finalidad de los recargos consiste en indemnizar al fisco por el daño causado por la falta de pago oportuno de las contribuciones. *Por ese motivo, el principio de proporcionalidad aplicable a dichos recargos debe ser calificado a través de un juicio de adecuación que permita determinar si la fórmula prevista en la Ley para obtenerlos, arroja resultados que se limitan, en esencia, a colocar al erario en una situación similar a la que se encontraría de no haberse producido el hecho lesivo derivado del incumplimiento de la obligación fiscal, y no mediante la aplicación del principio genérico de proporcionalidad tributaria que atiende, básicamente, a la capacidad contributiva.*[988]

Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del Legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación *se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del Legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el Legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.* [989]

Partidos políticos. Corresponde al Legislador establecer los requisitos para su creación, con apego a las normas constitucionales correspondientes y conforme a criterios de razonabilidad que permitan el pleno ejercicio del Derecho de asociación en materia política. *El artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la existencia de los partidos políticos, mas no establece cuáles son los elementos de organización a partir de los cuales deben crearse, por lo que en este aspecto existe una delegación al Legislador sujeta a criterios de razonabilidad guiados por el propósito de que dichas entidades de interés público cumplan con los fines que prevé dicho precepto, esto es, que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática, que contribuyan a la integración de la representación nacional y que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Por otro lado, los artículos 9o. y 35, fracción III, de la Constitución federal, que prevén la garantía de libre asociación en materia política para los ciudadanos de la República, no señalan la forma concreta de organización en que debe ejercerse ese Derecho, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 constitucional, corresponde al Legislador regular tal aspecto, con los límites ya descritos. Por tanto, de una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 9o., 35, fracción III y 41, fracción I, de la Ley Fundamental, se concluye que la libertad de asociación, tratándose de partidos políticos, no es absoluta, sino que está afectada por una característica de rango constitucional, conforme a la cual su participación en los procesos electorales queda sujeta a lo que disponga la Ley ordinaria, esto es, corresponde al Legislador, ya sea federal o local, establecer en la Ley relativa la forma en que se organizarán los ciudadanos en materia política, conforme a criterios de razonabilidad que permitan el pleno ejercicio de ese Derecho Fundamental, así como el cumplimiento de los fines que persiguen los partidos políticos.*[990]

Materia electoral. Para el análisis de las leyes relativas es pertinente acudir a los principios rectores y valores democráticos previstos en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para el análisis de las leyes electorales es pertinente acudir a los principios rectores y valores democráticos previstos en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la*

[988] ***Tesis P. XXXVII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 13.
[989] ***Tesis P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.
[990] ***Tesis P./J. 40/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, junio de 2004, p. 867.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como puntos de partida de los criterios de validez que orientan el examen de ese tipo de normas, pues para verificar el apego de las leyes secundarias a la Norma Fundamental, además de atender a lo que ésta textualmente establece, también deben observarse los postulados esenciales que contiene, los cuales sirven de guía para cimentar ulteriores razonamientos que integren un orden jurídico armónico, el cual guardará uniformidad y consistencia en relación con los fines que persigue el sistema electoral mexicano. Por tanto, es irrelevante que algunas disposiciones que contienen esos principios rectores y valores democráticos no sean exactamente aplicables al caso concreto por referirse a supuestos jurídicos diversos, ya que la concisión de dichas normas impide reiterar literalmente dichos conceptos fundamentales a cada momento, de manera que corresponde al Máximo Tribunal del país extraerlos de los preceptos constitucionales para elevarlos a categorías instrumentales o finales de interpretación, de modo tal que la propia Constitución sea la causa eficiente de toda resolución, no únicamente por su semántica, sino también conforme a sus propósitos.[991]

Interpretación constitucional. Al fijar el alcance de un determinado precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe atenderse a los principios establecidos en ella, arribando a una conclusión congruente y sistemática. *En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.*[992]

Libertad de trabajo. No es absoluta de acuerdo con los principios fundamentales que la rigen (artículo 5o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). *La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten Derechos de terceros; y, c) que no se afecten Derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la Ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un Derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el Derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al Derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado.*[993]

Acción de Inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias. *De conformidad con el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, las facultades del máximo Tribunal del país para determinar los efectos de las sentencias estimatorias que emite, por un lado, comprenden la posibilidad de fijar "todos*

[991] ***Tesis P. XXXVII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, abril de 2006, p: 646.
[992] ***Tesis P. XII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 25.
[993] ***Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán.

aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda"; por otro lado, deben respetar todo el sistema jurídico constitucional del cual derivan. Ese estado de cosas implica que el Alto Tribunal cuenta con un amplio margen de apreciación para equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional en el caso de su conocimiento, de tal suerte que a través de los efectos que imprima a su sentencia debe salvaguardar de manera eficaz la norma constitucional violada, evitando, al mismo tiempo, generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica que la ocasionada por las normas impugnadas, o invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos (federales, estatales y/o municipales).[994]

Garantías individuales. El retardo, omisión o incumplimiento de los deberes de las autoridades puede dar lugar a la violación grave de aquéllas. *El ejercicio oportuno de las obligaciones de las autoridades para mantener el orden público constituye una garantía individual de los gobernados, por lo que la omisión de tal ejercicio, en condiciones extremas, implica una violación grave de garantías, al ser obligación de los órganos del Estado velar por la seguridad pública y por la protección del orden público, los cuales son fundamentales para la vigencia de las garantías individuales, consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, ya que la pluralidad de intereses, la diversidad de ideas y de necesidades de la población, generan zonas de conflicto entre las personas y grupos cuando ejercen sus Derechos al amparo de dichas garantías, pues, por un lado, se encuentra la de la libre expresión de las ideas prevista en el artículo 6º, aunado a las libertades ciudadanas de asociación y reunión pacífica, contenidas en los artículos 8º y 9º, limitadas constitucionalmente por el respeto al Derecho de los demás y al orden público y el no ejercicio de la violencia y, por otro, el Derecho a ejercer libremente la profesión o industria que cada quien determine, la libertad de trabajo, el Derecho al respeto de la propiedad y la integridad, y la inviolabilidad del domicilio, Derechos Fundamentales que pueden verse afectados por el ejercicio de las prerrogativas mencionadas anteriormente. Así, estos puntos de contacto requieren de mecanismos de control por tratarse de conflictos de garantías individuales y el orden público al que se refiere la Constitución, toda vez que las garantías individuales instituidas para las personas no pueden defenderse sino por mandato constitucional, pues ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su Derecho, como lo señala el artículo 17 constitucional. Esto es, nadie tiene legitimidad para usar su propia fuerza en contra de los demás, de manera que el Estado es el único que puede utilizarla cuando es necesario para mantener el orden y la paz pública y, por ende, conservar las condiciones necesarias para la vigencia de las garantías individuales que establece la Constitución, por lo que la seguridad pública se encuentra a cargo de los tres órdenes de gobierno en forma concurrente, cuyas policías deben actuar conforme a los principios rectores, entre los que se incluye la eficiencia. En ese orden de ideas, los Derechos de protección son Derechos constitucionales encaminados a que el Estado organice y maneje el orden público de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales; de ahí que si el Estado no evita las intervenciones de particulares sin sustento legal en bienes protegidos, entonces las permite. En efecto, la seguridad pública y las garantías individuales no se contraponen, se implican y se complementan, por lo que aquélla debe salvaguardarse para garantizar los Derechos Fundamentales, de manera que así como debe investigarse la responsabilidad por el exceso de la fuerza, debe investigarse también el incumplimiento de deberes constitucionales y de violación grave de garantías individuales por efecto de ese tipo de omisiones.*[995]

Interpretación conforme en acciones de inconstitucionalidad, cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución. *La interpretación de una norma general analizada en Acción de Inconstitucionalidad, debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger*

[994] ***Tesis P./J. 84/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 777.
[995] ***Tesis P. XLIX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 21.

aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, no debe perderse de vista que la Acción de Inconstitucionalidad es un medio de control que tiene como una de sus finalidades preservar la unidad del orden jurídico nacional, a partir del parámetro constitucional; como tampoco debe soslayarse que tal unidad se preserva tanto con la declaración de invalidez de la disposición legal impugnada, como con el reconocimiento de validez constitucional de la norma legal impugnada, a partir de su interpretación conforme a la Ley Suprema, ya que aún cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución. En consecuencia, el hecho de que tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, con el propósito de reconocer su validez, tengan como finalidad salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Ley Suprema, este Tribunal Constitucional en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones del Legislador y que puede ser objeto de una interpretación que la haga acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el Constituyente y el órgano reformador de la Norma Suprema.[996]

Proporcionalidad tributaria. Debe existir congruencia entre el tributo y la capacidad contributiva de los causantes. *El artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal establece el principio de proporcionalidad de los tributos. Éste radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir al gasto público en función de su respectiva capacidad contributiva, debiendo aportar una parte adecuada de sus ingresos, utilidades, rendimientos, o la manifestación de riqueza gravada. Conforme a este principio los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. Para que un gravamen sea proporcional debe existir congruencia entre el mismo y la capacidad contributiva de los causantes; entendida ésta como la potencialidad real de contribuir al gasto público que el Legislador atribuye al sujeto pasivo del impuesto en el tributo de que se trate, tomando en consideración que todos los supuestos de las contribuciones tienen una naturaleza económica en la forma de una situación o de un movimiento de riqueza y las consecuencias tributarias son medidas en función de esa riqueza. La capacidad contributiva se vincula con la persona que tiene que soportar la carga del tributo, o sea, aquella que finalmente, según las diversas características de cada contribución, ve disminuido su patrimonio al pagar una cantidad específica por concepto de esos gravámenes, sea en su calidad de sujeto pasivo o como destinatario de los mismos. De ahí que, para que un gravamen sea proporcional, debe existir congruencia entre el impuesto creado por el Estado y la capacidad contributiva de los causantes, en la medida en que debe pagar más quien tenga una mayor capacidad contributiva y menos el que la tenga en menor proporción.*[997]

Multas fijas. Las leyes que las establecen son inconstitucionales*. Esta Suprema Corte ha establecido que las leyes, al establecer multas, deben contener las reglas adecuadas para que las autoridades impositoras tengan la posibilidad de fijar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia de éste en la conducta que la motiva y, en fin, todas aquellas circunstancias que tiendan a individualizar dicha sanción, obligación del Legislador que deriva de la concordancia de los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución Federal, el primero de los cuales prohíbe las multas excesivas, mientras el segundo aporta el concepto de proporcionalidad. El establecimiento de multas fijas es contrario a estas disposiciones constitucionales, por cuanto al aplicarse a todos por igual, de manera*

[996]***Tesis P. IV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343.
[997]***Tesis P./J. 10/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 144.

invariable e inflexible, propicia excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares.[998]

2. SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Norma Oficial Mexicana de emergencia NOM-EM-012-SCFI-2006. Procede negar la suspensión solicitada en su contra, ya que de concederse se seguiría un perjuicio al interés social. *El juzgador de amparo, para decidir sobre el otorgamiento de la suspensión debe examinar, mediante un juicio de ponderación y un análisis razonado, la apariencia del buen Derecho y la no afectación al interés social y al orden público, en el entendido de que tal ponderación deberá hacerse incluso cuando se esté en presencia de cualquiera de los supuestos previstos en los diferentes incisos de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo. En esa virtud y derivado de la ponderación razonada de los citados factores relevantes, procede negar la medida suspensional solicitada contra la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-012-SCFI-2006, bebidas alcohólicas-bebidas alcohólicas-destilados de agave-especificaciones, información comercial, etiquetado y métodos de prueba, o su aviso de prórroga, ya que con su otorgamiento sí se produce un perjuicio al interés social, que se concreta en los Derechos Fundamentales de los miembros de la sociedad, en tanto que éstos, como consumidores, actuales o potenciales de bebidas alcohólicas producidas a partir de materias primas vegetales de la familia de las agaváceas, tienen Derecho a una información veraz y clara de la publicidad comercial de tales bebidas, máxime que una publicidad que carezca de tales atributos (veracidad y claridad) o que induzca al error con respecto a la naturaleza y características del producto pone en serio riesgo la salud y seguridad de las personas, habida cuenta que sus Derechos a la salud y a la información están garantizados constitucionalmente, así como los intereses de los consumidores, conforme a los artículos 5º, 6º y 28, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, existe un riesgo real a la salud y seguridad de las personas, ya que la adulteración de tales bebidas puede causar daños irreversibles a la salud, razón por la cual la apariencia del buen Derecho debe ceder en este caso frente al interés social.*[999]

Aplicación retroactiva en beneficio del gobernado. Excepciones a la regla general en materia fiscal. *La regla general en materia tributaria enuncia que, en principio, no hay obligación de aplicar la Ley de manera retroactiva en beneficio del causante; sin embargo, acorde a pronunciamientos emitidos por este Alto Tribunal, pueden existir excepciones, como cuando se utilizan criterios propios del Derecho penal respecto de multas fiscales. Aunado a lo anterior, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte otro supuesto que configura una excepción a dicha regla, consistente en la existencia de circunstancias en las que, de no realizar una aplicación retroactiva en beneficio del sujeto, se mantendría una situación jurídica contraria al orden constitucional, como por ejemplo cuando un precepto es reformado o adicionado a fin de salvaguardar principios constitucionales (existiendo inclusive precedentes que declaren inconstitucional la norma que fue aplicada al sujeto) y, simultáneamente, de modo injustificado se limita –bajo algún mecanismo legal– la aplicación de la norma reformada o adicionada, de tal manera que la causa que motivó la modificación legal o la declaratoria de inconstitucionalidad permanece, afectándose así el principio de supremacía constitucional cuya finalidad es salvaguardar la jerarquía de la Constitución federal sobre las normas inferiores, inaplicando disposiciones que son contrarias a ella. En relación con lo anterior, debe distinguirse el supuesto de aplicación del texto posterior considerado más favorable por el operador jurídico –caso en el cual no existe un mandato constitucional de aplicación obligatoria, porque el carácter benéfico no deja de descansar en apreciaciones subjetivas–, de aquel en el que existen pronunciamientos por parte del Poder Judicial, pues en este último la inaplicación del texto posterior no conlleva a la simple negación de un beneficio –económico o jurídico–, sino a la permanencia de un perjuicio jurídico ya observado por la autoridad judicial y sobre el cual existen pronunciamientos específicos. Además, otra razón para apoyar esta excepción es que la única prohibición expresa en la Constitución federal es la de aplicar disposiciones retroactivas en perjuicio, sin que exista una limitación en el sentido contrario, por lo cual no se está frente a un caso de colisión entre principios*

[998] ***Tesis P./J. 10/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 19.
[999] ***Tesis 2a./J. 212/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 209.

que exigiera una ponderación por parte del juzgador. Así, la excepción no se materializa simplemente por considerar una posibilidad de beneficio para el gobernado, sino que es el medio idóneo para otorgar plena vigencia a la garantía de seguridad jurídica, de conformidad con el principio de supremacía constitucional, y con el propósito de evitar un estado de cosas que implique el mantenimiento de circunstancias equivalentes a las que han sido motivo de pronunciamiento por parte de este Alto Tribunal, en asuntos en los que se concedió la protección constitucional.[1000]

Responsabilidades de los servidores públicos. Al establecer la Ley Federal relativa en sus artículos 47, 53, fracción IV, y 54, el marco legal al que debe sujetarse la autoridad administrativa para ejercer el arbitrio sancionador impositivo, respeta los principios de legalidad y seguridad jurídica. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en diversos precedentes, que los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en su expresión genérica en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son respetados por las autoridades legislativas cuando las disposiciones de observancia general que crean, por una parte, generan certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias jurídicas de su conducta y, por otra, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan en la medida necesaria y razonable esa atribución, en forma tal que se impida a la respectiva autoridad actuar de manera arbitraria o caprichosa en atención a las normas a las que debe sujetarse al ejercer dicha potestad. En ese contexto, es inconcuso que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en sus artículos 47, 53, fracción IV y 54, respeta los referidos principios constitucionales, al fijar el marco legal al que debe sujetarse la autoridad administrativa para ejercer el arbitrio sancionador impositivo, toda vez que el Legislador precisó, con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible, el núcleo básico de las conductas calificadas como infractoras y las sanciones que les corresponden, en términos de lo previsto en sus artículos 47 y 53, además de que en el diverso numeral 54 encausó la actuación de la autoridad administrativa para imponer las sanciones relativas en el ámbito de su competencia, al limitar su atribución mediante la fijación de elementos objetivos a los que debe ajustarse para decidir el tipo de sanción que corresponde a la infracción cometida en cada caso concreto. Por tanto, del contenido de tales disposiciones se advierte que el servidor público no queda en estado de incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de su conducta, pues los principios rectores que la rigen, consistentes en la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, establecidos en la reforma constitucional a los artículos 109 y 113, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se encuentran reglamentados y específicamente determinados, a través de un estructurado sistema disciplinario contenido en el indicado precepto 47, cuyo incumplimiento provoca la iniciación del procedimiento respectivo, el que en su caso concluye con la aplicación de sanciones predeterminadas, entre las que se encuentra la destitución a que se contrae la fracción IV del referido artículo 53. Lo anterior pone de relieve, que la facultad conferida a la autoridad sancionadora no puede ser producto de una actuación caprichosa o arbitraria, sino justificada por la evaluación de todas las circunstancias que rodean la situación de hecho advertida por la autoridad y que se concretizan mediante los elementos de convicción aportados en el curso del procedimiento respectivo, en el que el servidor público tiene oportunidad de rendir las pruebas que estime pertinentes, en concordancia con las normas que regulan el ejercicio de esa facultad sancionadora, pues de acuerdo con el margen legislativamente impuesto a la autoridad, su actuación tendrá que ser el resultado de la ponderación objetiva de los elementos relativos a la gravedad de la infracción, monto del daño causado y demás circunstancias que previene el citado artículo 54 para acotar su actuación y así permitir la fijación de una sanción acorde con la infracción cometida, especificada como tal en la propia Ley.*[1001]

Extranjeros. Los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su reglamento, no violan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo. *Acorde con la tesis 1a./J. 55/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, página 75, con el rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.", para determinar si una diferencia de trato introducida por el*

[1000]***Tesis 1a. CLXXX/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 178.
[1001]***Tesis 2a. CLXXIX/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 714.

Legislador o cualquier autoridad normativa es o no legítima, es necesario: 1) analizar si la distinción obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; 2) examinar la racionalidad o adecuación de la diferencia; y, 3) determinar su proporcionalidad. En congruencia con lo anterior y tomando en cuenta que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece previsiones específicas que diferencian la situación de los extranjeros y la de los mexicanos, se concluye que los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su Reglamento, al otorgar un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los nacionales, las autoridades migratorias por requerir sólo a aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder laborar y para que se les otorgue cierta situación migratoria respecto a su estancia en el país, no violan el principio de igualdad ante la Ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo. Ello es así en tanto que, por un lado, las medidas gubernamentales encaminadas a controlar la entrada, salida y condiciones de permanencia de los extranjeros en el país genéricamente tienen sustento constitucional y, por el otro, los artículos indicados tienen relación con los fines legítimos de la política migratoria del país; además de que en esta materia es preciso reconocer al Legislador un margen relativamente amplio. Sin embargo, se advierte que la idoneidad y proporcionalidad de los preceptos citados está estrictamente condicionada al modo en que se apliquen por las autoridades administrativas y judiciales competentes. Por ello, las autoridades migratorias deben fundamentar y motivar cuidadosamente las resoluciones por las cuales niegan a un extranjero el cambio de característica migratoria en un sentido que le permitiría desempeñar actividades remuneradas en el país, pues sólo así podrá determinarse -cuando se interpongan los recursos existentes- si aquéllas están ejerciendo legítimamente el margen de apreciación concedido por la Ley y el Reglamento mencionados o si están obrando en forma arbitraria y abusiva.[1002]

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. El artículo 14, fracción I, de la Ley Federal relativa, no viola la garantía de acceso a la información. *El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LX/2000 de rubro: "DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, página 74, estableció que el ejercicio del Derecho a la información no es irrestricto, sino que tiene límites que se sustentan en la protección de la seguridad nacional y en el respeto a los intereses de la sociedad y a los Derechos de los gobernados, en atención a la materia de que se trate. En ese sentido, el citado precepto, al remitir a diversas normas ordinarias que establezcan restricciones a la información, no viola la garantía de acceso a la información contenida en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque es jurídicamente adecuado que en las leyes reguladoras de cada materia, el Legislador federal o local establezca las restricciones correspondientes y clasifique a determinados datos como confidenciales o reservados, con la condición de que tales límites atiendan a intereses públicos o de los particulares y encuentren justificación racional en función del bien jurídico a proteger, es decir, que exista proporcionalidad y congruencia entre el Derecho Fundamental de que se trata y la razón que motive la restricción legislativa correspondiente, la cual debe ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin perseguido, de manera que las ventajas obtenidas con la reserva compensen el sacrificio que ésta implique para los titulares de la garantía individual mencionada o para la sociedad en general.*[1003]

Alimentos. Requisitos que deben observarse para fijar el monto de la pensión por ese concepto (legislaciones del Distrito Federal y del Estado de Chiapas). *De lo dispuesto en los artículos 308, 309, 311 y 314 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos 304, 305, 307 y 310 del Estado de Chiapas, se advierte que los legisladores establecieron las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea ésta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de esta obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero, además, debe tomarse en consideración el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias*

[1002]***Tesis 1a. XLVI/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 6.
[1003]***Tesis 2a. XLIII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 733.

del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido; de ahí que no sea dable atender para tales efectos a un criterio estrictamente matemático, bajo pena de violentar la garantía de debida fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, eventualmente, hacer nugatorio este Derecho de orden público e interés social.[1004]

Alimentos por concepto de educación. Elementos que el juzgador debe tomar en cuenta para determinar si procede respecto de acreedores alimentarios mayores de edad (legislación del Estado de Jalisco). *Los juzgadores deben ponderar, a la luz de las características particulares de cada caso, las exigencias derivadas del conjunto normativo que integra el régimen de alimentos previsto en el Código Civil de la citada entidad federativa, lo cual presupone un estudio cuidadoso de las pretensiones enfrentadas y del grado en que se satisfacen las cargas probatorias, a fin de tomar en cuenta tanto la necesidad de preservar el Derecho de los acreedores a recibir los recursos necesarios para hacerse de los medios para ejercer una profesión u oficio, sin considerar la mayoría de edad como un límite infranqueable, como las normas que limitan y condicionan ese Derecho con el objeto de evitar demandas caprichosas o desmedidas. La decisión del juzgador siempre debe mantener el equilibrio entre las necesidades de los acreedores y las posibilidades de los deudores que inspira y articula la regulación legal de la institución alimentaria.*[1005]

Sistema Tributario. Su diseño se encuentra dentro del ámbito de libre configuración legislativa, respetando las exigencias constitucionales. *El texto constitucional establece que el objetivo del sistema tributario es cubrir los gastos públicos de la Federación, del Distrito Federal y de los Estados y Municipios, dentro de un marco legal que sea proporcional y equitativo, por ello se afirma que dicho sistema se integra por diversas normas, a través de las cuales se cumple con el mencionado objetivo asignado constitucionalmente. Ahora bien, la creación del citado sistema, por disposición de la Constitución federal, está a cargo del Poder Legislativo de la Unión, al que debe reconocérsele un aspecto legítimo para definir el modelo y las políticas tributarias que en cada momento histórico cumplan con sus propósitos de la mejor manera, sin pasar por alto que existen ciertos límites que no pueden rebasarse sin violentar los principios constitucionales, la vigencia del principio democrático y la reserva de Ley en materia impositiva. En tal virtud, debe señalarse que el diseño del sistema tributario, a nivel de leyes, pertenece al ámbito de facultades legislativas y que, como tal, lleva aparejado un margen de configuración política –amplio, mas no ilimitado–, reconocido a los representantes de los ciudadanos para establecer el régimen legal del tributo, por lo que el hecho de que en un determinado momento los supuestos a los que recurra el Legislador para fundamentar las hipótesis normativas no sean aquellos vinculados con anterioridad a las hipótesis contempladas legalmente, no resulta inconstitucional, siempre y cuando con ello no se vulneren otros principios constitucionales.*[1006]

3. **TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.**

Suspensión en el Amparo. Conforme a la Teoría de Ponderación de Principios, debe negarse contra los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, pues el interés de la sociedad prevalece y es preferente al Derecho de la quejosa a la confidencialidad de sus datos. *De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos Derechos Fundamentales entran en colisión debe resolverse el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad. El primero se traduce en la legitimidad del principio adoptado como preferente, es decir, que sea el adecuado para lograr el fin constitucionalmente válido o pretendido; el segundo consiste en que no exista otro medio menos oneroso para alcanzar el fin deseado o*

[1004] ***Tesis 1a./J. 44/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, agosto de 2001, p. 11.
[1005]***Tesis 1a./J. 59/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 66.
[1006]***Tesis 1a./J. 159/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 111.

que afecte en menor grado los Derechos Fundamentales de los implicados; y, el tercero implica equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del bien público, lo que significa que no se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso al que se desea satisfacer. En ese contexto, cuando en un juicio de amparo se solicita la suspensión contra la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica en cuanto a requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, debe considerarse, por una parte, que de concederse la medida cautelar se afectaría gravemente el interés de la sociedad, pues al permitirse a la quejosa no proporcionar la información y documentación requerida, se paralizaría tal procedimiento –que es de interés social y orden público– impidiendo que se determinara si se realizan o no esas prácticas, lo que haría nugatoria la facultad de investigación de la mencionada comisión, y además, se dejaría de proteger el proceso competitivo, consecuencia de la libre concurrencia económica, que tiene como resultado menores costos, mayor eficiencia, mejores y nuevos productos y mayores servicios para los usuarios y consumidores, que es una finalidad que se encuentra tutelada como Derecho Fundamental y garantía en el artículo 28 constitucional; y, por la otra, que al negarse la medida no se afectan los Derechos de la quejosa, pues la información y documentación requerida no es imposible de rendir o radicalmente arbitraria por inconducente y tampoco se violan sus Derechos sustantivos, protegidos por la Constitución, al no verse afectados irreversible o irremediablemente, de manera que se le pudiesen causar daños de difícil reparación, desproporcionalmente mayores a los que pudiese resentir la sociedad, dado que conforme al artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentación que maneja la referida comisión durante la etapa de investigación es estrictamente confidencial y se puede solicitar, e inclusive exigir, que se trate como tal en las posteriores etapas del procedimiento, de modo que se impida su divulgación a los agentes económicos investigados, a terceros extraños o al público en general, salvaguardándose así su confidencialidad y secrecía. Por consiguiente, es claro que debe negarse la suspensión, puesto que el interés de la sociedad prevalece sobre el interés particular de la quejosa, pues el principio que debe primar es aquel que causa menor daño y, por ende, el que resulta indispensable privilegiar, porque evidentemente conlleva un mayor beneficio.[1007]

Suspensión en el Amparo. Debe negarse conforme a la Teoría de los Principios, cuando el interés social constitucionalmente tutelado, es preferente al de la quejosa. *Conforme a la teoría de los principios, cuando dos Derechos Fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad; y, III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Por tanto, cuando, por ejemplo, una empresa farmacéutica solicita la suspensión de la aplicación de una Ley en tanto se resuelve el juicio en lo principal, y se encuentran en conflicto, por una parte, el Derecho a la salud de las personas y, por la otra, el Derecho adquirido de la quejosa de mantener indeterminadamente los registros sanitarios de sus medicamentos y equipos médicos, los tres elementos de la ponderación referidos tienen plena aplicación, ya que los intereses de la sociedad que con la aplicación de la Ley impugnada se busca tutelar y consolidar, derrotan y prevalecen sobre los particulares del quejoso. Por tanto, el Derecho o principio que debe prevalecer es el que cause un menor daño, el que resulte indispensable y deba privilegiarse, es decir, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio. Todo esto se obtiene, en la especie, negando la suspensión solicitada a fin de permitir la plena eficacia de las consecuencias de la Ley reclamada en beneficio de los intereses sociales de los consumidores de los productos médicos, constitucionalmente tutelados, con prioridad a los estrictamente individuales, de contenido patrimonial, como son los de la titularidad de la quejosa.*[1008]

[1007]***Tesis I.4o.A.582 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 2717.

[1008]***Tesis I.4o.A.61 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2508.

Derechos Constitucionales. La vinculación de sus límites en el análisis de la constitucionalidad de una norma secundaria. *El grado de incondicionalidad de un Derecho constitucional va a depender del interés público y social, cuando estas limitantes se puedan desprender de lo dispuesto en el texto básico, así como de los Derechos constitucionales de los demás gobernados que pudieran estar en colisión frontal, en determinado momento, con aquéllos, dado que también vinculan a todo poder público, incluyendo a los tribunales, lo cual produce que la medida y alcance del Derecho Fundamentalespecífico sea el resultado de su balance con todos esos aspectos, que será reflejo de la cultura e idiosincrasia de la comunidad en el país. Por tanto, si el Constituyente equilibró, en la medida de lo posible, los intereses individuales con el interés público y los Derechos de tercero, interrelacionados en la Norma Suprema, es labor del Juez constitucional, en el ejercicio de sus atribuciones de control, realizar una* ***ponderación*** *de los valores que están en juego en cada caso concreto y establecer una relación proporcional entre ellos, con el fin de que tengan eficacia todos, aun cuando alguno deba ceder en cierto grado en función de otro, pues la coexistencia de valores y principios que conforman la Norma Suprema exige que cada uno se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros que también fueron considerados por el Constituyente, lo cual es conforme con el principio de unidad de nuestro Ordenamiento Supremo y con la base pluralista que lo sustenta.*[1009]

Daño moral y Derecho a la Información. *Los artículos 6º y 7º de la Constitución federal establecen el marco jurídico que a la vez que consagra el Derecho a la libre manifestación de las ideas y la libertad de imprenta, les impone límites consistentes en que la manifestación de las ideas no debe ejercerse en forma que ataque la moral, los Derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; la libertad de imprenta tiene por límite el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. Por su parte, el artículo 1º de la Ley de Imprenta prevé lo que se considera como ataques a la vida privada, y en su fracción I establece que lo es toda manifestación o expresión hecha por la imprenta o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública donde se expone a una persona al odio, desprecio o ridículo y que pueda causarle demérito en su reputación e intereses. Como se advierte, en el supuesto de la fracción I resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera. Basta que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo. El decoro está integrado por el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación. Se basa en el principio de que a toda persona, por el hecho de serlo, se le debe considerar honorable, merecedora de respeto. La conculcación de este bien se configura en sentido negativo, cuando el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social en que se desenvuelve y que es donde directamente repercute en su agravio. El honor es un bien objetivo que hace que la persona sea merecedora de confianza. Si una persona sufre una afectación en la consideración que de ella tienen los demás, se debe entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea, al trato con urbanidad y respeto que merece. El límite entre la libertad de expresión y la conducta ilegal del agente sólo puede establecerse mediante la ponderación de los Derechos en presencia, para determinar si la restricción que se impone al Derecho de información y expresión está o no justificada por la limitación que sufriría el otro Derecho a la intimidad. Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión entre ambos Derechos, el de la información goza de una posición preferente, y las restricciones a ese Derecho deben interpretarse de tal modo que su contenido esencial no resulte desnaturalizado. Tal valor preferente no es, sin embargo, absoluto. Si se le reconoce como garantía de la opinión pública, sólo puede legitimar intromisiones en otros Derechos Fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, o sea, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública. Carecerá de protección cuando se ejercite de manera desmesurada a ese fin.*[1010]

4. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Procedimiento Administrativo Sancionador Electoral. Debe realizarse conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. *Las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encaminadas a*

[1009]***Tesis I.1o.A.100 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 955.

[1010]***Tesis I.4o.C.57 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

salvaguardar a los gobernados de los actos arbitrarios de molestia y privación de cualquier autoridad, ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales, como en el caso de la función investigadora en la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos. Este principio genera ciertos criterios básicos que deben ser observados por la autoridad administrativa en las diligencias encaminadas a la obtención de elementos de prueba, que atañen a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La idoneidad se refiere a que sea apta para conseguir el fin pretendido y tener ciertas probabilidades de eficacia en el caso concreto, por lo que bajo este criterio, se debe limitar a lo objetivamente necesario. Conforme al criterio de necesidad o de intervención mínima, al existir la posibilidad de realizar varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, deben elegirse las medidas que afecten en menor grado los Derechos Fundamentales de las personas relacionadas con los hechos denunciados. De acuerdo al criterio de proporcionalidad, la autoridad debe ponderar si el sacrificio de los intereses individuales de un particular guarda una relación razonable con la fiscalización de los recursos de los partidos políticos para lo cual se estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los Derechos enfrentados, así como el carácter del titular del Derecho, debiendo precisarse las razones por las que se inclina por molestar a alguien en un Derecho, en aras de preservar otro valor.[1011]

Secreto Bancario. Es inoponible al Instituto Federal Electoral en ejercicio de facultades de fiscalización*. La interpretación gramatical, sistemática y funcional del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito hace patente que el Instituto Federal Electoral, en el ejercicio de las funciones de fiscalización de los recursos públicos que se otorgan a los partidos políticos para cumplir sus finalidades, se encuentra incluido en los conceptos abiertos de autoridades hacendarias federales y para fines fiscales, y por tanto, en la salvedad que sobre el secreto bancario establece el precepto interpretado. Así, si se toma en cuenta que los conceptos citados no se limitan a autoridades que formalmente tengan el calificativo de hacendarias en su denominación, sino a todas aquellas que materialmente realicen funciones atinentes a la hacienda pública federal, que comprende la administración, distribución, control y vigilancia sobre el ejercicio de recursos públicos, la calidad de fiscales se entiende referida a todas las funciones relativas a la recaudación de contribuciones y su destino, a la vigilancia e investigación sobre su uso y comprobación de irregularidades, así como a la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan. Ahora bien, el artículo 41, fracciones II y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 49, apartado 6; 49-A, 49-B, 72, 82, 269, 270, 271 y 272, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ponen de manifiesto que el Instituto Federal Electoral, al llevar a cabo el control o fiscalización de los recursos que reciben los partidos políticos, cumple con una finalidad eminentemente fiscal, al vigilar, comprobar e investigar todo lo relativo al manejo de esos recursos, así como al instaurar el procedimiento administrativo sancionador respectivo; razón por la que, cuando desempeña tales funciones, realiza actuaciones de una autoridad de carácter hacendario, en la consecución de fines fiscales, por lo cual se encuentra en el supuesto de excepción al secreto bancario, y consecuentemente tiene facultades para solicitar de las instituciones de crédito, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la información relativa a las operaciones bancarias que resulte razonablemente necesaria para el cumplimiento de la finalidad que la función de fiscalización de los recursos de los partidos políticos le confiere. Lo anterior se fortalece si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la salvedad en comento consiste en allanar el camino para lograr el óptimo desempeño de las autoridades que desarrollan la función fiscalizadora, así como porque la interpretación adoptada es conforme con la evolución histórica del secreto bancario en la legislación, y con la forma en que invariablemente se ha interpretado la Ley, tanto en la emisión de nuevas leyes, como en la llamada interpretación para efectos administrativos.*[1012]

- ***Estatutos de los partidos políticos. El control de su constitucionalidad y legalidad debe armonizar el Derecho de asociación de los ciudadanos y la libertad de autoorganización de los institutos políticos.*** *Los partidos políticos son el resultado del ejercicio de la libertad de asociación en materia política, previsto en los artículos 9º, párrafo primero, 35, fracción III, y 41, párrafo segundo, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 22 y 25*

[1011] ***"Tesis S3ELJ 62/2002", Sala Superior, *Revista Justicia Electoral* 2003, suplemento 6, pp. 51 y s.

[1012] ***Tesis "S3ELJ 01/2003", Sala Superior, *Revista Justicia Electoral,* 2004, suplemento 7, pp. 29-30. *Con motivo de la reforma a la Ley de Instituciones de Crédito, publicada el 30 de diciembre de 2005, actualmente se encuentra vigente la inoponibilidad del secreto bancario al Instituto Federal Electoral, contenido en el artículo 117, párrafo tercero, fracción IX de la mencionada ley.*

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 16 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual conlleva la necesidad de realizar interpretaciones de las disposiciones jurídicas relativas que aseguren o garanticen el puntual respeto de este Derecho y su más amplia y acabada expresión, en cuanto que no se haga nugatorio o se menoscabe su ejercicio por un indebido actuar de la autoridad electoral. En congruencia con lo anterior, desde la propia Constitución federal, se dispone que los partidos políticos deben cumplir sus finalidades atendiendo a lo previsto en los programas, principios e ideas que postulan, lo cual, a su vez, evidencia que desde el mismo texto constitucional se establece una amplia libertad o capacidad autoorganizativa en favor de dichos institutos políticos. Esto mismo se corrobora cuando se tiene presente que, en los artículos 25, 26 y 27 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se prevén las disposiciones normativas mínimas de sus documentos básicos, sin que se establezca, en dichos preceptos, un entero y acabado desarrollo de los aspectos declarativos, ideológicos, programáticos, orgánicos, procedimentales y sustantivos, porque se suprimiría o limitaría indebidamente esa libertad autoorganizativa para el ejercicio del Derecho de asociación en materia político-electoral que se establece en favor de los ciudadanos. Sin embargo, esa libertad o capacidad autoorganizativa de los partidos políticos, no es omnímoda ni ilimitada, ya que es susceptible de delimitación legal, siempre y cuando se respete el núcleo básico o esencial del correspondiente Derecho político-electoral fundamental de asociación, así como de otros Derechos Fundamentales de los propios ciudadanos afiliados, miembros o militantes; es decir, sin suprimir, desconocer o hacer nugatoria dicha libertad gregaria, ya sea porque las limitaciones indebidamente fueran excesivas, innecesarias, no razonables o no las requiera el interés general, ni el orden público. De lo anterior deriva que en el ejercicio del control sobre la constitucionalidad y legalidad respecto de la normativa básica de los partidos políticos, la autoridad electoral (administrativa o jurisdiccional), ya sea en el control oficioso o en el de vía de acción, deberá garantizar la armonización entre dos principios o valores inmersos, por una parte, el Derecho político-electoral fundamental de asociación, en su vertiente de libre afiliación y participación democrática en la formación de la voluntad del partido, que ejercen individualmente los ciudadanos miembros o afiliados del propio partido político, y, por otra, el de libertad de autoorganización correspondiente a la entidad colectiva de interés público constitutiva de ese partido político. En suma, el control administrativo o jurisdiccional de la regularidad electoral se debe limitar a corroborar que razonablemente se contenga la expresión del particular Derecho de los afiliados, miembros o militantes para participar democráticamente en la formación de la voluntad partidaria (específicamente, en los supuestos legalmente previstos), pero sin que se traduzca dicha atribución de verificación en la imposición de un concreto tipo de organización y reglamentación que proscriba la libertad correspondiente del partido político, porque será suficiente con recoger la esencia de la obligación legal consistente en el establecimiento de un mínimo democrático para entender que así se dé satisfacción al correlativo Derecho de los ciudadanos afiliados, a fin de compatibilizar la coexistencia de un Derecho individual y el que atañe a la entidad de interés público creada por aquéllos.[1013]

Libertad de Expresión. No se viola con la prohibición al Gobernador de hacer manifestaciones a favor o en contra de un candidato (legislación de Colima). *De la interpretación de los artículos 1º, párrafo primero; 5º, 6º, 33, 35, 38, 39, 40, 41, párrafos primero y segundo; 115, primer párrafo y 116, párrafo segundo, fracción IV, incisos a) y b), y 122, párrafo sexto, apartado C, Base Primera, fracciones I y V, inciso f), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, parágrafos 1 y 2; 3, párrafo primero; 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 23, 29, 30 y 32, parágrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 59, fracción V; 86 bis de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima; 4, párrafo tercero, 6, 49, fracciones I y X, 61, 207, 330, 332, fracciones I y III del Código Electoral del Estado de Colima; se concluye que las libertades de expresión y de asociación en materia política por parte del gobernador del Estado se encuentran limitadas en su ejercicio durante los procesos electorales. Lo anterior es así en virtud de que las libertades de expresión y asociación son Derechos Fundamentales de base constitucional y desarrollo legal y en su caso, deben establecerse en la Ley las restricciones o limitaciones a su ejercicio. Ahora bien, la facultad legislativa por la cual se establezcan restricciones o limitaciones a esos Derechos Fundamentales debe tener una plena justificación constitucional en la necesidad de establecer o preservar condiciones acordes con una sociedad democrática. Ciertamente, esos Derechos Fundamentales de participación política establecidos en favor del ciudadano conllevan un Derecho de libertad y, al propio tiempo, uno de igualdad. Esto se*

[1013] "Tesis S3EL 008/2005", Sala Superior, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 559 y s.

refuerza en virtud de que existe una prescripción jurídica que prohíbe la intervención del gobernador del Estado en las elecciones para que recaigan en determinada persona, ya sea por sí o por medio de otras autoridades. Por otro lado, de los Principios Jurídicos establecidos en la Constitución federal destacan la idea de las elecciones libres, auténticas y periódicas, así como la idea del sufragio universal, libre, secreto y directo; además de la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, aspectos rectores del proceso electoral, al igual que el establecimiento de condiciones de equidad en cuanto a los elementos con que cuenten los partidos políticos. Lo anterior aunado a que la libertad de sufragio se traduce en que el voto no debe estar sujeto a presión, intimidación o coacción alguna, redunda en que los órganos y autoridades del poder público se deben mantener al margen del proceso electoral para no influir en el ánimo del elector, y no transgredir así los principios constitucionales referidos, máxime si no están autorizados constitucional y legalmente para organizar o conducir el proceso mismo. Lo dicho sirve de presupuesto para estimar que, de acuerdo con la normativa nacional e internacional, vigente en México, no se puede considerar que se transgreden las libertades de expresión o asociación, cuando se establecen limitaciones, en razón del sujeto, que son conformes y necesarias en una sociedad democrática, para asegurar condiciones de igualdad y libertad que aseguren la realización de elecciones auténticas. Lo anterior es así, en virtud de que la calidad del sujeto titular del Derecho constituye un elemento esencial para que se configure la limitación, pues si el titular del Derecho subjetivo no tiene determinada calidad, por ejemplo, la condición de ser servidor público con el carácter de gobernador del Estado, no habría razón alguna para sostenerla. Esto es así, en virtud de que las restricciones sólo pueden ser establecidas expresamente en la Ley (tanto formal como material), en conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Estado mexicano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 19, párrafo 3, y 22, párrafo 2 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 13, párrafo 2, y 16, párrafo 2. Las limitaciones de los Derechos Fundamentales en razón de su titular se sustentan, primordialmente, en la necesidad de proteger otros bienes o Derechos constitucionalmente protegidos, como lo son la libertad en el sufragio y la no presión en las elecciones. De esta manera se justifica que las libertades de ese servidor público como ciudadano puedan ser restringidas en razón, verbi gratia, de la protección del orden público, de la seguridad nacional o el respeto a los Derechos de los demás. Lo anterior hay que relacionarlo con la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, en su artículo 59, fracción V, que prohíbe expresamente la intervención indebida del titular del Poder Ejecutivo local en los procesos electorales para favorecer a determinado candidato. Ello se traduce en una limitación en el ejercicio de las libertades de expresión y de asociación que el titular del ejecutivo local tiene como ciudadano, toda vez que tiene semejantes libertades públicas fundamentales, a condición de que su ejercicio no interfiera sustancialmente con sus responsabilidades oficiales ni con el ejercicio de los Derechos Fundamentales de los demás, como sería el Derecho político-electoral de acceder, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos... De esta manera, los Derechos políticos deben ser armonizados entre sí, delimitando para cada uno de ellos la extensión más amplia posible que, sin embargo, no invada indebidamente la esfera de realización de otro Derecho de su misma o superior jerarquía.[1014]

III. LA PRAXIS PRINCIPIALISTA EN JURISDICCIONES SUPRANACIONALES.

A. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros

[1014] ***"Tesis S3EL 027/2004", Sala Superior, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, páginas 682-684.

Tratados relacionados. Esta Corte fue establecida en 1979 y tiene 1015 su sede se encuentra en la ciudad de San José, Costa Rica; se integra de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos.

Los ejemplos que analizaremos de ella, son la sentencia del caso Olmedo Bustos y otros contra Chile referente a la libertad de pensamiento, expresión, conciencia y religión; así como la opinión consultiva OC-18/03 emitida el 17 de septiembre de 2003, a solicitud de México en referencia al tema "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", misma que dejara en claro nuestro dicho, ya que puede considerarse una verdadera cátedra en el tema de los Principios Jurídicos.[1016]

1. CASO "LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO"; OLMEDO BUSTOS Y OTROS VS. CHILE.

El 15 de enero de 1990 la Comisión Interamericana de Derechos, sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile, con el fin de que decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, solicitó que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declarara que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de respetar los Derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo' confirmada por la Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997". Esta censura se fundamentaba en que el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establecía un *"sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica".*

Así las cosas, el 5 de febrero de 2001, la Corte mediante sentencia resolvió por unanimidad el fondo, reparaciones y costas del caso, en los siguientes términos:

[1015] *** Información obtenida en su sitio web; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *http://www.corteidh.or.cr/., (Consultada el 7 de enero de 2009).*

[1016] ***Esta opinión consultiva puede ser vista en el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc. (Consultada el 7 de enero de 2009).*

"Se declaró que el Estado de Chile violó el Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los denunciantes; que incumplió los deberes generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; decidió que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de 6 meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto; el pago de gastos generados, y por último, que supervisaría el cumplimiento de esta sentencia y sólo después dará por concluido el caso."

Los principales razonamientos en los que este fallo se soporta pueden ser agrupados de la siguiente forma:[1017]

En cuanto al tema de la Libertad de Pensamiento y de Expresión:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares… Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al Derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

[1017] Los razonamientos que se transcribirán a continuación fueron extraídos de la sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. que pueden ser consultados en la página http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc., *(Consultada el 7 de enero de 2009).*

La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que:

La función supervisora [de la Corte le] impone […] prestar una atención extrema a los principios propios de una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos][1018] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años… Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto… "por y en nombre de […] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana.

En cuanto al tema de la Libertad de Conciencia y Religión:

Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.

En cuanto al tema obligación de respetar los Derechos y deber de adoptar disposiciones de Derecho interno:

[1018] Dicho artículo dispone que: 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los Derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.

El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que: *"Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los Derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*

Por su parte, el artículo 2 de la Convención establece que: *Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales Derechos y libertades.* La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.[1019]

La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los Derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.

En el Derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un Tratado de Derechos Humanos debe introducir en su Derecho Interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.[1020] La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte, de adecuar su Derecho Interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los Derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte, implica que las medidas de Derecho Interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su Derecho Interno a la Convención, a modo de hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que: *"Cuando decida que hubo una violación de un Derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su Derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos Derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."*

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Asimismo, resulta interesante para el presente trabajo mostrar algunas reflexiones del voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade:

[1019] *Cfr*. *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C. No. 68, párr. 137.
[1020] C*fr*. "*principe allant de soi*"; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., Série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte, supra* nota 20, párr. 136.

La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso "La Última Tentación de Cristo" representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de Derechos Humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su Derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal Derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación. La presente sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del *cas d'espèce*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no pecuniaria bajo la Convención. Y en un caso como el presente, atinente a la salvaguardia del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dicha reparación no pecuniaria es considerablemente más importante que una indemnización.

La adecuación de las normas de Derecho Interno a lo dispuesto en los tratados de Derechos Humanos puede efectivamente ser considerada una obligación de resultado. Pero esto no significa que pueda ser su cumplimiento postergado indefinidamente.

Por último, quisiera brevemente referirme a la declaración de uno de los peritos propuestos por la CIDH: al destacar la buena fe de la iniciativa del proyecto de reforma constitucional en curso en el Estado de Chile, el Dr. José Zalaquett Daher ponderó juiciosamente que "la reforma más importante en este caso sería aquella que (...), a través de un acto legislativo chileno, (...) recordará imperativamente al Poder Judicial" que "existe la incorporación de pleno Derecho y que debe aplicar" directamente las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos en el plano del Derecho Interno. Es este un punto al cual atribuyo la mayor importancia, por que implica la necesidad, en última instancia, de un verdadero cambio de mentalidad, en los tribunales superiores de casi todos los países de América Latina.

Esto difícilmente se alcanzaría con atención al aspecto meramente formal de reformas legislativas, las cuales deben hacerse acompañar de la capacitación permanente de la magistratura nacional latinoamericana en Derechos Humanos, particularmente las promisorias nuevas generaciones de jueces. Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del Derecho Interno como de los tratados de Derechos Humanos que vinculan el Estado parte. Estas últimas, al consagrar y definir claramente un Derecho individual, susceptible de vindicación ante un tribunal o Juez nacional, son directamente aplicables en el plano del Derecho Interno.

Si mayores avances no se han logrado hasta la fecha en el presente dominio de protección, no es esto atribuible a obstáculos jurídicos –que en realidad no existen–, sino más bien a la falta de voluntad (*animus*) del poder público de promover y asegurar una protección más eficaz de los Derechos Humanos. Esto se aplica hoy día a la casi totalidad de los países latinoamericanos, –y, entiendo, también a los países caribeños–, lo que destaca la necesidad apremiante de un cambio de mentalidad, al cual ya me referí. Una nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.

2. OPINIÓN CONSULTIVA: MIGRANTES (LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO TIENEN FRONTERAS).

El 10 de mayo de 2002, México presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre:

"[...] privación del goce y ejercicio de ciertos Derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la Ley consagrados en

instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la Ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su codificación."

En respuesta a la consulta planteada la Corte opinó por unanimidad el 17 de septiembre de 2003:

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los Derechos Fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un Derecho Fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un Derecho Fundamental.

2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos, le genera responsabilidad internacional.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los Derechos Humanos tanto en el Derecho Internacional como en el Interno.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del Derecho Internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado Tratado Internacional. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el Derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus Derechos Humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere Derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos Derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los Derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los Derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos Derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado, y este debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la Ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio."

Algunos de los razonamientos más importantes para tales conclusiones fueron:

Los Derechos Humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de Derechos Fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.

La obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales.[1021]

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos y el principio de igualdad y no discriminación. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos, le genera responsabilidad internacional.

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la Ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.[1022]

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los Derechos Humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad

---

[1021] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículo 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2).

[1022] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, Programa de Acción (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

humana".[1023] *En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".*[1024] *… Al respecto, la Corte Europea indicó también que:*

Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los Derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración. El artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como: "[…] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[1025]

La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido,[1026] *en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste significa que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la Ley así como el disfrute por igual de los Derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El Derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón; la igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.*

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la Ley, igual protección ante la Ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los Derechos Humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus Derechos, independientemente de su estatus migratorio.

Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus Derechos Humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos Derechos deben realizarse sin discriminación alguna… De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus Derechos Humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere Derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos Derechos son consecuencia de la relación laboral.

Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los Derechos Humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los

---

[1023] *Condición jurídica y Derechos Humanos del niño*, *supra* nota 1, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.

[1024] *Cfr. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Jugdment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Jugdment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, parágrafo. 10.*

[1025] O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

[1026] *African Commission of Human and Peoples´ Rights, Communication No: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, párr. 63.*

Derechos Humanos. Como ya se señaló… las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la Ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio."

Y si bien con este dictamen de la Corte Interamericana, podíamos ya darnos por satisfechos por el manejo que hace de los Principios Jurídicos y por la constante referencia a la razonabilidad y proporcionalidad que deben cubrir las medidas que pretendan restringir Derechos Fundamentales. No debemos desaprovechar la riqueza argumentativa de los votos concurrentes de la misma, ya que nos iluminan aun más en el tema que nos ocupa.

Iniciaremos el estudio de estos votos concurrentes, mostrando en primer plano el formulado por el Juez y entonces Presidente de la Corte, Cancado Trindade, voto en el que realiza un estudio aún más profundo en el tema de los principios, su contenido es el siguiente:

"… la materia tratada en la presente Opinión Consultiva, es de interés directo de amplios segmentos de la población en distintas latitudes,[1027] *y constituye en nuestros días una preocupación legítima de toda la comunidad internacional, y de la humanidad como un todo. Dada la transcendental importancia de los puntos examinados, me veo en la obligación de dejar constancia, particularmente en relación con los aspectos que me parecen merecer atención especial."*

LA POSICIÓN Y EL ROL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del Derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho.

Los principios generales del Derecho ingresaron en la cultura jurídica, con raíces históricas que remontan, v.g., al Derecho Romano, y pasaron a vincularse con la propia concepción del Estado Democrático de Derecho, sobre todo a partir de la influencia del pensamiento iluminista. A pesar de la aparente indiferencia con que fueron tratados por el positivismo jurídico (siempre buscando demostrar un "reconocimiento" de dichos principios en el orden jurídico positivo), y a pesar de la menor atención a ellos dispensada por la doctrina jurídica apresurada y reducionista de nuestros días, sin embargo nunca podremos de ellos prescindir.

De los prima principia emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntranse así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una

[1027]. Según la Organización Internacional para las Migraciones (O.I.M.), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo más que duplicó, elevándose de 75 millones a 175 millones de personas; y las proyecciones para el futuro son en el sentido de que este total aumentará aún mucho más en los próximos años; I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; y cf. también, en general, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Publs., 2000, pp. 26-33.

colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del Derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. Al contrario de los que intentan –a mi juicio en vano– minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el "orden jurídico" simplemente no se realiza, y deja de existir como tal.

La normativa jurídica (nacional o internacional) opera movida por los principios, algunos de ellos rigiendo las propias relaciones entre los seres humanos y el poder público (como los principios de la justicia natural, del Estado de Derecho, de los Derechos de la defensa, del Derecho al Juez natural, de la independencia de la justicia, de la igualdad de todos ante la Ley, de la separación de los poderes, entre otros). Los principios alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad. De ahí el continuo y eterno "renacimiento" del Derecho Natural, el cual jamás ha desaparecido.

No se trata de un retorno al Derecho Natural clásico, sino más bien de la afirmación o restauración de un patrón de justicia, anunciado por los principios generales del Derecho, mediante el cual se evalúa el Derecho Positivo... En la medida en que se forma un nuevo corpus juris, hay que atender a la apremiante necesidad de identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe este operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico.[1028]

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO SUBSTRATUM DEL PROPIO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Los principios generales del Derecho han así inspirado no sólo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso legiferante de su elaboración... En suma, en todo sistema jurídico (de Derecho interno o internacional) los principios generales marcan presencia, asegurando su coherencia y revelando su dimensión axiológica. Cuando uno se aleja de los principios, se incurre en distorsiones, y violaciones graves del orden jurídico incluso positivo.

Hay principios generales del Derecho que se afiguran verdaderamente fundamentales, al punto de que se identificaren con los propios fundamentos del sistema jurídico.[1029] *Dichos principios, como expresión de la "idea de justicia", tienen un alcance universal; no emanan de la "voluntad" de los Estados, pero son dotados de un carácter objetivo que los imponen a la observancia de todos los Estados.*[1030]

Es evidente que estos principios de Derecho no dependen de la "voluntad", ni del "acuerdo", ni del consentimiento de los sujetos de Derecho; siendo los Derechos Fundamentales de la persona humana el "fundamento necesario de todo orden jurídico", que no conoce fronteras, el ser humano es titular de Derechos inalienables, que independen de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.[1031] *En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un ejemplo de principios generales del Derecho reside en el principio de la dignidad del ser humano; otro reside en el de inalienabilidad de los Derechos inherentes al ser humano.*

Además, en su jurisprudence constante, la Corte Interamericana, al interpretar y aplicar la Convención Americana, ha asimismo recurrido siempre a los principios generales del Derecho.[1032] *Entre estos principios, los que se revisten de carácter verdaderamente fundamental, a los cuales aquí*

[1028] G. Abi-Saab, "Cours général de Droit international public", 207 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 378: "soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n'y a pas de système de tout".

[1029] G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 192-193; F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", *in Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 57-59.

[1030] A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens", *in Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-374, y cf. p. 369.

[1031] *Ibid*., pp. 376-380, 383, 386 y 389-390.

[1032] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), párr. 156; CtIADH, caso *Cantos versus Argentina* (Exc. Prel., Sentencia del 07.09.2001), párr. 37; CtIADH, caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá* (Sentencia del 02.02.2001), párr. 98; CtIADH, caso *Neira Alegría versus Perú* (Exc. Prel., Sentencia del 11.12.1991), párr. 29; CtIADH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (Sentencia del 29.07.1988), párr. 184; y cf. también CtIADH, Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), párrs. 66 y 87; CtIADH, Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), párrs. 58, 113 y 128; CtIADH, Opinión Consultiva n. 14, sobre la *Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (del 09.12.1994), párr. 35.

me refiero, en realidad forman el substratum del propio ordenamiento jurídico, revelando el Derecho al Derecho de que son titulares todos los seres humanos,[1033] *independientemente de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.*

EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Me limito, pues, aquí a señalar en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los Derechos Humanos se ha orientado, de modo general, –al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168)– en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.En suma, los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de los Derechos Humanos Fundamentales, que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no).[1034] *En conclusión sobre este punto, al principio fundamental de la igualdad y no discriminación está reservada, desde la Declaración Universal de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

EMERGENCIA, CONTENIDO Y ALCANCE DEL *JUS COGENS*.

El jus cogens, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los Derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.

Ahora mostraremos las partes más significativas del voto razonado concurrente expuesto por Sergio García Ramírez:

El tema al que se refiere esta Opinión Consultiva reviste importancia fundamental en nuestro tiempo. La creciente relación entre los pueblos, el proceso de mundialización que se proyecta sobre diversos ámbitos y las heterogéneas condiciones de las economías nacionales, regionales y global, han determinado la aparición y el crecimiento de corrientes migratorias que poseen características particulares y demandan soluciones racionales.

El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas.

La OC-18/2003 se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los Derechos Humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Esto corresponde, por lo demás, a la idea radical de los Derechos Fundamentales en los términos expresados por las declaraciones nacionales a partir del Siglo XVIII y los instrumentos internacionales más destacados en el Siglo XX. No sobra decir que esta es la filosofía que anima a las grandes organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en los términos de sus cartas constitutivas, y compromete, por lo tanto, a los Estados que forman parte de ellas y han aceptado su ideario y los compromisos que éste representa.

La igualdad ante la Ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los Derechos Humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los Derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del jus cogens, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones erga omnes.

Los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente, en lo que corresponde a estos

[1033] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n. (21), Tomo III, pp. 524 y s.
[1034] A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Ciudad de Guatemala, OIM/IIDH (Cuadernos de Trabajo sobre Migración n. 5), 2001, pp. 13 y 18.

extremos del jus cogens, aquellos deben desarrollar, como se sostiene en la OC-18/2003, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza –es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado– la efectiva vigencia –no sólo la consagración nominal– de los Derechos Humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de jus cogens en esta materia…

La Opinión Consultiva a la que concurro con este Voto razonado aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas –que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas– conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos.

Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los Derechos Humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los Derechos Humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos Derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los Derechos Humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna. Si este es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los Derechos Humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.

Ahora analizaremos el voto razonado concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes, quien hace alusión al principio de proporcionalidad en su sentido integral:

El concepto de distinción se refiere al trato diferente del que se aplica de modo general, es decir, se singulariza una situación concreta con fundamento en determinadas razones. Para que la distinción no se convierta en discriminación debe cumplir con las siguientes exigencias, establecidas por la doctrina y la jurisprudencia de los Derechos Humanos.

Que persiga un fin legítimo y que tengan carácter objetivo, en el sentido de que haya una diferencia sustancial y no meramente formal, pues como señaló esta Corte la distinción de trato debe estar fundada en "supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.[1035]

Además, esa diferencia debe ser relevante, poseer una importancia suficiente para justificar un trato distinto, y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil.

Debe haber proporcionalidad entre la diferencia fáctica y la jurídica, entre los medios escogidos y los fines; la desproporción entre el contenido del trato diferente y la finalidad propuesta lleva a la discriminación.

Junto a la proporcionalidad suele señalarse la idoneidad o adecuación, referida a las consecuencias jurídicas que se quieren alcanzar con el trato diferenciado y tomando en cuenta las condiciones concretas y actuales en que se va a aplicar la distinción.

Pero hay un común denominador frente a los anteriores, que afina el contenido y alcance de los otros elementos, y es la razonabilidad. El empleo de estos elementos permite detectar la presencia de la discriminación en una "categoría sospechosa", dada en el presente caso, por los migrantes trabajadores indocumentados.

La condición de trabajador indocumentado no puede convertirse jamás en fundamento para que no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades. Tales situaciones demuestran fehacientemente la existencia de una serie de tratamientos discriminatorios que buscan fundarse en la distinción documentados e indocumentados.

Como se expresa en la Opinión Consultiva, esta diferencia de trato no tiene justificación, no es necesaria ni proporcional, sus efectos no son razonables; contradice el fin mayor del Estado de

[1035] Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 57.

respetar y garantizar los Derechos de toda persona que, por razones laborales con documentos o sinellos, se encuentre bajo su jurisdicción.

Por último analizaremos el voto concurrente del Juez Alirio Abreu Burreli:

En esta Opinión la Corte se ha pronunciado sobre los Derechos que deben ser reconocidos y aplicados por los Estados a los trabajadores que, por distintas circunstancias, emigran de sus países, y que al no tener estatus migratorio legal, pueden ser víctimas de violaciones de sus Derechos, entre otros, laborales, de sus Derechos a la integridad, a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, el Estado solicitante de la Opinión de la Corte, se refiere al hecho concreto de que, casi seis millones de trabajadores mexicanos existen fuera del territorio nacional, de los cuales alrededor de dos millones y medio, son trabajadores migrantes indocumentados. Añade que "tan sólo en cinco meses (del año 2002), México ha tenido que intervenir, a través de sus representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los trabajadores mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnizaciones por enfermedades adquiridas en los centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos"… La comunidad internacional, además de tratar de reparar las consecuencias de las migraciones forzadas, a través de instrumentos de Derecho Internacional, de creación de tribunales, de políticas migratorias y de medidas administrativas o de cualquiera otra naturaleza, deberá igualmente preocuparse por indagar cuáles son las causas reales de las migraciones y procurar que la gente no se vea forzada a emigrar. En resumen, no hay Derechos Humanos sin democracia, así como no hay democracia sin Derechos Humanos... La democracia participativa, y en último análisis, el propio desarrollo humano, sólo son posibles en el marco de los Derechos Humanos... El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como "la democracia de desarrollo: en esta última 'los Derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades'. ... La interrelación de los Derechos Humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de Derechos Humanos en los planos global y regional".[1036] *Es posible que la formación de una sociedad justa comience con el fortalecimiento de una democracia verdadera que garantice plenamente la dignidad del ser humano.*

B. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Esta instancia también conocida con los nombres de Corte Europea de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, por la esta Ciudad su sede, comenzó a funcionar el 1 de noviembre de 1988 con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se compone de un número de Jueces igual al de las partes firmantes (47) y funge como la máxima autoridad judicial para la garantía de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en toda Europa.[1037] Se trata pues en suma, de un Tribunal Internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la

[1036] Cançado Trindade, Antônio A.,"El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", Editorial Jurídica de Chile, 2001.

[1037]***La información sobre este Tribunal puede consultarse en su sitio oficial: Corte Europea de Derechos Humanos, *http://www.echr.coe.int/echr*., *(Consultada el 7 de enero de 2009).* Adicionalmente. No se omite manifestar que antes de la instauración de la actual Corte en los términos del Protocolo núm. 11, existía un sistema mixto (Tribunal y Comisión). Dejando de existir el Tribunal en 1998 y la Comisión en 1999.

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puede acudir después de haber agotado sin éxito los recursos judiciales que cualquier Estado del Consejo de Europa le confiera.

1. CASO REFAH PARTISI Y OTROS VS. TURQUÍA.

El caso que a continuación analizaremos, consiste en un grupo de ciudadanos turcos y el partido político Refah Partisi "RP" (Partido de la Prosperidad) que presentan una demanda contra Turquía, con motivo de la disolución de su partido y una serie de restricciones temporales de sus Derechos políticos.[1038]

El Fiscal General de Turquía, solicitó la disolución del RP por considerar que dicho partido se había convertido en centro de actividades contrarias al principio de laicidad. Los hechos con los que demostraba su dicho eran:

- *El Partido Prosperidad apoyaba el uso del velo islámico en las escuelas públicas, aún cuando el Tribunal Constitucional ya había declarado que esta práctica iba en contra del principio de laicidad inscrito en la Constitución.*
- *En reuniones llevadas a cabo para la revisión de la Constitución Turca, existieron proyectos de reforma del partido prosperidad que buscaban abolir el principio de laicidad.*
- *Habían planteado la posibilidad de lograr dicha reforma incluso por la fuerza.*
- *El dicho de algunos dirigentes, durante un seminario en 1991, fue que el Partido Prosperidad podría instaurar la supremacía del Corán únicamente por la fuerza.*
- *Que incluso diputados pertenecientes al Partido Prosperidad se habían pronunciado con amenazas de "sangre", en caso de cerrarse las escuelas religiosas. e incluso se habían pronunciado a favor de discursos de apoyo a grupos terroristas internacionales.*

Concluía diciendo el Fiscal que *"…nada obligaba a los Estados a tolerar la existencia de partidos políticos que contemplaran la destrucción de la democracia y del principio de la preeminencia del Derecho".*

Por otra parte los demandados, en uso de su Derecho de audiencia, presentaron diversos criterios y disertaciones sobre el principio de laicidad consagrado en la Constitución. En dichos documentos argumentaban que el principio de laicidad implica el respeto a todo tipo de creencias religiosas y el Partido Prosperidad había sido respetuoso de la vida política de ese país. Además argumentaba que todas aquellas acciones y discursos pronunciados por sus simpatizantes y representantes populares, estaban protegidos por la Constitución para ejercer su encomienda y no sean reprendidos por ello.

[1038]***Esta sentencia se encuentra incluida en la obra: Díaz Revorio, Francisco Javier, *(Comp.)*, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Perú, Palestra, 2004, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, pp. 889-941. Asimismo también puede consultarse en inglés y francés en la página principal de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Llegado el asunto a la competencia del Tribunal Constitucional Turco, este mediante sentencia de 16 de enero de 1998 declaró procedente la disolución del Partido Prosperidad. En cuanto al fondo del asunto, este Tribunal consideró que si los partidos políticos eran los principales actores de la vida política democrática sus actividades no escapaban de algunas restricciones. Y que principalmente sus actividades incompatibles con el principio de preeminencia del Derecho no podían ser toleradas. En este sentido el Tribunal invocó las disposiciones constitucionales que imponían el respeto a la laicidad y recordó diversas disposiciones internas que obligaban a los partidos políticos a aplicar el principio de laicidad en numerosos campos de vida política y social. Asimismo, en este fallo dejó ver que el principio de laicidad estaba garantizado en Turquía en el plano constitucional, a causa de la experiencia histórica del país y de las particularidades de la religión musulmana y se pronunció en el sentido de que existía incompatibilidad entre el régimen democrático y las normas de la *"Charia"*, –el catecismo de mandamientos que debe cumplir el musulmán– concluyendo que era legítima la intervención del Estado para salvaguardar la naturaleza laica del régimen político, misma que debería ser considerada necesaria en una sociedad democrática. Además de la disolución y confiscación de bienes del partido, el Tribunal Constitucional, al comprobar el contenido de diversos discursos, consideró de manera accesoria quitar la condición de Diputados a 6 militantes, a quienes también culpó de ser responsables por sus actos de la disolución del partido, e incluso les prohibió en 5 años ser miembros fundadores, dirigentes de cualquier otro partido político.

Dicha resolución no fue unánime, ya que existió disidencia de dos Jueces, quienes argumentaron que la disolución del RP no era conforme con las disposiciones del Convenio Europeo ni con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que recordaban que las ideas molestas o incómodas de los partidos políticos deberían ser debatidas en un sistema pluralista.

Después de agotarse la instancia máxima del país turco, el 3 de octubre de 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió a trámite las demandas interpuestas. Después de escucharse en audiencia pública, tanto a los representantes del gobierno como a los demandantes, el Tribunal determinó estar en condiciones para resolverlo. Así determinó que la clave del asunto estaba en demostrar *"si la disolución del RP y las sanciones accesorias impuestas a los otros demandantes respondían a una necesidad social imperiosa y si eran proporcionadas a los fines legítimos perseguidos".* En cuanto al fondo, consideró que si los partidos políticos

eran los principales actores de la vida política democrática, sus actividades no escapaban a algunas restricciones. Principalmente, sus actividades incompatibles con el principio de preeminencia de Derecho no deberían ser toleradas. El Tribunal basaba esta reflexión, invocando disposiciones constitucionales y legales que obligaban a los partidos políticos a aplicar el principio de laicidad en numerosos campos de la vida política y social. El Tribunal Europeo, también hizo valer que el principio de laicidad es una condición indispensable de la democracia, opinando al respecto que la laicidad estaba garantizada en Turquía en el plano constitucional, a causa de la experiencia histórica del país y de las particularidades de la religión musulmana. En este sentido, opinó el Tribunal que el régimen democrático es incompatible con las normas de la *"Charia"*, y por tanto, la intervención del Estado para salvaguardar la naturaleza laica del régimen político debía ser considerada necesaria en una sociedad democrática. Por los razonamientos antes expuestos, y en virtud de la comprobación de los hechos denunciados, el Tribunal Europeo consideró en su sentencia de fecha 31 de julio de 2001, que la sanción impuesta a los demandantes puede razonablemente ser considerada como respondiendo a una necesidad social imperiosa en la medida en que los responsables del RP, bajo pretexto de que daban un contenido diferente al principio de laicidad, habían declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la Ley islámica y habían dejado la duda sobre su posición en cuanto al recurso de la fuerza para acceder al poder y permanecer en él. También consideró que, incluso si el margen de apreciación de los estrechos debe ser estrecho en materia de disolución de partidos, siendo el pluralismo de ideas y de los partidos inherentes a la democracia, el Estado implicado puede razonablemente impedir la realización de tal proyecto político, que aunque se funda en el derecho de creencias, resulta incompatible con las normas del Convenio Europeo, por lo tanto deben realizarse acciones antes de que sea puesto en práctica, corriéndose el riego de que se comprometa la paz civil y el régimen democrático del país. Así, expresaron que:

> *"El Tribunal considera que las injerencias litigiosas no eran desproporcionadas a los fines legítimos perseguidos, teniendo en cuenta la "necesidad social imperiosa" a la que respondían y que los motivos presentados por el Tribunal Constitucional para justificar la disolución el RP y la inhabilitación temporal de algunos Derechos políticos pronunciada en contra de los otros demandantes eran "pertinentes y suficientes".*

Sólo resta comentar que existió voto disidente de tres jueces quienes argumentaron en conjunto:

"Nosotros pensamos que no hay pruebas formales o convincentes que demuestren que el RP antes o después de su entrada en el Gobierno, hubiera tomado medidas tendentes a realizar un proyecto político incompatible con las normas del Convenio, a destruir o socavar la sociedad laica, a utilizar o apoyar la violencia y el odio religioso, o a amenazar de cualquier otra manera el orden jurídico y democrático en Turquía."

2. CASO KOLK Y KISLYIY VS. ESTONIA

En el presente caso, el dilema a resolver por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consistió en determinar la posibilidad o imposibilidad de castigar de manera retroactiva el delito de crímenes contra la humanidad.

El 10 de octubre de 2003 los demandantes fueron condenados por crímenes contra la humanidad en virtud del código criminal (*Kriminaalkoodeks*) en sentencia dictada por el Tribunal [de Primera Instancia] de Saare County (*Saare Maakohus*). Se les impuso una pena de 8 años de prisión suspensiva con un periodo de libertad condicional de tres años. La sentencia sostenía que los demandantes habían participado, en marzo de 1949, en la deportación de población civil desde la ocupada República de Estonia a lejanas zonas de la Unión Soviética.

El Tribunal de Primera Instancia fundamentó su decisión en las distintas vigencias del, en su momento, Código Criminal y al actual Código Penal de Estonia, al amparo de los cuales los crímenes contra la humanidad serían castigados independientemente de la fecha de comisión de los hechos. Además, el Tribunal de Primera Instancia se basó en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, recaída en el caso *Paulov* y remitió al artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg *(Tribunal de Nuremberg),* al artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad.*

Los demandantes recurrieron ante el Tribunal de Apelación de Tallinn, argumentando que en el momento de los hechos era de aplicación en el territorio de Estonia el Código Criminal de 1946 de la República Federativa Socialista Soviética de Rusia (RFSSR). Y que ese Código no contemplaba la penalización de los crímenes contra la humanidad. Asimismo, que la responsabilidad penal por crímenes contra la humanidad no se estableció hasta 1994, en virtud de las modificaciones operadas ese año sobre el código criminal estonio de 1992. En relación con el artículo 7 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], el abogado de los demandantes sostuvo que el Tribunal de primera Instancia no había determinado si la deportación era un

crimen contra la humanidad bajo el Derecho Internacional y el Derecho Interno en 1949 o si los demandantes habían tenido la posibilidad de prever, en ese momento, que estaban cometiendo un delito. El 27 de enero de 2004, el Tribunal de Apelación de Tallinn ratificó la sentencia del Tribunal de primera instancia. El Tribunal de Apelación concluyó que al cumplimentar los documentos relativos a la deportación, al sacar a la gente de sus casas y al transferirles a un barco asignado a tareas de deportación, los demandantes habían participado en un ataque a gran escala que se dio contra la población civil en el contexto de la operación de deportación "Priboi".

El 9 de junio de 2004, se acudió a la jurisdicción del Tribunal Europeo, misma que el 17 de enero de 2006 fue resuelta desestimando las demandas, validando las penas dictadas y por así decirlo, declarando la imprescriptibilidad de los delitos o crímenes contra la humanidad en Europa. Algunas razones que soportaron este fallo fueron:

El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vió posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios.

El Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg…

El Tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el Derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del Derecho Internacional. El Tribunal no ve motivo para llegar a una conclusión diferente. En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Por lo tanto, el Tribunal considera infundadas las alegaciones de los demandantes en el sentido de que sus actos no constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión y de que no se podía esperar de ellos razonablemente que supieran tal cosa.

Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. Estonia accedió a la Convención el 21 de octubre de 1991. Este Tribunal no halla motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales estonios del Derecho Interno a la luz del Derecho Internacional relevante. [Este Tribunal] se muestra conforme con el hecho de que la

condena de los demandantes y la pena que les ha sido impuesta tienen su base jurídica en el artículo 61-1 § 1 del Código Criminal. Por consiguiente, las cuestiones objeto de demanda no son irrespetuosas con el artículo 7 del Convenio.[1039]

C. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Fue establecida por la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, funciona con arreglo a un Estatuto que forma parte de la Carta, así como de conformidad con su propio Reglamento. La sede de la Corte se encuentra en el Palacio de la Paz, en la Haya (Países Bajos) y cumple con una doble función: resolver de conformidad con el Derecho Internacional, las controversias jurídicas que le presenten los Estados y emitir opiniones consultivas acerca de cuestiones jurídicas que solicitan los órganos y los organismos especializados de las Naciones Unidas debidamente autorizados para ello, por lo que se configura como un tribunal civil.[1040]

Está compuesta por 15 magistrados elegidos por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad que en éste asunto no tiene derecho de veto. Ambos órganos votan simultáneamente pero por separado.

1. OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL MURO EN PALESTINA.

El conflicto israelo-palestino no solo es un asunto más en la agenda de seguridad del ámbito internacional, que desgasta las líneas de la socorrida paz mundial, es una verdadera tribulación de la humanidad, de altos costos, como lo son las muertes de inocentes indistintamente de su nacionalidad.

Este contexto, plaga a todos los sectores; y entre ellos indispensablemente el jurídico. Así que con fecha 8 de diciembre de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución ES-10/14, solicitó con urgencia a la Corte Internacional de Justicia *(CIJ)* una opinión consultiva sobre:

"¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las

[1039] ****Vid*. "Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciada en el caso Kolk y Kislyiy Vs. Estonia: Imprescritibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva.", http://www.Derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html, *(Consultada el 7 de enero de 2009).*

[1040] Información obtenida de la página de la Corte Internacional de Justicia: *www.icj-cij-org/homepage/sp/, (Consultada el 7 de enero de 2009).*

normas y principios de Derecho Internacional, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?"[1041]

Por la sensibilidad del asunto, el proceso de la opinión consultiva conllevó escuchar diversas opiniones jurídicas, discusiones sobre una competencia cuestionada y demás. Después de siete meses, el 9 de julio de 2004, la Corte Internacional de Justicia emitió su Opinión Consultiva sobre la mencionada cuestión, prácticamente por unanimidad de todos sus miembros, acompañada de seis opiniones separadas y una declaración.

Los puntos sobresalientes en los que colisionan, por una parte el principio de legítima defensa, y por el otro, libertad de circulación, y todas sus implicaciones de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, así como el principio de la libre determinación, para efectos de este estudio, se sustraen de la siguiente manera:

Primeramente, ante la postura de Israel, que:

"…niega la aplicación en el territorio palestino ocupado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales ha firmado. Asegura que el Derecho humanitario es la protección proporcionada en una situación de conflicto como la existente en la Ribera Occidental y la Faja de Gaza, mientras que los tratados de Derechos Humanos están destinados a proteger a los ciudadanos de sus propios gobiernos en tiempos de paz."

La Corte, dice:

"…habrá de determinar ahora las normas y principios del Derecho Internacional aplicables a la evaluación de la legalidad de las medidas adoptadas por Israel. Tales normas y principios se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas y algunos otros tratados, en el Derecho Internacional consuetudinario y en las resoluciones pertinentes aprobadas con arreglo a la Carta por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad…"

Por lo que expresó:

El 3 de octubre de 1991, Israel ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la misma fecha, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Israel es parte en esos tres instrumentos…Más en general… considera que la protección que ofrecen los convenios y Convenciones de Derechos Humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En

[1041]*** La opinión consultiva que analizaremos a continuación puede ser consultada en los sumarios de la Corte Internacional de Justicia en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php (Consultada el 3 de marzo de 2009).

cuanto a la relación entre el Derecho Internacional humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos Derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho de los Derechos Humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del Derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del Derecho internacional, es decir, el Derecho de los Derechos Humanos y, como lex specialis, el Derecho internacional humanitario.

En conclusión, la Corte considera que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio.

En este sentido, la Corte determina la aplicabilidad de los instrumentos internacionales como el Convenio de La Haya de 1907 y el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, sobre la base del art. 2 del mismo, que exige dos *condiciones "... que exista un conflicto armado (independientemente de que se haya reconocido o no el estado de guerra) y que el conflicto haya surgido entre dos partes contratantes"*; y los Pactos de derechos civiles y políticos y, económicos, sociales y culturales y el Convenio internacional de derechos del niño de 1989. Para arrojar a esta postura la Corte, tuvo que realizar un estudio de la compatibilidad existente entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Habiendo determinado las normas y principios del Derecho internacional pertinentes para la respuesta a la pregunta planteada por la Asamblea General, y habiendo determinado en particular la aplicabilidad en el territorio palestino ocupado del Derecho Internacional humanitario y de la legislación sobre Derechos Humanos, la Corte pasará ahora a determinar si la construcción del muro ha violado esas normas y principios.

A este respecto, en el anexo II del informe del Secretario General, titulado Resumen de la posición jurídica de la Organización de Liberación de Palestina, se establece que: La construcción de la barrera es un intento de anexión del territorio en violación del Derecho Internacional, y que: La anexión de facto de tierras constituye una violación de la soberanía territorial y, en consecuencia, del Derecho de los palestinos a la libre determinación.

Por su parte, Israel ha argumentado que el único objetivo del muro es permitirle combatir eficazmente los ataques terroristas lanzados desde la Ribera Occidental.

La Corte llega a la conclusión de que los asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado (incluida Jerusalén oriental) se han establecido en contravención del Derecho Internacional. La Corte no puede con todo permanecer indiferente a los temores que se le han expresado de que el trazado del muro prejuzgará sobre la futura frontera entre Israel y "Palestina, y al temor de que Israel pueda decidir integrar los asentamientos y sus medios de acceso. La Corte considera que la construcción del muro y su régimen conexo crean un .hecho consumado en razón de que podría muy bien llegar a ser permanentes, en cuyo caso, y pese a la caracterización formal del muro por Israel, ello equivaldría a una anexión de facto.

En resumen, la Corte opina que la construcción del muro y su régimen conexo obstaculizan la libertad de circulación de los habitantes del territorio palestino ocupado (con la excepción de los ciudadanos israelíes y las personas asimiladas), garantizada en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. También obstaculizan el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. "No obstante, la Corte observa que el Derecho Internacional Humanitario aplicable contiene disposiciones que permiten tener en cuenta exigencias militares en circunstancias determinadas. La Corte considera que las exigencias militares previstas en esos textos pueden hacerse valer en los territorios ocupados incluso después del fin general de las operaciones militares que llevaron a su ocupación. No obstante, sobre la base del material que tiene ante sí, la Corte no ha llegado al convencimiento de que las operaciones militares hicieran absolutamente necesarias las destrucciones llevadas a cabo contraviniendo la prohibición que figura en el artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra. La Corte observa que las

restricciones previstas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son, por los propios términos de esa disposición, excepciones al derecho de libertad de circulación que se enuncia en el párrafo 1. Además, no es suficiente que esas restricciones se apliquen con los fines autorizados; deben también ser necesarias para la consecución de tales fines. Como expresó el Comité de Derechos Humanos las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad. y deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Observación General No. 27, párr. 14). Sobre la base de la información de que dispone, la Corte considera que en el presente caso no se cumplen esas condiciones.

Después de lo expuesto, la Corte determinó:

En resumen, basándose en el material de que dispone, la Corte no está convencida de que el trazado concreto que ha escogido Israel para el muro fuera necesario para conseguir sus objetivos en materia de seguridad. El muro, a lo largo del trazado elegido, y su régimen conexo, infringen gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por Israel y las infracciones derivadas de ese trazado no pueden justificarse por exigencias militares o necesidades de seguridad nacional u orden público. Así pues, la construcción de ese muro constituye una violación por parte de Israel de varias de las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho Internacional Humanitario y los instrumentos de Derechos Humanos aplicables… por lo tanto, la construcción del muro es una acción incompatible con diversas obligaciones jurídicas internacionales que incumben a Israel.

Además, establece que:

A la luz del material que tiene ante sí, la Corte no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción…Lo cierto sigue siendo que Israel tiene que afrontar muchos actos de violencia indiscriminados y mortíferos contra su población civil. Tiene el derecho, y en realidad el deber, de responder a esos actos a fin de proteger la vida de sus ciudadanos…"No obstante, las medidas que tome deben estar en consonancia con el Derecho Internacional aplicable…"En conclusión, la Corte considera que Israel no puede invocar el derecho de legítima defensa ni el estado de necesidad como causas de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro, según lo que se desprende de las consideraciones mencionadas en los párrafos 122 y 137 supra. Por consiguiente, la Corte determina que la construcción del muro, y su régimen conexo, contravienen el Derecho internacional.

Como pudo verse, la opinión consultiva se determina a luz de los métodos aplicativos de los Principios Jurídicos, en este sentido señala Badia Martí, que: La Corte llega a la conclusión de que, en estos supuestos, *rige el principio de "proporcionalidad"* que no se da en este caso, lo que le permite concluir que el trazado no es necesario *"... para conseguir sus objetivos de seguridad*."[1042]

Finalmente destacamos las siguientes opiniones con motivo de este caso:

- OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO KOOIJMANS

Si bien en general estoy de acuerdo con la Opinión de la Corte, en lo tocante a algunas cuestiones tengo reservas respecto de su razonamiento. En la formulación de los comentarios

[1042]*** Badia Martí, Anna, "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Asociación Española de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *http://www.reei.org/reei9/reei9., (Consultada el 7 de enero de 2009).*

seguiré el orden lógico de la Opinión: a) Cuestiones relacionadas con la jurisdicción; b) La cuestión de la prudencia judicial;c) El fondo; y d) Las consecuencias jurídicas.

Por lo que en la cuestión de fondo, señala repecto al tema proporcionalidad que:

La Corte determina que no se han cumplido las condiciones estipuladas en las cláusulas de las convenciones aplicables en materia de Derecho Humanitario y Derechos Humanos en que se establecen limitaciones y que las medidas adoptadas por Israel no pueden justificarse en razón de exigencias militares o necesidades relacionadas con la seguridad nacional o el orden público (párrs. 135 a 137). Concuerdo con esa determinación, pero a mi juicio también se debería haber sometido la construcción del muro al examen de proporcionalidad, en particular habida cuenta de que los conceptos de necesidad militar y proporcionalidad siempre han estado íntimamente vinculados en el Derecho Internacional Humanitario.

Y a mi juicio tiene importancia decisiva el que, aun cuando la construcción del muro y su régimen conexo pudieran justificarse como medidas necesarias para proteger los legítimos Derechos de los ciudadanos israelíes, esas medidas no pasarían el examen de proporcionalidad. El trazado elegido para la construcción del muro y las consecuencias distorsionantes resultantes de ello para los habitantes del territorio palestino ocupado son manifiestamente desproporcionadas en relación con los intereses que Israel procura proteger, según parece haber reconocido también la Suprema Corte de Israel en algunos fallos recientes.

- DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO BUERGENTHAL

En mi opinión, para establecer si está en juego el derecho de legítima defensa de Israel en el presente caso, es necesario examinar la naturaleza y el alcance de los mortíferos ataques terroristas lanzados contra el territorio de Israel propiamente dicho desde el otro lado de la Línea Verde y la medida en que la construcción del muro, en su totalidad o en parte, constituye una respuesta necesaria y proporcional a esos ataques. Desde el punto de vista jurídico, no me parece inconcebible que algunas partes del muro que se está construyendo en territorio palestino constituyan una respuesta de ese tipo y otras no. Pero para alcanzar una conclusión en un sentido u otro, es preciso examinar los hechos relacionados con esa cuestión teniendo en cuenta las partes concretas del muro, las necesidades de defensa a que atienden y elementos topográficos conexos. Habida cuenta de que la Corte no ha podido examinar esos hechos, se ve obligada a llegar a la conclusión, para mí legalmente dudosa, de que el derecho de legítima defensa no se aplica en el presente caso.

Para determinar la legitimidad de esa alegación, no es pertinente si Israel supuestamente ejerce control sobre el territorio palestino ocupado .sea lo que sea lo que se entiende por .control, habida cuenta de los ataques lanzados desde ese territorio contra Israel. o si los ataques no proceden de fuera del territorio. En la medida en que la Corte acepta que la Línea Verde es la línea divisoria entre Israel y el territorio palestino ocupado, el territorio del que proceden los ataques no forma parte del territorio de Israel propiamente dicho. Así pues, los ataques lanzados contra Israel desde el otro lado de esa línea deben permitir a Israel ejercer su derecho de legítima defensa contra ellos, siempre y cuando las medidas que adopte a tal efecto sean compatibles con el ejercicio legítimo de ese derecho. Para determinar si es así, esto es, para determinar si la construcción del muro, en su totalidad o en parte, por Israel cumple con ese requisito, es necesario analizar todos los hechos pertinentes relacionados con las cuestiones de la necesidad y la proporcionalidad. El enfoque formalista de la Corte con respecto al derecho de legítima defensa le permite evitar abordar los aspectos fundamentales de este asunto.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado Constitucional se ha posicionado como el mejor escenario jurídico-político-económico-social, para el desarrollo de la práctica democrática, la vigencia de los Derechos Fundamentales, el desarrollo sustentable, el control del poder, además de configurarse como la instancia desde donde se pueden realmente resolver los complejos problemas de nuestras plurales y cambiantes sociedades contemporáneas.

SEGUNDA. El neoconstitucionalismo se ha convertido en la corriente jurídica idónea para entender la transformación de la cultura jurídica, derivada del paso del Estado de legalidad al contemporáneo Estado Constitucional. Asimismo, permite observar el Derecho no desde la insularidad, de donde quiso ser confinado por métodos puristas y carentes de realidad, sino desde la transdisciplinariedad social y conjunción práctica de sus variados y vivos temas, por así decirlo, de sus realidades y circunstancias. El neoconstitucionalismo representa un estadio evolutivo que exige ponderación en vez de subsunción, interpretación correctora en vez de interpretación literal, poderes limitados en vez de poderes ilimitados; reconfigurar la relación Derecho y moral en lugar de separación purista; argumentación en lugar de aplicación mecánica, corrientes críticas en vez de la no crítica, principios y otros componentes jurídicos en vez de exclusivas reglas, textos y contextos en lugar de simples textos inanimados; Constitución antes que la Ley, etc.

TERCERA. El Estado Constitucional tiene la gran ventaja de asimilar perfectamente un modelo garantista, es decir, maximiza el ejercicio y alcance de los Derechos Fundamentales y limita las acciones gubernamentales para que no puedan afectarlos, en otras palabras, nada ni nadie sobre los Derechos Fundamentales, o expresado de manera más técnica, la validez no sólo debe soportar un sentido formal, sino también sustancial, y precisamente esa sustancialidad reside en la congruencia de su contenido con los principios y derechos constitucionales. Aunado a lo anterior, otros beneficios de este modelo consisten en permitir la crítica interna y externa al sistema jurídico y avanzar de la simple visión descriptivista a una prescriptivista, lo que se ha llamado la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho.

CUARTA. Para entender al Estado Contitucional se requiere de una concepción del Derecho, incluyente, dinámica, viva, armonizadora y pluralista. El Derecho no debe ser visto exclusivamente como un sistema normativo, sino también, a partir de otros contenidos distintos que junto con las normas cumplen un papel significativo en su funcionamiento, como la argumentación, el contexto social, político, económico, internacional, etc. Lo anterior, porque estamos convencidos de que cada operario jurídico actúa desde la concepción del Derecho que tenga y usándola de estandarte, creará, interpretará, aplicará, argumentará, investigará o enseñará al Derecho, por eso la urgencia de concepciones neoconstitucionalistas acordes a las realidades propias del Estado Constitucional.

QUINTA. Si la vigencia de un Estado Constitucional radica medularmente en la efectividad de su Constitución, y si ésta es el principial sitial prevalentemente de los Principios Jurídicos y estos a su vez representan sus contenidos más valiosos, luego entonces, todo Estado Constitucional requiere de una praxis principialista, de

lo contrario, el hecho mismo de no aplicar los Principios Jurídicos significa que la Constitución que los contiene, no esta proyectando su fuerza normativa y que por ende, no estamos en presencia de un verdadero Estado Constitucional. La calidad de Estado Constitucional no se adquiere por el simple hecho de que un Estado posea una Constitución, sino por la garantía de que en ese Estado realmente se aplica su contenido, y que día con día demuestra ser normativa.

SEXTA. Aplicándose los Principios Jurídicos, se cumplen los Derechos Fundamentales y cumpliéndose los Derechos Fundamentales, se garantizan los Derechos Humanos y Valores. De ahí que se establezca actualmente que la combinación: *Derechos-principios-proporcionalidad-argumentación,* represente la síntesis para entender al Estado Constitucional.

SÉPTIMA. En cuanto a las teorías fuertes o débiles diferenciadoras entre los principios y las normas o reglas, nos inclinamos por la teoría débil, ya que vemos a los Principios *Jurídicos como una especie* de normas jurídicas, por lo que podemos declarar que, todos los Principios Jurídicos son normas pero no todas las normas son Principios Jurídicos.

OCTAVA. Los principios son normas jurídicas que debido a su alto contenido sustantivo, prevalentemente se encuentran en el Derecho más alto *(preponderantemente en las Constituciones y Tratados)*; que no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas; que no pretenden ni siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular; que son formuladas en un lenguaje fluido, vago e indeterminado; que se instituyen como los puentes entre los Derechos Fundamentales y las reglas; que tienen una dimensión de peso o importancia; que cuando se interfieren entre sí, quién debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos en el caso concreto; que son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, es decir, requieren de la proporcionalidad puesto que no admiten una interpretación literal; que generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o de apoyo, o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto; que su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance; que orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento; que suministran razones más débiles *(razones no excluyentes)*; que deben ser sopesados con otras razones; que son de textura abierta para la interpretación; que requieren un alto grado de argumentación y que son necesarias para resolver los casos difíciles de nuestras sociedades contemporáneas.

NOVENA. Reconocemos la existencia tanto de los Principios Jurídicos expresos como de los Principios Jurídicos implícitos, siendo estos últimos, los que no están formulados en ninguna disposición; pero que son construidos racionalmente por los intérpretes a partir del ordenamiento jurídico y sus contenidos axiológicos.

DÉCIMA. Reconocemos en los principios las siguientes funciones: ***a) interpretativas***, en el sentido de que aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; ***b) directiva o programática***, al orientar la actividad de los juristas al momento de crear una norma; ***c) integradora****,* porque proporcionan criterios

conforme a los cuales se resuelven problemas jurídicos que no tienen regulación normativa, es decir, en caso de laguna jurídica; ***d). limitativa***, al poner los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia y **e) *justificadoras*** del Derecho. Asimismo, nos declaramos en contra de visiones monofuncionalistas, bajo las cuales los Principios Jurídicos sólo sirven para aspectos de supletoriedad de la Ley.

DÉCIMA PRIMERA. Desde nuestra percepción, los problemas a los que se ha enfrentado, enfrenta y enfrentará el reconocimiento y consolidación de los Principios Jurídicos y su aplicación, se debe a dogmas reduccionistas de la concepción del Derecho que los excluyen, por efectos del viejo triunfo positivista sobre el iusnaturalismo, por desconocimiento o subestimación de sus operarios jurídicos o porque si es que los utilizan, sólo les reconocen una labor supletoria bajo el viejo esquema paleopositivista desaprovechando su enorme potencialidad resolutiva dentro de la teoría del conflicto de donde emana el Derecho. En suma seguimos con operarios y métodos no acordes al Derecho y su realidad, por eso urge la capacitación constante de todos los operarios jurídicos en los temas propios del neoconstitucionalismo, y que dentro de nuestras Facultades e Instituciones de Derecho -*nuestros semilleros jurígenas*- se establezcan contenidos donde el alumno pueda apreciar, entender, y más tarde aplicar un Derecho que la realidad del Estado Constitucional le demanda. También nos interesa que los profesores en cada una de sus asignaturas se obliguen a dar contenido neoconstitucionalista a sus clases, además de que sería idóneo la imposición de una catedra independiente en los planes de estudio denominada “neoconstitucionalismo”.

DÉCIMA SEGUNDA. Consideramos que existe una relación necesaria y consecuente entre los resultados del debate *(Derecho y moral)* y los Principios Jurídicos, porque ese es precisamente el escenario que sirve como fuente de los argumentos ya sea para su desconocimiento o reconocimiento. Creemos en la relación entre Derecho y moral, no sólo desde la obvia dimensión fáctica, sino también desde el punto de vista que se relacionan débilmente en el plano conceptual, puesto que desde la moral al Derecho se le establecen criterios de validez, mismos que de no ser cumplidos provocan una afectación de su propia naturaleza y potencialidad, haciéndolo un sinsentido aunque no podamos negar su existencia.

DÉCIMA TERCERA. De manera contraria como se postulaba, nuestras realidades jurídicas nos demuestran que no se cumplen totalmente los postulados de orden, coherencia, economía, jerarquías, plenitud, etc.de los sistemas jurídicos. Por tal motivo, los operarios jurídicos se enfrentan diariamente a casos con problemas de lagunas, antinomias, inconsistencias, etc., Además, ante la no existencia de una sola y única respuesta correcta para cada caso, tienen que dar paso a una importante labor interpretativa y argumentativa que justifique porque esa decisión fue tomada y no la otra o las otras, escenario que justifica plenamente la acción principialista, y que implica a su vez, una interpretación no cognoscitiva, sino por el contrario, eminentemente valorativa soportada en razones capaces de convencer a las partes y al auditorio universal.

DÉCIMA CUARTA. Somos adeptos del orden débil de los principios, ya que consideramos que la riqueza de los principios no puede encasillarse en listas exhaustivas, ni que puedan por su movilidad ser establecidas todas las relaciones que surgen entre ellos, ni que su carga argumentativa sea siempre la misma, ni que

su contexto económico, social, político, etc. ocurra siempre en igualdad de circunstancias. Asimismo, aun cuando el terreno de la tópica es siempre seductor no creemos que estemos aun preparados para usarla como única herramienta para resolver conflictos entre principios. Dentro de la teoría débil de los principios, somos coincidentes con la propuesta de Alexy estructurada por un sistema de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie.*

DÉCIMA QUINTA. Los conflictos entre reglas se resuelven declarando la validez de una de ellas y desechando a la otra por ser inválida. Sin embargo, en los principios no puede ni debe suceder lo mismo, ya que por su contenido axiológico, es decir, por su contenido de Derechos Fundamentales, no podemos determinar la validez de uno sólo y la invalidez del otro, se necesita velar por la covivencia de todos ellos. En razón de lo anterior, los métodos aplicativos que necesitan los Principios Jurídicos deben ser distintos a los tradicionales modelos de subsunción y silogismo creados *ex profeso* para la naturaleza estructural de las reglas. En vez de interpretación literal, subsunción y silogismo que conlleva la aplicación mecánica, necesitamos para el modelo principialista, la retórica, ponderación y razonabilidad.

DÉCIMA SEXTA. Si bien creemos en los aportes del contenido esencial de los Principios Jurídicos como método para evitar falsas tensiones auspiciadas por una indebida interpretación, entender el contenido de cada principio y de los Derechos Fundamentales que proyecta, no podemos sostener que nunca existan tensiones entre principios, más aún en las sociedades tan complejas en las que vivimos. Por eso aceptamos la teoría del conflicto principialista.

DÉCIMA SÉPTIMA. Dentro de la teoría que reconoce la existencia de tensiones insalvables entre Principios Jurídicos, aun delimitando sus contenidos, tenemos como métodos de solución: aquél que establece jerarquías principialistas *a priori*, que creemos no es acorde a nuestro carácter pluralista, ya que no podemos preferir unos principios sobre otros en todos los casos y sin ver sus respectivos contextos;también aquellos métodos que se basan en las teorías materiales *(puesto que se inclinan por derechos democráticos, derechos de libertad, derechos sociales).* Asimismo, tenemos aquellos métodos de carácter estructural, donde se comprende precisamente al método de la proporcionalidad, el que a nuestro juicio resulta ser el más adecuado para la convivencia de los Principios Jurídicos y sus alcances dentro de nuestras sociedades heterogéneas y cambiantes.

DÉCIMA OCTAVA. Sostenemos que la ponderación de cada principio en su debido contexto resulta necesaria, y que sólo podemos admitir la aplicación del enunciado general que de dicha sopesación resulte en otro caso futuro, siempre y cuando comparta medularmente las circunstancias de los Derechos que estaban en juego y los contextos en los que se tensionaron, ya que de lo contrario, se requerirá un nuevo ejercicio ponderativo a la luz del nuevo caso y sus circunstancias propias.

DÉCIMA NOVENA. Consideramos que podemos hablar de la aplicación del principio de proporcionalidad en su sentido integral, sólo cuando para resolver el caso que se le presenta, el operador juríco realiza un análisis a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Pudimos comprobar que en la práctica judicial se utiliza preponderantemente el principio de proporcionalidad integral, cuando se trata de leyes o actos del Estado que intervienen en la esfera del ejercicio de los Derechos

Fundamentales de los gobernados, y que en cambio, cuando los tribunales resuelven conflictos entre particulares utilizan a la ponderacion o proporcionalidad estricta de manera independiente.

VIGÉSIMA. *El subprincipio de adecuación* excluye la adopción de medios que infrinjan un Derecho constitucional sin promover ningún Derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. *El principio de necesidad* requiere que entre dos medios igualmente idóneos o adecuados en términos generales para promover un derecho a protección, debe escogerse al que interfiera menos con los Derechos Fundamentales, *el de proporcionalidad estricta o en términos gruesos el de ponderación* busca la optimización relativa a principios contrapuestos. *"cuanto más sea la interferencia en un principio más importante tiene que ser la realización del otro principio".* La Ley de la ponderación, implica la realización de tres pasos: **1)** determinación del grado de no satisfacción o afectación de un principio; **2)** determinación de la importancia de la satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto y, finalmente **3)** establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la no satisfacción del otro.

VIGÉSIMA PRIMERA. Una de las principales críticas dirigidas al tratamiento principialista del Estado Constitucional, consiste en que bajo este modelo para muchos no puede controlarse la discrecionalidad judicial, nosotros en cambio, creemos que la discrecionalidad judicial está adecuadamente controlada por la argumentación jurídica, ya que el Juez tienen que justificar todas sus decisiones y este discurso justificativo no se agota en la apelación a la autoridad o al procedimiento. A nuestro entender y para desvanecer estas críticas, creemos que existe mayor control de la discrecionalidad en el modelo neoconstitucionalista-principalista que en el modelo de la subsunción y el silogismo reglista. Además no existe alternativa que garantice mayor certeza y control de la discrecionalidad que la que proporciona la aplicación principialista con el criterio de la proporcionalidad.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Indudablemente el Derecho es argumentación, y es que al no existir poderes ilimitados dentro del Estado Constitucional, toda decisión de los órganos del Estado está sometida a la justificación y esas justificaciones deben responder al órden jurídico y a los fines que ese órden se ha propuesto cumplir. Creemos que la legitimad de los operarios jurídicos aumenta o disminuye en cada una de sus decisiones, o mejor dicho en la forma de argumentarlas. En suma, ni noble sueño ni pesadilla, preferimos una argumentación racional de las decisiones. Asimismo, creemos la necesidad de superar el apelativo *"dura lex, sed lex"* ya que no se puede defender que la Ley deba aplicarse a raja tabla por ser simplemente la Ley, sin importar sus contenidos y consecuencias en aras de la seguridad jurídica, debemos ver más hacia la justicia, como fin del Derecho.

VIGÉSIMA TERCERA. México se sitúa en un momento histórico, para consolidarse como un verdadero Estado Constitucional tenemos que reconocer que mucho se ha hecho, pero que aún tenemos mucho por hacer. Por último, dirigiéndonos a todos aquellos que creen que estamos en un sueño utópico e inalcanzable, debemos recordarles, que si bien aceptamos la difícil empresa que esto representa en esfuerzo y que será difícil verlo reflejado inmediatamente, también somos testigos que la historia ha demostrado que muchas de las cosas que se veían inalcanzables empiezan hoy a ser realidades, lo mismo se pensó del derecho a la huelga, de la abolición de la esclavitud, de la libertad de expresión, de la independencia, elecciones libres, Derechos Humanos, libertad de imprenta, etc., no se omite

manifestar, que por la gran carga axiológica de estos temas, los mismos jamás serán finitos, siempre habrá algo que hacer pero al menos -y me refiero especialmente a nuestros pueblos latinoamericanos- debemos sentar las bases para crear el escenario donde serán tratados los temas complejos que nuestra realidad demanda, e indudablemente el mejor escenario es el Estado Constitucional.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

- ***BIBLIOGRAFÍA***

Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá, Palestra-Temis, 2004.

------, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, España, Ariel Derecho, 2000.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Colección el Derecho y la Justicia. Núm. 24.

Alexy, Robert, "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático", *trad.* Alfonso García Figueroa; en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

------, *El concepto y la validez del Derecho*, *trad.* Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.

------, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

------, *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Eduardo R. Sodero y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, Colección Filosofía, Derechos y Sociedad No. 6.

------, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación"*, trad.* René G. de la Vega, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez (Coordinadores), *Jueces y ponderación argumentativa,* México, UNAM-IIJ., 2006.

------, "*Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: La crítica de Bulygin",* en *La pretensión de corrección del Derecho: La polémica sobre la relación entre Derecho y moral, trad.* Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, Núm.18.

------, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad.* Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1998, Serie Derecho y la Justicia núm. 14.

------, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Ansuátegui, Francisco Javier, "Lección sexta: El Derecho como norma", en Peces Barba, Gregorio y Rafael de Asís *(Coord.)*, *Curso de teoría del Derecho*, 2ª.ed., España, Marcial Pons, 2000.

Añon Maria José y Miravet Pablo, *Derechos, justicia y Estado constitucional un tributo a Miguel C. Miravet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Aquino, Tomás, *suma teológica, secunda, secundae*, México, Porrúa, col. Sepan cuantos, 1998.

Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-IIJ, 2002.

------, "La Constitución como paradigma", en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta y UNAM-IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

-------, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.

Aristóteles, Primeros analíticos, *Tratado de lógica (organón),* México, Porrúa, 2004, Colección Sepan Cuantos, Núm. 94.

Atienza Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación*. *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Lima/Bogotá, Temis/Palestra, 2004.

------, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004, Núm. 91, Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política.

------, *El Derecho como argumentación*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.

------*, El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2003.

------, Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2ª.ed., Madrid, Trotta, 2006.

------, *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 2007.

------, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2a ed., España, Ariel Derecho, 2004.

------, *Las razones del Derecho*, *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

------, *"El Derecho como argumentación*", en la obra coordinada por Rodolfo Vásquez y Ruth Zimmerling, publicada con motivo de la ceremonia "Catedra Ernesto Garzón Valdés 2003", Distribuciones Fontamara, ITAM, INACIPE y Otros, México, 2004.

Barberis Mauro, "Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral", *trad.* Santiago Sastre Ariza, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público, Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM-Porrúa, Tomo X.

Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos, (escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales)* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

------, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales,* 3ª ed., España, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2007.

------, en la presentación que realiza del libro *La estructura de los Derechos Fundamentales* de Martín Borowski, *trad.* Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, núm. 25, serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho.

------, "Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta y UNAM-IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Betegón, Jerónimo, *et. al.*, *Lecciones de teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar 1995.

Bobbio, Norberto (Coord.), *et. al.*, *Diccionario de Política*, 13ª ed., *trad.* José Arico Martí Soler y Jorge Tula, siglo XXI, Tomo I, 2002.

------, *Teoría general del Derecho*, *trad.* Jorge Guerrero, Colombia, Temis, 1997.

Bonifaz Alfonso, Leticia, *El Problema de la eficacia en el Derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.

Bonnecase, Julien, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., *trad*. Jorge Guerrero, Santa Fé de Bogota, Temis, 2000.

Borowski, Martín, *La estructura de los Derechos Fundamentales*, *trad.* Carlos Bernal Pulido, Universidad Colombia, Externado de Colombia, 2003, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, núm. 25.

Bulygin, Eugenio, "Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral", en Vázquez Rodolfo *(Comp.*), *Derecho y Moral*, España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El jurista y el simulador del Derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1997.
Cáceres Nieto, Enrique, *¿Que es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, México, Cámara de Diputados, UNAM-IIJ, 2000, serie: Nuestros Derechos.
Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 2003.
Capeletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987.
Caracciolo, Ricardo, *Sistema jurídico*, España, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1988.
Carbonell, Miguel, "El Neoconstitucionalismo en su laberinto", en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.
------, *Los Derechos Fundamentales en México,* México, IIJ-UNAM, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Serie Doctrina Jurídica, núm. 185, 2004.
Cárdenas Gracia, Jaime, "Cuatro Reflexiones en torno a una Nueva Constitución", *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, IIJ UNAM, 1999.
------, "Los principios y su impacto en la interpretación", *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ, 2002.
-------, Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias, México, 2006, UNAM-IIJ, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 343.
------, y Mijangos, María de la Luz, *Estado de Derecho y corrupción*, México, UNAM-Porrúa, 2005.
-----La argumentación como Derecho, México, UNAM-IIJ, 2007, Serie Doctrina Jurídica, Num. 210.
Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005
------, "La aplicación judicial de los tratados internacionales", en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en *Memoria Del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ricardo Méndez Silva, *(Coord.)*, México, UNAM y otros, 2002.
Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional*",* en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.
------, *Estudios constitucionales*. UNAM-IIJ, México, 1983.
Carpio Marcos, Edgar, "La Interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo I, 2005.
Carrió, Genaro R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Filológicas, UNAM, 1981, Cuadernos de Crítica, núm. 16.
------, *Principios Jurídicos y positivismo jurídico*, Argentina, Abeledo Perrot, 1971.
Castán Tobeñas, José, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Madrid, Reus, 1974.
Castillo Córdova, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Perú, Lima, Palestra, 2007.
Castillo Vegas, Juan, *El mundo jurídico de Fray Luis de León*, Universidad de Burgos, 2000.
Comanducci, Paolo, *Análisis y Derecho*, México, Fontamara, 2004.
------"Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", *trad.* Miguel Carbonell, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
-------, "Modelos de Interpretación de la Constitución", *trad.* Manuel Ferrer Muñoz, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.

Correas, Oscar, vocablo “Norma jurídica”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-IIJ, Tomo V, M-P.

------*, Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2004.

Cossío Díaz José Ramón, *Sobre* “Jueces y Política”, en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Corte, Jueces y Política,* México, Fontamara, Nexos, 2007.

------, *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2ª ed., Argentina, Abeledo Perrot, 1964.

Courtis Christian*, “*Los Derechos sociales en perspectiva”*,* en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

Covián Andrade, Miguel, *El Control de la constitucionalidad en el Derecho comparado*, México, CEDIPC, 2001.

Cracogna, Dante, *El legado de Carlos Cossio*, *Revista Isonomía*, México, núm.12, Abril 2000.

Cruz Parcero, Juan Antonio, término *Principios Jurídicos, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia jurídica latinoamericana;* Buenos Aires, Argentina, UNAM-Culzoni Editores, 2007, Tomo VIII (O-Q).

Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, *trad.* Nuria González Martín, México, 2003, UNAM-IIJ.

De Asís, Rafael, *El Juez y la motivación del Derecho, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2005, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.

De Lucas Javier *(Coord.), Introducción a la teoría del Derecho*, 3ª ed., España, tirant lo blanch, 1997.

De Páramo Arguelles, Juan Ramón, *H. L. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

De Sousa Santos, Boaventura, *Estado, Derecho y luchas sociales*, Bogota, *trad*. Fernando Morales, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1999.

------, *Por una concepción multicultural de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1998.

Del Vecchio, Jorge, *El concepto del Derecho*, *trad*. Mariano Castaño, Madrid, De Reus Editores, 1914.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *(Comp.)*, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Perú, Palestra, 2004, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª *ed.*, España, Espasa, 2001, Tomo 7.

Dors A., *et. al*., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones preliminares y libros 1-19, Libro I, Título I, Versión Castellana, España.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *trad.* Claudio Ferrari, España, Gedisa, 2005.

------, *La justicia con toga*, *trad.* Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortíz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2007.

------, *Los Derechos en Serio*, *trad*. Marta Guastavino, España, Planeta Agostini, 1993.

Enciclopedia jurídica mexicana, México, UNAM-Porrúa, Tomo III, D-E, *“Vocablo Derecho”.*

Enciclopedia Jurídica Mexicana, México, UNAM-Porrúa, 2002, Tomo III, D-E.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Iura novit curia y la aplicación judicial del Derecho*, España, Lex Nova, 2000.

Estrada Vélez Sergio Iván, *Los Principios Jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, prólogo de Rodolfo Luis Vigo, 2ª. ed., Universidad de Medellín, Colombia, 2006.

Estrada, Julio Alexei*, "*Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales", en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Etcheverry Bautista Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*, México, UNAM-IIJ, 2006.

Fariñas Dulce, María José, *La sociología del Derecho de Max Weber,* México, UNAM-IIJ, 1989.

Favoreau Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1993.

Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal),* prólogo de Norberto Bobbio, *trad.* Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Editorial Trotta, s.a.

------, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4ª ed., *trad.* Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004.

------, *Garantismo, Una discusión sobre Derecho y democracia, trad.* Andrea Greppi, España. Trotta, 2006.

------,"Pasado y futuro del Estado de Derecho (ponencia presentada en el seminario Cambio de Paradigma en Filosofía, fundación Juan March)", *trad*. Pilar Allegue, Madrid, 3 al 5 de abril de 2001, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonell, Miguel (*Coord.*), 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

------, "Sobre los Derechos Fundamentales"*, trad*. Carbonell, Miguel*,* en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Ferrer Mac-Gregor Eduardo, "Aportaciones de Fix-Zamudio", en la obra colectiva "Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*"*, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar *(Coord.)*, México, UNAM y otros.

------, "*Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación"*, en *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2000.

------, *(Coord.)*, "Nota introductoria", *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo I, 2005.

Finnis, John, *Ley natural y los Derechos naturales*, *trad.* De Orrego S., Cristóbal, Argentina, Abeledo-Perrot, 1980.

Fiss Owen, "Por qué el Estado", trad. Jorge Malem Seña, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta e UNAM-IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Fix-Zamudio Héctor, *El Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos en México, protección jurídica de los Derechos Humanos*, México, CNDH.

------, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección Derecho, Administración y Justicia*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002

------, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Méxicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, UNAM-IIJ, México, 1992.

-------, "Los Tribunales y salas constitucionales en América Latina"*, Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Motes de Oca*, México, UNAM-IIJ, 1995.

------, "Leyes orgánicas"*,* en la obra colectiva *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, IIJ, 1999.

-------, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje Don Santiago Barajas Monte de Oca*, México, UNAM-IIJ, 1995.

------, “Organismos jurídicos especializados”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM y otros, 2002.

------, “Significado actual del control constitucional”*, en la obra colectiva El significado actual de la Constitución*, UNAM, IIJ, México, 1998.

------, “Tribunales Constitucionales”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM-Porrúa, México, 2002.

Galindo, Fernando *et. al.*, “El concepto del Derecho, de la argumentación a la comunicación”*,* Madrid, Anuario de *Filosofía del Derecho*, 1993.

García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

------*, La Filosofía del Derecho de Habermas y Lühman*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, serie teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 5.

García, Eloy. *El Estado Constitucional ante su momento maquiavélico,* México cuadernos Civitas, 2000.

García Figueroa, Alfonso, “Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

------, “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1974.

------, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1988.

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y moral”*,* en Vázquez, Rodolfo *(Comp.)*, *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo,* España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho.

Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos,* Buenos Aires, Ediar, 2005.

Gimeno, Presa, *interpretación y Derecho (Análisis de la obra de Riccardo Guastini)*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, serie teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 21.

Geiger, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

------*, Moral y Derecho, polémica con Uppsala*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, México, Fontamara, 2004, Colección Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, Núm. 17.

Gil Domínguez Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional (Estudio Histórico-crítico),* 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Góngora Pimentel, Genaro, “El control de la reforma constitucional”*,* en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa *(Coord.)*, *Tribunales y justicia constitucional*, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del Derecho*, España, Gedisa, 1999.

------, *Estudios sobre Interpretación Jurídica*, 6ª ed., *trad.* Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2004.
------, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", *trad.* José María Lujambio, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
------, "Sobre el concepto de Constitución", *trad.* Miguel Carbonell; en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
Hart, H.L. A., El *Concepto de Derecho*, *trad.* Genaro Carrió, 2ª. ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2004.
Häberle, Peter, *El Estado constitucional, trad.* Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, 2003.
------, "Métodos y principios de la interpretación constitucional", *trad.* Hector Fix Fierro, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.
Habermas, Jürgen*, Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso,* 4ª Ed., *trad.* Manuel Jiménez R, Madrid, Trotta, 2005.
Hegel, G.F, *Filosofía del Derecho, introducción de Carlos Marx*, 3ª ed., *trad.* Angélica Mendoza de Montero, México, Ediciones Casa Juan Pablos, 2002.
Heller, Herman, *Teoría del Estado*, *trad.* Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Porrúa, 1986, Col. Sepan Cuantos.
Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales, concepto y garantías,* Madrid, Trotta, 1999.
Kant, E., *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, Colección nuestros clásicos.
Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 3ª ed., *trad.* Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1964.
------, *Teoría pura del Derecho*, 12ª ed., *trad*. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2002.
Laporta Francisco, "Derecho y moral: Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en Vázquez Rodolfo *(Comp.), Derecho y moral*, España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho.
Laveaga, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999.
Legaz y Lacambra, *Problemas actuales de la Filosofía del Derecho*, España, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 1985.
Linares Quintana, Segundo V., "La interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), interpretación constitucional, Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.
Linfante Vidal, Isabel, *Interpretación jurídica en la Teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
López Calera, Nicolás María, *Teoría del Derecho*, 9ª ed., España, Comares, 2004.
Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, *trad.* A. Gallego, Barcelona, Gedisa, 1982.
Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, Madrid, 1997.
Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2ª ed.*, trad*. Javier Torres Navarrete, México, Herder-Universidad Iberoamericana, 2005.
MacCormick, Neil, *En contra de la ausencia de fundamento moral*, en Vázquez, Rodolfo, *(comp.)*, *Derecho y moral,* España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho.
Mansilla y Mejía, María Elena, "Existencia del Derecho Internacional y la solución de controversias", en *Temas del Derecho Internacional*, México, SEGOB, 2006, Orden Jurídico Nacional.
Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho,* México, Trillas, 1990.

Marín Pérez, Pascual, *Manual de la introducción a la ciencia del Derecho,* Barcelona, Bosch, 1968

Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa,* Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho.

Marx, Carlos, y Engels, Federico, *El capital*, México, Porrúa, Colección Sepan Cuantos, 1989

------, *Manifiesto del partido comunista*, México, Mexicanos Editores Unidos, 1981.

Mendoca, Daniel, *Las claves del Derecho*, España, Gedisa, 2000.

Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre Derechos Fundamentales, expresión, información y honor,* Perú, Editorial Palestra, 2007.

Miguel y Pedroza de la Llave, Susana T. *(Coord.)*, *Elementos de técnica legislativa*, Carbonell, México, UNAM-IIJ, 1999.

Mora Arba, Alejandra, *Introducción al estudio del Derecho*, México, *s.e.*, 1977.

Mora-Donato, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, IIJ, 2002.

Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, UNAM-IIJ, 2006.

Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

Nieto Castillo, Santiago, "Interpretación jurídica electoral", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo II, 2005.

------, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral: Una propuesta garantista,* México, IIJ UNAM, 2003.

------, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

Olano García Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Otero Parga, Milagros, *Valores constitucionales Introducción a la filosofía del Derecho: axiología jurídica*, 2ª ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México y Universidad Santiago de Compostela, 2004, Colección Ciencias Sociales, Serie Derecho.

Pardo, Celestino, "Reivindicación del concepto de Derecho subjetivo", Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

Peczenick, Aleksander, *Derecho y Razón*, *trad*. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara. 2003

Pere Fabra, Habermas, *Lenguaje, Razón y Verdad, (los fundamentos del cognitivismo en Jurgen Habermas)*, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, Colección Filosofía y Derecho

Perelman Chaim y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de Argumentación: la nueva retórica*, *trad.* Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca románica hispánica, Gredos, Madrid, 1989.

Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1999.

Pérez Royo Javier, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Pérez Tramps, Pablo, "La interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.), Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Petit, Eugene, *Derecho Romano*, 17ª ed., *trad*. José Fernández González, México, Porrúa, 2001.

Pisarello Gerardo, *Globalización, Constitucionalismo y Derechos*, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta y UNAM-IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, *trad.* Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, Neoconstitucionalismo(s), 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

Prieto Sanchís, Luís, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005.

------, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª *ed*., México, Fontamara, 1997.

------, “El constitucionalismo de los Derechos”, *trad*. Manuel Ferrer Muñoz, en Miguel Carbonell *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

------, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

------, *et. al*., *La doctrina de los Principios generales del Derecho y la distinción entre reglas y principios,* Madrid, España, McGraw-Hill, 1997.

------, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Quiroga León, Aníbal, *“La interpretación constitucional”*, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.), Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Ramírez Gronda, Juan D. y Cossío, Carlos, *Diccionario jurídico*. 3ª ed. 1985.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed*., trad*. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, Colección sección de obras de filosofía.

Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico*, *trad*. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-IIJ, serie G: Estudios Doctrinales 93, 1986.

------, *La autoridad del Derecho, ensayos sobre Derecho y moral*, 2ª ed., *trad.* Rolando Tamayo y Salmorán, México, IIJ-UNAM, 1985, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 62.

------, *La ética en el ámbito público*, *trad.* María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, Colección Filosofía del Derecho.

----------, *¿Puede haber una teoría de Derecho?*, *trad.* Rodrigo Sánchez Brígido, Madrid, Marcial Pons, 2007.

----------, *et al.*, *Una Discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Col. Filosofía y Derecho.

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española, 23ª ed., España, 2003,* vocablo “Derecho”.

Recaséns Siches, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1990.

Rivera Santiváñez, José Antonio, *“La interpretación constitucional”,* en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses del Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Rodríguez Zepeda, Jesús, “Estado de Derecho y democracia”, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura democrática*, IFE, México 2000, núm. 12.

Rolla, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y justicia constitucional*, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM-IIJ, 2002.

Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3ª ed*., trad*. Genaro R. Carrió, México, Biblioteca de Ética, Fontamara, 1997, Colección Filosofía del Derecho y Política.

------, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

Rousseau, Jean Jaques, *El contrato social, trad.* Enrique López Castellón, España, Edimat, 2000, Colección de Obras Selectas.

Ruipérez, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización (Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social)*, México, UNAM-IIJ, 2005.

Salas Villalobos, Sergio, *El control judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2006.

Salazar Ugarte, Pedro, "Justicia constitucional y democracia: El problema de la última palabra", en Vázquez, Rodolfo *(Comp.)*, *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, Nexos, 2007.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007

Sánchez González Santiago, "Lección II: Los límites de los Derechos", en Sánchez González Santiago *(Coord.)*, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

------, "Lección VII: Los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978", en Sánchez González Santiago *(Coord.)*, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Sartori, Giovanni*, La democracia en 30 lecciones, trad.* Alejandro Pradera, Taurus, México, 2009

------, *¿Qué es la Democracia?,* 2ª ed., *trad.* Miguel Ángel González Rodríguez, México, Nueva Imagen, 1997.

Schmill Ulises, "Derecho y moral: una relación externa", en Vázquez Rodolfo *(Comp.)*, *Derecho y moral*, España, Gedisa, 2003, Colección Filosofía del Derecho.

------ y Cossío Díaz, José Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.) interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 11ª ed., México, D.F., Porrúa, 1990.

Squella, Agustín, *Sobre el razonamiento jurídico*, Chile, Universidad de Valparaíso.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, México, IIJ-UNAM, 1994.

Tamayo Salmorán, Rolando, "La interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.), interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Toller, Fernando, "Resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Toulmin Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones península, 2003.

Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM-IIJ, 2000.

------, *Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza*, México, UNAM-IIJ, 2002.

----- y Fix-Fierro Héctor, "Entrevista con Peter Häberle", en *Conversaciones académicas con Peter Haberle*, *trad*. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, febrero de 2003.

Valencia Restrepo, Hernán*, Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho,* 3ª. ed., Colombia, Temis, 2005.

Vasconcelos José, te*sis profesional. Teoría dinámica del Derecho*, *obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1905, Colección Laurel.

Vázquez, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, México, Oxford, 2007, Colección textos jurídicos universitarios-

Vega Gómez, Juan, "Seguridad jurídica e interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *(Coord.) interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

-----, *Seguridad jurídica e interpretación judicial*, México, UNAM, (tesis doctoral).

Vescovi, Enrique, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Julio César Faira (*B de F*), 2002-

Vigo Rodolfo Luis*, De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.

------, *El Iusnaturalismo actual, de M.Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política Núm. 95

------, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot

------ (*Coord.*), *La injusticia extrema no es Derecho, de Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea.

------, *Los Principios Jurídicos (Perspectiva Jurisprudencial)*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 2000, Colección Derecho Judicial.

------, "Prólogo", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *(Coord.)*, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.

------, *Perspectivas Iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª. ed., Argentina, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006.

Viehweg, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, *trad.* Jorge Seña, España Gedisa, 1997, Colección: estudios alemanes.

Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho, trad.* Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2001, Colección doctrina jurídica contemporánea.

Wurtenberger, Thomas, "Interpretación del Derecho constitucional", *trad*. Joaquín Brage Camazano, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.) *interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo II, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo*, El Derecho dúctil,* 3ª ed., *trad.* Marina Gascón, España, Trotta, 1999.

------, "Jueces constitucionales", trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel *(Coord.)*, *Teoría del Neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta e IIJ de la UNAM, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.

Zorrilla Martínez, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa,* Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho.

- **HEMEROGRAFÍA.**

Alexy, Robert, "Derecho y razón práctica"*, Revista isonomía,* núm. 1.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Revista Isonomía (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)* México, ITAM, núm. 27, 2007.

Bernal Pulido, "Para una razonable definición de lo razonable" en *Doxa*, núm. 4, 1987.

Cárdenas Gracia, Jaime, "La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales", *Revista mexicana EMEEQUIS*, 17 de marzo de 2008.

Cárcova, Carlos María, *La opacidad del Derecho,* Madrid, Trotta, 1993, *passim*; y "Las funciones del Derecho (Ponencia presentada en el coloquio internacional sobre la teoría jurídica contemporánea)",

Revista Crítica Jurídica, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, México, núm. 7, 1987.

------, "Las funciones del Derecho (Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre la teoría jurídica contemporánea)", *Revista Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, México, núm. 9, 1988.

Cracogna, Dante, "El legado de Carlos Cossio", *Revista Isonomía*, México, núm.12, Abril 2000.

Faya Rodríguez, Alejandro, "La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances, Jurídico", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Universidad Iberoamericana, 2004, núm. 34.

Flores Imer, Benjamín, *La concepción del Derecho en las corrientes de la filosofía jurídica,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 90, sep-dic, 1997.

Häberle, Peter, "El Estado Constitucional Europeo", *Revista cuestiones judiciales*, México, núm. 2, 2003.

La Torre, Massimo, Reglas, Instituciones y transformaciones, *Doxa,* Alicante España, 13, 1993.

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, "La moderna lex mercatoria y el comercio internacional", *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 26, Agosto, 1998.

Luhmann, Niklas, "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *trad.* de Héctor Fix Fierro, España, núm. 25, 1985.

------, "La observación sociológica del Derecho", *Revista Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Núm. 12, 1993.

Marshall Barberán, Pablo, "Los Derechos Fundamentales como Valores", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2006/2007.

Nino, Carlos, "Sobre los Derechos morales", *Doxa*, España, núm. 7, 1990.

Orozco Henríquez, J. Jesús, "Principios y reglas en el Derecho electoral mexicano y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo", en *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,* 2001, núm. 16.

Patiño Manffer, Ruperto, "Creación de la organización multilateral de comercio (OMC)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXVII, Número 81 septiembre-diciembre Año 1994.

------, "La justicia social como valor del Estado Democrático moderno en un mundo globalizado de libre mercado -El caso México-, Serie Estudios Jurídicos, Num. 65, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008.

Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *trad.* Josep Vilajosana, en Revista *Doxa*, núm. 21, 1998

Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Perú, 2007, serie Derechos y garantías, núm. 5.

Reale, Miguel, "El término tridimensional y su contenido (lección 40 del curso de Filosofía del Derecho, impartido por Miguel Reale en la Universidad de Sao Paulo)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú*, *trad.* Mónica Rodríguez, Perú, Núm. 50, diciembre de 1996.

------, "Filosofía jurídica y teoría general del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, *Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Jurídicas,* España, Serie I, T. XII, Núm. 4.

------, “Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho”, *trad.* E. Nogueras, en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada España, Núm. 25, 1981, 1960-1985 Corrientes y Problemas en la Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.

Ruiz-Tagle Pablo, “La prioridad del Derecho sobre el concepto moral del bien en la teoría de la justicia de John Rawls”*, Revista estudios públicos*, Chile, Universidad de Chile, 1999.

Sánchez González, Santiago, *“De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”*, *Revista Teoría y realidad constitucional*, España, Núm. 12/13, 2003.

Valencia Restrepo Hernán, “La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, No. 106, Enero-Junio de 2007.

Van Hoecke, Mark, *El uso de los Principios Jurídicos no escritos por los tribunales*, *trad*. de Josep Aguiló Regla, Doxa, España, 1996, núm. 19

Vega, Gómez, Juan, “El positivismo excluyente de Joseph Raz”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, núm. 110, mayo-agosto, 2004.

Zúñiga Urbina, Francisco, *Control de la constitucionalidad de la reforma constitucional*, Revista Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, noviembre, año/vol. 4, número 2.

- **PÁGINAS WEB**

http://informa.scjn.gob.mx/documentos_de_la_coordinacin_de.html. (Consultada el 12 de diciembre de 2008).

http://www.asambleadf.gob.mx/, (Consultada el 7 de enero de 2009).

http://www.reei.org/reei9/reei9., (Consultada el 7 de enero de 2009).

http://constitucion.rediris.es/juris/1990/STC105.html (Consultada el 29 de enero de 2008).

http://www.lateinamerika-studien.at/content/wirtschaft/ipoesp/ipoesp-2769.html. (*Consultada el 26 de septiembre de 2008).*

http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm*. (Consultada el 14 Mayo 2006).*

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html. *(Consultada el 16 marzo de 2008).*

http://www.csjn.gov.ar/ *(Consultada el 15 de octubre de 2008).*

http://www.corteconstitucional.gov.co/ (Consultada el 16 de diciembre de 2008).

http://www.echr.coe.int/echr., *(Consultada el 7 de enero de 2009).*

http://www.corteidh.or.cr/., (Consultada el 7 de enero de 2009).

www.icj-cij-org/homepage/sp/, (Consultada el 7 de enero de 2009).

http://www.csjn.gov.ar/documentos/cons_listas.jsp, (Consultada el 5 de octubre de 2008).

http://www.Derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html, (Consultada el 7 de enero de 2009).

http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art4.htm. (Consultada el 15 de junio de 2006).

http://www.corteconstitucional.gov.co/ *de la* Corte Constitucional de Colombia, *(Consultada el 26 de diciembre de 2008).*

http://www.corteconstitucional.gov.co/ *de la* Corte Constitucional de Colombia, *(Consultada el 26 de diciembre de 2008).*

http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/ *(Consultada el 3 de junio de 2006).*

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm *(Consultada el 12 de enero de 2008).*

"http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc. *(Consultada el 7 de enero de 2009).*

http://decon.edu.uy/~mito/nota%20equilibrio%20general.pdf. (Consultada el 16 de octubre de 2008).

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc., *(Consultada el 7 de enero de 2009).*

http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art6.htm. *(Consultada el 16 de enero de 2008).*

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf *(Consultada el 24 de marzo de 2007).*

http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm. (Consultada el 17 de febrero de 2008).

http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHO%20DE%20LOS%20TRATADOS.pdf. (Consultada el 14 de marzo de 2009).

http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/00f/336/PROYECTO_20DE_20SENTENCIA.pdf., (Consultada el 7 de enero de 2009).

http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BD16BBB3-8DAA-4A2C-91B7-(Consultada el 14 de enero de 2009).8477FECAF0F7/0/PL20080826.pdf. versión (estenográfica del día 26 de agosto de 2008).

http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/24CBAD83-C463-4144-A129-566D376F413/0/PL20080827.pdf., *estenográfica del día 26 de agosto de 2008.*

http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/tribunal.html. (Consultada el 15 de noviembre de 2008).

http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-051.html. (Consultada el 18 de noviembre de 2008).

http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2006/STC2006-089.htm *(Consultada el 16 de noviembre de 2008).*

http://www.constitucional.gov.co/corte/. (Consultada el 26 de diciembre de 2008).

http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html#t1 (14 de enero de 2009).

http://www.sre.gob.mx/tratados/Default.htm. (Consultada el 21 de marzo de 2009).

http://www.ordenjuridico.gob.mx/ *(Consultada el 15 de noviembre de 2008).*

http://www.diputados.gob.mx/ *(Consultada el 13, 27 y 29 de enero de 2009).*

http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/cij.htm *(Consultada el 14 y 15 de febrero de 2009).*

http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_carta_hist.htm *(Consultada el 3 y 4 de abril de 2009).*

http://www.cinu.org.mx/biblioteca.htm *(Consultada el 14 de abril de 2009).*

http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php *(Consultada el 3 de marzo de 2009).*

- **Ponencias en eventos académicos.**

Carbonell, Miguel, "Naturaleza y alcances del poder de reforma constitucional", *Seminario*: R*eforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, realizada en el IIJ el 4 de febrero de 2009.

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho (ponencia presentada en el seminario Cambio de Paradigma en Filosofía", fundación Juan March, 3 al 5 de abril de 2001 Madrid).

Fix-Zamudio, Héctor, “Panorama de la justicia constitucional”, conferencia magistral dictada en la Cd. de México, el 3 de febrero de 2009 dentro del Seminario, *Reforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Valadés, Diego, conferencia magistral dictada en el *Seminario reforma y control de la Constitución: implicaciones y límites*, realizada en el IIJ el 4 de febrero de 2009.
Vigo, Rodolfo Luis, en el curso-taller de Interpretación y Argumentación Jurídica, impartido en Abril del 2008, en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- **Normatividad.**

Supranacional.

4ª Conferencia Mundial de la Mujer (FWCW) que tuvo lugar en Beijing en 1955.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”.
Carta Árabe sobre Derechos Humanos.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Carta Social Europea.
Carta de la OEA.
Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (ICPD) desarrollada en El Cairo en 1994.
Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994.
Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, Programa de Acción.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención Europea de Derechos Humanos.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes.
Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.
Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes
Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam.
Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.
Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza
Declaración de los Derechos del Niño.
Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones.

Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993.
Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.
Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven
Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.
Guía Técnica de Políticas para Sistemas de Salud: Aborto sin riesgos, de la Organización Mundial de la Salud.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos
Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968.
Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Constitucional y ordinaria (Derecho Extranjero).

Quinta Ley para la Reforma del Código Penal (Ley ordinaria alemana).
Constitución Nacional de la República de Argentina.
Constitución de la Provincia de Río Negro (Ley ordinaria Argentina).
Ley 24.240 (Referente a la regulación de medios de comunicación en Argentina).
Constitución Política de Chile de 1980.
Decreto Ley número 679 (Chile).
Constitución Española de 1978.
Ley Orgánica General Penitenciaria (Ley ordinaria española).
Reglamento Penitenciario (Ley ordinaria española).
Decreto 4444 de 2006 (Ordenamiento colombiano referente a la objeción de conciencia. Colombia).
Código Penal texano (EUA).

Mexicana.

.Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Civil para el Distrito Federal.
Código Civil para el Estado de Chiapas.
Código Electoral del Estado de Colima.
Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima.
Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
Ley General de Salud.

TESIS JURISPRUDENCIALES CONSULTADAS EN EL SISTEMA IUS:

Registro No. 170879; Registro No. 172099; Registro No. 189214; Registro No. 173844; Registro No. 182852; Registro No. 169692; Registro; No. 170740; Registro No. 170739; Registro No. 170280; Registro No. 175294; Registro No. 200349, Registro No. 170689; Registro No. 181309; Registro No. 184669; Registro No. 170585; Registro No. 171901; Registro No. 176803; Registro No. 169772; Registro No. 180809, Registro No. 188749; Registro No. 172650, Registro No. 171888.