

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

***“HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO
POR PRINCIPIOS: PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO”***

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN
DERECHO QUE PRESENTA LA MAESTRA:**

REMEDIOS VERÓNICA CORTÉS MÉNDEZ

TUTOR ACADÉMICO: DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ

Ciudad Universitaria, octubre 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Agradecimientos

Al Dr. Manuel Becerra, por ser guía y ejemplo en mi vida profesional.

Al Dr. Jaime Cárdenas, por sus sabios consejos e incondicional apoyo.

Al Dr. Juan Vega, por su motivación que me ha impulsado académicamente.

Al Profr. Dr. Klaus Adomeit, por su brillante tutoría y enorme confianza, sin lo cual no hubiese sido posible la realización de este trabajo.

Al Profr. Rafael Castillo, por ser siempre un ejemplo de dedicación, constancia y generosidad.

Dedicatorias

A Stephan, por su gran nobleza e invaluable motivación que han dirigido mi vida.

A mis hijos Melanie, Stephan y Sophie por iluminar mi existencia y darle sentido a mis aspiraciones.

A mis padres, Alfonso y Alicia, por su confianza y amor sin límites ni fronteras.

A mi hermana Laura, por su ejemplo de fortaleza y nobleza incomparable.

Al Profr. Günther Fürstenau por su incondicional apoyo y su amable comprensión.

A Juan, Rosa y Sara, por su amistad a prueba de todo.

A mis grandes amigos, Rafael y Zaira, por su sincera y entregada amistad.

“Y que si se ha cometido una injusticia, sea por uno mismo, sea por una persona que nos interese, es preciso presentarse en el sitio donde lo más pronto posible pueda recibir la corrección conveniente, e ir apresuradamente en busca del juez, como si fuera un médico, no sea que la enfermedad de la injusticia, llegando a estacionarse en el alma, engendre en ella una corrupción secreta que se haga incurable”.

Sócrates. (*Gorgias o de la Retórica: diálogo con Polo*)

TABLA DE CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	7
<i>CAPÍTULO I</i>	12
<i>POSTURAS CONCEPTUALES SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS</i>	12
1. Postura de Kelsen.....	12
2. Postura de Hart.....	18
3. Postura de Alexy.....	28
4. Postura de Dworkin.....	33
5. Debate Hart-Dworkin.....	46
a) El <i>Postscriptum</i> de Hart.....	55
6. Postura de Atienza.....	59
7. Postura de A. Aarnio.....	63
8. Postura de Zagrebelsky.....	67
<i>CAPÍTULO II</i>	71
<i>MÉTODOS INTERPRETATIVOS</i>	71
1. La escuela de Exégesis.....	71
2. La Jurisprudencia de Intereses.....	73
3. Escuela del Derecho Libre.....	78
4. La Teoría del Acto de Voluntad.....	80
5. El Formalismo Jurídico.....	83
<i>CAPÍTULO III</i>	87
<i>LOS PRINCIPIOS Y LOS CASOS DIFÍCILES</i>	87
1. Las coincidencias y distinciones entre principios reglas.....	87
a) Justificación filosófica de la preeminencia de los principios sobre las reglas.....	95
b) La relación entre la ética y los principios.....	98
2. Los casos difíciles.....	102
a) Los casos difíciles y la interpretación según Dworkin.....	102
b) La interpretación y la vaguedad.....	112
c) Los casos difíciles y la interpretación según MacCormick.....	117

3. Los principios como directores de decisiones judiciales justas	125
<i>CAPÍTULO IV.....</i>	<i>144</i>
<i>LOS PRINCIPIOS EN LOS TRIBUNALES ALEMANES.....</i>	<i>144</i>
1. Sistema Jurídico Alemán.....	144
a) Métodos utilizados por el Tribunal Constitucional	149
2. El Principio de Proporcionalidad en el Sistema Constitucional Alemán.....	164
a) Una aproximación a su concepto y estructura.	164
b) Elementos esenciales.	168
3. Otros principios aplicados en la práctica por los Tribunales Alemanes	172
a) El principio de Oportunidad.....	173
b) El Principio de Igualdad.....	176
c) El criterio del contenido esencial del derecho.....	179
<i>CAPÍTULO V</i>	<i>185</i>
<i>LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN</i>	
<i>ALEMANIA.....</i>	<i>185</i>
1. La interpretación Constitucional en Alemania y el Derecho Comunitario	185
2. La postura del Tribunal Constitucional Federal	192
3. El papel fundamental de la Metodología Jurídica y su relación con los Principios.....	208
4. El carácter expansivo de los derechos fundamentales.	227
5. Las directivas y sus efectos legales.	230
<i>CAPÍTULO VI. PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE</i>	
<i>PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO</i>	<i>232</i>
1. El principio de proporcionalidad y su consagración en el ordenamiento jurídico.....	232
a) Legislación Internacional	232
b) El principio de proporcionalidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	234
2. El principio de proporcionalidad como auxiliar en la decisión judicial.	239
a) Argumentos en favor de su aplicación.	240
b) Argumentos en contra de su aplicación	254
3. El principio de proporcionalidad aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	276
a) Tarea interpretativa y ponderación de principios en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	276
b) Derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor: Caso Sergio Aguayo y Caso Witz...290	

c) Genocidio frente a imprescriptibilidad de delitos: Caso Halcones y Caso Guardianes del Muro de Berlín.....313

4. Dos casos de violación de garantías individuales resueltos de manera desfavorable por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.357

a) Caso Rosendo Radilla Pacheco.358

b) Caso Inés Fernández362

5. El nuevo enfoque de los derechos humanos y de las pautas interpretativas a partir de las reformas constitucionales del 10 de junio de 2011.....370

CONCLUSIONES380

BIBLIOGRAFÍA382

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico de la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional. Se busca evidenciar de una manera más simple y clara los elementos existentes que lo identifican, así como crear conciencia sobre las implicaciones que genera su aplicación. Una vez estudiado el concepto, desarrollo, características y su operatividad práctica, estaremos en posibilidad de entender su estructura y fines. Para efectos de la mejor comprensión de este principio nos enfocaremos en un estudio de los conceptos y teorías que le dan sustento.

En el primer capítulo, haremos referencia a las diferentes corrientes que con sus diversos argumentos dan pauta a la reflexión del contenido de los derechos, de tal manera que podamos aproximarnos a la descripción de nuestro ordenamiento jurídico para intentar precisar las características, particularidades y realidades que en la práctica existen. De esta manera, se busca hacer conciencia sobre la aplicación de la ley y su compatibilidad con la certeza de justicia que nuestra Nación requiere. Se aborda la importancia de contar con leyes que hagan trascender su origen democrático y que su interpretación y alcances logren cumplir con los principios de seguridad jurídica y de justicia.

En el segundo capítulo, se incluye un esbozo de importantes teorías y posturas respecto al concepto y características de principios y reglas. El conocimiento de las diferentes posturas relacionadas con los principios y reglas en el derecho, nos permite agudizar nuestra percepción para comprender y enfocarnos en los problemas y necesidades de nuestro sistema jurídico. No es posible trabajar con los retos actuales si no conocemos los orígenes.

A partir del análisis de las diferentes posturas conceptuales sobre principios y reglas se pretende retomar los puntos importantes para integrar los elementos que nos permitan formar un criterio, no sólo jurídico, sino ético, filosófico, y social que logre transformar la sensibilidad de los actores jurídicos, de tal manera que los principios no sean sólo herramientas citadas o consultadas por cuestión práctica, sino que los jueces y profesionales del derecho los adopten como forma de vida, de tal manera que cada acto y cada decisión sea dirigida por ellos.

En el tercer capítulo, analizaremos las coincidencias y divergencias entre principios y reglas. Asimismo, tomando como punto central la teoría de los principios se explicarán los métodos y directrices indispensables para la solución de casos difíciles.

Toda vez, que el principio de proporcionalidad tiene su origen en la legislación alemana, en el cuarto capítulo daremos algunos detalles sobre el sistema judicial alemán y el sustento jurídico del principio de proporcionalidad en la nación germana. Asimismo, se hará referencia a otros principios aplicados por los tribunales, así como los métodos aplicables a conflictos entre principios constitucionales. La elección del estudio de los principios en el Sistema Jurídico Alemán obedece también a la especial transformación y adaptación que éste ha debido hacer a partir de los lamentables acontecimientos relacionados con la 2ª. Guerra Mundial. La situación experimentada en este país ha marcado un antes y después, determinante para el desarrollo de la legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos y en especial de su posición ante crímenes, que por su trascendencia, nunca deben quedar impunes.

Es un país que se ha debido adaptar, transformar y resurgir una y otra vez de las ruinas, reorganizado su vida social, política y reestructurando su

sistema jurídico, evolucionando de una manera muy rápida a los retos de la modernidad.

El quinto capítulo versará sobre la discusión actual sobre la argumentación jurídica en Alemania, lo que nos dará una visión más amplia del rumbo al que se dirige el desarrollo argumentativo de los derechos y principios constitucionales en un país que no sólo se rige por su legislación nacional e internacional, sino que está vinculado estrechamente con la aplicación del derecho comunitario.

En el último capítulo se describe el desarrollo conceptual y la función del principio de proporcionalidad. Con una exposición sobre diferentes puntos de vista, a favor y en contra de la aplicación del principio aludido, ampliaremos nuestra visión para identificar las ventajas, desventajas, avances y deficiencias respecto de su aplicación en la práctica a cargo de los Tribunales Constitucionales.

Por una parte, se sostiene su utilidad con el argumento de que es una herramienta indispensable para fortalecer el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales, pero por otra se dice que sólo origina inseguridad a la interpretación jurídica a nivel constitucional por establecer una inestable e imprecisa jerarquía de los principios, así como la imposibilidad de predecir la solución de conflictos entre principios. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido que resolver casos en los que se colisionan principios fundamentales: retroactividad en caso de genocidio, derecho a la libertad de expresión frente derecho al honor. Anteriormente, este tipo de situaciones se resolvían de manera tradicional sin recurrir a métodos o técnicas especiales o novedosas. En muchos casos, se resolvió beneficiar a uno de los principios en conflicto sin una argumentación o motivación profunda. Ante estos retos, es indispensable contar con un método y técnicas concretas para resolver las colisiones entre principios constitucionales.

Lograr una comprensión más clara del principio de proporcionalidad como método para resolver conflictos entre principios facilitaría la resolución de casos difíciles. Por el momento, sólo es posible deducir este principio como parte del principio de legalidad constitucional, sin embargo queda incompleto porque no establece lo que sucede cuando se actúa de manera insuficiente o inadecuada en la protección de un principio o bien cuando se limita equivocadamente un bien jurídico en favor de otro.

Asimismo, se analizará la situación de su aplicación en nuestro país, por lo que haremos referencia a dos casos de especial trascendencia: el caso *Sergio Aguayo*, que muestra un gran avance en el desarrollo de las tareas interpretativas y de la argumentación jurídica en México, aún cuando no aplica el principio de proporcionalidad de maneja correcta e integral, sí se aproxima a la concreción, al menos, de algunos de sus componentes. En contraste, el caso *Witz*, como ejemplo de una sentencia, cuyos razonamientos –si así se les puede llamar- de la mayoría que sobresalen por su pobreza argumentativa y falta de cultura jurídica. Por otra parte el *caso Halcones*, como ejemplo de la clara inobservancia, no sólo del principio de proporcionalidad, sino también de principios vinculados con la protección de derechos fundamentales a nivel internacional y el caso de los *Guardianes del Muro de Berlín* que representa un gran paso en la protección de derechos fundamentales al sustentar de manera práctica la imprescriptibilidad de delitos de *lesa humanidad*.

Como ejemplo de las evidentes deficiencias en el trabajo de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, hemos acumulado seis sentencias condenatorias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones graves de derechos humanos, aunado a eso, el cumplimiento de dichas resoluciones ha sido incompleto, tardío y deficiente. Haremos referencia a dos casos: caso Rosendo Radilla y caso Inés Fernández.

Se expone un breve esbozo sobre la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, que se concreta en nuestro sistema jurídico en un momento clave, cuando la comunidad internacional fija su mirada en nuestro país por hechos tan lamentables como la creciente violencia y la enorme cantidad de sangrientos asesinatos en un lugar donde los derechos humanos se convierten en una utopía. Se fortalece la protección de los derechos humanos proyectando de manera sólida su dimensión supranacional. Contamos ahora con el instrumento y los mecanismos que de manera ideal garantizarán la defensa de los derechos fundamentales, la reflexión es si los operadores jurídicos están preparados para tal reto.

CAPÍTULO I.

POSTURAS CONCEPTUALES SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Postura de Kelsen

Para Kelsen son jurídicas aquellas normas que emanan de la voluntad de un poder supremo. La validez de una norma jurídica se apoya en otra norma y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental. Si una norma jurídica carece de eficacia en un espacio de tiempo duradero, pierde su validez, toda vez que ésta depende de que la norma sea acatada y aplicada.

La norma fundamental prevé dos normas generales con características de habilitación distintas, una expresa y una tácita. Aunque diferentes, derivan de procedimientos que tienen validez y legitimidad por sustentarse en la norma fundamental. Por ejemplo, en una sentencia: existe una norma que determina de manera previa el contenido de la resolución, una ley que se debe aplicar porque así está establecido y también se encuentra de manera implícita otra norma que le autoriza al tribunal a crear una norma individual para fundar su decisión. Es decir, la ley aplicable al caso concreto existe antes de que el juez haya tenido conocimiento del asunto, su función es decidir aplicarla o no.

En su Teoría pura del Derecho, Kelsen tiene una visión del derecho como un sistema de textos cerrado y jerárquico a partir del cual las leyes, decretos que deben ser compatibles o no compatibles con la norma fundamental, nos señalan, por un lado, que el derecho debe excluir toda consideración respecto a lo que el derecho debe o no debe ser y diferenciarse, a la vez, de otros sistemas normativos como los morales y los del derecho natural. Asimismo, afirma que la motivación de una decisión judicial o la discusión de un proyecto de ley es más un acto de voluntad política que le confiere la Constitución, que la afirmación de un conocimiento.

“... corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de la validez de esas normas, de manera que alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico”.¹

Para Kelsen la aplicación del derecho significa su tránsito de una grada superior a una grada inferior. Para él la indeterminación en algunos de los sentidos del ámbito de aplicación deja un espacio para la libre discrecionalidad. La norma superior tendría el carácter de marco que debe llenarse con el acto de aplicación, el cual está sólo parcialmente determinado por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación del acto puede ser intencional o no intencional. El primer caso se da cuando la indeterminación es querida por el órgano que promulgó la norma, como ocurre con las normas generales, que dejan el proceso de determinación abierto al acto de aplicación. El segundo caso se refiere a la consecuencia que se produce por ambigüedad, por contradicción entre normas o discrepancia entre la voluntad del legislador y su expresión en el texto legal, sin embargo pueden existir otras posibilidades de aplicación y en tal situación el acto de aplicación será conforme a derecho si se mantiene dentro del marco legal.

Según el autor, cuando se da una contradicción entre normas, ambas están en situación de igualdad desde el punto de vista del derecho positivo, por lo que no hay un método exacto que conduzca a un solo resultado, sino que éste dependerá de la voluntad del órgano encargado de la aplicación.

¹ KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Venengo, Roberto J. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982 [citado 23/09/2012], Formato PDF. p. 36. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039> ISBN 968-58-0032-4

“En tanto que la *norma* se exprese con el adjetivo *normal*, no por ello constituye un deber ser, sino un ser que se quiere indicar mediante ella. Normal es aquello que de hecho sucede por regla general. En tanto que con ello se quiera significar también un deber ser, se presupone la vigencia de la norma, es decir, que aquello que suele suceder por regla general también debe suceder; y especialmente, que una persona debe comportarse así como las personas suelen comportarse por regla general”.²

La noción de constitución desarrollada por Kelsen la identifica en sentido originario y estricto con la regla sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación, contraria a la Constitución en sentido amplio, como designa a las constituciones que además de disciplinar la creación formal de las leyes, también incluyen normas de contenido material que establecen principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras.

Aún cuando Kelsen reconoce que las constituciones contienen cláusulas de contenido valorativo, considera que las mismas no encuentran fácil acomodo en su concepción de constitución, toda vez que el alto grado de indeterminación que presentan este tipo de normas impide que su consideración en el razonamiento jurídico pueda tener el carácter de un acto de aplicación del derecho en sentido técnico, por lo cual sólo podemos entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios abiertos a la discrecionalidad de los órganos de creación jurídica.

“Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyan deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica

² KELSEN, Hans. Traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs. *Teoría General de las Normas*, Ed. Trillas, México, 1994. p. 21

en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito.

Si el orden moral no prescribe que, en todas las circunstancias, haya de obedecerse al orden jurídico positivo, surge la posibilidad de una contradicción entre la moral y el orden jurídico; en ese caso, la exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida por válida aun cuando contradiga al orden moral”.³

No es ideal, de acuerdo con Kelsen, interpretar las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes y peor aún, intentar emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un inconveniente e ilegítimo desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional. Con el objeto de evitar lo anterior, Kelsen propone que la Constitución debe abstenerse de este tipo de abstracciones y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.

“Una afirmación acerca del derecho no debe implicar ningún juicio sobre el valor ético de ese derecho, o sobre su justicia o injusticia; todo lo cual no excluye, por supuesto, el postulado de que el derecho debe ser justo. Sin embargo, dado que no existe una justicia, sino muchos conceptos ideales de la justicia diferentes entre sí y aún contradictorios, este postulado nunca debe emplearse sin especificar a cuál de estas ideas de justicia se refiere.

Exactamente en la misma forma en que la Teoría Pura del Derecho separa al derecho de la naturaleza y, en consecuencia, a la ciencia del derecho de las ciencias naturales, también al derecho de la moral, y por ende, a la ciencia del derecho de la ética. En estos dos aspectos la teoría del derecho es *Pura*".⁴

Para no poner en riesgo la pureza metódica de la ciencia jurídica es necesario tomar siempre en cuenta su separación de la ciencia natural, de la ética y de la moral.⁵

Kelsen en su teoría no admite que los principios jurídicos formen parte del sistema de normas, inclusive menciona que podría ser peligroso que el tribunal interpretara valores y con ello se convirtieran en normas generales, pero por otra parte admite que no es posible que exista una seguridad jurídica completa, dice que es una ficción que una norma admita en todos los casos un sentido correcto, es un idea que utiliza la jurisprudencia tradicional en aras de la seguridad jurídica.⁶

Las bases de la interpretación jurídica, según sus conceptos, es de mejor comprensión a partir de su teoría de la indeterminación y de la discrecionalidad jurídica, sin embargo a pesar de su bien estructurada explicación, admite que no existe un método ideal de interpretación que se pueda denominar correcto, es posible sólo lograr aproximaciones a resultados posibles.

"A pesar de todos los esfuerzos de la Jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, en favor de la una o de la otra. Todos los métodos

³ KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*. [en línea] op. cit. p. 81.

⁴ KELSEN, Hans *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Traducción del Lic. Juan José Royo P. *Lecturas Jurídicas*, publicación Trimestral de la escuela de derecho. Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua. Julio-Septiembre 1961. Chihuahua, México. p. 31.

⁵ Ver op. cit., p. 72.

interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tanto vale atenerse a la voluntad conjeturable del legislador desatendiendo al texto, como observar estrictamente el texto desentendiéndose de la voluntad casi siempre problemática del legislador”.⁷

La norma que tiene en su consecuencia un acto de coacción es jurídica porque la función del derecho tiene como técnica social a la motivación indirecta, que en su aspecto formal tiene al derecho configurado por toda una serie de normas; en tanto que en su aspecto material se dice que las normas del derecho son coactivas porque implican una sanción, la técnica de la motivación indirecta se encuentra en el aspecto funcional de la norma, ya que la misma sirve para que en la sociedad se den determinados comportamientos a través de la amenaza. Al jurista no le corresponde entrar al análisis concreto del por qué la norma es obedecida o de saber si la técnica de motivación indirecta es del todo efectiva, es una tarea sólo de las ciencias extrajurídicas y el jurista sólo debe centrar su interés en el supuesto de que al realizar la norma se dispone de una sanción que en caso de incumplimiento, recaerá sobre el sujeto.

Las normas jurídicas son peldaños unas de otras en forma ascendente, siendo una el origen de la otra hasta llegar al último nivel donde está la Constitución, de tal manera que la Constitución emana de la norma fundamental presupuesta, la cual se interpreta como el grupo de donde la Constitución tuvo su origen, esto es, el Constituyente cuyos miembros fueron investidos de legítimo poder para crearla. La teoría dinámica de la validez jurídica prevé la edificación del ordenamiento de peldaño en peldaño, desde las

⁶ Op. cit., p. 356

⁷ Ver KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Introducción a la problemática científica del Derecho. Editora Nacional, 2ª. ed., México, 1976. p. 133.

normas individuales hasta la Constitución. No existe, normalmente un ordenamiento que confiera validez a la Constitución.

2. Postura de Hart

La teoría de Hart ha propiciado la reflexión y el debate sobre el concepto de derecho. Menciona que se debe separar el ámbito jurídico del moral, sin embargo debido a la textura abierta del lenguaje, los alcances de una regla van más allá de la intención legislativa.

Su teoría del derecho se concentra en los siguientes puntos:

- una concepción general del Derecho
- relación entre lenguaje y realidad
- punto de vista interno y externo
- concepto y clasificación de las reglas
- relación entre el derecho y la moral

En su obra, *“El concepto de derecho”* desea desarrollar una teoría descriptiva del derecho a partir de la cual sea posible explicar la estructura general del pensamiento jurídico. Aclara que no intenta hacer un ensayo crítico del derecho o de política jurídica, más bien se concentra en el significado de términos, toda vez que el derecho y las estructuras sociales pueden comprenderse mejor a través de los enunciados internos y externos, advirtiendo de los problemas que origina la textura de los términos jurídicos, señalando que en todos los campos de la experiencia, incluyendo el de las reglas existen límites derivados de la naturaleza del lenguaje.

Existen casos claros en los que las expresiones lingüísticas a aplicar no presentan mayor complicación, pero hay otros que son indeterminados por tener una textura abierta. En el ámbito lingüístico del Derecho podemos encontrar zonas de certeza y de penumbra a partir de las cuales se puede determinar que existen casos estándar y difíciles. Es en este momento donde es indispensable la interpretación para estar en posibilidades de elegir entre los intereses en conflicto y llegar a una solución aceptable, que no será la única, sino una de varias alternativas de solución, una respuesta elegida como la apropiada al caso concreto.

Cristóbal Orrego menciona los antecedentes iusfilosóficos inmediatos del pensamiento hartiano. En primer lugar Hart se encontraba bajo la influencia de la tradición de la escuela de jurisprudencia analítica anglosajona. También toma en cuenta el positivismo de Kelsen con el cual coincide en algunos puntos. Hace contacto con las teorías jurídicas antiformalistas, sociologismos y realismos jurídicos. Atiende a las teorías clásicas y las del derecho natural, de manera particular a las posteriores a la segunda guerra mundial e intenta reconstruir su propia teoría de la jurisprudencia analítica.⁸

Asimismo, la experiencia de la Segunda Guerra Mundial con la caída del nacionalsocialismo generaría nuevos retos en el ámbito jurídico, los juicios de la posguerra y su justificación no sólo legal, sino moral. Fueron evidentes los graves errores del positivismo y su influencia en un gobierno totalitario que además justificaba los crímenes cometidos bajo el régimen nazi con el argumento de que los criminales habían actuado bajo un derecho vigente. Ante esto surgieron nuevas teorías positivistas, más flexibles y con nuevos modelos.

⁸ Ver ORREGO S., Cristóbal. *Antecedentes iusfilosóficos de el concepto de derecho de H.L.A. Hart. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 84, 1995, Sept-dic. Nueva Serie Año XXVIII. [en línea]. México [citado 5/10/2012], Formato PDF. p. 1113. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/84/art/art8.pdf>
ISSN 00418633

Hart, con una tradición de jurisprudencia analítica positivista elaboró una teoría con características positivistas, pero del nuevo positivismo y apoyando una correcta práctica moral, pero sobre todo separar su ideología del totalitarismo.⁹

“Desde luego, si la teoría del Derecho deja abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales, como sostengo que debe hacerlo, el positivismo suave no puede entonces caracterizarse sin más como una teoría según la cual los principios morales o los valores pueden contarse entre los criterios de validez jurídica; en efecto, si el carácter objetivo de los principios morales y valores permanece abierto, debe permanecer abierto también el problema de si las previsiones del positivismo suave que incluyen la conformidad con ellos entre las pruebas para el Derecho existente puedan tener tal efecto o, por el contrario, sólo puedan constituir orientaciones para que los jueces *creen* Derecho de acuerdo con la moral”.¹⁰

Tiene una visión optimista al considerar que existen perspectivas en la cuales se trabaja para contar con un concepto ampliado del derecho que contemple un cúmulo de principios que puedan utilizarse como *reserva* para resolver casos difíciles, que sea un verdadero apoyo para la función del juez sin entorpecer su labor.¹¹

Para Hart una opción media entre la teoría clásica del derecho natural y el positivismo acepta la existencia de un derecho constitucional, leyes y precedentes aceptado por la comunidad, así como de principios generales de

⁹ Ver *Ibidem*, p. 1100

¹⁰ Ver *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César. Traducción de Holguín, Magdalena. **La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin**. Estudio preliminar. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Siglo del Hombre Editores, 2ª. Reimpresión. Santafé de Bogotá, 1997, p. 111.

¹¹ Ver HART, H.L.A., *El derecho en la perspectiva de la filosofía, 1776-1976*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** No. 33 Año 1978, No. 33, septiembre-diciembre, Nueva Serie Año XI. [en línea]. México [citado 28/09/2012], Formato PDF. p. 329. Disponible en Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/33/art/art2.pdf>

ISSN 00418633

equidad y justicia que no precisamente se identifican con las leyes positivas. “De este conjunto de principios, el cual, en nuestro sistema, incluye concepciones de dignidad individual y libertad, pueden deducirse reglas para resolver correctamente aquellos casos difíciles en que las diferentes disposiciones constitucionales positivas, leyes y precedentes, proporcionan una guía incompleta, ambigua o conflictiva. Es a esos principios implícitos, manifiestos en el cuerpo del indiscutible derecho positivo existente, a los que los jueces deben recurrir para encontrar el derecho que servirá para decidir los casos difíciles, los cuales existen como derecho antes de que los jueces recurran a ellos. Por lo tanto, la creencia de que los jueces pueden, al decidir tales casos correctamente, crear derecho, aun cuando sea *incidentalmente*, puede ser descartada como un equívoco y error positivista”.¹²

Las normas jurídicas no pueden prever una solución para todos los casos y las herramientas interpretativas son un apoyo indispensable para la búsqueda de la mejor opción. Las reglas de interpretación también tienen su complejidad y también son indeterminadas. Para Hart no es posible determinar reglas generales para cada caso sin que surjan nuevas directivas. En el caso de los precedentes, esto se complica aún más porque no se puede identificar de manera precisa una sola respuesta correcta, por lo que se puede dar la situación en la que los tribunales pueden tomar una decisión totalmente alejada de los precedentes. Está en desacuerdo con las teorías extremas de la interpretación jurídica, por un lado las formalistas que consideran que siempre se puede determinar a partir de la ley una solución a un caso particular y las que consideran que si en la ley no se encuentra la solución, el juez la crea. Su teoría intermedia propone que los casos que se encuentran en el núcleo de

¹² Op. cit., p. 324.

certeza se resuelvan aplicando la ley y los que están en la zona de penumbra se resuelvan a partir de la discrecionalidad judicial.

“Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que *limitan* sus *opciones* de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces *intersticiales* y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas. No obstante, habrá puntos en los cuales el Derecho establecido no determina una decisión como correcta, y para decidir aquellos casos en los que tal cosa sucede, el juez debe ejercer la facultad de crear el Derecho. Sin embargo, no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores”.¹³

Para Hart una teoría jurídica con el ideal de certeza absoluta en donde todo pueda ser conocido y que contara con reglas que previeran la resolución de todos los casos sin que esto implicará ninguna acción extra de elección, no sería otra cosa que una teoría jurídica mecánica dotada de un exceso de formalismo. Ignorar la necesidad de que en casos especiales se requiera realizar una elección adicional nos dirige a una utopía como *paraíso de los conceptos de los juristas*. Esto es tanto como tener la solución de casos futuros antes de conocer las circunstancias particulares de cada uno. Si bien, Hart considera que las reglas deben ser inteligibles, una precisión desmedida puede convertirse en un elemento no deseable. Es decir, la capacidad de elección

¹³ Ver *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César, op. cit. p. 136.

deriva de una necesidad que el hombre por naturaleza tiene, toda vez que el hombre no tiene una absoluta capacidad de predecir el derecho, como tampoco se puede predecir el futuro, ni los casos y circunstancias que están por venir.

Para el autor, el ámbito de la adjudicación surge cuando estamos en presencia de indeterminación de las normas jurídica y la incertidumbre de los operadores jurídicos para tomar una decisión, ante la disyuntiva de aplicar una regla o no hacerlo. Con su teoría intenta una conciliación en el sistema jurídico que cuente tanto por reglas que pueden aplicarse con seguridad sin necesidad de requerir a una guía oficial y por otra parte dejar cuestiones abiertas para una posterior solución cuyas características sólo serán apreciables en un caso concreto y será hasta ese momento en que se podrá hacer una elección por parte del operador jurídico. “Sin en el ámbito de la legislación es donde define Hart el concepto de *textura abierta*, en el ámbito de la adjudicación es donde tiene incidencia la noción *penumbra de incertidumbre*. Ocurre que la *textura abierta* del lenguaje legislativo, responsable de la imprecisión o vaguedad de la escritura de las reglas, tiene el efecto de crear *incertidumbre* en el operador jurídico acerca de la *decisión* aplicativa de una regla a un caso dado si, por ejemplo, encuentra en el derecho tantas razones para aplicarla como para no-aplicarla, resultando entonces una regla *indeterminada*. La noción de *penumbra, de incertidumbre* (al igual que hace el concepto de *textura abierta* en la legislación) permite una descripción *no-uniforme* del ámbito de la adjudicación, a fin de no reducirla a los casos *claros* de aplicabilidad y de no-aplicabilidad. Resultando la descripción *homogénea* del derecho claramente *insatisfactoria* en este campo de aplicación e interpretación de las normas”.¹⁴

¹⁴ REAL ALCALÁ, Alberto del. *Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho Hart-Zagrebelsky-Endicott*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** No. 131 Mayo-Agosto 2011. [en línea]. México [citado 25/09/2012]. Formato PDF. p. 683. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/131/art/art7.pdf> ISSN 00418633

La teoría de Hart le da otra dimensión al aspecto lingüístico dentro de la teoría jurídica, la textura abierta no es exclusiva del lenguaje normativo, sino también del lenguaje común por medio del cual todos nos comunicamos, es decir la imprecisión y vaguedad del lenguaje es extensiva a la comunicación. En el proceso de adjudicación, cuando estamos en presencia de un caso claro la comunicación por medio de la legislación a los destinatarios es segura y sin complicaciones, por lo que el operador jurídico puede determinar de manera sencilla que la situación particular se encuentra dentro de la zona de certeza y sólo debe avocarse a realizar una operación de subsunción para tener una solución al caso. Los casos que generan dudas por encontrarse en la zona de penumbra y generan problemas de imprecisión y vaguedad, deberán ser tratados de manera diferente, con parámetros de decisión diferentes, el operador jurídico tiene una función creadora mediante una elección discrecional, tomando en cuenta los diferentes intereses que se colisionan para encontrar una solución al problema. “Tales casos no son sólo casos *difíciles*, controvertibles en el sentido de que abogados razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre cuál de las respuestas es jurídicamente correcta, sino que el Derecho, en estos casos, es fundamentalmente *incompleto*: no suministra ninguna respuesta a estos interrogantes. Son asuntos que no están jurídicamente regulados y, para llegar a una decisión en estos casos, el juez debe ejercer aquella función restringida de creación de la ley que he llamado *discrecionalidad*”.¹⁵

El margen de incertidumbre es una franja de aspectos vagos ubicada entre la zona de claridad y seguridad de aplicación de una regla y la zona donde no queda claro si aplicarla o no.

¹⁵ Ver *Postscriptum* de Hart, en RODRÍGUEZ, César, op. cit. p. 109.

“La distinción que hace Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia. Las normas primarias son las que aseguran derechos e imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. Las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva son buenos ejemplos de normas primarias. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden reformar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de qué manera se compone el Congreso y cómo efectúa su labor legislativa. Las normas referentes a la formación de contratos y a la ejecución de testamentos también son secundarias, porque estipulan de qué manera llegan a existir y se cambian normas muy particulares que rigen determinadas obligaciones jurídicas”.¹⁶ Es decir, las reglas primarias imponen deberes que pueden ser de carácter positivo o negativo y que forman parte del sistema normativo de una comunidad. Las reglas secundarias, por su parte otorgan potestades a los operadores jurídicos para crear, modificar o extinguir los efectos de las normas primarias y tienen una función determinante en la dinámica y adaptabilidad del sistema. La presencia de estas reglas es indispensable para que podamos decir que una sociedad es moderna, toda vez que las sociedades primitivas se sustentan en un sistema jurídico basado sólo en reglas primarias. Las sociedades poco desarrolladas se caracterizan por contar con falta de certeza, carácter estático de las normas y un sistema de presión social que no funciona de manera adecuada, por lo que surge la necesidad de contar con otro tipo de reglas secundarias para subsanar las deficiencias: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

La regla de reconocimiento tiene por objeto brindar los criterios de validez del sistema jurídico y que ayuda a identificar si una norma tiene la

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 4ª. reimpresión, Ariel, Barcelona, 1999, p. 68

categoría o no de norma de derecho. Las reglas de cambio evitan el carácter estático de las reglas primarias al otorgar facultades a los operadores del derecho para crear e incluir nuevas reglas en el sistema jurídico, logrando una relación directa con la regla de reconocimiento para dar una característica dinámica al sistema. Las reglas de adjudicación determinan quién tiene la potestad de aplicar sanciones y en dentro de qué parámetros puede hacerse, dando especial lugar a la discrecionalidad judicial.

“En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Hay, por supuesto, una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de dichos criterios: porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas”.¹⁷

El punto de vista interno es usado con naturalidad sin aceptar que es utilizada una regla de reconocimiento cuando se reconoce como válida una regla del sistema; y el externo, enunciada por un observador externo que sin aceptar la regla de reconocimiento enuncia el hecho de que otros la aceptan. En su *Postscriptum*, Hart explica sus distinciones e importancia a partir de las reglas de costumbre –reglas sociales- de cualquier grupo social sin importar su tamaño y que constituyen una forma de práctica social con patrones de conducta adoptados por la mayoría de sus miembros. Seguir las reglas no es todo, se requiere de un elemento esencial que es la aceptación como la

¹⁷ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrio. Abeledo-Perrot, 2ª. Reimpresión. Buenos Aires, 1996. p. 127.

disposición de los individuos a utilizar dichos patrones de conducta como guías de conducta futura y de crítica.¹⁸

En este contexto, el hecho de que la mayoría de los ciudadanos obedezcan una norma jurídica no significa que precisamente tengan el conocimiento de sus criterios de validez, simplemente se ajustan porque conciben que es derecho, porque consideran que les conviene hacerlo, porque saben que de no acatar dicha regla habrá consecuencias no agradables o por otras múltiples razones. El hecho de que exista un conjunto de normas jurídicas que son generalmente obedecidas no quiere decir que estemos en presencia de un sistema jurídico, es sólo una primera condición de ello. La segunda condición exige que el sistema cuente con reglas de reconocimiento que consisten en pautas de conducta oficial que los funcionarios deberán acatar para estar en posibilidad de determinar cuando existen desviaciones a las mismas, siendo éstas imputables a ellos o a otros.¹⁹

“Hart llevó a cabo una fusión entre la filosofía vigente entonces y su conocimiento del derecho. Cuarenta años más tarde el balance no es enteramente positivo, pues se han ido señalando diversas deficiencias en la metodología analítica. La filosofía analítica presente ha ido mucho más allá de lo que Hart podía prever, y ha rectificado algunas de las asunciones básicas de la primera y más importante reflexión hartiana. Años más tarde, el mismo Hart reconocerá las limitaciones de análisis lingüístico para resolver aquellos problemas en los que hay diferencias básicas de valores, puntos de vista o teorías generales entre los autores. He aquí uno de los mayores méritos de Hart como académico: su continua disposición a confrontar sus tesis con las de sus críticos, y a matizar o rectificar a la luz de mejores argumentos.

¹⁸ Ver *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César, op. cit. p. 112.

¹⁹ Ver HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*. op. cit. p. 145.

Aunque Hart llevó la filosofía lingüística a la teoría jurídica, sus análisis tienen, muchas veces, un valor independiente de esa peculiar orientación filosófica. *The Concept of Law*, en particular, proporciona un tratamiento unitario, original y lúcido, de los temas y argumentos clásicos. Además, la filosofía analítica sigue siendo una orientación influyente de la filosofía general. Las concretas aproximaciones asumidas por Hart fueron, en cierta medida, una moda pasajera; pero la tendencia de fondo se ha experimentado hasta dar origen al denominado giro lingüístico de la filosofía Hart ha modificado su pensamiento en muchos puntos, defendiendo siempre la utilidad de ese giro lingüístico que él procuró introducir en la teoría jurídica”.²⁰

Considero que la teoría de Hart, aunque positivista, rompe con los esquemas tradicionales para adaptarla a la realidad del derecho en el entorno social. Es clara su confusión interna entre sus principios positivistas y sus reflexiones filosóficas.

3. Postura de Alexy

Robert Alexy “...ha enfrentado al modelo de sistema jurídico propuesto desde el positivismo (Hart y Kelsen) definido como sistema de reglas y en donde funciona la discrecionalidad judicial en los espacios vacíos dejados por el sistema jurídico; también ha desechado Alexy el modelo de Dworkin, quien define al sistema jurídico esencialmente compuesto de principios, además de reglas, y desde el cual se puede obtener en cada caso la respuesta correcta; y frente a ellos, propone el profesor de Kiel un sistema compuesto en su lado pasivo por dos tipos de normas; las reglas y los principios, y además en su lado activo por la teoría de la argumentación jurídica racional; posibilitando esos tres niveles (reglas, principios y argumentación jurídica) del sistema jurídico mantener una teoría que presuponga la única respuesta correcta como idea

²⁰ ORREGO S., Cristóbal. Op. cit. p. 1134.

regulativa, en el sentido de confiar que ella es posible aunque no se pueda saber en qué casos, por lo que corresponde intentar obtenerla en todos los casos.”²¹

Manuel Atienza, en su libro *Las razones del derecho*, refiriéndose a Robert Alexy, menciona que éste entiende que una teoría de la argumentación jurídica llega a consolidar su valor práctico en una teoría general del estado y del derecho. La teoría general del derecho, a su vez, debe comprender dos modelos diferentes del sistema jurídico, uno como sistema de procedimientos y el segundo como sistema de normas. El de procedimientos debe incluir el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El del sistema de normas debe mostrar que el derecho consiste no sólo en reglas, sino también en principios.

Reglas: son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.

Principios: son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, por eso la forma característica de la aplicación de principios es la ponderación.

“...Robert Alexy, al igual que Dworkin, sigue una tesis fuerte de separación entre reglas y principios, pero para el profesor alemán la clave reside en *que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los*

²¹ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit., p. 66

principios son, por consiguiente mandatos de optimización... En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, y en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas.

En definitiva, si estamos frente a una norma que exige la mayor medida posible de cumplimiento se trata de un principio, pero si la norma sólo exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”.²²

Para Alexy, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario mientras que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, de manera tal que sólo pueden cumplirse o no. De esta manera, si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena y punto.

“Para descubrir lo fuerte que puede ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina *valor*. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué

es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores”.²³

Para Robert Alexy, reglas y principios tienen formas diferentes de aplicación, a las primeras les corresponde la subsunción y a los segundos la ponderación. La aplicación de las reglas no siempre resulta sencilla, toda vez que cuando se presentan problemas de ambigüedad o de lagunas en la ley no se puede tomar una decisión por la simple deducción, por otra parte, existen muchos derechos individuales que no tienen como base un principio y sólo están sustentados en una regla.

“No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Donde esto es más claro es en los principios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social. Si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que se han incorporado a ellas las formas principales del Derecho racional de la modernidad. El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la

²² Op. cit., p. 69.

²³ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 16.

teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral”.²⁴

Cuando existe una controversia respecto de un derecho constitucional que ha sido otorgado por un principio, surge un problema de ponderación, toda vez que no puede resolverse por medio de una delimitación al estar en juego un principio. Por lo tanto, la resolución de un conflicto de este tipo toma en cuenta reglas, así como principios, de tal manera que los derechos constitucionales puedan realizarse en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades jurídicas y de acción.

“Las diferentes normas son cristalizadas de puntos de vista valorativos completamente diferentes y, a menudo, divergentes. Además, ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar.

Por estas razones, la decisión jurídica no puede fundamentarse estrictamente en el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico...”²⁵

Los principios, como enunciados de la dogmática jurídica son enunciados normativos de muy alto nivel de generalidad que deben ser aplicados agregándoles otras normas. Dichos enunciados son limitados a su vez por otros principios y son en realidad descripciones de estados de cosas en un contexto determinado.

²⁴ Op. cit., p. 14.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 32

En mi opinión, la teoría de Robert Alexy es la que mejor se aproxima a la necesidad de comprensión de los principios y de su manejo en los sistemas jurídicos contemporáneos, tomando en cuenta que la tarea interpretativa y argumentativa cuando se ponen en juego valores no puede llevarse a cabo sólo mediante métodos tradicionales y formalistas. Es acertado al afirmar que podemos contar con un mejor derecho al atender de manera correcta a los principios, es a través de ellos que se puede apreciar con más claridad el contenido moral y su conexión con el derecho. Es a través de los valores jurídicos que el derecho cobra sentido y se aproxima al ideal de justicia.

4. Postura de Dworkin

Ronald Myles Dworkin, nacido en Worcester, Massachusetts (EEUU) en 1931, es un filósofo del derecho estadounidense y uno de los mayores pensadores contemporáneos en el ámbito de la filosofía jurídica y política.

Dworkin es actualmente sucesor de Hart en la cátedra de jurisprudencia en la Universidad de Oxford y es también uno de los pensadores más importantes, de la filosofía jurídica y política de la cultura anglosajona.

Criticó la posición de su antecesor en la cátedra, el modelo del positivismo jurídico del siglo XX de Hart. La base de la crítica es la afirmación de que el criterio de la regla de reconocimiento deja fuera de la interpretación jurídica los principios y los valores, que son elementos importantes del derecho. Esto significa que los casos difíciles no serán resueltos de manera consistente empleando el esquema de reconocimiento de Hart.

“Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H.L.A. Hart. 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 estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas”.²⁶

La teoría de Ronald Dworkin acerca del derecho y la justicia, está basada en una postura antipositivista, es considerado como crítico del positivismo jurídico. Es también un crítico del utilitarismo propuesto por Bentham y Austin y un pensador que defiende la tesis propuesta por la filosofía liberal del conservadurismo.

“Dworkin divide los derechos en dos categorías: derechos institucionales y derechos básicos (derechos de trasfondo). Ambas categorías son derechos políticos. A su vez, un derecho legal es un derecho institucional, el derecho a obtener de los tribunales una decisión favorable. Por ejemplo, la propiedad como derecho es el derecho a recibir protección de los tribunales frente a ciertas violaciones. Desde este punto de vista, los derechos individuales son muy similares a una contrapartida de la actividad (uso del poder) de los tribunales. Según nuestro punto de vista, lo esencial es que, en la teoría de Dworkin, los derechos pertenecen a los ciudadanos *ex ante*. El individuo tiene derechos con independencia de que las autoridades los defiendan o no. En un cierto sentido, los derechos *existen* ya antes de que los tribunales tomen la decisión sobre el asunto. *Existe* en tanto derecho a una decisión favorable. Esta es una de las razones por las que Dworkin cree que tenemos que tomar los derechos en serio”.²⁷

Según Dworkin, las normas o reglas son aplicables de manera disyuntiva, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces es

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. Ed. Ariel, 5ª. reimpresión, España, 2002, p. 72

²⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 212.

válida. Los principios no son susceptibles de aplicación disyuntiva, porque no en todos los casos en que se verifica su supuesto de hecho puede imputarse su consecuencia jurídica, de tal manera que es posible que la aplicación de los principios esté sometida a excepciones no enumerables ni teóricamente.

Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que está ausente en las reglas y explicaría el distinto comportamiento de unos y otras en casos de colisión, mientras los conflictos entre reglas se resuelven en el plano de validez, si se da un conflicto entre dos normas o reglas, una de ellas no puede ser válida, mientras que cuando dos principios se interfieren ha de considerarse el peso relativo de cada uno e inclinarse a favor del que tenga mayor peso en el caso de decidir.

“Los principios tienen una dimensión que falta a 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), 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 en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto 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 (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la

de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso".²⁸

Para Dworkin los principios jurídicos no son patrones extra-jurídicos y son vinculantes para el juez, además juegan un papel central en los razonamientos que justifican las decisiones acerca de derechos subjetivos y obligaciones. Para él, el positivismo jurídico es un modelo para un sistema de reglas que resulta insuficiente y limitado para explicar el derecho.

Para explicar mejor la diferencia entre principios y reglas, Dworkin cita el caso *Riggs contra Palmer* que es resuelto en Nueva York por un tribunal de apelaciones en el año de 1889. Elmer E. Palmer asesinó a su abuelo Francis B. Palmer para poder cobrar su herencia. El presupuesto no estaba contemplado en el derecho de sucesiones en aquella época y después de un largo debate, el conflicto se resolvió con base en una máxima del *Common Law* que establece que *a nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen.*

Francis B. Palmer expresó su última voluntad mediante un testamento en el que determinó legados a sus dos hijas y el resto de la herencia a su nieto Elmer E. Palmer. Elmer, quien sabía del contenido del testamento quería disfrutar de su herencia sin esperar más la muerte de su abuelo, decidió envenenarlo. Elmer es encarcelado por su crimen y las hijas del Sr. Francis B. Palmer demanda la anulación del beneficio de la herencia para Elmer. De acuerdo con la aplicación literal del derecho el testamento es válido porque el

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit. p. 78

testador determinó quién o quienes deberían disfrutar de su herencia. Sin embargo, la norma no establecía qué hacer en el caso de que el heredero asesinara al testador. Es lógico que los legisladores no pueden plasmar en una norma las diferentes variantes que se pueden presentar en casos concretos, pero sí es claro que no era su intención que alguien se beneficiara de este vacío jurídico para obtener un beneficio a partir de un ilícito. “El propósito de tales leyes fue colocar a los testadores en la disposición de sus propiedades de los objetos de su generosidad en la muerte, que se lleven a efecto sus deseos finales legalmente expresados; y en consideración y llevando efecto a los mismos, este propósito se debe mantener a la vista. Fue la intención de los legisladores, que los donantes, en un testamento, transmitan la propiedad que han dado a otro. Pero no ha sido nunca su intención, que un donado, quien asesina al testador a fin de hacer efectiva la voluntad (el testamento), debe beneficiarse bajo el mismo de alguna manera. Si un caso así se encontraba presente en su mente, y, que habría de suponerse necesaria al redactar alguna norma legal a fin de alcanzar la misma, no puede dudarse que ellas hubieren sido provistas para ello (de manera expresa).²⁹

Las máximas del *Common Law* regulan las normas y no pueden ser sustituidas por una ley. Entregar la herencia a Elmer hubiera sido ir en contra la naturaleza del derecho y de la justicia. Anticipar la muerte de su abuelo, abre varias cuestiones sobre la certeza de haber podido heredar en forma legítima si no lo hubiera asesinado. Tal vez, el abuelo hubiera presentido algo y lo hubiera desheredado antes o también algún hecho que hubiera cambiado su situación de heredero. No entregarle la herencia no significa que pierde algo, simplemente nunca tuvo nada, lo hubiera tenido si el testador hubiera muerto por causas normales o accidentales, o también asesinado, pero no por Elmer.

²⁹ Ver PEÑA NEIRA, Sergio. *Philo Riggs, com Guardina ad litem et al., Apellante*, **Revista de Ciencias Sociales**. No. 58, 2011. Valparaíso, Chile. p. 208.

El voto discrepante en este caso, se sustenta en una argumentación centrada en la legalidad del testamento y en que no existe sustento jurídico para privar de la herencia a alguien por haber cometido un acto criminal como en este caso si la ley no lo prevé. El orden público no se altera, toda vez que la ley se está aplicando de forma correcta, se castiga el crimen y se cumple. Privar de los beneficios de la herencia a Elmer hubiera significado entregar el patrimonio del testador a personas que él no eligió y que tal vez nunca hubiera elegido. Si Elmer ya ha sido castigado por los tribunales por el asesinato de su abuelo, es suficiente y quitarle su herencia es un castigo adicional, que además no tiene sustento legal.

“No puedo encontrar ningún apoyo para el argumento de que la sucesión del demandado a la propiedad debe ser eludida por este acto criminal cuando las leyes guardan silencio. El orden público no lo exige así, para los demandantes el orden público está satisfecho con la ejecución adecuada de las leyes y el castigo del crimen. No ha habido convención entre el testador y su legatario, tampoco hay ningún elemento contractual en tal disposición de propiedad del testador que imponga o implique condiciones al legatario. El argumento de las apelantes se resume a esto: Que como el legatario ha sido culpable de un crimen por cuya comisión se ha puesto en una posición de recibir más pronto los beneficios de la disposición testamentaria, debe perder sus derechos a la propiedad y ser privado de su patrimonio”.³⁰

Caso Henningsen contra Bloomfield Motors Inc., resuelto por un Tribunal de Nueva Jersey en 1960. El Sr. Henningsen adquirió un auto mediante un contrato que establecía que la responsabilidad del fabricante se limitaba a reparar partes defectuosas, sin asumir responsabilidad en otros supuestos. El

³⁰ JIMÉNEZ CANO, Roberto M., FABRA ZAMORA, Jorge Luis Y GUZMÁN BUELVAS, Carolina Esther. Traductores. *Sentencia Riggs contra Palmer*. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 11, 2007-2008, p. 374. Disponible en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>

comprador demandó a la firma a pagar gastos médicos y daños y perjuicios derivados de un accidente originado por fallas de fabricación. La empresa se defendió con el argumento de que la garantía podía cubrir los costos de las piezas defectuosas, pero no caños ocasionados por ello. El caso fue resuelto a favor del Sr. Henningsen argumentando que el automóvil es un instrumento necesario en la vida cotidiana, por lo que el fabricante debe cumplir con la obligación de disminuir el riesgo de accidentes, por lo que la fabricación, promoción y venta deben cumplir con esta directriz. Los tribunales deben analizar en todo momento si se cumple con un trato equitativo de los intereses del consumidor sin que ni el comprador ni el vendedor se aprovechen de las necesidades económicas de uno u otro. Además quien recibe un beneficio al vender algo asume una garantía implícita de comerciabilidad que no le permite eludir responsabilidades. En este caso el principio de igualdad fue beneficiado sobre el principio de libertad de contratación. Los tribunales no pueden ser utilizados como aparatos de desigualdad e injusticia para proteger un trato en el que alguien se aprovecha de las necesidades económicas de otro.³¹

A partir de la referencia de estos dos casos, Dworkin trata de establecer pautas de diferencia entre principios y reglas, determinando que un sistema jurídico está integrado por reglas y por un tipo de estándares llamados principios. La resolución de casos difíciles es factible mediante argumentos fundamentados en principios y el fallo crea una norma que antes no existía. Los principios citados por el tribunal le dan vida a la nueva norma. Existen principios que aún cuando no emanan del texto legal son utilizados en base a un *sentido de adecuación*.

³¹ Ver DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 5ª. reimpresión. Op. cit. p. 74.

“Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles”.³²

Dworkin distingue los principios de las directrices. Un principio es una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Para él resulta lógica la distinción entre principios y reglas, es una distinción de clase, son diferentes tipos de pauta. Mientras que las reglas operan con la fórmula de todo o nada, se aplican o no, son validas o no. Por su parte, los principios tienen un aspecto de peso o importancia que las reglas no tienen. Si un principio es aplicable en un caso, constituye una consideración que debe ser tomada en cuenta por el juzgador, los principios inclinan la decisión en una dirección, pero no de manera concluyente y aún cuando en un caso particular no prevalezcan, permanecen intactos. “De tal

³² Op. cit. p. 80.

modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número)".³³

“El profesor de Oxford, en su lucha contra el utilitarismo, negador de los derechos humanos, y contra el positivismo, reductor del derecho a las normas y postulador de la discreción judicial, va a proponer el modelo del juez filósofo que llama Hércules en tanto posee una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana. Desde este perfil arraigado en el holismo o totalismo pragmático, pesa sobre los jueces la *responsabilidad política* de *descubrir la respuesta correcta* para cada caso a partir de una teoría omnicomprendensiva y coherente de la totalidad de las normas, directrices, principios, instituciones y precedentes que constituyen el derecho –explícito o implícito- que rige y debe regir en una comunidad.”³⁴

Dworkin identifica al derecho en el sentido de leyes o reglas de derecho que comprende distintos tipos de reglas o normas con una índole especial de antecedentes u orígenes, asimismo, acepta que el derecho es fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales.

³³ Op. cit., p. 73

³⁴ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit. p. 212.

En este sentido, Dworkin pretende hacer ver que en la decisión judicial, el jurista ha de echar mano de lo que, según él, constituye el universo jurídico, es decir, de normas, directrices y principios. En este contexto, aclara que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles, toman en cuenta estándares que no funcionan como normas, sino que operan como principios, directrices políticas y otro tipo de lineamientos.

Critica el positivismo, al señalar que éste reduce y simplifica el derecho de al sólo conjunto de normas empleadas por la comunidad, que además reduce el sistema jurídico a una única fuente de derecho ignorando la trascendencia e importancia de otros estándares, que sin ser normas son importantes.³⁵

En este conjunto de normas jurídicas válidas, se agota el concepto de derecho que el positivismo ha propuesto, y que en la resolución judicial puede llevar a la discrecionalidad del juzgador, cuando no hay una norma que cubra claramente el caso de alguien, entonces el caso no se puede decidir con la simple aplicación de la ley.

De la distinción hecha por Dworkin entre normas, directrices y principios, define a la directriz, o como él la llama, directriz política, como un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado y que puede consistir en una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Por otra parte, distingue como principio un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 5ª. reimpresión, op. cit., p. 72.

De acuerdo con lo anterior, acepta la estrecha vinculación entre el derecho y la moral, y rechaza con esto la falsa pretensión positivista-formalista de la separación tajante entre estos dos órdenes normativos, mencionando que sería peligrosa una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos.

Dworkin dice que la distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica, toda vez que 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, ya que mientras que las características de las reglas es que éstas son dadas y una vez que esto sucede, la respuesta que dan tendrá necesariamente que ser aceptada, mientras que el principio es algo que debe tomarse en cuenta, y si éste resulta relevante, servirá entonces para orientar la dirección de un conflicto en uno u otro sentido.

“Llamo *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.³⁶

Los principios, al tener una dimensión de peso o importancia que las normas no tienen, deberán ser tomados en cuenta de manera especial cuando entren en conflicto, tomando una decisión en función de su peso, pero como esto no resulta sencillo ni es garantizada la precisión plena, siempre será complejo y controvertible un juicio respecto de los principios para determinar cuál es más importante que el otro. Sin embargo, es parte esencial del

³⁶ Op. cit., p. 72

concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Los principios hacen siempre referencia a la justicia y a la equidad. Las normas, o se aplican o no se aplican, en cambio, los principios le dan al juzgador razones morales para decidir en un sentido o en otro. Así, la labor del juez no se limita a la aplicación literal de lo establecido en el texto normativo, sino que permite que el juez pueda incluso por un momento hacer una pausa con la norma y emplear para su argumentación un principio que considere importante.

El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles.

Dworkin sostiene que incluso en los casos difíciles, siempre hay una solución correcta. En determinados casos es posible que no se pueda aplicar ninguna norma, sin embargo esto no anula la posibilidad de poder aplicar un principio.

Dworkin reconoce que las personas gozan para sí de ciertos derechos preexistentes y que ninguna meta colectiva puede ser razón suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio, de tal manera que los derechos individuales son triunfos políticos de los individuos.

De acuerdo con lo anterior, los derechos humanos jamás podrían ser sacrificados en nombre del bienestar colectivo, ni tampoco podrán dar paso a otros intereses, por más que éstos estén justificados.

Dworkin acepta que al lado de los derechos establecidos en la ley escrita, existen otro tipo de derechos cuyo fundamento no se encuentra plasmado en una norma, pero que tienen un contenido moral. Estos derechos encuentran su reflejo más evidente en la misma decisión judicial, particularmente en la resolución de los casos más difíciles. En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto, hay un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe razonar para decidir quién debe ganar. El juez puede resolver aún cuando no exista una regla o si existe puede decidir no aplicarla.

“Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir”.³⁷

En un caso difícil, el juez debe resolver en base a principios, toda vez que los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan, su resolución debe tomar en cuenta en primer lugar la moralidad básica antes que a las normas jurídicas. Estos principios que toma en cuenta para decidir los casos difíciles, no son creados, sino sólo descubiertos por la razón humana. La razón del hombre es lo que le da sentido a su propia existencia y a discernir entre lo bueno y lo malo, a querer siempre hacer las cosas buenas y evitar las malas, de tal manera que la voluntad tenga una comunión con la razón.

Por lo tanto, la teoría de Dworkin intenta rescatar la idea de que los seres humanos tienen la capacidad y la responsabilidad para realizar juicios de valor que los llevará siempre a actuar correctamente y a solucionar los conflictos de manera justa, de tal manera que su teoría eleva los conceptos relacionados con la dignidad de la persona y el contenido moral de los derechos humanos.

En mi opinión, Dworkin lo que intenta justificar es la necesidad de coherencia, por ello la alusión a la novela en cadena. La coherencia es un elemento esencial de la argumentación jurídica, se deben analizar los componentes como parte de un todo y así darle consistencia a las decisiones. La integridad es la coherencia necesaria para que el derecho deje de ser un ente estático y cobre vida en la tarea argumentativa. Sin embargo, esta idea no tiene congruencia con su idea de la única respuesta correcta. El derecho en movimiento y como integridad, por su misma lógica, nos lleva a diferentes decisiones, a una diversidad de respuestas ante un caso concreto. Si para él la mejor interpretación proviene de considerar al derecho como integridad que tiene su origen en la sociedad misma, esta complejidad no nos puede guiar a una sola respuesta correcta y si el juez tiene la última palabra para decidir, tampoco podemos confiar en que sea el resultado ideal.

5. Debate Hart-Dworkin

Herbert Lionel Adolphus Hart publica en 1961 su obra “El concepto de derecho” lo que inició una larga historia de análisis, reflexión y críticas sobre sus teorías. Dworkin se ubicó entre uno de los críticos más firmes de Hart.

³⁷ Op. cit., p. 99.

Durante muchos años publicó diferentes artículos estructurando sus discrepancias con las ideas de Hart.

Hart, para responder a las críticas de Dworkin, expone las diferentes dificultades a la tesis Dworkiana.

Para comenzar, se refiere a la ampliación del concepto de derecho para incluir a los principios y la idea de su juez Hércules que encuentra la única respuesta correcta.

“¿En qué consiste, para Hart, el sueño de Dworkin? En la confianza en que un examen detenido de los hechos, las reglas y los principios relevantes en un caso difícil arroja una única respuesta correcta. No es posible demostrar cómo el juez debe inclinarse por una interpretación entre varias igualmente razonables, de la misma forma como se puede demostrar, por ejemplo, que una persona es más alta que otra. Ante la falta de un criterio externo para probar las interpretaciones alternativas, no es factible eliminar ese espacio de discrecionalidad judicial”.³⁸

Dworkin rechaza la regla de reconocimiento de Hart porque considera que para él es una regla clave para identificar las normas promulgadas por instancias jurídicas y por la costumbre, pero no proporciona criterios identificadores de principios jurídicos.

Como defensor de los principios intenta desvirtuar la teoría de Hart para demostrar que el positivismo jurídico no es compatible con la presencia de principios morales en los fallos judiciales. Critica a Hart por sostener que solamente las reglas son presupuestos jurídicos.

³⁸ RODRÍGUEZ, César. Traducción de Holguín, Magdalena. **La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin**. Estudio preliminar. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Siglo del Hombre Editores, 2ª. Reimpresión. Santafé de Bogotá, 1997, p. 40.

Hart reconoce que Dworkin tiene el mérito por haber llamado la atención sobre la importancia y la función que los principios jurídicos no concluyentes desempeñan en el razonamiento jurídico. Asimismo, admite que es un error de su obra *El concepto de derecho* haberlos tratado sólo marginalmente y confiesa que examinó muy superficialmente los temas de la función jurisdiccional y del razonamiento jurídico.

Hart, sin estar de acuerdo con la postura de Dworkin, considera que no necesita abandonar sus tesis de la regla de reconocimiento, de la dirección judicial y de la separación conceptual entre derecho y moral, que no sólo considera centrales de su teoría, sino características del positivismo jurídico.

En cuanto a los principios, considera que éstos presentan, en relación con las reglas, dos rasgos sobre los cuales no hay discrepancias: su carácter general y su carácter deseable, en virtud de que encierran o suponen ciertos valores, propósitos o fines.

En cuanto a la diferencia entre reglas y principios, Dworkin considera que es una distinción de clase, mientras Hart piensa que es una distinción tajante entre ambas concepciones. Hart afirma que en el caso de un conflicto entre reglas, una regla puede ser superada por otra de mayor importancia, y la regla así vencida no pierde su validez, sino que puede determinar la solución en otro caso donde sea aplicable, si es que no hay otras reglas más importantes en conflicto. En este contexto, las reglas al igual que los principios, tienen una dimensión de peso y pueden subsistir en caso de conflicto.

Hart considera que la explicación de Dworkin de que el derecho está compuesto por reglas que funcionan a la manera de todo o nada y de principios no concluyentes es incoherente, toda vez que según su punto de vista, las reglas no tienen un carácter de todo o nada, ya que son susceptibles de entrar

en un conflicto con los principios y que nada impide que en tal situación las reglas sean vencidas por los principios.

Por otra parte, considera que la incongruencia derivada de considerar al derecho como conjunto de reglas que funcionan a la manera de todo o nada y de principios no concluyentes puede ser disuelta si consideramos que la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas no es una distinción de clase, sino una cuestión de grado. En este sentido podríamos hablar de una distinción razonable entre reglas casi concluyentes que al satisfacer sus condiciones de aplicación, son suficientes para determinar una solución, salvo los casos en los que son vencidas por otras reglas aplicables y por otro lado, principios generalmente no concluyentes que apuntan hacia una solución pero sin determinarla totalmente. En su *Postscriptum*, Hart reconoce hasta cierto punto válida la distinción de Dworkin, pero considera que la distinción no es sustancial, sino de grado. Asimismo, afirma que también las reglas pueden ser no conclusivas en determinados casos y actuar del mismo modo que los principios, debido a que reglas y principios no tienen diferencias tan determinantes.³⁹

Dworkin cree que el derecho no está formado sólo por reglas aplicables y no aplicables, sino por principios, los cuales tienen una importancia decisiva en la argumentación judicial y que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento de Hart, sino que surgen de la adecuación al presente por parte de la comunidad jurídica.

Para Dworkin el derecho es todo aquello que surge de la interpretación realizada por los operadores jurídicos, además de que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, de tal forma que un sistema jurídico que

³⁹ Ver Op. cit. p. 49

no posea los principios morales de un ordenamiento jurídico avanzado no es derecho, opinión que coincide con el iusnaturalismo clásico.

Según este autor siempre será posible encontrar una respuesta correcta, toda vez que si es derecho todo lo que surge de la interpretación y en la interpretación el juez utiliza los principios y también normas morales, todo ese derecho en su integridad permite para cada caso una respuesta correcta.

Asimismo, los principios no se originan en la decisión legislativa o de un tribunal. Los principios son parte esencial del derecho. En este punto también difiere de Hart y su regla de reconocimiento. Hart aclara que Dworkin se equivoca porque no es posible identificar los principios jurídicos por la forma como fueron creados por una autoridad normativa dotada de autoridad y por otra parte la regla de reconocimiento brinda tan solo criterios de identificación del derecho para darnos una idea de la creación de los principios. “Entenderemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla última de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública”.⁴⁰

Hart afirma que aún cuando puede haber muchas relaciones de carácter contingente, no hay una conexión necesaria conceptual entre derecho y moral, de modo que puede ser que existe un derecho válido pero a la vez inmoral. Hart considera que la diferencia más radical entre su teoría y la de Dworkin es la referente a la identificación del derecho. “Según mi teoría, la existencia y

contenido del Derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del Derecho –esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales- sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el Derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del Derecho. Por otra, según la teoría interpretativa de Dworkin, toda proposición jurídica que afirme qué dice el Derecho sobre un tema determinado implica necesariamente un juicio moral, puesto que, de acuerdo con su teoría interpretativa holística, las proposiciones jurídicas son verdaderas sólo si, junto con otras premisas, pueden derivarse de aquel conjunto de principios que mejor se adecuan a la totalidad del Derecho establecido y suministran su mejor justificación”.⁴¹

Hart sostiene una tesis de las fuentes sociales de acuerdo con la cual el material jurídico es susceptible de ser identificado por sus fuentes sociales, sin recurrir a consideraciones morales. Sin embargo, el mismo derecho por sí mismo incorpora elementos de carácter moral para su identificación. De esta manera, se considera que la existencia de principios jurídicos en el derecho no implica la negación de las fuentes sociales ni la separación entre derecho y moral.

Dworkin, se muestra más firme en su anti-positivismo, influenciado por su cultura jurídica basada en las prácticas de los jueces en Estados Unidos. En este sentido, respalda su teoría en la actividad de los jueces que metafóricamente está representada por el juez Hércules.

Su crítica a la consideración del derecho como un sistema de reglas y específicamente a la concepción positivista en la cual incluye a Kelsen y Hart, se expresa en una teoría como regla de actuación de los profesionales del

⁴⁰ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. op. cit. p. 133.

⁴¹ *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César. Op. cit., p. 131

derecho. En la actividad de los jueces, los principios morales aparecen como elementos explicativos de la práctica del derecho para lograr un entendimiento integral del derecho.

Es cuestionable la idea básica de Hart, no es claro en qué consiste la aceptación de una disposición de reconocimiento. En la Alemania nazi, muchos oficiales bajo las órdenes de Hitler obedecían más por temor que por acatar leyes, entonces quedaría en duda la diferencia entre una disposición de reconocimiento y una norma que es obedecida por temor. En este sentido, si la aceptación necesita algo más que obediencia, la noción de derecho en la Alemania nazi no se identifica con una idea de derecho aceptable, si tomamos en cuenta que no se contaba con jurisprudencia ni propuestas de leyes verdaderas.⁴²

Dworkin distingue tres teorías: convencionalismo, pragmatismo jurídico y derecho como integridad. Según Hart, Dworkin critica a su teoría jurídica general y descriptiva por errónea, sin tomar en cuenta que las teorías del derecho útiles son interpretativas de una etapa particular en la historia del derecho.

La teoría de Dworkin es interpretativa y parcialmente evaluativa en la medida que consiste en la identificación de los principios que se adaptan mejor con el derecho establecido y con las prácticas de un orden jurídico. Es justificativa, toda vez que los principios proporcionan su mejor justificación moral. Los principios identificados forman parte del derecho mismo y de una teoría del derecho.

Una crítica muy fuerte que hace Dworkin es que Hart considera al derecho constituido únicamente por reglas de todo o nada e ignora un tipo

42 Ver DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, 2ª. edición, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 37.

diferente de estándar jurídico: los principios jurídicos, pieza fundamental en el razonamiento, la interpretación y la argumentación.

Según Dworkin se debe entender "...que las normas también están constituidas por principios, y que éstos tienen un papel fundamental a la hora de interpretar y de argumentar. Operan en su versión más tradicional como elementos para perfeccionar el ordenamiento cuando, por ejemplo, las reglas jurídicas no están en condición de desarrollar plena y satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida. Igualmente, tienen una función menos accesoria –pero más importante- que hace de ellos, elementos no secundarios, sino los motores de la interpretación y de la argumentación. Los principios aquí son las guías que obligan a la autoridad aplicadora a tomar posición sobre el derecho y frente a la realidad...".⁴³

Entre reglas y principios cabe distinguir una diferencia de grado:

Amplitud: Toda vez que los principios son en relación con las reglas, amplios generales y no determinados.

Propósito, fin o valor: Porque los principios, se refieren, más o menos explícitamente a algún propósito o fin, se considera deseable actuar o mantenerse conforme a ellos. No sólo dan una explicación razonada de las reglas, sino que las justifican.

Definitividad y alternativas: Las reglas funcionan de manera de todo o nada, en el sentido de que si una regla es válida y aplicable totalmente a un caso dado, entonces obliga y determina concluyentemente el resultado o desenlace jurídico, mientras que los principios cuando son aplicados no

⁴³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Remover los dogmas*, **REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO**, julio-diciembre 2004, año I, no. 2, México, p. 31.

imponen una resolución, sino señalan hacia dónde debe orientarse la misma o establecen una razón que no es determinante, pero que los tribunales toman en cuenta para inclinar su decisión, por lo tanto no son concluyentes.

Precisión: Las reglas permiten o prohíben actos precisos. Los principios nos guían a la hora de elegir y descartar reglas. Sólo las reglas dictan los resultados sin atender las consecuencias, si se obtiene algo adverso, la regla se abandona o cambia. Mientras tanto, los principios orientan la decisión en un sentido, aunque no de manera concluyente, y sobreviven plenamente aunque no prevalezcan. Las reglas son precisas, todo o nada. No tienen excepciones. Los principios son vagos y abstractos, y están llenos de excepciones. Cambian despacio con el tiempo, como evoluciona la cultura.

Peso e importancia: Para Dworkin los principios tienen una dimensión de peso o de importancia, y el tribunal cita principios para justificar su adopción y aplicación de una regla nueva. Todos los principios van vinculados uno a otro, sopesa los principios y cita casos precedentes para justificar el peso que le ha dado a cada uno.

El derecho tiene una parte dinámica, que vive y se transforma a partir de los principios como elementos indispensables en el razonamiento. Su característica es la movilidad y el desarrollo, su larga permanencia, mientras que las reglas tienen una vida efímera.

“Según Dworkin el modelo positivista hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de Hart en su obra *The Concept of Law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo

hartiano sostiene que en los casos *difíciles* no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.”⁴⁴

Sin embargo en su *Postscriptum* Hart expresa que cometió un error al no tomar en cuenta la existencia de los principios. “Algunos críticos que han encontrado esta falencia en mi obra la han concebido como un defecto relativamente aislado que podría subsanarse incluyendo principios junto con las reglas jurídicas como componentes de un sistema jurídico y han considerado que yo podría hacer esto sin abandonar o modificar esencialmente ninguno de los temas principales del libro. Dworkin, sin embargo, quien fue el primero en adoptar esta línea de crítica, ha insistido en que los principios jurídicos sólo podrían ser incluidos en mi teoría del Derecho a costa de abandonar sus doctrinas centrales”.⁴⁵

Después de analizar estos puntos de vista, considero que la interpretación de la ley no sólo es relevante en el contexto específico del derecho, sino también en el contexto político, toda vez que la acción de los funcionarios del poder judicial cada vez tiene mayor importancia explícita y reconocida. El sistema jurídico se transforma y su desarrollo está cada vez más vinculado con las decisiones judiciales. No se puede pensar en nuestros tiempos en jueces cuya interpretación jurídica deje de lado el vínculo moral con el derecho y la observación de los principios.

a) El *Postscriptum* de Hart.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 13

⁴⁵ *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César. p. 118.

Hart, ante los constantes ataques a su teoría, trabajó arduamente para argumentar una buena defensa a los comentarios en su contra. Elaboró un *Postscriptum* a su obra “El concepto de derecho”, pero murió antes de concluirlo. En esta obra publicada de manera póstuma por Raz, Hart explica su postura hacia un positivismo suave, aclarando que la regla de reconocimiento no debe ser admitida por todos, sólo por los jueces y las obligaciones impuestas por las normas sientan un apoyo en normas subsidiarias. Asimismo, las reglas primarias pueden o no ser reglas sociales, esto depende de su admisión con tal categoría por la regla de reconocimiento. En esencia, Hart intenta una compatibilidad entre los principios y valores jurídicos con el positivismo. La parte dedicada a las refutaciones de Dworkin estaba lista y fue publicada.

Hart se defiende con el argumento de que Dworkin interpretó erróneamente su teoría, toda vez que no pertenece a su obra la idea de que la aceptación unánime de la regla de reconocimiento es un requisito de existencia de ésta. Por otra parte, se manifiesta firme en su tesis de separación entre descripción y justificación en el derecho, la discrecionalidad judicial y defiende las tesis positivistas por ser más consistentes que las propuestas por Dworkin. Sin embargo, acepta algunas deficiencias de su teoría e intenta modificar y completar algunos puntos. “Estos tres tipos de argumento se combinan a lo largo del *Postscriptum* y se aplican al tratamiento de seis temas: la naturaleza de la teoría jurídica, la naturaleza del positivismo jurídico, la naturaleza de las reglas, los principios y la regla de reconocimiento, el derecho y la moral, y la discrecionalidad judicial. El punto central de la defensa de Hart es la reivindicación de la posibilidad de elaborar una teoría *descriptiva* del derecho que, no obstante tener este carácter, dé cuenta de la existencia de juicios valorativos en el derecho. El hecho de que la *práctica* de jueces, abogados, funcionarios y ciudadanos muestre que las reglas tienen una dimensión crítica o justificativa –en cuanto aquellos apelan a las reglas para criticar conductas o

hacer exigencias- no impide la formulación de una *teoría* descriptiva, que no sea ella misma crítica o justificativa”.⁴⁶

“Al confesar su adhesión a un positivismo blando, Hart pretende ofrecer una respuesta definitiva a todas las críticas de Dworkin contra su teoría jurídica. Para esto, acepta o asimila, aunque sea sólo parcialmente, algunas de las críticas u observaciones que Dworkin le hizo a lo largo del debate. En concreto, Hart parece aceptar la posibilidad de que la moral sea incorporada en el derecho, asimilando su positivismo jurídico a las versiones positivistas incluyentes”.⁴⁷

Hart tuvo que esperar hasta sus últimos años para explicar que aceptaba la posibilidad de que su regla de reconocimiento incluyera valores morales en la regla. Su vertiente positivista se transforma con estas consideraciones o aclaraciones sobre su teoría y la discusión versa sobre si este tipo de positivismo puede admitir valoraciones morales sin conflictuarse con sus características esenciales teóricas, es decir, sin perder la coherencia.⁴⁸

Para Hart, sus críticos argumentaban que de manera errónea planteó que el Derecho comprendía reglas de todo o nada, negando la presencia de otro tipo de parámetros jurídicos, sin embargo también consideraron que podría subsanar dicho inconvenientes reconociendo e incluyendo los principios sin que por ello se pusiera en riesgo la esencia de su obra. Dworkin opinaba

⁴⁶ Ver RODRÍGUEZ, César. Op. cit., p. 44.

⁴⁷ ETCHEVERRY, Juan Bautista. ***El debate sobre el positivismo jurídico incluyente***. Un estado de la cuestión. [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006. [citado 28/09/2012]. Formato PDF. P. 85. Disponible en Internet:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2255>

ISBN 970-32-3798-3

⁴⁸ Ver Op. cit., p. 124.

diferente y mencionó que eso sólo sería posible si Hart abandonaba los puntos medulares de su teoría.⁴⁹

En la opinión de Dworkin no es posible una modificación de la regla de reconocimiento de Hart para incluir los principios. Formular principios con actos legislativos y aceptar que los principios forman parte de la regla de reconocimiento, de acuerdo con el sistema jurídico norteamericano, implicaría hacer una lista de todos los principios y de las correspondientes estimaciones de su peso, es decir el derecho como el *conjunto completo de principios en vigor*, querer enumerarlos resultaría un fracaso.⁵⁰

Hart se defiende de Dworkin al decir que éste desconoce el hecho de que su regla de reconocimiento puede incorporar otro tipo de valores o principios morales, respaldando así un positivismo moderado o suave y no como Dworkin lo ha catalogado de positivismo del hecho evidente.⁵¹

En cuanto a la diferencia entre principios y reglas de Dworkin, Hart explica que no considera necesario aceptar una diferencia determinante, ni de que una regla válida aplicable al caso concreto, siempre determine su resultado. No se debe negar la posibilidad de casos en los que, existiendo una regla válida, pueda existir otra, inclusive de mayor importancia que tiene la posibilidad de aplicarse en la situación particular.⁵²

Hart reconoce la importancia de los principios y se declara en este punto a favor de Dworkin: “Debemos dar crédito a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y el papel que desempeñan en el razonamiento jurídico; ciertamente fue un grave error de mi parte el no haber resaltado su fuerza no concluyente. Sin embargo, decididamente no era mi intención, al

⁴⁹ Ver RODRÍGUEZ, César. Op. cit., p. 117.

⁵⁰ Ver DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 5ª. Reimpresión. Op. cit., p. 99.

⁵¹ Ver *Postscriptum* de Hart en RODRÍGUEZ, César. Op. cit., p. 106.

utilizar la palabra *regla*, sostener que los sistemas jurídicos comprenden únicamente reglas. No sólo llamé la atención a lo que denominé –quizás de manera poco afortunada- *parámetros jurídicos variables* que especifican los factores que deben tenerse en cuenta y sopesarse frente a otros, sino que traté de explicar por qué, en algunos ámbitos del comportamiento, no es apropiado reglamentar a través de parámetros tan variables como *debido cuidado*, sino más bien por reglas no concluyentes que prohíban o requieran las mismas acciones específicas en todos los casos salvo algunas excepciones extraordinarias. Por esta razón, tenemos reglas contra el homicidio y el hurto y no meramente principios que exijan el debido respeto por la vida humana y por la propiedad”.⁵³

6. Postura de Atienza

Atienza traza una distinción cualitativa entre reglas y principios jurídicos, sosteniendo que un sistema jurídico está compuesto por ambos elementos. Los principios serían aquellas normas del sistema entre las cuales no existen criterios de preferencia generales preestablecidos, mientras que las reglas serían normas entre las cuales median criterios de preferencia generales preestablecidos.

De acuerdo con lo anterior, las reglas se aplicarían siempre y cuando no sean desplazadas por un principio, por lo tanto debemos considerar que en los sistemas jurídicos la ordenación entre las normas que lo componen es incompleta. En este contexto, las reglas –como normas inderrotables- son aquellas respecto de las cuales puede determinarse su relación jerárquica con todas las restantes, mientras que los principios –como normas derrotables-,

⁵² Op. cit., p. 121.

⁵³ Op. cit., p. 123.

son aquellas normas respecto de las cuales existe al menos una norma en el sistema con la cual no tiene una relación de preferencia predeterminada.

“Si bien –como ya se ha dicho- no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, sí cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada (de manera que sirvan como *fundamento* para decisiones jurídicas) y no un uso de los mismos puramente arbitrario”.⁵⁴

Para Atienza un principio en sentido estricto define los casos a los que es aplicable de una manera abierta, mientras que las reglas lo hacen de una manera cerrada. El tipo de indeterminación que afecta a los principios es más radical que el de las reglas.

Los principios son más útiles en la interpretación jurídica porque al ser enunciados en términos más generales tienen un mayor alcance justificatorio y además tienen una mayor fuerza expansiva.

Considera que la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo con los correspondientes valores, cada principio corresponde a un valor determinado, un principio en sentido estricto expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, siguiendo esta idea las reglas y los principios aparecen íntimamente vinculados, toda vez que la meta de los principios es dar vida a las reglas y, a su vez, las reglas sustentan su justificación de acuerdo a los principios.

Manuel Atienza en el libro *Las piezas del derecho* establece que los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualquier tipo de intereses. Los enunciados

que expresan libertades constitucionales no equivalen a la suma de las prohibiciones de interferencia y mandatos de optimización que se derivan de ellos, sino que se sitúan en un plano justificativo superior.

“Las restricciones institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: cuando están justificadas) para que pueda existir una práctica jurídica valiosa y, por ello, para expandir el discurso racional a campos que están más allá de donde llega el simple razonamiento moral.

Digamos que, entonces, la situación viene a ser que toda justificación jurídica (toda justificación práctica) es, en último término, una justificación moral. O sea, que las razones jurídicas (de cualquier tipo: autoritarias, sustantivas o institucionales) están en último término subordinadas a las razones morales, que son las que tienen el mayor peso.”⁵⁵

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en su libro *El abuso del derecho*, mencionan que la institución denominada *abuso del derecho* surge a partir del Código de Napoleón, con el objeto de corregir el formalismo legal y el absolutismo de los derechos. Particularmente, en el derecho de propiedad, se estableció que en cuanto al uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede suceder que en ciertos casos que se presenten propiedades no previstas por el legislador, el caso pueda encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones.

Los autores están de acuerdo en que los principios son normas y la disposición referida al abuso del derecho expresa una norma de principio. Los principios como pautas que se incorporan al sistema jurídico en virtud de su

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*, Teoría de la argumentación jurídica, 3ª. reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p.175.

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 244.

arraigo en la conciencia social llevan a calificar al abuso del derecho como aquellas acciones de ejercicio de un derecho subjetivo que merecieran tal calificación por la conciencia social.

Las razones para poder calificar como abusiva una cierta acción deben ser razones de principio y no sólo de directriz, dentro de una autonomía que a su vez tiene como limitantes aquellas acciones orientadas a dañar intereses de otros y aquellas donde el sujeto, aún persiguiendo sus propios intereses, daña a otros en forma excesiva o anormal.

En la definición que los autores presentan como abuso del derecho aparecen los siguientes elementos: una regla permisiva, un titular de un derecho subjetivo; que el ejercicio de ese derecho cause un daño a otros y no exista regla que lo prohíba; que el titular cause un daño injustificado en el sentido de hacerlo con intención y sin un fin serio; que cause un daño excesivo o anormal, que al ser injustificado determina su acción como prohibida.

De esta manera, la figura del abuso del derecho resulta un mecanismo de corrección del alcance de las reglas jurídicas permisivas, una limitación de los derechos subjetivos por la intervención de la ley moral. Pero no se trata de una divergencia entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, sino de una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema.

Los supuestos del abuso del derecho pueden ser vistos como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas, de casos que las reglas solucionan permisivamente sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis, debió tomarse en cuenta para solucionar de manera prohibitiva.

En los derechos fundamentales, que obedecen a principios en sentido estricto, también puede producirse una situación tal que una regla permisiva

que constituya una concreción de un derecho fundamental incluya, dentro de su alcance, casos que a la luz de los principios que determinan el alcance justificado del derecho no debería incluir. Esta situación se da porque a la hora de fijar las reglas que concretan el alcance del derecho, para el legislador no es posible prever todas las combinaciones de propiedades que los casos individuales pueden presentar, con la aclaración de que existen derechos fundamentales respecto de los cuales no se puede hacer un uso injustificado y por lo tanto no se puede abusar de ellos.

7. Postura de A. Aarnio

Según A. Aarnio la distinción entre reglas y principios implica una cuestión de grado de generalidad, de tal manera que existen desde el punto de vista lingüístico cuatro subgrupos sin que exista entre ellos una frontera clara. Los grupos a los que se refiere forman una escala. En primer lugar están las reglas, siguen los principios que parecen regla, las reglas que parecen principios y al final los principios.

Puede existir igualmente una gran imprecisión, tanto en principios como en reglas, por lo que no es posible una separación determinante en categorías lingüísticas.

Según Aarnio, los principios jurídicos caracterizados como mandatos de optimización tienen una estructura similar a la de las reglas, según su idea un principio es una regla que no puede ser aplicada más o menos. En el caso de un conflicto entre principios o se optimiza o no se optimiza. Por lo tanto, reglas y principios tienen una naturaleza normativa similar, nada impide que se trate a los principios como normas porque ambas se expresan en un lenguaje que requiere de una particular interpretación por tener ambas características axiológicas, de tal manera que no está de acuerdo con la tesis de la separación entre reglas y principios.

Aarnio rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización, toda vez que el principio mismo no puede ser conceptualmente un mandato de optimización, porque según su percepción en dicho caso el mandato es una proposición normativa acerca de los principios con una estructura muy semejante a la de una regla, de tal manera que no puede ser aplicado de manera gradual, o se hace o no.

Para Aarnio no es correcta la distinción entre principios y reglas que se sustenta en el modo de colisión de unos y otras. La noción de regla jurídica con la fórmula de aplicación de todo o nada, en cuyo caso la aplicada es válida y la no aplicada inválida, sólo refleja una parte del procedimiento hermenéutico.

“Las reglas jurídicas son el *punto central* de la aplicación del derecho escrito en el sistema. Por ejemplo, en el sistema jurídico finlandés, toda decisión debe basarse en derecho (capítulo 1, sección 11 y capítulo 24, sección 3 del Código de Procedimientos Judicial). A su vez, los principios jurídicos (P) expresan la base *justificatoria* a la que uno puede referirse cuando se argumenta en favor de la regla alternativa *correcta*. De este modo, los principios proporcionan los criterios para la aplicación de las normas jurídicas; son máximas que se refieren a la interpretación aceptable de una formulación normativa en la sociedad. Por ejemplo, así es como funciona el principio de igualdad cuando se utiliza para dar un contenido equitativo a un contrato que es objeto de reajuste. En este sentido, los principios jurídicos (P) no son únicamente fenómenos deontológicos sino también axiológicos. Califican algo como bueno, valioso, etcétera”.⁵⁶

Es decir, las reglas y los principios forman una escala, de tal manera que existen reglas-reglas, principios como reglas, reglas que son como principios y

principios-principios. Los principios como reglas son normas que se siguen o no se siguen, no tienen un cumplimiento gradual. Las reglas como principios son las normas flexibles sujetas a un proceso de valoración muy abierto susceptibles de una aplicación cognitiva. No hay límites claros entre una categoría y otra, de tal manera que puede suceder que exista una regla que funciona como principio y un principio que se aplica como regla.

“Desde el punto de vista lingüístico, no hay diferencia entre reglas y principios. Las reglas, al igual que los principios, pueden ser *formuladas* ambigua o inequívocamente. Muy a menudo, la formulación de los principios es más general que la de las reglas. Sin embargo, también las reglas son a veces vagas o de otra manera difíciles de dilucidar. Basta tan sólo recordar las normas flexibles o la llamada problemática de la textura abierta. En este respecto, las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los principios. Cuando más, puede haber una diferencia de grado entre estas dos categorías”.⁵⁷

Las reglas jurídicas son formalmente válidas si están incluidas en una legislación, asimismo, los principios tendrán dicha validez si han sido manifestados en la ley escrita, de tal manera que una Constitución por sí misma no es una regla de reconocimiento para decidir qué norma, regla o principio, es válida o no.

Cuando un principio no forma parte de la Constitución, el sustento institucional puede ser proporcionado por una confirmación en un precedente, de tal suerte que existen muchos principios que son producto de juicios valorativos. Por otra parte, un principio valorativo no jurídico puede formar parte

⁵⁶ AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (compiladores). ***La normatividad del derecho***, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 31

⁵⁷ AARNIO, Aulis. ***Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica***, op. cit. p. 143.

del esquema de normas a través de un discurso jurídico, en cuyo caso los principios son reconocidos por cuestiones prácticas para dictar resoluciones.

El papel de las reglas y de los principios es igual en la argumentación jurídica, ambos pueden dar consistencia a los argumentos para orientar las decisiones judiciales, ofrecen en la misma medida una solución inmediata a las controversias en el ámbito jurídico, toda vez que basta sólo hacer referencia a las mismas para estar en posibilidad de tomar una decisión. En los casos de ambigüedad de la regla o del principio se deberá proceder a la interpretación, de tal manera que ni reglas ni principios tienen un carácter siempre definitivo.

“El papel de las reglas en la conducción del comportamiento social ha sido a menudo ilustrado comparándolas con rieles. O bien uno obedece o bien viola las reglas. No es posible obedecerlas *más o menos*, de la misma manera que un tren no puede desplazarse parcialmente sobre los rieles. Esta comparación con los rieles es muy feliz también en otro respecto. Efectivamente, en la mayoría de los casos, la obediencia de las reglas es el resultado del proceso de socialización. Internalizamos los modelos presentados por las reglas y las obedecemos sin preguntar por sus razones o su sensatez o si es mejor violar la regla que obedecerla. Simplemente actuamos tal como nos lo indican las reglas”.⁵⁸

En cuanto a la interpretación jurídica, menciona que si existiera un caso particular en el que ambas partes controvertidas tuvieran las mismas posibilidades de ganar, es lógico que también esperen una respuesta con garantía de una óptima seguridad jurídica. En este sentido, señala Aarnio, la seguridad jurídica implica la no arbitrariedad y que la decisión sea correcta.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31.

Para ello es importante la predecibilidad de las decisiones, de tal manera que el ciudadano pueda, hasta cierto punto, planificar sus acciones. Una decisión correcta significa el cumplimiento de las normas jurídicas aplicables al caso, además de la observancia de criterios axiológicos que permitan que la decisión sea aceptable por las miembros de la sociedad, toda vez que las bases de la racionalidad se fincan en nuestra cultura. Es decir, la justificación es una combinación de argumentos normativos, empíricos y morales. Los argumentos empíricos se refieren a referencias que el intérprete tiene la necesidad de aludir, por ejemplo, acontecimientos sociales en un momento histórico determinado y que servirán como referencia para reforzar el trabajo argumentativo.⁵⁹

8. Postura de Zagrebelsky

Por su parte Gustavo Zagrebelsky, en su obra *El derecho Dúctil* muestra una semblanza de la problemática referente a la relación entre el Derecho y los diferentes aspectos de la vida cotidiana, toda vez que las normas jurídicas no pueden ser ya expresión de intereses particulares, ni tampoco una simple enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar. Zagrebelsky aborda los aspectos generales del Derecho Constitucional actual y se percata que uno de los caracteres más significativos de nuestro tiempo es el progresivo debilitamiento de la soberanía estatal, entendida como el centro de donde emanan una serie de fuerzas que aseguraban la unidad política.

En la soberanía constitucional, donde no existe el sometimiento anterior, sino que se ve a la Constitución como un punto hacia el cual deben encauzarse los intereses que coexisten en la sociedad, la Constitución no debe

⁵⁹ Ver AARNIO, Luis. Sobre la Racionalidad de la Racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Nos. 23-24, 1983-1984. Granada, España. p. 10, 13

ser ejecutada sino realizada. Ante estos cambios el autor propone la ductibilidad de los textos constitucionales. El concepto químico ductilidad *la facilidad con la que ciertos materiales, como el oro, se pueden modelar en hilos*. Esa ductilidad jurídica debe materializarse en la separación de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos, en donde los diferentes valores puedan coexistir armónicamente. El autor defiende la posibilidad de descomponer, desmenuzar toda idea, valor o principio, dejando a un lado la rigidez dogmática.

Asimismo, nos muestra la evolución histórica del Estado de Derecho al Estado Constitucional. En primer lugar, un Estado de derecho dirigido a eliminar la arbitrariedad política, haciendo especial estudio del principio de legalidad, como carácter supremo de la ley.

“Los principios son clave para entender, por una parte, el paso del Estado de derecho al Estado constitucional; la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico; la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho; la asunción de una textura siempre abierta en el derecho; la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico; y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral, sin los complejos de las visiones paleopositivistas”.⁶⁰

Hacia finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX los cambios políticos, sociales y económicos dan paso al Estado Constitucional que supone la subordinación de la ley ante una norma jurídica superior; dicha norma es la Constitución. Después de examinar los conceptos de Francia y Norteamérica,

⁶⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª reimpresión, México, 2006, p. 119.

el autor afirma que el proceso constitucional europeo contemporáneo se apoya más en el modelo anglosajón según el cual la ley deriva de los derechos y no al revés. La concepción relativa a los derechos en el ámbito europeo se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, pero no niega a ésta un fundamento autónomo propio, toda vez que tanto la ley como los derechos tienen su peculiar relevancia constitucional.

Es importante establecer los mecanismos para la defensa de la constitucionalidad de todo el sistema normativo, Zagrebelsky expone los distintos sistemas existentes: estadounidense, francés y el de otros países europeos. Agrupa estos países en dos grandes bloques: uno de control abstracto, muy Europeo, que protege el orden constitucional en su vertiente global; y otro de control difuso, típico Anglosajón, de protección concreta de los derechos subjetivos. Después de la Segunda Guerra Mundial, surge el problema de determinar la teoría adecuada para fijar y desarrollar los derechos subjetivos y cuya solución se realizó mediante la constitucionalización de los derechos, uniendo la tradición de los derechos vinculados a la justicia con la de los derechos vinculados a la libertad, dando a dichos derechos una fuerza normativa determinante frente al poder público.

El constitucionalismo moderno establece la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico. El Estado no sólo impone, sino que ha de encauzar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice el autor, que el Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la protección de los intereses, debiendo existir un orden por encima de las voluntades individuales.

En cuanto a las diferencias entre principios y reglas jurídicas Zagrebelsky señala que los primeros desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico; las segundas son leyes reforzadas de forma especial. Éstas pueden ser objeto de múltiples interpretaciones, con el juego decisivo que desarrolla la Ciencia del Derecho, y además se obedecen, se acatan. Los principios no suscitan problemas de interpretación, puesto que su formulación es clara, precisa, nítida, se les presta adhesión. Los principios no se interpretan porque sencillamente se da por entendido lo que quieren decir, aunque su inicial apreciación no sea del todo clara.

El derecho por reglas del siglo XIX da paso al derecho por principios. El Positivismo critica este sistema de principios porque opina que encierra un vacío jurídico y sirve para plasmar una serie de ideales éticos y políticos. Para Zagrebelsky la Constitución y sus principios son la manifestación más alta del Derecho positivo, no del Derecho Natural. Sin embargo, la interpretación de la Constitución nos conduce a una auténtica Filosofía del Derecho por la vía de la argumentación, de tal manera que se combinan armónicamente el ser, el deber ser y la justicia.

La interpretación jurídica debe buscar la manera de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue un mayor respeto al ordenamiento jurídico. De esta manera el juez se convierte en parte fundamental para materializar la armonía entre el respeto a la ley, la protección de los derechos de los particulares y la búsqueda de la justicia.

“A menudo el caso de la duda o las dudas insuperables coinciden con lo que estoy diciendo; es decir, son casos en los que, cualquiera que sea la decisión, el efecto en el sistema político y en el sistema jurídico va a ser el de agravar las discusiones, es el caso que la jurisprudencia norteamericana define como cuestiones que aún no están maduras; hay cuestiones que tienen sus

tiempos de maduración. Los Tribunales Constitucionales no tienen que tener prisa en decidir; una decisión demasiado avanzada en la defensa de un derecho, qué quiere decir muy avanzada: ¿Que es una decisión que no logra construir una cultura conforme a sí? Aquí abro un paréntesis. Nuestras jurisprudencias viven de cultura, de cultura constitucional, son, por un lado, la expresión de una cultura constitucional, pero por otro lado también tienen que contribuir a la construcción; nuestras decisiones son instrumentos de magisterio constitucional que muchas veces van más allá del *dictum*, tienen que formar una conciencia constitucional.

Muchas veces se tiene la sensación de que una decisión de la Corte Constitucional crea un desgarre –va más allá de ese límite- y puede determinar una reacción contraria”.⁶¹

CAPÍTULO II MÉTODOS INTERPRETATIVOS

1. La escuela de Exégesis

El método de la exégesis, como su nombre lo indica, consiste en conocer la ley por las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción. De acuerdo con esta idea todo el derecho se encuentra en la ley, el conocimiento del derecho debe recaer sobre los artículos escritos en la legislación y solamente sobre ellos, de tal manera que la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos y los jueces deben ampliar rigurosamente la ley escrita, asimismo del tenor literal de cada artículo debe extraerse la solución que demanda los casos objeto de litigio.

⁶¹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Juez Constitucional*. Conferencia Magistral. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**. Agosto 2006, México. p. 34

El método de la exégesis o gramatical fue superado en algunas de sus reglas, especialmente en la relativa a la sujeción a las palabras y los párrafos empleados en su redacción, de tal manera que las palabras y proposiciones no eran sino medios o instrumentos que servían para traducir un pensamiento o voluntad sólo del legislador como autor de la ley.

“Entre las tantísimas consignas expresivas del paradigma que la historia recogió de los integrantes de la exégesis mencionamos ésta de LAURENT: *Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos*”.⁶²

Al intérprete no debe interesarle lo que el texto legal diga en sí, o el sentido en que él lo pueda entender, sino que debe averiguar lo que el legislador quiso al elaborar el texto, los fines que persiguió, las necesidades que pretendió satisfacer. La ley en sí misma es letra muerta, su valor depende de la intención del legislador.

Savigny, como principal propugnador del método lógico, defendía que la interpretación debe consistir en la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley. Dicha reconstrucción se refiere al pensamiento del legislador que dictó la ley; en consecuencia, el intérprete debe colocarse en el punto de vista del legislador, así como reproducir artificialmente sus operaciones y reconstruir la ley en su inteligencia.

La Escuela de la Exégesis sustenta que la interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho. El Derecho es la ley y su interpretación representa la voluntad real del legislador y debe rechazarse toda interpretación que no se acate a la letra

de la ley. El texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el juez debe hacer es descubrir la intención del legislador.

Es decir, la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. En este contexto, las normas jurídicas son expresión de actos de voluntad que expresan la intención real que el legislador le quiso dar a las mismas.

La interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho porque el derecho ya está hecho. El derecho positivo está constituido por la ley, hay un culto al texto de la ley traducido en una sumisión absoluta a lo que la letra dice. En el caso existir insuficiencias o conflictos en las leyes, esto se soluciona mediante la analogía.

2. La Jurisprudencia de Intereses

Desde el triunfo del positivismo legal en las modernas codificaciones surge la interrogante con respecto al método de interpretación de la ley. La actividad judicial se limita a la mera subsunción, es decir a un precepto general. El mandato hipotético de la norma jurídica se encuadra a un caso concreto, el caso de la vida real, a fin de llegar a una conclusión que es la sentencia. El juzgador debe examinar si las características del presupuesto hipotético se hallan presentes en el caso particular.

En el caso de existir una laguna en la ley, el juez debe crear un presupuesto general a fin de llenar el vacío del ordenamiento jurídico, remontándose este modo de aplicación e interpretación de la ley a la teoría de la jurisprudencia de conceptos.

⁶² VIGO, Rodolfo Luis. op. cit., p. 206.

La jurisprudencia de intereses nace como una postura crítica contra la jurisprudencia de conceptos, cuya fuente es la filosofía de Kant y la teoría del Derecho Natural, que trata de deducir el Derecho de valores abstractos. Paralelamente constituyó la Escuela Histórica del Derecho, liderada por Savigny.

Savigny consideraba al común convencimiento jurídico del pueblo como generador del Derecho. Así, para el análisis de un caso se debía analizar no solamente el caso concreto en comparación con la norma jurídica, sino que iba primero a los institutos del derecho como productos de la historia. Las normas se presentan como elementos de los institutos y son ordenadas en conceptos jurídicos.

La jurisprudencia de conceptos concibe el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y rechaza la posibilidad de lagunas o vacíos. En el caso de que existiera una laguna, la norma necesaria para el caso concreto deberá ser construida según las reglas de la lógica formal, a partir de las demás disposiciones legales del ordenamiento jurídico, para finalmente poder ser descubierta.

La jurisprudencia de intereses, en cambio, opina que el ordenamiento jurídico necesariamente es defectuoso y que los vacíos deben ser llenados por el juez atendiendo a los intereses que están implícitos en las disposiciones legales. De este modo, la sentencia judicial no se limita a la mera subsunción y el juez tiene que examinar los intereses de las normas a fin de solucionar el problema de las lagunas de la ley. La jurisprudencia de intereses, además de criticar el formalismo de la jurisprudencia de conceptos, se manifiesta en contra de la Escuela del Derecho Libre.

La jurisprudencia de intereses fue elaborada a partir de la obra de Rudolf von Ihering, cuya teoría se ubica en un concepto fuerte del derecho. "Un

concepto fuerte de derecho es un concepto de acuerdo al cual todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos son elementos del concepto de derecho. Se pueden encontrar ejemplos famosos de conceptos fuertes en la teoría de Ihering que define a los derechos como *intereses jurídicamente protegidos*.⁶³

Según Ihering no existe ninguna disposición legal que carezca de un fin que corresponde a las necesidades y deseos presentes en la sociedad y que se reconocen en las diferentes relaciones entre los miembros de la misma, es decir, uno tiene que ver la función social de la ley. Por tal motivo, estas relaciones son concebidas por la jurisprudencia de intereses como tendencias de realización a las que denomina intereses.

A partir de estos presupuestos, se considera que toda disposición legal es producto de un interés, puesto que el derecho encuentra sus raíces en las relaciones entre los miembros de la sociedad, con lo cual se explica por qué el derecho es considerado como protector de intereses.

“El jurista no está para encontrar la verdad, los valores universales, la sistematicidad y coherencia del derecho, sino para servir con eficacia a la sociedad equilibrando las exigencias de estabilidad con las de progreso, y procurar la satisfacción del mayor número de intereses sacrificando el número menor”.⁶⁴

El núcleo de la teoría radica en el reconocimiento de este conflicto de intereses, los cuales son limitados por cada disposición legal. Es posible encontrarnos ante intereses privados entre sí, intereses privados frente a intereses públicos e intereses públicos entre sí. Ante esta complejidad, es

⁶³ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, op. cit. p. 24.

⁶⁴ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit. p. 215.

inevitable favorecer a unos sobre otros porque no pueden satisfacerse todos los intereses al mismo tiempo, por lo que el legislador se encuentra frente a un conflicto. Tiene el gran reto de lograr un equilibrio entre sus propias convicciones y los factores que en él influyen durante el proceso de elaboración de la ley, toda vez que lo rodean diferentes fuerzas sociales que por medio de las leyes muestran multifacéticos intereses.

Una mezcla entre intereses públicos y privados que no resulta sencillo aclarar. Para conciliar esto, debe aplicar la ponderación para valorar los diferentes intereses para estar en posibilidades de decidir. Es decir, cada precepto legal está vinculado a un juicio de valor. Este tipo especial de ponderación de intereses en colisión es muy diferente de la ponderación de principios, toda vez que a diferencia de éste, la ponderación de intereses se basa en elementos cuantitativos.

El juez tiene que, al igual que el legislador, equilibrar los intereses por medio de la sentencia. La jurisprudencia de intereses pretende la producción de efectos en la vida cotidiana por medio de las sentencias.

Para estos efectos, la interpretación y aplicación de la ley debe sustentarse en el texto legal y los materiales históricos.

Toda vez que los fundamentos de la norma jurídica se refieren a los intereses en conflicto, los cuales desde sus inicios son su origen son diversos y variantes, no permiten al legislador predeterminarlos. Asimismo, el ordenamiento jurídico es en sí indeterminado por la complejidad de su misma redacción. Por esta razón, el legislador tiene dificultades para la formulación de normas jurídicas aplicables a todos los casos posibles.

Existió una infiltración del partido Nacionalsocialista en la jurisprudencia de intereses, desvirtuando los fines originarios y formando jueces que como

títeres eran capaces de satisfacer la voluntad del Führer y concretar sus planes genocidas durante la segunda guerra mundial.

Ihering situado en un plano empirista, niega y trata de superar el formalismo desde dentro del propio positivismo con el que comparte la idea de vinculación existente entre derecho y poder. “La preocupación científica de Ihering del *Espíritu del Derecho Romano*, convertida en *química jurídica*, asigna a la interpretación judicial una simple función inicial o inferior concentrada en verificar empíricamente y ordenar los materiales jurídicos”.⁶⁵

La Jurisprudencia de Intereses concibe al derecho como producto de los intereses que se dan en el interior de la sociedad y que pretenden ser reconocidos. En este modelo epistemológico, la función del jurista es interpretar los diversos intereses para buscar la armonía y la protección de todos.

Ihering, poco tiempo después de su defensa de los conceptos, renunció a sus posiciones iniciales, inclinándose hacia posiciones pragmáticas a partir de la consideración de los intereses como motor y generador del Derecho.

Para el autor, el nacimiento del Derecho era como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento y ese esfuerzo es el que brinda el lazo interno al derecho. Los intereses motivan al hombre a actuar y aún esto se refiere a intereses individuales, él la utilizo para defender la propiedad. Esta idea fue básica para su concepto del derecho y de las condiciones que le dan vida, toda vez que según su postura las normas aseguran intereses.

La Jurisprudencia de Intereses reconoce a la ley como fuente principal de Derecho, pero no la única por no ser coherente y completa. La ley tiene

⁶⁵ Op. cit., p. 207.

vacíos que deben ser completadas para la solución de los conflictos y la defensa de los intereses en conflicto.

Ihering hace una crítica de las definiciones formales del derecho en sentido subjetivo concluyendo que en todo derecho hay dos elementos importantes: el formal y el substancial. La palabra interés se aplica no sólo a los intereses económicos, sino también a otros como el honor, la personalidad, etc., de tal manera que el fin del derecho es la protección de los bienes.

3. Escuela del Derecho Libre

Representa una reacción contra la tesis de Savigny, rechaza la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley y toda vez que los textos legales son insuficientes. El juez tiene la tarea de realizar una labor personal y creadora, de tal manera que su función se aproxime cada vez más a la actividad legislativa.

Savigny reconoce que las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión jurídica, es necesario llenar la laguna y propone la aplicación del método analógico.

“La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna.

La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempo pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así, esta escuela no puede explicar el que en

alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fue perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior”.⁶⁶

La escuela del derecho libre critica esta concepción sosteniendo que si las fuentes son insuficientes para solucionar una controversia, el intérprete debe consultar la naturaleza de las cosas, haciendo la aclaración de que no se refieren al derecho natural, sino al análisis de las relaciones que en la vida se presentan y que son sometidas al conocimiento del juzgador.

Según esta postura, el método tradicional resulta insuficiente y se debe conceder al juez un papel creador no sólo en la labor interpretativa, sino en todos los casos en que existan lagunas de la ley. Con esta labor descubridora y creadora del juez se puede llegar a la realización de la justicia.

A partir de 1906 el número de partidarios de la escuela va en aumento y sus teorías siguen insistiendo en la insuficiencia de las fuentes, tratando de combatir los métodos lógicos de interpretación. Este movimiento se continúa desarrollando en Alemania adquiriendo importancia en la concepción nacional-socialista del derecho. Tuvo gran influencia en las ideas dominantes relacionadas con la misión de los jueces, de tal manera que establecieron que las nuevas generaciones basaban su confianza en el sentido innato del derecho que el juez debe encontrar, siendo la ley sólo uno de los aspectos del derecho, aclarando que también hay un derecho no escrito desprendido del

⁶⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Estudio preliminar de Agustín Squella, Textos Clásicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, p. 55

alma del pueblo alemán y claramente sentido y materializado por el juez alemán.

La escuela del derecho libre, surge como oposición a la visión dogmática conceptual de la materia jurídica, así como a la corriente exegética del culto a la ley, que consideraba que todo el derecho era ley. Contrario a lo anterior, este modelo epistemológico, considera que el derecho surge de la sociedad independientemente de la ley y del Estado, y que únicamente se convalida en los tribunales. Para eso, esta postura considera al juez como el creador del derecho y no su intérprete o descubridor, quien al producir el derecho lo hace en base a su lógica y experiencia.

Esta teoría propugna la total libertad del juez en la interpretación del derecho que deberá aplicar, a tal punto de poder hacer a un lado el derecho contenido en la norma jurídica, de tal manera que los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas.

Según Rùthers, este movimiento sustenta sus teorías en la libertad soberana del juez, incluso por encima de la ley, ignorando las directrices de la separación de poderes y del respeto a la ley. Sin embargo, esta libertad está vinculada a criterios valorativos, atendiendo –en caso de lagunas- a los límites que establece la totalidad del derecho vigente. En este sentido, la ciencia jurídica y los tribunales se convierten en poderes soberanos anteponiéndose a la ley constitucional.⁶⁷

4. La Teoría del Acto de Voluntad

⁶⁷ RÜTHERS, Bernd. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*. Traducción del alemán por Minor E. Salas. Ed. UBIJUS, México, 2009. p. 347.

Para Hans Kelsen se debe establecer una clara diferencia de la interpretación del derecho que realice la ciencia jurídica de la interpretación que realizan los órganos jurídicos. La primera se refiere a la determinación del sentido de las normas jurídicas, mientras que la segunda es una producción del derecho. De esta manera, la función de la ciencia del derecho es exclusivamente la de describir los significados de la norma jurídica, no es una labor prescriptiva, no tiene la posibilidad de llenar lagunas porque su función no es la creación del derecho. “El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador, o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”.⁶⁸

Según el autor, la idea del derecho aplicable como una decisión de entre varias alternativas es la base para su afirmación de que todo acto de aplicación es un acto de creación del derecho, por lo que la labor interpretativa del juez no es otra cosa que un acto de voluntad.

En este contexto, la actividad de los tribunales respecto a la interpretación jurídica debe centrarse en el hallazgo de las normas ya existentes y que sólo requieren ser descubiertas de manera especial.⁶⁹

⁶⁸ KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*. [en línea]. Op. cit., p. 351.

⁶⁹ Ver KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. Op. cit., p. 137.

Es decir, el juez en cumplimiento de la ley, debe aplicarla en los casos concretos, pero por muy completo que sea el sistema normativo tiene sus zonas de indeterminación. Es por ello que cuenta con un margen de libertad para que en dicha aplicación legal pueda crear una norma nueva con un carácter de individual, es así como concreta su participación en la creación del derecho. El mismo sistema funciona de tal manera que existen leyes positivas vigentes, pero con la salvedad de que el juez siempre pueda encontrar una norma que resuelva los conflictos aún fuera del rango de las normas vigentes.

“La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre estos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad, consistiendo exclusivamente en que la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero éste también es creador del derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función”.⁷⁰

“La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una

⁷⁰ KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*. [en línea]. Op. cit., p. 353.

norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción. Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable”.⁷¹

Por su parte, Austin menciona que en cada sociedad hay una persona o personas a quien o quienes los demás obedecen, sin embargo quien tiene el poder no obedece a nadie más, de tal manera que las normas jurídicas son los mandatos emitidos por el soberano. “Por cierto que no hay ningún esquema de órdenes mediante el cual el soberano pueda abarcar todas las contingencias, y algunas de sus órdenes serán inevitablemente vagas o de límites imprecisos. Por consiguiente (de acuerdo con Austin), el soberano concede a quienes hacen respetar la ley (los jueces) la discrecionalidad de dar nuevas órdenes toda vez que se presenten casos nuevos o difíciles. Los jueces hacen entonces normas nuevas o adaptan las antiguas, y el soberano desconoce tales creaciones o bien, al no hacerlo así, tácitamente las confirma”.⁷²

5. El Formalismo Jurídico

Para la teoría formalista, la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, cuyo fin es verificar el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Asimismo, la función de los intérpretes es emitir enunciados de tipo descriptivo que pueden ser verdaderos

⁷¹ Op. cit., p. 354.

o falsos. Por otra parte, según esta teoría todo sistema jurídico es necesariamente completo y coherente porque tiene respuestas para todas las interrogantes, de tal manera que la discrecionalidad jurídica es poca o casi nula.

“Quizá pueda decirse que lo que une a las grandes corrientes formalistas del XIX (la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la *Analytical Jurisprudence* y el *formalismo jurisprudencial* norteamericano) es una tendencia a absolutizar los elementos formales del derecho y a construir a partir de ahí una teoría –una ideología- que, a los efectos que aquí interesan, se caracteriza por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del derecho. Como lo diría Hart o Carrió: por no ver los casos de la penumbra, los casos difíciles, y tratar a todos ellos como si fueran casos fáciles. De ahí que la motivación, la argumentación de las decisiones, se vea en términos puramente deductivos o mecánicos (aunque no sea lo mismo una cosa y otra). Los formalistas, propiamente hablando, no necesitan una teoría de la argumentación jurídica”.⁷³

El formalismo jurídico sostiene que el derecho está compuesto, en su mayoría, por preceptos legislativos, es decir, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados y no por otro tipo de normas como consuetudinarias o jurisprudenciales. El orden jurídico es siempre completo, sin lagunas, consistente, sin contradicciones, preciso, sin ambigüedades ni vaguedades. Es autosuficiente para tener siempre una solución correcta para cualquier caso concreto.

⁷² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit. p. 67.

⁷³ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 27.

“El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos pueda preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad”.⁷⁴

Esta concepción del derecho nació como posible respuesta a la problemática jurídica al declinar el derecho natural. En el siglo XIX, los juristas encontraron como respuesta al normativismo jurídico, cuyo más grande representante fue Hans Kelsen, en su *Teoría Pura del Derecho*, cuya coherencia en sus propuestas sobre el aspecto formal y normativo del derecho asombró a los juristas de la época.

Para Kelsen, el objeto de estudio de la ciencia jurídica es sólo el ordenamiento normativo, donde el ser humano es sólo un elemento sin trascendencia con respecto a las normas y los valores, una meta jurídica, excluyéndolo de la experiencia jurídica.

Por lo tanto, los individuos tienen derechos legales, sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita. “*Debido* es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Sólo que no todo acto posee también objetivamente ese sentido. Sólo cuando también cuenta, objetivamente, con el sentido de un deber, se caracteriza a lo debido como *norma*. Así, al ser lo *debido* el sentido objetivo del acto, se expresa que la conducta, hacia la cual el acto se orienta intencionalmente, es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit., p. 36.

tercero no participante; y ello incluso cuando la voluntad, cuyo sentido subjetivo es el deber, haya cesado fácticamente de existir, en cuanto con la voluntad no desaparece el sentido, lo debido. El deber *vale* aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces ese deber, como un deber *objetivo*, es una *norma válida*, que obliga a quien está dirigida”.⁷⁵

“La búsqueda de la univocidad indiscutible ha llevado, incluso, a los lógicos formalistas a construir sistemas en los que ya no se preocupan por el sentido de las expresiones: se sienten satisfechos con que los signos introducidos y las transformaciones que les conciernen estén fuera de toda discusión. Dejan la interpretación de los elementos del sistema axiomático para quienes lo apliquen y tengan que ocuparse de su adecuación al objetivo perseguido.

Cuando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar qué procedimientos permiten que esta proposición sea la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporciona quien ha construido el sistema axiomático en el interior del cual se efectúa la demostración. ¿De dónde vienen estos elementos?, ¿acaso son verdades impersonales, pensamientos divinos, resultados de experiencias y postulados propios del autor? He aquí algunas preguntas que el lógico formalista considera extrañas a su disciplina”.⁷⁶

⁷⁵ KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*. [en línea]. Op. cit., p. 21.

⁷⁶ PERELMAN, CHAIM y L. OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado de la Argumentación, la nueva retórica*, 2ª reimpresión, Gredos, Madrid, 1989, p. 48.

Siguiendo las ideas formalistas, el juicio de valor contenido en la ley se aplica de acuerdo con el método de la exégesis. Un caso particular bajo el análisis del juez coincide con una norma jurídica positiva y el resultado es una solución expresada en una sentencia, siendo la única tarea del juez la de comprobar si el hecho coincide con el supuesto jurídico.

Para la teoría formalista todas las consecuencias jurídicas correctas surgen del ordenamiento normativo por medio de operaciones deductivas válidas, de tal manera que la única tarea de la dogmática jurídica es sacar a la luz lo que se encuentra bajo los velos del sistema jurídico y mostrarlo en concretas y determinadas.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS Y LOS CASOS DIFÍCILES

1. Las coincidencias y distinciones entre principios reglas.

Las normas expresan imperativos, mandatos que ordenan y organizan las relaciones sociales, son instrumentos de regulación formal, por su parte los principios se refieren a lo que se debe hacer, lo que es justo y sientan la base originaria del derecho. Las normas al derivar de la organización social o estatal requieren ser establecidas por actos de autoridad, mientras que los principios provienen de la naturaleza misma del Derecho y de las relaciones humanas que los definen.

Las normas determinan obligaciones para garantizar cuestiones económicas, políticas o sociales, por su parte los principios también implican una obligación, pero de otro tipo como imperativos de justicia ante situaciones que se consideran deseables dentro de parámetros de carácter moral.

En casos de contradicción de normas, los principios no pierden su validez, lo que sí sucede con las normas cuando una desplaza a otra. Los principios tienen la propiedad de utilizarse como criterios interpretativos de las

normas, son orientadores, informadores, cumpliendo con una función integradora del sistema jurídico.

Desde un punto de vista iusnaturalista pueden ser considerados normas del Derecho natural, pero a partir de la concepción iuspositivista son concebidos como normas implícitas que derivan del derecho positivo.

Según Alexy, la distinción entre principios y reglas es la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. 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.

“... creemos que en supuesto de las reglas puede determinarse sin mayores inconvenientes a qué sujetos apunta, qué conductas comprometen de éstos y las circunstancias en las que la vinculación aparece. Pero si nuestra atención se deposita en los principios, las dudas se acrecientan al tenor de los límites marcadamente imprecisos que exhiben sus elementos. Y esas dudas son mucho más pronunciadas cuando nos trasladamos al mundo de los valores. No se trata de negar vaguedades o ambigüedades, sino de reconocer medidas en esas indeterminaciones, como así también comprobar una mayor o menor precisión de los elementos estructurales con los que se enuncian las reglas, los principios y los valores”.⁷⁷

En la solución de casos en que se encuentran en juego derechos fundamentales, los principios. Esta diferencia logra percibirse en el momento de su aplicación, cuando colisionan con otras normas.

⁷⁷ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit., p. 68.

Cuando existe un conflicto entre reglas hay, surge la necesidad de decidir por una que debe prevalecer, lo que ocasiona que se anule la regla no elegida. Esto no ocurre cuando un principio colisiona con otro, no está a discusión la validez de uno u otro, no es posible dejar de aplicar ninguno de los dos, sino que el juez deberá decidir por medio de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, sin que sea anulado el que principio no favorecido, con la aclaración de que se decidió a favor de uno tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, de tal manera que es posible que un caso futuro, en otro contexto circunstancial se pueda aplicar el principio que en el caso anterior no resultó elegido, sin la necesidad de una cláusula de excepción o de una declaración de invalidez. En este sentido, podemos afirmar que la distinción estructural de las normas en principios y reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional.

Al respecto, Aarnio afirma que la indeterminación e imprecisión pueden caracterizar tanto a los principios como a las reglas. Reglas y principios pueden tener teóricamente el mismo grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas claramente distintas. En segundo lugar, tanto reglas como principios, una vez que son consideradas todas las cosas, permiten llegar a formulaciones normativas con un contenido preciso. En este contexto, Aarnio rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización. Por ejemplo si es P un principio de libertad de expresión por él mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado más o menos, o se optimiza o no se optimiza. El principio jurídico por su parte, se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos. El mandato de optimización, por tanto, dice algo acerca de un

principio, el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación.

“Los principios jurídicos han sido caracterizados como *mandatos de optimización*. Un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una *regla* que no puede ser aplicada *más o menos*. O se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios valorativos, los principios deben ser armonizados de manera óptima y sólo de esta manera.

Por lo tanto, al igual que en el caso de los principios, las reglas tienen una naturaleza *normativa* (deóntica) similar. Ambos tipos de normas contienen un operador deóntico y, teniendo esto presente, es irrelevante cómo se determine *semánticamente* el ámbito de aplicación de la norma. Es simplemente una cuestión de normas para las que todas las leyes de la lógica deóntica son válidas. El hecho de que la lógica deóntica funcione sobre la base de la llamada lógica bivalente no nos impide que tratemos los principios como normas. Todas las normas, tanto las reglas como los principios se expresan en un lenguaje y las expresiones pueden requerir *interpretación*. La ambigüedad no afecta la estructura de la norma. Desde el punto de vista de la interpretación tanto los principios como las reglas son fenómenos axiológicos, no deónticos”.⁷⁸

Según Aarnio, la noción de regla jurídica estricta, de acuerdo con la cual las reglas son aplicables en la forma todo o nada, y en caso de colisión entre ellas una es declarada inválida y la otra aplicada, no refleja la realidad en su conjunto, sino sólo un tramo del procedimiento hermenéutico, puesto que vale únicamente una vez que las reglas han sido interpretadas, y no antes. Antes,

⁷⁸ AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (compiladores). *La normatividad del derecho*, op. cit. p. 27

las normas son igualmente válidas, y requieren una interpretación de sus respectivas formulaciones. Dos normas pueden ser válidas en sentido estricto también cuando una de ellas es una norma general y la otra especial, en ese caso no se necesita que exista un conflicto entre las dos ni siquiera una vez interpretadas

Aarnio expone el siguiente ejemplo para aclarar la distinción entre reglas y principios: “el principio de la libertad de opinión puede ser entendido como una máxima de acuerdo con la cual esta libertad debe ser protegida *tan eficientemente como sea posible*. Si este principio entra en conflicto con otro, por ejemplo, con el principio que protege la intimidad, entonces es necesario un compromiso. Ambos principios no pueden ser seguidos simultánea y óptimamente. Por lo tanto, aun si cierto principio, por ejemplo el de la libertad de opinión, es aceptado como válido, está permitido apartarse del mismo bajo ninguna amenaza de una sanción. Tal no es el caso cuando la regla es obedecida. Si la regla *Si H, entonces debe ser G* es una regla jurídica válida, el juez está obligado a seguirla. En caso contrario, es culpable de violación de sus deberes. Según Alexy, una regla o bien pertenece al orden jurídico o está fuera de él (problema adentro-afuera). Esto no se aplica a los principios. También un principio que no puede ser seguido en toda su extensión está dentro del sistema”.⁷⁹

Prieto Sanchís considera que “llamamos principios a las normas que carecen o presente de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos

⁷⁹ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, op. cit., p. 142.

fundamentales”.⁸⁰ Asimismo, son también principios los mandatos de optimización que implican deberes de realizar determinada conducta que tiene la posibilidad de concretarse en cierta medida. Sin embargo, los principios pueden requerir un comportamiento determinado y no necesariamente deben adolecer de condición de aplicación. Para explicarlo mejor, expone como ejemplo el principio de igualdad que la Constitución proclama, pero que no establece de manera clara lo que debe ser tratado como igual o desigual, de manera que los criterios de distinción deberán ser buscados fuera de la Ley Suprema. “En realidad, la apelación a la razonabilidad en qué consiste el juicio de igualdad nos remite a un esfuerzo de justificación racional de la decisión y encierra un conflicto entre principios, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá una razón para la igualdad, pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, pues no existen dos situaciones idénticas”.⁸¹

Asimismo, el autor opina que el tratamiento de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obligan a un planteamiento más complejo de la estructura de las normas jurídicas. En este sentido, los principios no se excluyen mutuamente, lo que sí sucede con las reglas, por lo que no es adecuado señalar que hay normas que son principios, sino que existen conflictos normativos que se resuelven, de

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid, 2003. p. 180

⁸¹ *Ibidem*, p. 182.

acuerdo al caso concreto, con una relación de preferencia condicionada donde las normas reciben el nombre de principios.⁸²

Por medio de la ponderación de principios se logra una jerarquía móvil que mantiene la preservación abstracta de los principios. Ante la realidad de que no existen jerarquías internas en la Constitución es necesario ponderar ante la necesidad de proteger otros principios que en un caso particular se colisionan.⁸³

Si bien, la ponderación no nos brinda la garantía de una única respuesta ante un conflicto de principios, nos brinda parámetros para dirigir la argumentación a través de una vinculación estrecha entre principios y derechos.

“Cuando nos preguntamos qué es lo que permite a los sistemas nacionales soportar los *shocks* de la moderna cirugía legislativa, o qué es lo que mantiene incólumes las relaciones jurídicas internacionales por encima de catástrofes políticas y crisis culturales, entonces se nos hace clara la importancia estabilizadora del desarrollo jurisprudencial de los principios del derecho. El carácter universal de los problemas y de sus soluciones conformes y equivalentes más allá del *esprit du code*”.⁸⁴

Sólo a las reglas se les aplican los métodos de interpretación jurídica que tienen por objeto desentrañar la intención en el lenguaje del legislador. En los principios su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Los principios más que ser interpretados a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidos en su

⁸² Ver *Ibídem*, p.187

⁸³ Ver *Ibídem*, p. 191.

⁸⁴ ESSER, Josef. ***Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.*** Traducción de Eduardo Valenti Fiol. Ed. Bosch. Barcelona, 1961, p. 380.

ethos. A las reglas se obedece, por lo cual 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, aquí la importancia de los valores.

Mientras que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a primera vista aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o bien de rechazo a las particularidades de cada caso. Los principios carecen de supuesto de hecho, a diferencia de lo que sucede con las reglas, es decir, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo ante la presencia de cada caso.

Las reglas tienen la estructura clásica de supuesto o hipótesis de hechos y de consecuencia o disposición, por lo cual sólo ellas pueden ser aplicadas mecánicamente y pasivamente, a través 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.

“El juez ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un

enunciado de preferencia condicionada, trazar una *jerarquía móvil* o *axiológica* y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: *cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro*".⁸⁵

Partiendo de una reflexión se puede decir que los principios no tienen excepciones; las reglas tienen excepciones. Esto puede deducirse de su carácter abstracto: lo que se considera como una excepción a los principios no sería tal, sino, más bien, el resultado de la composición, en una coyuntura determinada, de un principio con otros. Las reglas, en cambio, tienen excepciones, porque las alternativas sobre las que ellas deciden no suelen ser disyuntivas, ni claras ni distintas, y caben coyunturas límites.

a) Justificación filosófica de la preeminencia de los principios sobre las reglas.

Respecto a los principios se ha desarrollado una polémica acerca de si ellos son ajenos al Derecho Positivo o si son una parte de él. Según la posición de la escuela del Derecho Natural racionalista, los principios son una parte del Derecho natural entendido como orden separado del Derecho positivo. Según la doctrina positivista los principios son una parte del Derecho Positivo, sin embargo, nunca podrían imponer una obligación que no fuera sancionada por el mismo ordenamiento positivo, por lo que se entiende que cada

⁸⁵ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s), Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial* de Luis Prieto Sanchís 123-157, UNAM-Trotta, Madrid, 2003, p. 142.

ordenamiento positivo tiene sus particulares principios y que no existen principios jurídicos de carácter universal.

Los principios generales del Derecho, son una parte muy importante, de la ciencia jurídica. El que estén o no incorporados en una legislación no tiene implica que no deban ser respetados.

Una evidente crisis del concepto de seguridad jurídica y el surgimiento del neoconstitucionalismo provoca que los principios cobren especial importancia como la alternativa para lograr un derecho justo. Ante esta realidad la doctrina jurídica pone de manifiesto la supremacía de los principios sobre las reglas.

Para describir la supremacía de los principios debemos analizar la defensa que de ella hacen los neoiusnaturalistas. Para afirmar su función encauzadora defienden una supremacía ontológica, tratan de hacer justificaciones teológicas y morales al respecto o simplemente cuestiones de razón. De esta manera las explicaciones son tan diversas y tan abstractas, dejando alrededor de los principios un aspecto puramente metafísico.

La preeminencia de los principios sobre las reglas hace posible que la Constitución pueda cumplir con su función integradora, toda vez que por medio de ellos se pueden expresar fines y valores. Toda vez que los principios se caracterizan por su alto grado de abstracción, esa característica permite que poco a poco se vayan incorporando nuevos valores al texto constitucional. La aplicación de principios consiste en una actividad creadora e innovadora de los valores y derechos contemplados en la Constitución.

Por otra parte, los principios como elementos que permiten la inclusión de nuevos y variados valores en el sistema jurídico logran dar una especial flexibilidad en las constituciones rígidas de tal manera que la aplicación del derecho se moderniza y se adecua al momento histórico.

“La decisión del caso singular será justa si se adapta al sistema de valores aceptados por la mayoría de los miembros de la comunidad, no porque esta aceptación mayoritaria sea la única garantía de su justicia intrínseca, sino porque el Derecho pertenece a la comunicación interhumana y es preciso que el mensaje de justicia de una decisión pueda ser comprendido intersubjetivamente por un gran número de hombres, pues ninguno de ellos tiene el monopolio de la comprensión de lo que es justo. Por lo mismo, es preciso depurar el lenguaje transmisor del mensaje si se quiere trascender lo *inefable* y reforzar la comprensión y el reconocimiento intersubjetivos. Y es preciso que el razonamiento patentice lo razonable de la decisión, que sea una secuencia de la razonabilidad –que sería la justicia- de la misma, y no que ésta se ponga al servicio de un razonamiento que viese en su corrección lógica injusticia inseparable de toda decisión personal. Pero, en términos generales, este riesgo puede ser compensado por el esfuerzo y la lucha por la justicia apoyada en la información y el conocimiento técnico adecuado de todos los hombres de buena voluntad”.⁸⁶

En cuanto a la función, las reglas determinan supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas de manera concreta y explícita. Los conflictos que se presentan entre las normas se resuelven de manera más o menos sencilla con criterios de resolución ya establecidos. Por su parte, los principios sólo proporcionan razones para la toma de decisiones en un determinado sentido, siendo común que dichos razonamientos entren en conflicto con los emanados de otros principios, siendo muy compleja la solución en este contexto.

Los principios ponen un límite a la discrecionalidad del intérprete exigiendo una justificación a partir de valoraciones razonadas, de no ser así

⁸⁶ LEGAZ Y LACAMBRA; Luis; *Filosofía del Derecho*, Bosch, 3ª ed., Barcelona, 1972, p. 573.

toda justificación sería realizada por el órgano estatal y, razonable o no, tendría que ser obedecida.

El ámbito de aplicación de los principios invade el de las reglas. Los principios están presentes en todos los discursos de aplicación del derecho, sobre todo cuando emerge un conflicto, sea de normas o de principios, en casos fáciles y difíciles. De esta manera los principios son el elemento esencial que siempre está presente en una toma de decisiones.

“...toda desobediencia a las normas jurídicas emanadas del Estado, se justifica en la medida en que tal desobediencia venga guiada por principios y valores superiores, siempre que éstos nos aparezcan con una claridad y evidencia dotados de la mayor seguridad que nos sea asequible. En algunos casos el deber más fuerte consistirá en procurar el mejor funcionamiento del sistema estatal, obedeciéndolo, pero hay en ciertos casos un derecho a la desobediencia a leyes malas, cuando tal maldad venga contrastada con la comparación con los valores postergados por ellas cuando estos valores debieron ser desarrollados o promovidos por un Estado organizado adecuadamente”.⁸⁷

b) La relación entre la ética y los principios.

La ética es útil para justificar los comportamientos morales, es el vínculo entre éstos últimos y los intereses sociales. En este contexto, si la moral está relacionada con la vida social es evidente que los principios que rigen las relaciones humanas y particularmente la aplicación del derecho tengan un contenido preponderantemente ético. De esta manera, la ética conduce hacia una mejor conducta en el sentido moral. A partir de esta idea, la función de los teóricos es señalar a los hombres las normas o principios con los que deben guiar su conducta.

“Toda comunidad humana desarrolla ciertas normas y representaciones valorativas que tienen como propósito regular la conducta de las personas frente a sus conciudadanos. Estas se pueden basar en experiencias culturales, en convicciones religiosas, en ciertas tesis filosóficas o en una interpretación pseudo-religiosa y trascendental de la historia. A todo este sistema normativo, se le denomina, acudiendo a un uso lingüístico un poco vacilante, *moral* o también se usa como sinónimo el término *ética*. En la discusión moderna, el concepto de *moral* implica el prototipo de las normas éticas o el sistema de regulación de los juicios de valor, mientras que todas las investigaciones filosóficas que se dan sobre la moral se les reúne bajo el concepto de *ética*”.⁸⁸

Según Dworkin en un debate sobre el derecho y la ética, el sentido más general del derecho consiste establecer una relación justificada entre decisiones políticas del pasado y la coerción actual y que se manifiesta en la lucha entre la teoría positivista que sostiene que el derecho y la ética están hechos por reglas semánticas distintas y el derecho natural, que por el contrario, insiste en que están unidos por estas reglas semánticas.

Independientemente de la técnica que se utilice para solucionar los eventuales conflictos entre principios, se requiere de una interpretación de los derechos y bienes jurídicos involucrados, a fin de determinar sus respectivos contenidos y encontrar así una solución al conflicto en el que hayan incurrido al colisionar en un caso concreto. Por medio de la interpretación se pueden aclarar dichos contenidos y determinar cuáles son los límites o la regulación que válidamente se puede establecer a su ejercicio. Sin embargo, ocurre que la incorporación de bienes y derechos en la Constitución les atribuye el carácter de normas básicas materiales, lo cual significa que no cuentan por

⁸⁷ Op. cit. p. 443.

⁸⁸ RÜTHERS, Bernd. *Teoría del Derecho*. Op. cit., p. 227.

encima de ellas con un marco normativo jurídico válido que sirva de referencia para efectuar la interpretación. Si a esto se añade el alto grado de vaguedad o de indeterminación con que han sido formuladas, el problema de la interpretación de derechos y bienes constitucionales se complica.

En este contexto, la resolución de conflictos requiere de un juicio valorativo, dándole primacía a un derecho o bien jurídico sobre los demás o en el otro caso para llegar a una solución armónica que tenga en cuenta la vigencia equilibrada de todos ellos. Ante esta situación es clara la falta de un parámetro jurídico que indique, en cada caso, qué derecho o bien jurídico ha de preferirse o cómo, cuándo y por qué ha de optarse por una solución equilibrada.

Para que los juzgadores tengan la libertad de actuar sin caer en la arbitrariedad se debe siempre sustentar y motivar su actuación con razonamientos aceptables, para lograrlo utilizan elementos de la filosofía política y de la concepción moral.

En toda interpretación de los derechos fundamentales, así como en toda solución de los conflictos que eventualmente puedan presentarse entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, hay una toma de posición, más o menos encubierta, sobre una determinada filosofía política y una cierta concepción moral, pues sobre ellas es que se construye una determinada teoría o modelo de derechos fundamentales. La filosofía moral y política que se siga influirá definitivamente en la interpretación de los derechos y en la solución de las situaciones de conflicto. Es un ingrediente necesario para determinar la preeminencia de un principio sobre otro y los límites de su aplicación.

“Las normas, las leyes, todo el orden jurídico, pueden (y deben) ser justos. El legislador, los dogmáticos y los jueces tienen la misión de lograr que

así sea. Frecuentemente el súbdito de un Estado se queja críticamente: *¿Dónde está la justicia?* Mientras no se alcance la justicia serán necesarias la crítica jurídica y la política jurídica.

La justicia, por lo tanto, es una propiedad del Derecho, una propiedad positiva, por no decir ideal. ¿Qué características tiene que tener el Derecho para merecer el predicado de justo? Este es el tema eterno de la Filosofía del Derecho, al que han contribuido todas las grandes ideas; sólo que sin un resultado común. La teoría jurídica moderna, desde *Jeremy Bentham*, ha rechazado la cuestión como falsa o metafísica. Inclusive la dogmática jurídica y su teoría del método prefieren otras expresiones. Entre los juristas resulta poco hábil y algo ingenuo decir que una solución es *injusta*, Para decir lo mismo se suelen usar otras fórmulas de tono más técnico como

no satisface los intereses de...

contradice los valores de la ley..

cuestiona principios jurídicos generales...

a X no se le puede exigir...

no guarda proporcionalidad

contrario a la buena fe

contrario al principio de la igualdad o del Estado social...

contrario a la concepción jurídica de los ciudadanos..., etc.

No es una casualidad que estas instancias de apelación, cuando se las establece en la ley, sean llamadas *cláusulas generales*. La justicia parecer ser la esencia de todas las cláusulas generales, y además en forma directa, y no, como suele ocurrir en el derecho mediatizada por reglas. Esto nos conduce a

la cuestión de si el legislador en lugar de elaborar constantemente nuevas descripciones de la justicia, no debiera decir, allí donde una cláusula general le parezca inevitable.

¡Observad el principio de justicia!”.⁸⁹

Para Vigo, los principios funcionan como un tipo de puente entre los valores y las reglas jurídicas. Los principios son determinaciones o proyecciones al campo del derecho de los valores, de tal manera que para inferir de ellos determinadas conductas es indispensable el respaldo de los valores. Los principios implican necesariamente conductas con una carga valorativa.

“... desde el valor a la igualdad integral o esencial entre los hombres se explica el principio de igualdad ante la ley; la justicia buscada en todos los órdenes de la sociedad se proyecta en el principio a la retribución justa; el valor libertad funda el principio de trabajar y ejercer industria lícita, etcétera. Así como pensábamos que era posible intentar una enunciación de los valores con pretensiones de exhaustividad, nos parece que tal esfuerzo está destinado en gran medida al fracaso si se trata de los principios. Mientras que para el conocimiento acabado de los valores no bastaba la formación jurídica sino más bien la ética o filosófica a secas, para el estudio de los principios es condición necesaria la perspectiva iusfilosófica y la propiamente jurídica”.⁹⁰

2. Los casos difíciles

a) Los casos difíciles y la interpretación según Dworkin.

⁸⁹ ADOMEIT; Klaus. *Introducción a la Teoría del Derecho*, Lógica normativa, Teoría del Método, Politología Jurídica. Traducción de Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984, p. 193.

⁹⁰ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit., p. 73

Dworkin contempla la interpretación del derecho exclusivamente desde la perspectiva del caso concreto. Se centra en plantear qué tipo de cuestiones tienen que afrontar los jueces como aplicadores del derecho, dichos elementos son las pruebas, la filosofía del derecho, la moral, el hecho de si las normas están bien diseñadas o no y cuál es el derecho que debe aplicarse en cada caso.

Se interesa de manera central en cómo se puede justificar adecuadamente cada decisión judicial ante la doctrina y no ante otros auditorios. Las proposiciones, en el lenguaje de Dworkin, del derecho se basan en determinados fundamentos, los cuales dan lugar a desacuerdos teóricos. Para explicar estos desacuerdos hay dos teorías, la concepción semántica y la interpretativa. Dworkin expresa que si se trata de indagar por qué los juristas están en desacuerdo con respecto a un caso, se puede dar cuenta de ese fenómeno no desde una perspectiva semántica sino desde una interpretativa.

Dworkin ha criticado de forma abierta las escuelas positivistas y utilitaristas, aunque no sólo rechaza el positivismo, sino cualquier corriente teórica que cuestione la posibilidad de alcanzar una solución correcta para cada caso. De esta manera, construye una teoría general del derecho que no excluye ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, tampoco separa la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica, obteniendo como resultado una teoría basada en derechos individuales, de forma tal que sin derechos individuales no existe derecho.

Para Dworkin, se interpreta en el campo científico y en una conversación; prefiere emplear la categoría de interpretación reconstructiva. En el arte y en las prácticas sociales se lleva cabo una interpretación constructiva. Esta categoría supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor, de los propósitos empíricos de la obra de arte. El buen intérprete es el que muestra desde la mejor perspectiva la artísticidad de la obra.

En cuanto al modelo general de interpretación Dworkin aboga por un modelo de tipo constructivo. Esto implica el esfuerzo que debe hacer el intérprete para mostrar de la mejor manera posible el caso en cuestión. Esta idea se asemeja a la de la hermenéutica en el sentido que el sujeto posee con anterioridad su punto de vista interno, una perspectiva particular desde la cual aborda la tarea de la interpretación. El derecho es escrito en cadena, es una obra colectiva. El margen de maniobra para la interpretación es amplio, pero al desarrollar el derecho se debe procurar mantener cierta coherencia con lo existente en la ley y con el futuro de la misma, en el sentido de representar de manera correcta los valores que persigue una legislación para una sociedad justa.

En las prácticas sociales se asume una actitud interpretativa que reconoce las normas y su vigencia y que les atribuye un sentido, un valor. En la evolución de las normas debe observarse de qué manera se mantiene el sentido de la ley. La interpretación en las prácticas sociales se caracteriza también en tres etapas:

a) Preinterpretativa, instancia en la se examinan los materiales. Es una fase descriptiva pero que implica algo de interpretación. Ocurre un evento similar al de la preconcepción, del preconocimiento, dentro de la concepción hermenéutica. Aquí se tratan de identificar los materiales jurídicos.

b) La etapa interpretativa. El intérprete debe poseer una teoría, que le garantice la mejor manera de abordar el material jurídico. Lo fundamental aquí es la noción de coherencia e integridad.

c) La Postinterpretativa o reformadora consiste en que una vez identificado el valor, mostrar su objeto, de la mejor manera posible. Esto en los casos difíciles implica la modificación de la práctica.

“Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Ellos tratan de realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden. Resulta útil desde el punto de vista analítico distinguir diferentes dimensiones o aspectos de cualquier teoría del trabajo. Esto incluirá convicciones acerca de la concordancia y la justificación. Las convicciones sobre concordancia proporcionarán un requisito inicial que una interpretación de alguna parte del derecho deberá cumplir para ser elegible”.⁹¹

Para el autor, estamos en presencia de un caso difícil cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. En este contexto, el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. De esta manera, cuando ninguna norma previa resuelva un caso, es muy posible que en todo caso, una de las partes tenga derecho a ganarlo y ante la laguna legislativa, será el juez quien deba descubrir qué derechos tienen las partes en ese momento, sin necesidad de inventar retroactivamente derechos nuevos. Suele suceder que jueces, abogados, y juristas en general estarán en desacuerdo sobre los derechos de las partes en los casos difíciles, y que su razonamiento será un razonamiento sobre derechos políticos y no jurídicos, de tal manera que los cálculos que hacen los jueces se refieren a derechos políticos.

“Cuando los jueces legislan –tal es la expectativa- no sólo actuarán como diputados sino como representantes de la legislación. Legislarán movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior, si éste estuviera actuando independientemente. Se

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, op. cit., p. 184.

trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política.

De hecho, sin embargo, los jueces no son ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso”.⁹²

Mediante los casos difíciles, pone de manifiesto la falta de certeza del derecho en determinadas circunstancias y atacando fuertemente el modelo de función judicial positivista y el mito de la certeza ante la evidencia de que existen sentencias diferentes sobre casos difíciles iguales por la presencia de normas contradictorias o la ausencia de una norma aplicable. Para dar una solución Dworkin relaciona los casos difíciles con los derechos, y plantea así una cuestión de teoría política más que de teoría jurídica.

Su posición en relación a los casos difíciles también la sustenta en su crítica del positivismo jurídico, que considera inadecuado por aludir a una aplicación mecánica del derecho que no sirve en situaciones en las que el sistema no tiene prevista una solución y en los casos en que la aplicación de acuerdo con el sistema establecido, exista o no norma predeterminada, resulta ser totalmente injusta.

De este modo, sostiene que el juez tiene la obligación de descubrir los derechos de la partes en litigio con absoluta precisión y certeza, ya que estos derechos existían con antelación y plena autonomía respecto al procedimiento que se sigue para su descubrimiento. Así, la crítica al argumento de Hart de que los casos difíciles sólo se deben a la textura abierta de las reglas jurídicas,

poniendo de manifiesto que es frecuente que los jueces estén en desacuerdo no simplemente respecto de la forma en que se ha de interpretar una norma o un principio, sino incluso sobre si la norma o principio que cita un juez ha de ser siquiera reconocido como tal.

La solución de un caso difícil requiere de un proceso de razonamiento que toma en cuenta la teoría de la Constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique el esquema de gobierno. Junto a las normas jurídicas propiamente dichas existen pautas intelectuales de la decisión jurídica que harán posible dar una única solución correcta a cada caso. La decisión jurídica correcta no puede ser resultado de la casualidad, ya que el órgano judicial está obligado a actuar conforme a esas pautas predeterminadas y que a través de una ponderación razonable ofrecerá además una única solución correcta. Esto supone entender que en determinadas circunstancias, ante los casos difíciles, la decisión jurídica además ha de tener en cuenta una visión particular de moralidad política, lo que hace que no se pueda separar el derecho de la moral política.

“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 el imperio de la justicia (el 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

⁹² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit. p. 148.

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”.⁹³

Dworkin utiliza los ejemplos de la novela en cadena y el juez Hércules para explicar su teoría. Con el primero, intenta explicar la problemática del intérprete ante la situación que implica la aplicación de una norma jurídica de la cual no es el autor. La novela en cadena es un proyecto en el que un grupo de novelistas escribe una obra en serie; cada autor de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. La idea es que cada uno de ellos escriba su capítulo para completar mejor la novela. El objetivo es mejorarlo cada vez, tanto como tomar una decisión adecuada en un caso difícil.

Asimismo, plantea la tarea de completar, sin conocer el final, el relato *Un Cuento de Navidad*, lo cual no es sencillo debido a las diferentes variaciones que se originan de las diferentes interpretaciones. Para controlar esta variante, Dworkin establece que se debe cumplir con la *dimensión de la concordancia*, es decir, conservar la fidelidad al texto del proyecto y la finalidad última. Asimismo, se debe respetar la *dimensión interpretativa* para conservar fidelidad, en caso de que las interpretaciones estén muy alejadas del texto original.

Este proceso muestra que se puede obtener una diversidad de decisiones complicadas con resultados diferentes que son producto de técnicas correctas, es decir, las variantes no tienen que ver con los métodos utilizados, sino con las diferentes interpretaciones que del texto ha hecho cada uno de los novelistas.

El Juez Hércules es un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia fuera de lo normal que se enfrenta a una serie de casos difíciles provenientes de la jurisprudencia norteamericana. Para lograrlo utiliza el método de la novela en cadena. En este sentido, cada decisión es un eslabón de una cadena y tiene como tarea la interpretación acorde a sus criterios de moralidad política.

Debe discernir entre los derechos que le corresponden a cada una de las partes en el juicio, tratando de lograr un equilibrio y llegar a una solución guiándose por su sentido de la integridad evitando los principios abstractos. Interpretar con integridad se refiere a la resolución de casos difíciles a partir de la búsqueda de un conjunto de principios cuya coherencia entre principios y obligaciones logre la mejor interpretación que coincida con el entorno socio-político. La integridad a la que se refiere Dworkin implica que todas las decisiones judiciales sean coherentes con los derechos políticos y morales, buscando los ideales de imparcialidad y justicia.

“Ningún juez mortal puede o debería tratar de articular su teoría de trabajo instintiva o hacer esa teoría tan concreta y detallada que no fuera necesario pensar nada más en ningún caso. Debe considerar provisorio cualquier principio general o método práctico que haya seguido en el pasado y estar preparado para abandonarlos en favor de un análisis más sofisticado cuando la ocasión lo requiera. Estos serán los momentos de especial dificultad

⁹³ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, op. cit. p. 289.

para cualquier juez, pedir nuevos juicios políticos que pueden ser difíciles de elaborar. Sería absurdo suponer que siempre tendrá a mano las convicciones de moralidad política necesarias para tales ocasiones. Los casos muy difíciles lo obligarán a desarrollar su concepción del derecho junto con su moralidad política en una forma que se apoyen mutuamente. Sin embargo, es posible que cualquier juez enfrente cuestiones nuevas y desafiantes como una cuestión de principio, y esto es lo que el derecho como integridad le exige. Debe aceptar que al elegir por fin una interpretación por encima de otra de una línea de precedentes muy competitiva, tal vez después de pensarlo y cambiar de convicción, está desarrollando su concepción del derecho en una dirección y no en la otra. Esta le debe parecer la dirección correcta como una cuestión de principio político, y no una atracción del momento porque recomienda una decisión atractiva para el caso inmediato. En este consejo cabe la decepción, incluyendo la auto-decepción. Pero en la mayoría de las decisiones, los jueces podrán reconocer cuándo han sometido una cuestión a la disciplina que describe. Y también, reconocer cuándo otro juez no lo ha hecho”.⁹⁴

En la opinión del Dr. Juan Vega Gómez la teoría de Dworkin aporta una buena idea de interpretación Constitucional, salvo por algunas observaciones: el conjunto de principios y prácticas con los que una sociedad se ha identificado no puede admitir una sola percepción, sino una diversidad, sin esperar que todas coincidan y no es aceptable que una disidente no sea tomada en cuenta. Su idea de la novela en serie es contradictoria con su postura de evitar los métodos tradicionales de interpretación. Le brinda especial importancia a los precedentes y a la jurisprudencia como elemento esencial para la toma de decisiones, sin embargo no debe olvidar que también las

⁹⁴ Op. cit. p. 185.

normas nos brindan valiosas y diversas herramientas para la decisión judicial. Manipula de manera arbitraria la determinación de principios y directrices.⁹⁵

“El modelo de interpretación jurídica que propone Dworkin se fundamenta en el ideal político de integridad. Integridad representa en esta concepción un principio de moral política, al que junto con la realización de los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia. Así, por ejemplo, podrían surgir tensiones entre tales ideales entre sí, los que en la mayor parte de las ocasiones podrían ser solucionados en beneficio del principio de integridad. El principio de integridad tiene aplicación de igual forma tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

La integridad representa en la concepción de derecho de Dworkin el único parámetro de la interpretación. Cuando se refiere a la interpretación literaria Dworkin denomina al parámetro que sirve para interpretar un texto, como parámetro estético. Con éste Dworkin quiere poner de relieve que, la interpretación general tiene la tarea de hacer con base en el objeto de la interpretación al mismo el mejor de su género. Para la interpretación jurídica vale el mismo postulado, aunque en este caso el parámetro estético resulte de nula importancia. En cambio, la interpretación del material jurídico lo muestra al objeto desde su mejor perspectiva, sólo si se comprende como una conducta del Estado que se lleva a cabo con base en el principio de integridad”.⁹⁶

95 Ver VEGA GÓMEZ, Juan. *Seguridad Jurídica e interpretación Constitucional*. Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. **Serie Doctrina Jurídica** No. 108. [en línea]. México, 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas. [citado 27/09/2012]. p. 394. Formato PDF. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/20.pdf>.

96 ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*. [en línea], México, **Instituto de Investigaciones Jurídicas**. No. 246, Julio-Diciembre 2006. [citado 2/09/2012]. Formato PDF. p. 402. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf> ISSN 1870-8722 –desde 2007-

“...toda práctica jurídica constitucional se puede entender como el conjunto de diversas –pero análogas- aplicaciones y reformulaciones concretas de las exigencias de tres principios abstractos (los principios de justicia, equidad y debido proceso). Estas aplicaciones y reformulaciones tienen un fin común, que las justifica y explica a todas: tratar a las personas justamente. Tratar a las personas con justicia, finalmente, es tratarlas con igualdad: igualdad entre sí y, más profundamente, igualdad al trato que merece una persona por el solo hecho de ser persona. Esto podría resumirse diciendo que, para el *derecho como integridad*, el fin más abstracto del derecho es realizar la justicia. En este contexto, la condición de *encaje* de cualquier interpretación de los principios y reglas que componen una práctica constitucional es que asuma a la justicia como fin último del derecho, y a la igualdad como una condición esencial de la justicia. Una vez aceptado esto, los intérpretes podrán diferir entre sí acerca de qué es la justicia y qué es la igualdad, y el juicio de encaje determinará cuál de las interpretaciones es la que ofrece una mejor explicación de la práctica jurídica”.⁹⁷

b) La interpretación y la vaguedad.

Para Dworkin la interpretación se basa en la idea de que el derecho es más que un conjunto de normas, es una práctica social y tiene sus bases en una concepción sustantiva de la moral y la política.

“Si la regla de Dworkin eliminase la vaguedad, el argumento de Dworkin solamente establecería que la indeterminación jurídica no resulta de la vaguedad en la formulación de una norma jurídica *si tal regla de interpretación es empleado*. En realidad, los cánones de interpretación son expresados en un

⁹⁷ ZAMBRANO PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad. [en línea], México, **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, 2009, [citado 10/09/2012], Formato PDF, p. 48. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2690> ISBN 9786070208223

lenguaje vago, y tal vez no exista tal cosa como un canon preciso de interpretación”.⁹⁸

“La tesis de Dworkin de la respuesta correcta es parte de su teoría del derecho como una interpretación constructiva de la práctica jurídica de una comunidad y no descansa en su argumento de que la vaguedad es eliminable mediante principios de interpretación. En realidad, Dworkin no considera muchas de las palabras aparentemente vagas empleadas en la formulación de estándares jurídicos (*cruel, justo,...*) como vagas en absoluto, sino que las consideran como invocando conceptos que admiten diferentes concepciones”.⁹⁹

Para Hart la vaguedad en la legislación se debe a la *textura abierta* del derecho. La teoría jurídica tiende a ignorar o bien a exagerar el carácter indeterminado de las normas jurídicas. La búsqueda del ideal de precisión del derecho para evitar la vaguedad no es posible, no tampoco deseable. No podemos pensar en una regla perfecta que resuelve con antelación todos y cada uno de los casos donde cabe su aplicación, se perdería la capacidad de elección. La noción de textura abierta muestra que existen tanto zonas precisas como imprecisas en el significado de las reglas. Un ámbito de certeza en los casos claros y una zona de penumbra en los casos dudosos.

La textura abierta del lenguaje se refiere a que siempre hay límites derivados de su misma naturaleza, no sólo en las reglas sino también en su aplicación no jurídica. En el derecho el límite es la textura abierta. Para tomar una decisión donde varían tanto circunstancias como intereses que se

⁹⁸ ENDICOTT, Timothy. *Ronald. Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 19. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Alicante, España, 1996. p. 382.

⁹⁹ *Ibíd.*

conflictúan por lo que resulta necesario distinguir las reglas precisas de las vagas.

“Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar”.¹⁰⁰

El lenguaje legislativo tiene una textura abierta por la sencilla razón de que no podemos predecir el futuro, somos seres humanos con limitaciones. Por lo tanto, al redactar las reglas surge una indeterminación de propósitos y de variantes circunstancias que impiden anticipar cada uno de los casos que pudieran presentarse. Para Hart la vaguedad en la legislación no es un rasgo positivo ni negativo, simplemente existe y se debe comprender de manera óptima cómo funciona para manejarlo de la mejor manera posible.

Asimismo Endicott estima que la resolución de los casos enfrenta diversas dificultades, los jueces deben tomar sus decisiones de la mejor manera posible, pero no es tan sencillo. No pueden darle el mismo trato a todas las situaciones por similares que parecieran. El derecho es indeterminado y se manifiesta a través de recursos lingüísticos y no lingüísticos que por su complejidad no brindan una sola respuesta correcta. Para Endicott la vaguedad es una característica indispensable del Derecho y una fuente clave de la discrecionalidad judicial. Existe una indeterminación jurídica cuando en la aplicación del derecho no existe una única respuesta correcta y la indeterminación lingüística que se refiere a una falta de claridad lingüística. La indeterminación es una característica del derecho aplicado a casos particulares

¹⁰⁰ Op. Cit., p. 157

y la vaguedad es una característica del Derecho, especialmente de las expresiones lingüísticas.

Endicott utiliza como ejemplo la regulación de la música en Gran Bretaña donde la policía tiene facultades expresas de ordenar a los organizadores de fiestas *rave* a apagar su equipo y en caso de no hacerlo recibirán una amonestación. Esto también es aplicable a reuniones donde se utilice música amplificada que por el alto volumen y el tiempo de reproducirla cause *perturbaciones serias* al descanso de los habitantes. De este ejemplo surgen muchas preguntas: ¿qué es música?, ¿cuáles serían los trastornos serios que puede provocar en el descanso de alguien?, ¿con qué parámetros puede la autoridad medir las consecuencias de las molestias para poder aplicar una sanción? “Si no hay una delimitación precisa en la aplicación de la expresión *perturbaciones serias*, entonces el declarar a un organizador culpable en un caso y no en el siguiente parece ser algo arbitrario. Un tribunal debe ser capaz de justificar sus decisiones, pero ¿cómo un cambio trivial en el volumen de la música puede justificar la diferencia entre declarar a alguien culpable o absolverlo? Si los casos similares deben ser tratados de manera similar, entonces el tratamiento que el Derecho da a dos casos no debe ser materialmente diferente cuando no existe una diferencia material entre ellos”.¹⁰¹

Debido a la estructura abierta de la ley es inevitable que exista la vaguedad, lo cual no es negativo, sino más bien necesario. La aplicación de palabras vagas implica la aparición de dudas y de desacuerdo cuando se ha concretado dicha aplicación. No existen reglas claras para determinar los límites en su aplicación, tienen diferencias que pudieran parecer insignificantes, pero que pueden ser determinantes para la toma de una decisión en

¹⁰¹ ENDICOTT, Timothy A.O. *La vaguedad en el derecho*. Traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid. DYKINSON, Madrid, 2006. p. 101.

determinado sentido, es lo que se llama el *principio de tolerancia*. Su concepto de vaguedad se extiende no sólo a los casos presentes, sino a los futuros derivados de la aplicación del derecho. Asimismo, la vaguedad como tesis lingüística del derecho se refiere tanto al derecho legislado como a los recursos no lingüísticos del derecho.

La indeterminación jurídica existe cuando estamos ante un caso dudoso donde no tenemos una única respuesta correcta. Es decir, no todos los casos son poco claros, por lo que no se puede decir que todos los casos sean indeterminados. La fuente principal de la indeterminación jurídica es la vaguedad del Derecho legislado. No es posible eliminar la vaguedad, toda vez que significaría eliminar el lenguaje del Derecho, tanto el legislado como los recursos no lingüísticos. Para Endicott el ideal de la legislación no tiene porque ser la precisión de las reglas, porque la indeterminación y la vaguedad son necesarias para comprender mejor el derecho y la teoría jurídica, motivan a una mejor argumentación jurídica. Es decir, la vaguedad es una característica positiva del Derecho porque la precisión no siempre ayuda a tomar las mejores decisiones, leyes demasiado precisar pueden ser arbitrarias. Las formulaciones precisas de la legislación no necesariamente derivan en leyes precisas, toda vez que su aplicación en los casos concretos puede originar diversos resultados a partir de la aplicación de métodos interpretativos diferentes. Es decir, lo preciso se convierte en vago al momento de su aplicación práctica. Por otra parte, el derecho para cumplir con su finalidad y función requiere de parámetros vagos, toda vez que las regulaciones precisas no son suficientes para cumplir con su función reguladora.

“Incrementar la precisión puede *incrementar* la arbitrariedad. De modo que un incremento de la precisión no es un paso que garantice acercarnos a la

eliminación del gobierno arbitrario. Por lo que incluso si el imperio de la ley es simplemente la ausencia del gobierno arbitrario, un aumento de la precisión no necesariamente sería un paso hacia el ideal. Una ley más precisa podría concebiblemente estar más cerca del ideal o estar más lejos, o ninguna de las dos cosas. En la regulación del procedimiento penal, los legisladores se enfrentan a una compleja cuestión del arte de legislar; no se enfrentan necesariamente a la elección entre seguir el imperio de la ley con plazos limitados precisos y abandonar el ideal con una ley vaga. De hecho, en la regulación de los asuntos más complicados, tales como la violencia, la cuestión de si usar términos precisos ni siquiera surge: la regulación no puede ser precisa".¹⁰²

c) Los casos difíciles y la interpretación según MacCormick.

La tesis fundamental de MacCormick se encuentra en la obra *Legal Reasoning and Legal Theory* de 1978. Es un autor que sigue los lineamientos del *common law*. Un punto fundamental de su teoría es la persuasión. Es posible persuadir a partir de argumentos bien justificados.

Como ejemplo de un caso fácil, MacCormick utiliza el fallo del juez Lewis J. en el caso *Daniels versus R. White and Sons and Tarbard* para explicar que los jueces en ocasiones justifican de una forma más bien deductiva. El Sr. Daniels pide en una taberna a la señora Tarbard una limonada de la marca R. White and Sons, que estaba contaminada con ácido carbónico. El cliente y su esposa enfermaron. Según el *common law* se trataba de una *venta por descripción*, donde existe una condición implícita de que la mercancía vendida debe ser de calidad comercializable. El vendedor que no respeta este presupuesto debe responder por los daños y perjuicios

¹⁰² Op. cit., p. 282.

ocasionados. En este caso la vendedora fue condenada a indemnizar al cliente.¹⁰³

La justificación en los casos difíciles requiere de cumplir con el requisito de universalidad y la decisión resultante debe ser congruente con el sistema y con el mundo, ser consistente y coherente. El requisito de universalidad se refiere a que la justificación debe incluir al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio. Esto debe ser cumplido tanto por los jueces que representan una opinión mayoritaria, como los de la minoría. Una excepción a una norma general, no afecta el principio de universalidad, toda vez que son conceptos diferentes. Las excepciones pueden ser necesarias para cumplir con un principio de equidad.¹⁰⁴

La consistencia se refiere a no vulnerar el derecho vigente y adaptar a la realidad las cuestiones de prueba para que los hechos pasados que se infieran no se contrapongan con estipulaciones presentes. La coherencia normativa como mecanismo de justificación implica que el derecho tiene un carácter racional por formar parte de un orden jurídico como conjunto dotado de sentido. Sin embargo, no es siempre así, porque la coherencia depende de una racionalidad que en ocasiones los seres humanos no logran aportar. “La coherencia puede ser satisfecha por un derecho nazi que parta de la pureza de la raza como valor supremo. En definitiva, la coherencia sólo suministra una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias”.¹⁰⁵

¹⁰³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*, Teoría de la argumentación jurídica, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 109.

¹⁰⁴ Op. Cit., p. 116.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 119.

De la idea de coherencia normativa se derivan los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía, elementos importantes para resolver casos difíciles.

Para MacCormick los principios son normas generales que racionalizan reglas y que cumplen con una función explicativa-aclarativa, así como con una función de justificación. Son indispensables para justificar una decisión en casos difíciles, pero los argumentos que sustentan no son concluyentes, lo que es diferente si se tratara de reglas.¹⁰⁶

En los casos difíciles los jueces no tienen una discrecionalidad ilimitada porque tienen los límites fijados por los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias.

El autor trata de demostrar que una teoría de la razón práctica debe ser completada con una teoría de las pasiones. Intenta construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que incluya tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos. También debe contener los aspectos formales y materiales.

La argumentación práctica y la argumentación jurídica cumplen para MacCormick una función de justificación que está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados, si son conformes con los hechos establecidos y con las normas vigentes. Justificar una decisión jurídica se refiere a dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 121.

MacCormick hace una distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y sitúa su teoría de la argumentación jurídica en este segundo ámbito. Esto no quiere decir que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que al mismo tiempo, es también descriptiva. No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones una decisión jurídica puede considerarse justificada, sino que pretende además que las decisiones jurídicas se justifican de acuerdo con dicho modelo, tomando como objeto de estudio las decisiones publicadas por los tribunales de justicia británicos.

Según MacCormick, las decisiones de los jueces británicos tienen diversas ventajas. En primer lugar, las decisiones se toman por mayoría simple y cada juez tiene que escribir su fallo, a diferencia de la práctica usual en sistemas del *common law* como el estadounidense, en donde el ponente redacta una sentencia que expresa el parecer del tribunal en su conjunto, lo que permite una visión más clara y completa de las posibles soluciones en cada caso concreto. Asimismo, la ausencia de una carrera judicial hace que los jueces se recluten entre los propios abogados, lo que lleva a que aquellos asuman un estilo menos impersonal y que refleja con más intensidad el hecho de que la argumentación jurídica es esencialmente una controversia.

En cuanto a la justificación de las decisiones el autor opina que ésta es una referencia a premisas normativas, sin embargo las premisas normativas últimas no son el producto de un proceso de razonamientos lógicos

“Los principios cumplen otras funciones, tanto en el argumento universal como en el llamado argumento consecuencialista. En el argumento universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, desarrollado por MacCormick, el intérprete 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 o la justicia. El argumento consecuencialista adquiere su más importante relieve en aquellos casos en donde es plausible proponer acogerse a aquella decisión que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, siempre y cuando los distintos fines valiosos se encuentren en el sistema”.¹⁰⁷

MacCormick sostiene que la lógica determina la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez como tal. En este tenor, la orden de un juez o de un tribunal condenando a una parte a pagar una cierta cantidad de dinero no es ya un producto lógico, aunque lo que justifique dicha decisión sea precisamente un razonamiento lógico deductivo. Para aclarar esto, explica que la expresión lógica puede usarse en dos sentidos distintos. El primero es el sentido técnico *lógica deductiva* donde el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, en consecuencia las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias. En el otro sentido, lógica equivale a justa. Sería ilógica o injusta una decisión inconsistente con directrices o principios alejados del sentido común.

El Derecho o el razonamiento jurídico puede no ser lógico en el segundo sentido, pero sí en el primero. Una decisión jurídica tiene cuando menos que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa, en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente para la segunda.

“... la idea de universalizabilidad ha sido considerada como una característica de la racionalidad de la argumentación jurídica. Neil MacCormick la ha analizado amplia y claramente, desde el punto de vista de la naturaleza

¹⁰⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, op. cit. p. 118.

orientada hacia fines propia del derecho. De acuerdo con la idea básica de MacCormick, la argumentación orientada a fines (argumento consecuencialista) está inevitablemente entrelazada con la consistencia (coherencia) representada por reglas y principios: ... *en casos difíciles hay un juego recíproco complejo entre consideraciones de principios, argumentos consecuencialistas y puntos discutibles de la interpretación establecida de las reglas válidas*. Desde el punto de vista de MacCormick, hay poco que agregar; esto es claro teóricamente e ilustra las situaciones de toma de decisiones en la práctica”.¹⁰⁸

La interpretación jurídica.

MacCormick elabora una teoría descriptiva y prescriptiva de la argumentación. Existen reglas del procedimiento para lograr una corrección argumentativa: se debe partir siempre de un principio o regla universal; buscar darle consistencia a la decisión con el derecho válido y los hechos; que la decisión sea coherente en el plano normativo y narrativo –debe contar con un buen nivel de racionalidad argumentativa-, también la resolución debe tener relación con los bienes jurídicos tutelados, en su relación con el entorno.

Según MacCormick las interpretaciones *contra legem* deben estar debidamente justificadas y analizarse con mucho cuidado. Son viables cuando existe una contradicción lógica o absurdo axiológico ineludible que atente contra la justicia o los principios jurídicos.

Para MacCormick la interpretación jurídica es una forma de argumentación práctica, mediante la cual se argumenta a partir de la comprensión de determinados materiales jurídicos que cuentan con autoridad

¹⁰⁸ AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (compiladores). **La normatividad del derecho**, op. cit. p. 77.

dentro del sistema legal y que pueden ser utilizados para justificar en un caso particular una decisión jurídica.¹⁰⁹

“El ámbito de la interpretación es un corolario inevitable del ámbito atribuido a las razones de autoridad en los argumentos jurídicos. Pues, la norma emanada en una fuente autoritativa del derecho debe entenderse antes de ser aplicada. Consecuentemente, en un sentido amplio del término interpretación, toda aplicación de una razón de autoridad requiere algún acto de interpretación, pues uno debe formarse una idea de lo que el texto dotado de autoridad requiere para poder así aplicarlo, y cualquier acto de comprensión del significado puede considerarse como consistente en una interpretación”.¹¹⁰

Para MacCormick la interpretación en sentido estricto significa tener algún tipo de duda sobre lo que significa o la forma en que debe aplicarse determinada información y acto seguido, de acuerdo a la situación particular, elegir el significado más razonable para resolver dicha duda. Puede haber diferentes opciones de interpretación, la que hemos elegido deberá estar sustentada en argumentos.

Para justificar las interpretaciones, que son en realidad razones para las decisiones, es importante conocer los diferentes tipos de argumentos interpretativos:

Argumentos lingüísticos: Con un significado ordinario, que se refiere a usos del lenguaje que resultan obvios y de comprensión simple. Con significado técnico, cuando se trata de vocabulario especializado.

¹⁰⁹ Ver MACCORMICK, Neil. *La argumentación y la interpretación en el derecho*. **Maiatza Abutyua, Revista Vasca de Administración Pública** No. 36 Mayo-Agosto 1993. Oñati, España. p. 201.

¹¹⁰ Op. Cit., p. 205.

“La recepción de argumentos lingüísticos podría justificarse en una apelación a principios; por ejemplo, el principio que el lenguaje debe utilizarse por el legislador y debe ser entendido por el ciudadano de un modo directo, claro y no ambiguo. El respetar este principio evitará el que los jueces den retrospectivamente un nuevo significado a los textos legislativos cuando ello lleve a desventajas para los ciudadanos, y de este modo se realizará un principio de justicia más fundamental”.¹¹¹

Argumentos sistémicos: Se debe apreciar el sistema jurídico como un todo coherente a partir de una interpretación constructiva que le brinde una lógica *inteligibilidad* a su forma y contenido. Es importante el ideal de coherencia sistémica para comprender mejor el conjunto normativo en su forma sistémica. Es decir, para otorgarle significado a una norma, es necesario tomar en cuenta el contenido de otras disposiciones insertas en el contexto jurídico.

“El argumento a partir de la coherencia es un suplemento necesario para el argumento teleológico y el argumento deontológico en cualquier contexto en el que se considere que exista una buena razón para recurrir a una pluralidad de normas tomadas como totalidad y no simplemente como objetivos o principios aislados y puntuales”.¹¹²

Argumento teleológico/deontológicos: Los argumentos teleológicos en la interpretación jurídica deben atender a la finalidad u objetivos de las normas, tomando en cuenta que la creación legislativa ha sido realizada de modo racional en un particular contexto histórico. La idea es descartar cualquier interpretación que impida conseguir la máxima finalidad de justicia y racionalidad.

¹¹¹ Op. cit., p. 209.

¹¹² Op. cit. p. 211.

Por otra parte, la argumentación deontológica se sostiene en la perfecta observancia de los principios de justicia y rectitud. “La intención de actuar de una manera justa puede siempre imputarse al legislador considerado como un ente creador de derecho idealmente racional, y las concepciones particulares de la justicia frecuentemente se pueden imputar razonablemente al legislador histórico concreto”.¹¹³

3. Los principios como directores de decisiones judiciales justas.

Los derechos fundamentales se encuentran entrelazados unos con otros en el ordenamiento jurídico y se relacionan estrechamente con otros bienes jurídicamente protegidos, de tal manera que suele suceder que en un caso concreto tanto los derechos fundamentales colisionen entre sí o bien lo hagan con otros bienes constitucionalmente tutelados.

Los derechos fundamentales son normas básicas del ordenamiento jurídico y para el órgano jurisdiccional no es sencillo solucionar una colisión de principios, toda vez que no existe una regla determinante para establecer los contenidos y alcances de uno y de otro. No basta una simple delimitación material del contenido de cada derecho, a veces tampoco basta sólo la visión jurídica del problema sin la atención de los aspectos sociales, morales y políticos del caso en cuestión.

Cuando en un mismo sistema jurídico, ante un caso concreto, dos o más normas establecen consecuencias jurídicas incompatibles, de tal manera que no pueden acatarse ambas al mismo tiempo estamos en presencia de una

¹¹³ Op. cit., p. 212.

antinomia. Este tipo de situaciones se presentan de manera frecuente, toda vez que el derecho se produce en tiempos cambiantes y responde a diversos intereses y diferentes posturas ideológicas y políticas.

“... los jueces no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente cuando no existe una regla aplicable a la situación (laguna axiológica); o sea, se trata –en este segundo caso- de supuestos en los que la pretensión de la regla de servir como razón concluyente o excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo.

La aplicación de principios para resolver casos concretos no puede tener lugar, sin embargo, 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 o de otras 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; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los dos anteriores modelos: el subsuntivo o el finalista”.¹¹⁴

Sería una lógica de todo sistema jurídico la perfección del mismo, de manera que no existieran antinomias o que éstas no fueran tan frecuentes. Al no ser así la realidad jurídica, es exigible la solución de las incompatibilidades normativas. En una colisión entre dos reglas jurídicas la solución es que una de las dos o ambas son eliminadas. Sin embargo, tratándose de derechos fundamentales la solución no es simple, toda vez que son normas de igual

¹¹⁴ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 168

jerarquía y constituyen la base material del ordenamiento jurídico, son la esencia y la columna vertebral que sostiene el sistema.

Hay antinomias de fácil solución, como cuando las normas involucradas presentan condiciones de aplicación cerradas o suficientemente perfiladas. Los conflictos normativos que se presentan entre sí suelen resolverse con los criterios tradicionales de solución de antinomias: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Se dice que es una antinomia abstracta porque es posible constatar la antinomia y adelantarnos a su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto. Al mismo tiempo, se dice que es un caso de antinomia propia del discurso de validez porque su solución implica que alguna norma es inválida a menos, claro está, que opere como excepción permanente frente a otra.

Otro tipo de antinomias se presentan cuando las condiciones de aplicación de las normas involucradas no aparecen cerradas o suficientemente perfiladas, al punto que no es posible definir en abstracto la contradicción ni conocer por adelantado los supuestos o casos de aplicación. Por eso se dice que son antinomias en concreto o propias del discurso de aplicación porque sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos a favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto.

En este tipo de antinomias las condiciones de aplicación de las normas involucradas no aparecen cerradas o suficientemente perfiladas, por lo que no se cuenta con una regla segura para resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre sí. Esto sucede frecuentemente entre normas del mismo nivel jerárquico que, además, carecen de supuesto de hecho o condiciones de aplicación o han sido formuladas de tal manera que no es posible establecer cuál de ellas es una excepción frente a la otra. Son situaciones tan complejas

que no permiten la aplicación del criterio cronológico, jerárquico ni el de especialidad, de tal manera que se deben aplicar otras técnicas para resolver los conflictos.

“... una cuestión substantiva importante se refiere a la naturaleza básica diferente de las situaciones conflictivas entre reglas y principios. Nos encontramos, una vez más (pero en un contexto nuevo), con la oposición entre lo formal y lo substantivo (*evaluativo*). El conflicto entre reglas se resuelve de acuerdo con criterios formales, independientemente de su contenido, valor o peso. Hay tres criterios formales, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat legi priori*. La situación correspondiente referida a principios se resuelve sobre la base de la *dimensión del peso*, es decir, sobre la base de la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto al otro, cuando se aplican en la práctica. Es este aspecto lo que hace que los principios jurídicos sean un fenómeno *paralelo* a los principios morales.

Aún así, el derecho no es lo mismo que la moral. Los principios jurídicos *no son idénticos* a los principios morales. La idea de Dworkin de la inseparabilidad del derecho y la moral debe tomarse con ciertas reservas (... *no se puede realizar una distinción última entre pautas jurídicas y morales, tal como insiste el Positivismo*). Esto ocurre porque el derecho es moralidad institucionalizada. Los elementos evaluativos que se vinculan con los principios jurídicos están limitados y guiados por ciertas condiciones institucionales”.¹¹⁵

Los conflictos entre los derechos fundamentales, o entre éstos y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, son casos de antinomias concretas o propias del discurso de aplicación. La incorporación de

¹¹⁵ AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (compiladores). **La normatividad del derecho**. op. cit. p. 71.

los mencionados derechos y bienes jurídicos a la Constitución los convierte en normas jurídicas de igual jerarquía y al contar con condiciones de aplicación abiertas hace que las situaciones de colisión que eventualmente se pueden producir entre sí no pueden ser solucionadas de manera abstracta, y mucho menos con los criterios tradicionales de solución de antinomias, sino que deben ser resueltas en cada caso concreto mediante técnicas especiales.

Las situaciones de colisión de los derechos fundamentales no afectan la noción de sistema jurídico, pues el conflicto no se presenta en abstracto o en el plano de la validez, sino, eventualmente, en el plano de la aplicación a los casos concretos; por lo tanto, sí es posible hablar de conflictos de derechos fundamentales sin afectar la idea de sistema. Por tratarse de antinomias en concreto o propias del discurso de aplicación, las situaciones de colisión de derechos fundamentales no pueden resolverse en abstracto, ni mucho menos eliminando alguno de los derechos o bienes jurídicos en conflicto pues, además de ser normas de igual jerarquía, son normas básicas materiales del ordenamiento; dichos conflictos deben resolverse en cada caso concreto, siendo posible que la solución que se adopte sea distinta a la que se siga en otro caso concreto a pesar de que los derechos y bienes jurídicos involucrados sean los mismos.

Un Estado de Derecho está fundado sobre la plataforma de respeto a las leyes y por consecuencia al principio de legalidad, de esta manera la aplicación de los principios en la decisión judicial se muestra de una manera clara sustentada en la jurisdicción vigente. Toda vez que nuestra Constitución en el devenir histórico ha incorporado derechos fundamentales y principios que garantizan la dignidad del ser humano se plantea la necesidad de resolver situaciones donde dichos principios entran en conflicto y los jueces requieren

de nuevas modalidades para lograr una interpretación y argumentación que los acerque de una manera real a la impartición de justicia.

La importancia de los principios constitucionales se concreta al lograr que los valores más preciados del ser humano logren un sentido positivado en la realidad social y por otra parte brindan la posibilidad de obtener decisiones fundamentadas racionalmente que legitiman la actuación del poder judicial.

“...se ha llegado al convencimiento de que los organismos judiciales realizan una labor creativa y no simplemente aplicadora de las normas jurídicas, y por ello se ha llegado a la idea del juez director del proceso.

El juez pasivo, simple espectador de la contienda, se transforma en un funcionario activo y dinámico, director del juicio que no se abandona a la iniciativa de las partes, sino que las conduce hacia una solución más justa del conflicto.

Claro que esta transformación tiene sus peligros, ya que se puede alcanzar el extremo opuesto, del dictador del proceso, con lo cual se retrocedería hacia el viejo proceso de la inquisición, en el cual las partes no son sujetos sino objetos del proceso”.¹¹⁶

Es mediante la actuación de los jueces que se hace plausible la vida normativa y activa de los principios, son ellos quienes al aplicarlos y plasmarlos en sus argumentos cumplen con la exigencia de control constitucional y con el clamor de justicia de los ciudadanos.

¹¹⁶ KAPLAN, Marcos (Compilador). *Estado, derecho y sociedad (Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos* por Héctor Fix Zamudio 87-137). **Enseñanza del Derecho y Material Didáctico**, Núm. 3, México 1981, p. 134.

Esta actividad tan importante es como una vacuna poderosa que protege la existencia de la sociedad y su salvaguarda dentro de un marco constitucional y garantiza la prevalencia de la fuerza normativa de la Constitución. La necesidad de argumentar conforme a principios abre la puerta para contar con una verdadera instancia que brinde a la sociedad la posibilidad exigible de una decisión más justa y debidamente justificada.

Según Robert Alexy a la decisión jurídica que resuelve un conflicto, en ocasiones no es posible darle un seguimiento lógico por los inconvenientes que se derivan de la vaguedad del lenguaje jurídico, conflictos normativos particulares, situaciones para cuya solución no existe norma vigente y la complejidad adicional cuando es necesario, en casos especiales, decidir en contra de una norma vigente aplicable.¹¹⁷

Nuestra Constitución incluye, tanto normas que exigen la realización de conductas como otras que limitan o prohíben la ejecución de otras, su trascendencia social e histórica está vinculada directamente a su contenido axiológico y es esta característica la que le da sentido y lo que impide que sea letra muerta.

Es necesario que los presupuestos axiológicos que representan los valores que consagra la Carta Magna se concreten en la aplicación de principios y que sean las directrices en la toma de decisiones del juzgador, es decir, que se conciba en el Poder Judicial, pero que trascienda a todo el sistema jurídico e impregne a todos los órganos de poder. De esta manera tanto la visión como la imagen del poder ante la sociedad tendrá otra apreciación, la administración de justicia inspirará más confianza en la medida que las instituciones jurídicas brillen por la presencia de los principios en cada

¹¹⁷ Ver ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 23.

acto y cada decisión en la que se vean involucrados los derechos más preciados de los ciudadanos.

“Si prescindimos de los problemas suscitados por la ineficacia de una jurisdicción dotada de escasos medios personales y materiales para realizar su labor, y trabada en ocasiones por unas reglas procedimentales inadaptadas a las exigencias de la sociedad contemporánea, la problemática del ejercicio de la jurisdicción en la actualidad responde, en gran medida, a las luchas políticas por la implantación de las garantías de independencia judicial y por la salvaguarda de los derechos del justiciable. Así, las aspiraciones a una mayor independencia (especialmente por lo que respecta al autogobierno de la judicatura) chocan contra la resistencia de los otros poderes del Estado, que miran con desconfianza un posible *descontrol* de los jueces. Por otro lado, los derechos del individuo pueden verse amenazados por una función jurisdiccional a la que se le ha asignado la represión de conductas delictivas que el poder ejecutivo es incapaz de erradicar mediante el desarrollo de políticas adecuadas: la reiteración de pequeños hurtos que alimentan el sentimiento de inseguridad ciudadana, el tráfico y consumo de estupefacientes, el terrorismo, etc. La eficacia de la jurisdicción en la lucha contra este tipo de delitos choca a veces con la garantía de los derechos individuales.

Pero el gran debate sobre la jurisdicción en la actualidad se debe fundamentalmente a la quiebra del imperio de la ley en su versión positivista, quien dio lugar a una interpretación legalista del derecho y que ahora ha alumbrado una concepción de la ley más impregnada de política, de ética y de historia, es decir, una sustitución de la ley por el derecho como fuente de las decisiones jurisdiccionales”.¹¹⁸

¹¹⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto/J. Laporta, Francisco. *Jurisdicción* por Modesto Saavedra López (221-229), Trotta, Madrid 2000, p. 228.

Si lo que nuestra sociedad necesita es seguridad –en todos los sentidos-, debemos empezar por fincar dicho valor desde los cimientos, es decir, desde las instituciones jurídicas, siendo tarea de los responsables de administrar justicia que sea una realidad la confianza en sus instituciones y en sus actores jurídicos.

Debido a las lagunas jurídicas, la complejidad de trámites burocráticos en la administración de justicia, la falta de compromiso personal y profesional del personal a cargo e innumerables obstáculos que se tienen que enfrentar para obtener justicia, se ha creado un clima de inseguridad, insatisfacción, desconfianza hacia la autoridad y lo que ella representa por lo que el ciudadano necesita no sólo sentencias de acuerdo a la ley, sino una argumentación sólida de las decisiones.

“El carácter normativo se lesiona porque la Constitución deja de ser una norma de trabajo para toda autoridad judicial y administrativa. Sólo unos cuantos — los miembros de la Suprema Corte— están en condiciones de aplicarla y de interpretarla. Las autoridades se desvinculan de la Constitución y no ven en ella una norma sino un documento político-social. Se disminuye la lealtad a la Constitución, la legalidad secundaria sustituye y abarca el universo del ordenamiento jurídico, y los valores, reglas y principios constitucionales sólo son vinculantes para jueces y autoridades de una manera indirecta.

La jerarquía de las normas se rompe pues hay que seguir un camino indirecto y ajeno a la propia autoridad para determinar si se cumplió con el principio de jerarquía o si fue desatendido. Mucho menos puede hacerse un juicio sobre la ponderación en caso de conflicto entre normas y principios constitucionales. El juez común y la autoridad administrativa son menores de edad sin capacidad para entender, aplicar e interpretar la Constitución. El principio de jerarquía normativa en nuestro país es una ilusión para la mayoría de las autoridades.

Un concepto clave para el Estado de derecho consiste en que los jueces y autoridades apliquen el derecho válido. Ese postulado es de difícil realización en México. Los jueces comunes y autoridades administrativas no saben si la norma que aplican es válida, o lo peor, a sabiendas que es inválida tienen que aplicarla, pues no tienen el poder, por lo menos así lo dice el dogma, para apartarla aún en el caso de que sea evidentemente contraria a la Constitución. El conjunto de nuestros jueces y funcionarios no pueden tener un papel crítico con su derecho, ni un compromiso con su actuación, son autómatas que suelen pronunciar mecánica y maquinalmente las palabras de la ley”.¹¹⁹

Es el juez la pieza fundamental de esta construcción dentro de nuestro sistema democrático, de esta manera será posible que la sociedad confíe la resolución de sus asuntos en el aparato judicial con el convencimiento real de que se actuará con justicia y aún cuando no obtenga una sentencia a su favor quede convencido que la autoridad cumplió cabalmente con su deber y que el hecho de no haber sido favorecido no tiene nada que ver con intereses particulares del juzgador ni con influencias externas de tipo político o económico, simplemente era la decisión más justa de acuerdo a derecho y a los principios constitucionales. Cuántas veces no hemos estado molestos porque alguna decisión o situación nos causa un agravio o nos causa irritación, sin embargo cuando hemos recibido una explicación coherente, racional, respetuosa e inteligente, es increíble lo que esa acción repercute en nuestra conciencia y percepción de las cosas, nuestra visión y sensación cambian radicalmente.

Para García Máynez “...el valor de la seguridad jurídica ocupa un lugar secundario frente al de la justicia, debido a que se trata de un valor funcional,

es decir, que está condicionado por lo que asegura. De lo que deduce que la seguridad jurídica no puede considerarse independiente del contenido axiológico del orden jurídico, ya que si el contenido asegurado resulta injusto, el valor de la seguridad jurídica tendrá que ser también negativo, mientras que si el contenido es justo, estará realizando un valor positivo. Dice textualmente: *No porque una injusticia sea impuesta en nombre de la seguridad o como garantía de paz, dejará de ser una injusticia. La paz verdadera, la seguridad genuina y el orden estable sólo pueden florecer intramuros de un Estado justo.* Por lo cual concluye que, lejos de existir una relación antinómica entre justicia y seguridad, existe una relación de complementariedad, en el sentido de que tanto la justicia necesita de la seguridad jurídica para realizarse como la seguridad jurídica requiere realizar la justicia para ser un valor y no un antivalor”.¹²⁰

Es parte de nuestra naturaleza buscar la seguridad, es una necesidad la protección de nuestros bienes jurídicos para conservar un orden en la convivencia social y para mantener la existencia de nuestro sistema jurídico, de tal manera que los encargados de la toma de decisiones deberán lograr el mejor equilibrio de las garantías individuales y el bien común, para lograrlo no sólo se requiere una formación y experiencia profesional en la materia, sino una sensibilidad especial para que los pesos en la balanza sean acomodados adecuadamente. Si a esta complejidad le agregamos que su actividad no está libre del aspecto político las cosas se tornan aún más difíciles para cumplir con las exigencias dentro del marco axiológico, es una situación de la que no se

¹¹⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, UNAM-IIJ, Núm. 119, mayo-agosto 2007, Nueva Serie, Año XL, México 2007, p. 13.

¹²⁰ TORRE MARTÍNEZ, Carlos DE LA. *La recepción de la Filosofía de los Valores en la Filosofía del Derecho*. UNAM, México, 2005, p. 298.

puede aislar el poder judicial, toda vez que sus decisiones trascienden a todo el aparato estatal y al ejercicio de las funciones de los otros poderes.

“La aplicación del derecho es un silogismo, pero la formulación de las premisas exige un compromiso personal del juez, que en multitud de casos habrá de optar por unos u otros supuestos normativos de entre los permitidos por la complejidad del ordenamiento jurídico. Siempre ha sido así, pero ahora es cada vez más innegable debido a la ampliación de los límites del derecho.

Dado el protagonismo que ha asumido en la actualidad la judicatura en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, los problemas fundamentales que se le plantean son los que resultan de la necesidad de ‘orientación ideológica y de control democrático. La orientación ideológica trataría de reconstruir los vínculos entre el orden jurídico y los ideales de justicia, generalmente constitucionalizados, a los que debe responder siempre el derecho: problemático es, en este sentido, el contenido de los valores fundamentales, el alcance de los derechos subjetivos, la relación entre el derecho y la moral, etc. El control democrático, a su vez, trataría de reconstruir los vínculos entre el orden jurídico y la soberanía popular. Como en cuestiones ideológicas no hay pautas objetivas, el problema crucial es este último. Y la pregunta que hay que formular es si se precisa alguna corrección de la forma en que han sido plasmados los principios liberales que en teoría parecen responder a las necesidades de legitimidad del Estado democrático. Concretamente, ¿cuál debe ser la intervención de la sociedad en el control de la actividad y de la organización judiciales? El problema del jurado se inserta de lleno aquí, así como el de la elección o designación de los jueces, la relación entre la opinión pública y de la justicia, o la intervención de los otros poderes del Estado (democráticamente representativos) en el gobierno del poder judicial”.¹²¹

¹²¹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto/J. Laporta, Francisco, op. cit. p. 228.

No se plantea la idea de un poder judicial totalmente alejado de las cuestiones políticas, pero sí de una instancia comprometida con los valores y principios constitucionales que tome en cuenta todos y cada uno de los bienes jurídicos que entran en juego en un caso concreto y que sea capaz de exponer de manera inteligente y convincente sus argumentos brindando un aura de confianza y el buen sabor de la justicia en sus destinatarios y en la sociedad misma.

“Pero el juez no es ni una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al conjunto del orden jurídico y que tiene frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos. Se objeto a esto, por ejemplo, que la sentencia no crea Derecho porque el juez no queda coactivamente obligado por ella; a lo que se puede responder, como con gran agudeza lo ha hecho CARLOS COSSÍO, que esta objeción se refiere a otra cosa: ‘Se refiere a la falta de coacción derivada de una sentencia respecto de otro acto de sentenciar, lo cual significa pensar en una norma general; la sentencia obliga coerciblemente al juez a respetar la posición de Fulano de Tal, que es lo único que dice la norma individualizada; no le obliga a lo que la norma no dice, y la norma individualizada de ninguna manera puede decir que en otro caso semejante el juez haya de sentenciar de idéntica manera; con esto se trataría de una norma general que vale para indefinidos casos, porque

en una sentencia tal validez el concepto de la protección normativa tendría que ser genérico y estar tomado en toda su extensión”.¹²²

La labor de los jueces debe presentarse ante los ojos de los ciudadanos como una labor de importancia loable y profesional que nos convenza de su aceptación y obediencia, debe dejar de ser lo que para muchos ha significado: un simple vocero de decisiones que ya fueron tomadas por los otros órganos de poder y que sólo son maquilladas dentro del órgano judicial para exhibirse a la luz pública, equiparable a esos artistas que simulan cantar moviendo sólo la boca.

“Juan Vega desarrolla como postulados del pragmatismo los siguientes: el texto no es el único punto de partida para efectuar la interpretación; la necesidad de valorar el presente y el futuro sin anclarse en las decisiones y modelos históricos que poco aportarán a la solución de los problemas reales; la ausencia de una imperiosa necesidad de crear modelos universales; esto es, podemos vivir sin teorías generales, y la necesidad de entender que la resolución será válida sólo para un momento determinado”.¹²³

El ejercicio de la jurisdicción basada en los principios constitucionales es la vía adecuada para consolidar nuestro sistema jurídico y lograr una que la justicia deje de ser una aspiración utópica. Si contamos con decisiones judiciales cuyos criterios argumentativos destaquen por su relevancia y congruencia sustentados en el pilar más firme de todo sistema jurídico: el marco axiológico, sólo entonces daremos el gran paso hacia un cambio de cultura jurídica que también se reflejará en una nueva cultura social.

¹²² LEGAZ Y LACAMBRA; Luis; op. cit., p. 576.

¹²³ NIETO, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, una propuesta garantista*, **Serie doctrina jurídica**, Núm. 155, UNAM, México, 2005, p. 304.

“La persona se encuentra en una crisis, tanto en relación con los otros seres humanos como con la naturaleza. Como las relaciones entre las personas son reguladas en una forma importante por las normas jurídicas, ni la ciencia que estudia las normas jurídicas ni la administración de justicia pueden ser consideradas como cuestiones marginales. Esto es así porque, especialmente en las culturas jurídicas occidentales, la fe en las autoridades ha experimentado una fuerte merma en comparación con las décadas anteriores. Este fenómeno vale tanto con respecto a las autoridades seculares como religiosas. Hay numerosas y diferentes razones de este cambio de actitud. Como ejemplo podríamos indicar el explosivo aumento del conocimiento científico, el aumento del nivel de educación y la secularización general que resulta del desarrollo social. La gente simplemente no cree ya en nada...Lo esencial es que recordemos qué es lo que ha reemplazado la fe en las autoridades: la exigencia de que las opiniones sean justificadas. La exigencia de la justificación fáctica ha desplazado a la fe en el poder mismo.

Sin embargo, el derecho en tanto tal no es siempre una razón suficiente, a pesar de que, especialmente en el sistema del derecho legislado, juegue un papel especial como base de la justificación de la interpretación jurídica. Muy a menudo, la justificación se refiere –y tiene que referirse- a diferentes tipos de razones materiales, o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones. Dicho brevemente: existe una combinación entre derecho y moral. Este mismo rasgo impone condiciones especiales a la teoría moderna de la interpretación jurídica”.¹²⁴

¹²⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, op. cit., p. 15.

Nuestra actual Constitución –que ha tenido cientos de reformas- a lo largo de su historia es un texto más complejo de lo que nos imaginamos, no tanto por su contenido que simple vista parece tan claro, sino por sus alcances y por su aplicación práctica.

“Los órdenes jurídicos modernos no se legitiman en la intervención divina, se legitiman a través del mito de un momento fundacional en que la voluntad del soberano (en nuestro caso el pueblo) tiene su expresión originaria. En el caso de México el momento fundacional es la Revolución Mexicana que culmina en la Constitución de 1917.

Lo particular del caso de México consiste, a mi juicio, en la cultura política que dominó en las décadas posteriores al momento fundacional. El discurso oficial (el que aprendimos en los libros de historia de primaria y el que escuchábamos en los discursos políticos y en las ceremonias oficiales) consistía en sostener que la Revolución no había terminado, sino que continuaba vigente. Según esta interpretación de nuestro universo político, la Revolución había pasado de la fase *armada* a la fase *institucional*. Así, la Revolución era continuada, y como tal, la acción política constante.

Dentro de este esquema, al orden jurídico se le remitía a segundo plano. El derecho quedaba subordinado a la coyuntura política y debía adaptarse a ella en lugar de que ésta quedara encausada y delimitada por aquél. La Revolución era la Revolución hecha partido; el Partido, partido hecho gobierno. Así, la ley y el derecho quedaban subordinados al actuar del gobierno. Si el proyecto político no cabía en el marco constitucional frecuentemente se modificaba la Constitución, se le reinterpretaba hasta dejarla irreconocible o bien se le ignoraba.

En resumen coexistían y coexisten dos visiones del Derecho a diferentes niveles de análisis y en diferentes ámbitos. Por un lado, se

subordina la ley a la acción, por el otro, se legitima la aplicación judicial del derecho bajo el postulado de que los jueces únicamente aplican un derecho previamente existente utilizando la dogmática jurídica como si fuera una ciencia cognoscitiva”.¹²⁵

Debido a reformas mal enfocadas o realizadas para cumplir con caprichos políticos o económicos nuestra Carta Magna arrastra errores que provocan contradicciones y colisiones de principios ante la realidad jurídica, los intérpretes y actores judiciales se enfrentan a la escabrosa labor de desentrañar qué es lo que quiso decir el legislador cuando estaba inspirado por la musa creadora de la ley.

Toda vez que nuestra sociedad ha estado evolucionando de manera rápida y constante, algunas veces para bien y otras no tanto –haciendo alusión a la gran pérdida de valores sociales que se han deteriorado como la honradez, la sinceridad, la solidaridad, el respeto a los demás, la nobleza, entre otros-, es necesario –urgente- un cambio desde la piedra angular de las instituciones para mover las conciencias ciudadanas y recuperar mucho de lo que se ha perdido. Debe existir una coincidencia entre nuestra Constitución como rectora de nuestra vida jurídica y la realidad social.

“... la seguridad jurídica en sentido material es el resultado de la ponderación de valores (incluyendo el de la propia seguridad) con otros elementos, a fin de que la predecibilidad de las resoluciones provenga, no ya de la letra fría de la ley, sino de principios del ordenamiento jurídico y otro tipo de cualidades morales externas a éste.

¹²⁵ MADRAZO; Alejandro. *Estado de Derecho y Cultura Jurídica en México*. (203-223), **ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, ITAM, Número 17, octubre, México, 2002, p. 211.

Esta ponderación y este sentido de seguridad jurídica material se justifica en el hecho de que en las sociedades complejas los ciudadanos no sólo desean saber cómo se fallará en los asuntos que presentan, sino que también desean que esa resolución sea aceptable desde un punto de vista moral”.¹²⁶

La armonía y la justicia en nuestra vida diaria es directamente proporcional a la fuerza normativa de nuestra Ley Suprema y toda vez que el poder se ejerce sustentado en un limbo, que está en algún lugar -pero no en la ley-, la sociedad imita lo que sus gobernantes hacen: crean sus propias reglas, se hacen justicia por su propia mano –por ejemplo los linchamientos de supuestos delincuentes por parte de ciudadanos enardecidos-, cada quien hace lo que cree correcto y justo, negocia la aplicación de las normas según su conveniencia –corrupción- y la justicia que conoce nuestra gente está también en un limbo apartado de los principios constitucionales.

“El juzgador se encuentra sujeto a la Constitución y, en consecuencia, se convierte en un garante de los derechos fundamentales, lo cual constituye el principal fundamento de legitimación de la actividad de los órganos jurisdiccionales, ya sean administrativos o jurisdiccionales. Es decir, la legitimidad democrática de dichos órganos no proviene de la expresión del sufragio, sino de la intangibilidad de los derechos fundamentales.”¹²⁷.

“Hay un indebido monopolio de la interpretación constitucional en la Suprema Corte, sin que exista fundamento constitucional alguno. La autoridad secundaria no interpreta *desde* la Constitución y no hay posibilidad del control difuso. Resultado: a) Empobrecimiento de la cultura jurídica y b) Alejamiento de los ciudadanos de la Constitución.

¹²⁶ NIETO, Santiago, op. cit., p. 279.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 277.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía jurisprudencia y no con fundamento en el texto de la Constitución, ha impuesto un monopolio totalmente indebido de interpretación constitucional. La Corte impide que otros tribunales del propio Poder Judicial como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación interpreten y desapliquen normas infraconstitucionales opuestas a la Constitución aunque ello implique una contradicción con los artículos 133, 128 y 41 de la norma fundamental.

“Afirmar que la debilidad del Poder Judicial no es imputable exclusivamente al más frágil de los poderes del Estado creo que podría ser compartida por muchos. No obstante, buena parte de sus defectos sí le son directamente imputables. Los titulares del Poder Judicial han carecido de capacidad y conciencia para proponer una reforma judicial de gran envergadura. Una reforma que no se ocupe –aunque obvio es importante- sólo de la administración y de la carrera judicial o de modificaciones constitucionales y legales en aras de una mayor independencia y profesionalización judicial, sino de una preocupada, en primer lugar, por el acceso real a la justicia y la protección judicial, una reforma que se preocupe por dar efectividad a cada una de las instituciones jurídicas vigentes, y que avizore en nuevas instituciones más y mejores medios de protección a los derechos humanos”.¹²⁸

Perfecto Andrés Ibáñez menciona que la función judicial sigue centrada en el formalismo jurídico y su proceder hermético y monótono muestra las deficiencias en la formación y comportamiento de los jueces, quienes parecen ignorar la importancia de su función. Los jueces se caracterizan por su posición

¹²⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. op. cit., p. 105.

autoritaria, su falta de comunicación hacia el exterior, su lenguaje hermético y la pobre motivación de sus sentencias.¹²⁹

CAPÍTULO IV LOS PRINCIPIOS EN LOS TRIBUNALES ALEMANES

1. Sistema Jurídico Alemán

La República Federal de Alemania es un Estado de Derecho que garantiza la seguridad jurídica, la protección de los derechos de libertad y la igualdad ante la ley. La Ley Fundamental es la piedra angular del sistema, por cuanto los principios del Estado de Derecho tienen rango constitucional. La Corte Constitucional Federal vela por el cumplimiento último de esos derechos.

En Alemania rige el principio de unidad jurisdiccional, no existen jurisdicciones especiales. La organización jurisdiccional alemana está subdividida en cinco ramas u órdenes distintos: jurisdicción ordinaria (civil y penal), laboral, contencioso-administrativa, social y económico-administrativa (o de hacienda). Por regla general existen tres instancias, de tal manera que contra las sentencias dictadas por un tribunal de primera instancia puede interponerse recurso de apelación, el caso vuelve a ser examinado en segunda instancia por un tribunal superior que puede revocar la resolución impugnada. La tercera y última instancia resuelve el caso de modo inimpugnable.

El ordenamiento jurídico está determinado por el derecho constitucional. Pero también el derecho de la Unión Europea y el derecho internacional actúan sobre el derecho interno.

Las leyes son adoptadas por el *Bundestag* Alemán (Parlamento Federal), los reglamentos ejecutivos por el Gobierno Federal. El derecho de

¹²⁹ Ver IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Legalidad, jurisdicción y democracia*. UNAM, México 2006, p. 74

Land (regional) abarca, junto a las normas en materia de policía y régimen local, sobre todo el ámbito de la enseñanza (escuelas y universidades), la prensa y radiodifusión.

Los Tribunales de la jurisdicción ordinaria son competentes para conocer de los procedimientos penales, los pleitos de derecho civil, los asuntos matrimoniales y de familia y el campo de la jurisdicción voluntaria. Existen cuatro niveles: juzgado local, tribunal regional, tribunal regional superior y Corte Federal de Justicia.

En las causas penales pueden actuar como primera instancia uno de los tres tribunales mencionados. Dependiendo el caso, en los asuntos de derecho civil el tribunal de primera instancia es necesariamente el juzgado local o bien el tribunal regional. Las otras dos instancias están constituidas por los tribunales de apelación y/o casación.

Los Tribunales del Trabajo están subdivididos en tres instancias: tribunal de trabajo, tribunal superior de trabajo, Corte Federal de Trabajo; conocen de los litigios de derecho privado derivados de las relaciones laborales y de los litigios entre los agentes sociales, así como de las cuestiones relativas al régimen orgánico de las empresas, según lo establecido en la ley del mismo nombre.

La jurisdicción contencioso-administrativa ofrece protección legal frente a todos los actos administrativos y demás actuaciones de la Administración del Estado; es competente para todos los procesos administrativos de derecho público que no entran dentro del ámbito de competencias de los tribunales sociales ni económico-administrativos o - excepcionalmente - de los tribunales ordinarios, o no se refieren a un litigio de orden constitucional.

Los tribunales sociales conocen de todos los litigios relacionados con la seguridad social. Existen tres instancias: tribunal de asuntos de seguridad social, tribunal superior de asuntos de seguridad social, Corte Federal Social. Los tribunales económico-administrativos conocen de los asuntos tributarios.

Por otra parte, la Corte Constitucional Federal conoce de los recursos de inconstitucionalidad. Los litigios sobre la interpretación de las constituciones de los Estados Federados se sustancian ante los Tribunales Constitucionales de los Estados Federados.

En el ordenamiento constitucional establecido por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, la competencia para la interpretación de la Constitución reside en el Tribunal Constitucional Federal. Su función como intérprete último y auténtico de la Constitución resulta del capítulo IX de la Ley Fundamental sobre el Poder Judicial, y en particular del artículo 92, que consagra su poder de decisión en las controversias constitucionales más importantes.

La Corte Constitucional Federal, como órgano consagrado por la Constitución alemana y reglamentado mediante la Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951, funciona como un Tribunal guardián de la Constitución que vela por el cumplimiento y preservación de orden constitucional. Es una institución relativamente nueva, aún cuando tiene antecedentes en la Constitución de Frankfurt de 1849, en la cual se le asignaba al Tribunal Supremo la función de solucionar los conflictos de constitucionalidad relacionados con conflictos entre órganos estatales, recursos de amparo. En la Alemania del *Kaiser*, la jurisdicción constitucional estaba depositada en la Segunda Cámara Legislativa.

En la Constitución de Weimar de 1919 se creó una Alta Corte de Justicia como una instancia judicial en casos relacionados con litigios federales. Sin

embargo, la Corte Federal como tribunal constitucional se concretó en la Ley Fundamental de 1949, como órgano encargado no sólo de resolver los conflictos derivados de la organización del estado, sino de la protección de los derechos constitucionales del ciudadano. Es una entidad independiente de los otros órganos del Estado, cuenta con los mismos derechos que éstos, pero plenamente autónoma. Sus decisiones tienen fuerza legal obligatoria con respecto a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es competente en todo lo relacionado al control de normas, litigios entre órganos del Estado, entre el Estado federal y los *Länder*, recursos de amparo interpuestos por los particulares, juicio político al Presidente de la República y a los jueces, recursos de queja sobre control de las elecciones, procedimientos sobre privación de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad de los partidos políticos.

En Alemania tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución expresa y sirve a un sistema o código de valores sustanciales (*Grundwerte*) comunes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar dicha norma superior del ordenamiento jurídico.¹³⁰

El Tribunal Constitucional tiene una posición muy especial dentro del sistema político-constitucional, es un tribunal autónomo que está dotado de todas las garantías de independencia judicial y cumple con una actividad típicamente jurisdiccional. En contraposición a la jurisdicción civil, penal o administrativa, la jurisdicción constitucional es competente para una clase especial de conflictos jurídicos, es decir, los conflictos sobre la interpretación de la Ley Suprema. Los conflictos de este tipo presentan algunos rasgos particulares que se derivan del contexto de los litigios o bien del carácter

¹³⁰Ver VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 142.

indeterminado de los conceptos jurídicos que han de aplicarse en su determinación.

La jurisdicción constitucional entra frecuentemente en el dominio de lo político: las instancias políticas adoptan típicamente una postura crítica frente a los controles constitucionales basados en procedimientos judiciales y en valores jurídicos, ya que no pueden tolerar que sus objetivos políticos, inspirados en el bien común, no sean realizables de la manera prevista a causa de la Constitución.

En el ámbito constitucional se utilizan y aplican, con mucho mayor frecuencia que en el derecho civil, penal o administrativo, conceptos jurídicos generales, de un grado de abstracción bastante alto, que ofrecen pocas indicaciones precisas para su aplicación concreta, en este sentido las sentencias de la jurisdicción constitucional tienen en numerosos casos el carácter de una declaración general de principios, superando así la mera decisión de un caso concreto y tomando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para los poderes públicos.

”Dado la supremacía interpretativa que ostentan los Tribunales del control constitucional, es particularmente a ellos donde se dirige la exigencia de que el cuadro político de órganos, competencia y relaciones institucionales, dibujado en la Constitución, sea respetado, frustrando los intentos de violentar los frenos y contrapesos –*checks and balances*- dispuestos en la carta magna. En este sentido ZAGREBELSKY escribe del Tribunal Constitucional *su función no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-constitucional, económico y social, si no la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar.* El régimen político no sólo requiere aquel equilibrio, sino que en el ejercicio de las respectivas atribuciones, se respeten

los requisitos formales y también los sustanciales y axiológicos, previstos en la Constitución".¹³¹

La Corte actúa de forma estricta y firme cuando se trata de la defensa de valores fundamentales, toda vez que considera a éstos como un sistema de valores cerrado que debe regir y definir todo el sistema jurídico, no sólo interpreta, sino que concreta y en ocasiones perfecciona las garantías establecidas en la Ley Fundamental, definiendo el conjunto de derechos fundamentales como un sistema de valores.

En Alemania la efectividad práctica de los derechos fundamentales bien pudiera, por razón de la materia, ser obra del Tribunal Constitucional, desde las primeras decisiones sobre el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional ha educado en los derechos fundamentales a los poderes públicos, pero también lo ha hecho con los ciudadanos. Los alemanes tienden a acudir de manera fácil e inmediata a los juicios y tribunales.¹³²

a) Métodos utilizados por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional continúa afirmando la importancia de los medios tradicionales de interpretación, con cierta preferencia por la interpretación sistemática y teleológica. Hay numerosas sentencias cuya base de argumentación está formada por estos principios hermenéuticos, pero no se limita a un método de interpretación único, sino que utiliza varios criterios de interpretación que cambian según el caso.

El Tribunal reconoce explícitamente que existen diferencias importantes entre la interpretación constitucional y la interpretación de la legislación

¹³¹ VIGO, Rodolfo Luis. op. cit., p. 135.

¹³² HÄBERLE, Peter. *El legislador de los Derechos Fundamentales*. La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales, Alemania, España, Francia, Italia. Ed. Civitas. Madrid, 1991. p. 339.

ordinaria. En su opinión, el problema de la indeterminación material de la norma es mucho más frecuente y grave en el campo del derecho constitucional que en el ámbito del derecho ordinario. Por este motivo, el Tribunal formuló dudas respecto de la aplicabilidad sin reserva de los principios interpretativos tradicionales en el terreno constitucional.

“...no hay una sola interpretación que sea la lógicamente correcta; el intérprete goza, estructuralmente podríamos decir, de mayor libertad de la que le reconocen ciertas ideologías, que él mismo puede profesar. Pero, por otra parte, la corrección lógica no puede ser el único criterio justificativo: sólo puede ser el límite infranqueable del pensamiento jurídico y de la aplicación del Derecho. Pero lo que se hace preciso buscar en cada caso es la solución más justa y más razonable en el marco de las posibilidades lógicas y precisamente en el marco de la aplicación del Derecho, la búsqueda de una solución más o menos justa puede realizarse en nivel *científico*, puesto que la mayor aproximación, a la realidad permite echar mano de los métodos científicos, matemáticos, estadísticos y de toda índole y, a través de ellos, captar tendencias, prever comportamientos, orientar conductas y, en general, obtener resultados deseables, puesto que se pueden experimentar hipotéticamente los resultados de una aplicación contraria. Así el problema de la justificación se inserta aquí en el dominio de la científicidad y la racionalidad técnica”.¹³³

Apartándose del formalismo y del positivismo, dominantes en el derecho público alemán a comienzos del siglo XX, el Tribunal ha optado, con gran unidad de criterios, por una comprensión material del derecho constitucional. Para el Tribunal, la esencia de la Constitución no se agota en sus elementos formales, ha adoptado el concepto del orden de valores sustanciales,

¹³³ LEGAZ Y LACAMBRA; Luis; op. cit., p. 572.

subyacente a la Constitución y en particular a sus disposiciones sobre la protección de los derechos fundamentales.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la realidad normada por la Ley Fundamental alcanza un significado esencial por la interpretación. El cuidadoso análisis de las circunstancias, atribuyendo considerable importancia a las interrelaciones políticas, económicas, técnicas y sociales, ocupa una posición central en la interpretación de la norma constitucional

“En la doctrina alemana ha sido HESSE uno de los que con más firmeza ha reclamado que se privilegien aquellas opciones hermenéuticas que maximicen la eficacia de la Constitución. Advirtiendo el profesor de Friburgo que la norma jurídica opera como un modelo de conducta, escribe: *La constitución se compone de normas. Éstas contienen requerimientos dirigidos a la conducta humana.* 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 norma como un mero proyecto o posibilidad. Esta puesta en vigencia real y no meramente hipotética, depende no sólo de la adaptación inteligente de la norma constitucional a las circunstancias sociales de cada época, sino de la llamada HESSE *voluntad de la constitución (Wille zur Verfassung)*, es decir, de la praxis conforme e imponiendo el orden constitucional por parte principalmente de aquellos *responsables de la vida constitucional*. Además del juicio racional favorable al orden jurídico fundamental establecido por la Constitución en tanto se valora legítimo y ventajoso para la sociedad, se requiere también de actos de voluntad para que el mismo adquiera y conserve su realización o concreción”.¹³⁴

¹³⁴ VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 108.

En sus sentencias el Tribunal Constitucional hace evidente una apreciación dinámica del derecho constitucional materializada en la extensa jurisprudencia del Tribunal con respecto a los derechos fundamentales. Para el Tribunal Constitucional, no era posible recurrir a una tradición clara y segura, porque los derechos fundamentales no habían desempeñado un papel mayor en la praxis del Estado alemán antes de la Ley Fundamental. Del texto de la nueva Constitución resultaba claramente que los derechos fundamentales deberían tener una importancia más grande que en el pasado.

La Ley Fundamental ha establecido en su sección de derechos fundamentales un orden objetivo de valores cuya consecuencia es intensificar el principio de la obligatoriedad de los derechos fundamentales. Ese sistema de valores, que tiene como base la dignidad y en la personalidad del ser humano debe observarse siempre en todas las aplicaciones del ordenamiento jurídico, de tal manera que el juez ordinario ha de examinar si las disposiciones de derecho en su competencia involucran o no los derechos fundamentales.

“En HESSE tenemos asumido plenamente esa necesidad de conservar la totalidad de las disposiciones constitucionales, y para ello postula; *el principio de la concordancia práctica*: los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su identidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada *ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores*, realizar el uno a costa del otro.”¹³⁵

En este sentido, los derechos fundamentales influyen en todo el derecho, incluyendo el derecho procesal y el derecho privado. Sobre la base de esta interpretación amplia de los derechos fundamentales se formularon

¹³⁵ Op. cit., p. 121.

otros principios importantes, como el efecto de irradiación, el denominado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y las obligaciones de protección en el ámbito jurídico fundamental.

Con los innumerables cambios que ha originado la vida moderna surgen nuevas formas de protección hacia el ser humano, las garantías constitucionales se fortalecen y se adecuan a la realidad histórica.

En una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1983 (BVerfGE 65,1) se estableció la inconstitucionalidad parcial de la ley del Censo de Población señalando que dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad consagrado en el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la misma ley que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El Tribunal estimó que la capacidad de los individuos para decidir cuándo y dentro de qué límites los asuntos de su vida personal podrán ser públicos se encuentra en riesgo debido al procesamiento automático de datos que la tecnología ha facilitado, no es como antes, que las actas y archivos se elaboraban de forma manual, por lo que se requiere de especiales medidas de protección, toda vez que los datos se pueden revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias sin que los implicados puedan controlar su veracidad y la utilización de que serán objeto. Esto provoca una presión psicológica que afecta el comportamiento de las personas, por lo que el libre desarrollo de la personalidad implica la protección ante estos riesgos. Sin embargo, el individuo no tiene un derecho ilimitado y absoluto sobre sus datos, toda vez que se desarrolla en el interior de una comunidad social, por lo que existen ciertas

restricciones en aras del interés general, las cuales tendrán siempre un fundamento legal con base en el principio de proporcionalidad.¹³⁶

Para lograr una verdadera protección de los derechos fundamentales la jurisprudencia del Tribunal extiende las garantías establecidas en la Ley Suprema constitucional a todo el sistema jurídico de tal manera que nada escape a su esfera de protección

“Los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia. Alexy habla en este sentido de *una omnipresencia de la Constitución (Allgegenwart der Verfassung)* que incide sobre el ordenamiento y sobre la aplicación del ordenamiento.

En primer lugar, incide sobre todo el ordenamiento jurídico, que se encuentra *impregnado* por los principios constitucionales. En expresión del Tribunal Constitucional alemán, se produce un *efecto de irradiación (Ausstrahlungswirkung)* de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. En segundo lugar, incide sobre la aplicación del Derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de calificación deóntica”.¹³⁷

Por lo tanto el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 2 de la Ley Fundamental protege cualquier actividad humana que no esté cubierta por una garantía más concreta, en este sentido cualquier aspecto de la libertad individual que no cuente con una protección explícita en

¹³⁶ Ver SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México, 2000. p. 94.

¹³⁷ CARBONELL, Miguel, op. cit., p. 165.

las garantías que el texto de la Constitución señala es protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La comprensión material de la Constitución como unidad de sentido destinada a producir sus efectos en la realidad política y social no significa, sin embargo, que el juez constitucional sea libre de modificar el contenido del derecho constitucional vigente a través de la interpretación de las normas constitucionales. Hay que diferenciar entre el desarrollo del derecho constitucional positivo por medio de una interpretación dinámica, por una parte, y la creación de nuevos principios y normas constitucionales, por otra.

La Ley Fundamental reserva, en su artículo 79, la facultad de modificar la Constitución a los órganos políticos, es decir, al Parlamento y al Consejo Federales. El mismo artículo dispone que la Ley Federal sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. De esto resulta claramente que la prohibición de reformar o modificar la norma constitucional marca un límite absoluto para toda concreción interpretativa del derecho constitucional positivo.

La interpretación de la Constitución tiene que ver con el perfeccionamiento de algo que está dado normativamente con anterioridad. En ocasiones este proceso puede convertirse en algo tan complejo que la interpretación debe agotar todos sus recursos. Aún así, el resultado será muy diferente a una reforma constitucional o a la norma misma, no se debe perder esta diferenciación de situaciones totalmente diversas, toda vez que la Constitución establece claramente las competencias: para interpretar auténticamente el texto constitucional está reservada al Tribunal Constitucional, y la competencia para modificar la Constitución corresponde al poder legislativo.

En la interpretación no pueden mantenerse separadas la norma y la realidad que ésta regula o ha de regular. El programa normativo de un precepto constitucional no debe ser susceptible de quebrantarse ante cualquier transformación de la realidad social que la norma constitucional tiene por objeto regular.

Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma, sino que se mantienen en el marco fijado por él, marca el límite de la concreción interpretativa de la Constitución.

Las modificaciones aportadas al contenido de la norma constitucional por la vía de la interpretación deben respetar el marco trazado por el texto. La fijación exacta de este marco es también una cuestión de interpretación. Vale para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada interpretación constitucional aparece en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de ésta y, con ellos, las posibilidades de una vulneración a la Carta Magna.

Una ampliación de la interpretación constitucional que vaya más allá de esta delimitación sólo resulta posible si se atribuye a la interpretación una función que corresponde a la propia Constitución jurídica: la de una integración duradera de la vida en el Estado con vistas al cambio de las circunstancias. Pero este concepto es susceptible de desvanecer la diferencia entre interpretación y reforma de la Constitución si se convierte en la norma fundamental de la Constitución que engloba en sí todas sus normas singulares, permitiendo de ese modo calificar de interpretación lo que de hecho es una modificación del contenido de las prescripciones específicas de la Constitución.

Según Esser la actividad legislativa en sí misma no le proporciona al ordenamiento jurídico su carácter de sistémico, la dogmática es la que se ocupa de ello fijando las relaciones jurídicas entre valoraciones, toda vez que el derecho en su estructura se compone de conceptos generales y reglas que se materializan con la doctrina y la praxis que también constituyen autoridades a las que se encuentra sometido el intérprete de la ley. Una solución ante una solución conflictiva debe tener como resultado una sentencia justa más allá de lo que significa la decisión singular hallada para el caso concreto, no se trata de que el juez pueda decidir a su libre arbitrio, sino que la sentencia debe contener todas las notas esenciales que le permitan ser aludida en casos similares, de tal manera que ofrezca una solución materialmente justa y existir con armonía en el sistema jurídico positivo.

Según el autor, las normas jurídicas constituyen una idea de ordenación que se presentan en forma de proposición jurídica a través de la expresión lingüística plasmada en un texto, no son aisladas ni colocadas en un determinado lugar sin sentido alguno. Significan la expresión de principios racionales cuyos alcances no se limitan a lo establecido en el ordenamiento jurídico y que se encuentran presentes en la vida social no siempre de manera imperativa. La tarea del intérprete es encontrar el derecho a través de los modelos de ordenación encauzados a una finalidad normativa, de tal manera que la norma no implica una ordenación concreta, sino un fin de ordenación, de tal manera que en función del sentido y del contexto normativo una misma palabra puede tener diferentes interpretaciones. La representación que el intérprete se hace de la finalidad de ordenación le servirá de guía en su búsqueda de soluciones jurídicas.

Siendo la norma sólo un modelo de reglamentación, no incluye todos los juicios de valor necesarios para la aplicación del derecho, en este sentido sólo puede ser comprendida en función de aspectos constructivos que permiten

apreciar su infraestructura y superestructura. La infraestructura implica que el sentido de la norma viene determinado por elementos lingüísticos y conceptuales establecidos por lo que el intérprete se encuentra ante un contenido axiológico previamente concebido. La superestructura se refiere a que cada norma se integra en un todo como ordenamiento legal.

El juez puede llegar, inclusive, a otorgar sanción jurídica a consensos sobre valores que no están legislados, toda vez que en la teoría se requieren criterios racionales para demostrar la obligatoriedad de estructuras axiológicas preestablecidas que estén más allá de los principios sistemáticos y fundantes del derecho, ya que la teoría no puede desconocer la diferencia que hay entre las normas dadas en función de principios positivizados y los consensos prejurídicos. De esta manera las sentencias trascienden no sólo en el terreno de la jurisprudencia y la doctrina, sino que llegan a repercutir sobre lo que es la ordenación misma, el lugar donde el derecho se realiza y se produce.

A pesar del carácter específico de la interpretación judicial de la Constitución, ni la Ley Fundamental ni la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, destinada a reglar de manera detallada la posición y las atribuciones de este último, contienen criterio alguno que pueda ayudar al juez constitucional en su trabajo de interpretación y de aplicación de la Constitución. En otros términos, la definición de los criterios pertinentes es remitida al Tribunal Constitucional mismo. A tal efecto, puede recurrir a los métodos de interpretación generalmente admitidos en los tribunales ordinarios y a las propuestas de la doctrina.

“En efecto, la Constitución es la norma jurídica primera y fundacional del ordenamiento jurídico, destinada a perdurar por un largo tiempo; y además, el poder que la establece, el llamado constituyente, está por sobre los demás poderes a los que se denomina constituidos, en tanto son definidos e instituidos por aquella voluntad constituyente. Este carácter privilegiado que

invierte la Constitución, exige una ajustada prudencia por parte de los que interpretan y velan para que el resto de los órganos políticos, ciudadanos y normas jurídicas se ajusten a sus mandatos, para que de ese modo no quede subvertida la base jurídica comunitaria y se convierta en manos de los intérpretes en un instrumento útil y beneficioso para la sociedad”.¹³⁸

Los principios y métodos tradicionales de interpretación se basan, como lo ha reconocido reiteradamente el propio Tribunal Constitucional, en la teoría objetiva de la interpretación. Según este concepto, la misión principal del intérprete consiste en determinar la voluntad del legislador objetivada en la ley, porque el Estado no se expresa a través de las aseveraciones personales de quienes participaron en su formulación, sino en la ley misma. A esa finalidad sirven la interpretación al tenor de la norma, la denominada interpretación gramatical, el análisis del contexto sistemático de la norma o interpretación sistemática; la determinación de su finalidad, llamada interpretación teleológica; y finalmente el examen de los estudios preparatorios y de la formación histórica de la ley, o interpretación histórica. Para comprender la voluntad objetiva del legislador se permiten todos esos métodos de interpretación. Ellos no se excluyen entre sí, sino que se complementan.

“El Derecho por principios, *dúctil* por naturaleza, es decir, a un tiempo invasivo y flexible, tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como de la subsunción –entendida correcta o incorrectamente como propia del iuspositivismo–, sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos. Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión

¹³⁸ VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 160.

transportados al caso concreto, que permitiría tener en cuenta las exigencias de justicia que cada vez cada caso, justamente lleva consigo”.¹³⁹

La importancia de la interpretación histórica es más limitada que la de los otros medios auxiliares de la interpretación. En primer lugar, la voluntad de legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la norma sólo en la medida en que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma. Además, este método de interpretación tiene una función meramente subsidiaria: se aplica únicamente cuando se trata de confirmar la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios de la interpretación gramatical, sistemática y teleológica, o, alternativamente, cuando se presentan dudas que no puedan ser resueltas por dichos medios de interpretación.

“El concepto de validez jurídica está conectado con la certeza jurídica y, además, con el concepto de aceptabilidad racional. Con respecto a la estrategia de investigación, esto significa que la justificación de las interpretaciones juega el papel clave. Además, la justificación es necesaria para el funcionamiento adecuado de la sociedad. El funcionario puede tomar una decisión en un caso difícil si posee cierta información básica acerca del orden jurídico en cuestión. Sin embargo, en tanto tal, el resultado carece de importancia. Puede ser correcto o equivocado, bueno o malo, según el criterio de valoración. Si tratamos de criticar la decisión por lo que respecta a su legitimidad, el problema adquiere un carácter totalmente distinto. En tal caso, necesitamos una pauta para nuestra crítica. La expectativa de certeza jurídica queda plenamente satisfecha sólo si (a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal, (b) el discurso procede de manera racional y (c) la decisión satisface el código de valores dominante. Esto significa que la

¹³⁹ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 193.

aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstracto sino un principio válido y efectivo que funciona en la práctica cotidiana.”¹⁴⁰

Las reglas tradicionales de interpretación han sido criticadas en cierta forma por la doctrina debido a su insuficiencia frente a los problemas específicos de la interpretación constitucional. Estos problemas se derivan, de un modo o de otro, de la posición particular que tiene la Constitución en el ordenamiento jurídico y del carácter más abierto de sus normas.

La particularidad de la interpretación constitucional es la consecuencia directa de su función integradora. La posición de la jurisdicción constitucional se diferencia, fundamentalmente, de los tribunales ordinarios en que sus decisiones, al dar una orientación sobre los valores jurídicos constitucionales, participan necesariamente de la formación de la integración política. Por consiguiente, un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. En este sentido, se debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario y que debe tener siempre presente el sistema implantado por la Constitución como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones. Entre sus consideraciones debe incluir razonamientos jurídicos que se armonicen con los valores jurídicos de la Constitución.

“Este *favor legis* y *favor legislatoris* democrático, que se plasma en la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, se vincula para algunos a esa suposición de que el legislador actúa racionalmente de conformidad con la Constitución, pero otros orienta su argumentación subrayando la inseguridad e

¹⁴⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, op. cit., p. 287.

imprevisibilidad que provoca la laguna que deja la ley que se anula, lo que puede llevar –como ha llegado a decir el Tribunal constitucional italiano- a una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Es alertado por este mismo *horror vacui* el que hizo fallar al Tribunal constitucional alemán: *es válido el principio de que una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución*. Responde a esta preocupación por agotar las posibilidades en orden a conservar el derecho legislado, la técnica de las *sentencias interpretativas* por la cual se admite la constitucionalidad de un precepto en tanto se lo interpreta en un sentido al que se considere adecuado o no se lo interprete en el sentido que se considere inadecuado a la ley fundamental”.¹⁴¹

La interpretación constitucional tiene que reproducir, en la máxima medida posible, las condiciones pluralistas de su formación. La Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante, esa conciliación y pacificación social. Los criterios de la interpretación constitucional son tan abiertos como la sociedad pluralista

En los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, el poder público y la sociedad en su conjunto. La Constitución, en la medida en que es vivida por la sociedad, es interpretada y de manera constante por todos los que conforman el cuerpo social. El carácter relativamente abierto de muchas normas constitucionales, y en particular de los derechos fundamentales implica que la aplicación de una

norma sea operación de ajuste ser racionalmente vivida por el intérprete. Esto significa que en todos los casos el derecho constitucional adquiere mayor importancia porque las normas constitucionales son más abiertas que la mayoría de las normas del derecho ordinario.

El fin de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídica, y no el de la simple decisión por la decisión.

Existen unos principios que guían y al mismo tiempo limitan el proceso de concreción. Uno de ellos es el reconocimiento de que la Constitución debe concebirse como unidad de sentido cuyas normas y principios forman elementos interdependientes. En consecuencia, cada norma constitucional debe ser interpretada de manera de evitar contradicciones con otras disposiciones de la Constitución.

Se debe lograr un equilibrio entre varios bienes constitucionalmente protegidos que en el caso concreto se encuentran en conflicto. No existe un orden jerárquico entre los bienes y valores constitucionales. De ello resulta que el intérprete de la Constitución tiene que establecer un balance entre los bienes en conflicto que permite a ambos recuperar su máxima eficacia jurídica posible en las circunstancias dadas. Este tipo de situaciones brinda un factor orientador a la aplicación del principio de la proporcionalidad, que se aplica también en la hipótesis de un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos -por ejemplo, ante una colisión entre derechos fundamentales de titulares diferentes-. Su aplicación evita que la actualización de un principio constitucional se agote en la limitación unilateral del otro. La interpretación de cada uno de estos principios debe tomar en cuenta la función que el otro

¹⁴¹VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 130.

principio tiene para la realización de los valores fundamentales del orden liberal democrático establecido por la Ley Fundamental.

Otro criterio básico de la interpretación constitucional es el fortalecimiento de la vigencia normativa de la Constitución, tomando en cuenta que la Ley Fundamental busca establecer no sólo un orden formal de la vida pública en la sociedad, sino también la justicia y consolidarse como un conjunto de principios, valores y reglas. La fuerza normativa de la Constitución favorece la interpretación dinámica del texto, toda vez que obliga al juez constitucional a seleccionar entre varias interpretaciones posibles la solución que le permite producir los mejores efectos jurídicos en el caso concreto.

2. El Principio de Proporcionalidad en el Sistema Constitucional Alemán

a) Una aproximación a su concepto y estructura.

Al principio de proporcionalidad se le ha denominado de diferentes maneras, no es tanto un principio en sentido estricto, tiene características de regla, de juicio, de mandato. De ahí su complejidad, toda vez que se le denomina principio, pero a su vez en la práctica es un examen de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se integra de tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. En este orden, el principio de *idoneidad* determina que cualquier intervención o vulneración de un derecho fundamental debe ser adecuada para conseguir un fin legítimo con apego a la Constitución. El principio de *necesidad* señala que dicha intervención debe a su vez ser la que menos afecte el derecho en cuestión y por último el principio de *proporcionalidad en sentido estricto* implica que los beneficios obtenidos de la afectación de un derecho fundamental deben ser superiores a los costos derivados del sacrificio de otro. En este sentido, para determinar la proporcionalidad de una decisión debemos acudir al examen de

constitucionalidad que consiste en analizar si la medida de intervención cumple o no con los subprincipios derivados del principio de proporcionalidad.

Para Prieto Sanchís, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere más bien a un juicio normativo porque implica valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia respecto a la satisfacción del otro y analizar si se cumple con una justificación adecuada. Asimismo, se determina el peso definitivo de los principios en el caso particular y que es determinado a partir de la relación satisfacción-sacrificio, aclarando que este peso es diferente del abstracto.¹⁴²

Al respecto Robert Alexy, argumenta que la ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto. El principio de proporcionalidad se sigue lógicamente del carácter principal de las normas, y viceversa. En este sentido una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional. Sin embargo, es evidente la necesidad de una la teoría de la argumentación jurídica que de manera especial complementa a la teoría de los principios.¹⁴³

“Todos aquellos que se jacten de estar a la *última moda* constitucional, no pueden ni deben dejar de hacer referencia a la ponderación. Pero, ¿en qué consiste este procedimiento?, ¿cómo se aplica?, ¿es infalible?, ¿tiene verdadero sentido práctico?, ¿es asequible al común de los mortales? Como puede observarse ante temas como el de la ponderación lo común es que surjan más preguntas que respuestas, ya que debido a su complejidad pereciere más un procedimiento críptico, oscuro o enigmático, del que todos hablan, pero pocos entienden. Luego, resulta importante afirmar que la

¹⁴² Ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 202.

¹⁴³ Ver ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 5, 1988. Alicante, España. p. 148.

ponderación no es un procedimiento que sólo deba ser conocido y utilizado por los *grandes* jueces constitucionales, ya que es, al final de cuentas, sólo un procedimiento más que permite fortalecer, argumentativamente hablando, las soluciones que podamos encontrar dentro de los litigios constitucionales.

Es más, todos los seres humanos –de una u otra manera– constantemente realizamos este tipo de juicios. Cuántos de nosotros no hemos sido invitados por distintas personas, por ejemplo, a dos lugares o eventos diversos, ante lo cual, hemos tenido que razonar a cuál de ellos asistir debido a que una conclusión resulta evidente: no se puede estar en dos lugares al mismo tiempo. Así, hemos tenido que preferir entre uno y otro, y para ello, hemos tenido que ponderar entre ambas invitaciones atendiendo a las circunstancias concretas del caso, claro está, si lo que deseamos es tomar una decisión equilibrada y bien razonada. Este sencillo ejemplo refleja con claridad el objeto de la ponderación: resolver un caso en el que no puedan satisfacerse, tutelarse o protegerse dos derechos, principios o bienes de la misma relevancia que han entrado en conflicto, al punto de que habrá que escoger, equilibradamente y con razones de peso, a cuál de ellos preferir.

Así, en un mundo jurídico en el que teorías van y teorías vienen, considero que resultará un humilde, pero significativo aporte, el realizar de la manera más simple posible, un ejercicio que, a través del planteamiento y la resolución de un caso concreto, permita esclarecer a qué nos referimos los constitucionalistas cuando hablamos de la ponderación, y lo que es más aún, observar este método en *movimiento*".¹⁴⁴

¹⁴⁴ VÁZQUEZ-GÓMEZ, Bisogno. *La ponderación en movimiento*. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales. **ARS IURIS**. No. 44, 2010. México, D.F., p. 137.

El principio de proporcionalidad también tiene la característica de técnica, que tiene por objeto limitar el poder estatal en defensa de los derechos fundamentales y proviene directamente del concepto de estado de Derecho y de la naturaleza propia de los derechos fundamentales. Como lo establece el Tribunal Constitucional Alemán señalando que cualquier restricción de la esfera de libertad protegida por los derechos fundamentales deberá respetar necesariamente el principio de proporcionalidad.

Este moderno concepto ha dado lugar a una serie de confusiones. Por una parte se le ha equiparado con el principio de legalidad o con el de oportunidad. No es tarea sencilla para los Tribunales delimitar la presencia y alcances de este principio, en la mayoría de los casos no resulta evidente su apreciación. La ausencia de criterios claros para su aplicación, de la complejidad de su concepto ha provocado cierta mesura por parte de los jueces para adoptarlo, temen que la incertidumbre que genera la aplicación de nuevos métodos quebrante la seguridad jurídica que, a su parecer, se resguarda con el empleo de técnicas tradicionales.

La diversidad de términos, conceptos, componentes y opiniones respecto al principio de proporcionalidad ha abierto la puerta a nuevas discusiones acerca de su utilidad y de su importancia, perfilándose como un instrumento trascendente y necesario para que los Tribunales en aras de una tutela efectiva de los derechos fundamentales cuenten con las herramientas afines para analizar y justificar, de manera razonable cualquier injerencia o afectación de bienes jurídicamente tutelados. El empleo de este método sin un conocimiento pleno de su naturaleza, efectos y riesgos puede crear conflictos y problemas que perturbarían la seguridad jurídica.

“La jurisprudencia y la doctrina suelen explicar con muy variados términos el lugar que ocupa el principio de proporcionalidad en el ámbito de la interpretación y de la aplicación de los derechos fundamentales. El Tribunal

Constitucional ha utilizado continuamente una terminología imprecisa y cambiante en sus sentencias para aludir a este principio. Ha hablado del *criterio*, del *factor*, de la *regla* o del *juicio* de proporcionalidad.”¹⁴⁵

El principio de proporcionalidad es también un instrumento de la hermenéutica jurídica que le confiere una nueva dimensión a la argumentación e interpretación a nivel constitucional en el marco de la nueva cultura de los derechos fundamentales, incluyendo elementos para no apreciar sólo el aspecto textual de las normas, sino las circunstancias y características particulares de cada caso para cumplir con las exigencias de justicia de una sociedad más crítica y abierta.

b) Elementos esenciales.

El principio de proporcionalidad tiene su origen en el derecho administrativo como técnica para frenar el poder del Estado en esa rama y se convierte en un icono del Estado de Derecho llegando a rango de principio constitucional aún cuando pueda aparecer o no establecido en la Ley Suprema afectando a cualquier intervención donde el Estado esté involucrado. Es un principio sustantivo que vela por la protección de los derechos constitucionales consagrándose como criterio de ponderación ante una colisión de principios.

En cuanto a sus elementos o subprincipios, podemos hablar del principio de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), el de necesidad o indispensabilidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

¹⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edición actualizada. Madrid, 2005. p. 502.

“El concepto de ponderación es un concepto discutido. Algunos autores opinan que no es más que un camuflaje a meras decisiones o intuiciones. Esta crítica sería correcta si no se tratara de un procedimiento de ponderación racional. Mi tesis es que hay un procedimiento racional de ponderación.

El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), la regla de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)”.¹⁴⁶

Para su aplicación se deberán observar los siguientes pasos, en primer lugar determinar en qué consiste la intervención estatal, la intensidad de la misma al lado de su finalidad y objeto. Después se deberá hacer el análisis de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto –la ponderación como tal-.

En este sentido, la intervención constituye una limitación o restricción de derechos orientada a la consecución de un fin del poder público con una afectación en el ámbito de los derechos constitucionales protegidos y que momentáneamente no tiene una justificación particular.

Por otra parte, el grado de afectación puede medirse a partir de diferentes niveles llegando a ser leve, mediano o grave. La intensidad será la variable que se utilizará para analizar el principio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es un examen de una relación de causalidad entre la afectación de los derechos constitucionales como medio

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, op. cit., p.32.

adoptado por el poder público y el objetivo que dicho poder pretende realizar. Si del resultado de este análisis se concluye que el medio empleado no es el adecuado y lesiona injustificadamente un derecho primordial, se debe declarar inconstitucional.

En cuanto al análisis de necesidad, se debe hacer una comparación entre las intensidades, tomando en cuenta la intervención que adoptó el poder público y la propuesta hipotéticamente para determinar cuál sería la decisión de menor intensidad. Se trata de determinar si hay otros medios distintos al que utilizó el poder público y que éstos tengan un grado de afectación menor, pero igualmente idóneos para que estén en posibilidad de ser comparados.

De esta manera, se analiza si existen medios hipotéticos alternativos y si éstos no lesionan principios constitucionales. Asimismo, se deberá analizar si los medios alternativos al intervenir en bienes jurídicamente tutelados producen una afectación de menor intensidad que la derivada del medio adoptado por el poder público. En este sentido, al existir por lo menos un medio que hipotéticamente es tan idóneo como el que tomó el poder público, que no afecta derechos constitucionales o en caso de hacerlo lo hace en menor medida, se debe declarar que el medio utilizado por el poder público es inconstitucional.

En cuanto al análisis de proporcionalidad en sentido estricto –la ponderación en sí-, la intensidad de la intervención será la variable que debemos comparar con el grado de realización u optimización del fin constitucional, es una comparación de dos variables: grado-intensidad. Entre mayor sea el grado de afectación o no cumplimiento de un principio, mayor debe ser la importancia de la realización o satisfacción del otro. En este caso, frente al principio lesionado –como derecho constitucional intervenido- se

encuentra el principio constitucional como fin de la intervención. Al aplicar la ponderación se presenta una relación directamente proporcional, mediante la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención de un derecho constitucional, tanto mayor ha de ser el grado de realización del fin constitucional. Si no es así y resulta que el grado de intensidad de la intervención supera al grado de satisfacción del fin constitucional, no habrá elementos para justificar dicha acción y deberá ser declarada inconstitucional.

“La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos”.¹⁴⁷

Para comprobar si una medida adoptada por el poder público que lesiona un principio constitucional supera el juicio de proporcionalidad, es necesario comprobar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto y si además era necesaria su aplicación por no existir otra resolución más moderada para cumplir el propósito con la misma eficacia y además se debe determinar si dicha medida era proporcionada o equilibrada en el sentido que se deriven de ella más ventajas para el interés general que perjuicios en otros bienes jurídicamente tutelados.

La elección del medio más adecuado supone que éste sea el idóneo para realizar la finalidad de una forma eficiente, que el fin se cumpla lo mejor posible. La necesidad implica que el medio elegido perjudique en la menor medida los principios involucrados. No es una cuestión sencilla, ya que se debe apreciar lo que es menos lesivo a los principios fundamentales en cuestión. La proporcionalidad en sentido estricto no es otra cosa que la

aplicación de la formula a partir de las variables necesidad y adecuación que mediante un juicio de ponderación busca llegar a la justa medida.

3. Otros principios aplicados en la práctica por los Tribunales Alemanes

El derecho de la República Federal de Alemania se remonta al derecho romano, asumido en parte, y a numerosas fuentes jurídicas de los distintos territorios. En el siglo XIX se unificó por primera vez el derecho privado para todo el Imperio Alemán. El Código Civil y el Código de Comercio conservan hasta el día de hoy el espíritu liberal de los tiempos de la codificación

Las garantías del Estado de Derecho se plasman en el derecho material y procesal. En el derecho penal rige el principio, constitucionalmente reconocido en la Ley Fundamental de que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito según la legislación vigente en aquel momento (*nulla poena sine lege*). También tiene rango constitucional el principio de que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito (*non bis in ídem*). La libertad de la persona puede ser limitada únicamente en virtud de una ley. Sobre la admisibilidad y duración de una privación de libertad deciden única y exclusivamente los jueces. La restricción de la libertad que no se derive de una orden judicial requiere un automático pronunciamiento judicial.

La policía puede detener a un sospechoso, pero no lo puede mantener por su propia potestad bajo su custodia más allá del fin del día posterior al de la detención. Todos tienen el derecho de ser oídos legalmente ante los tribunales; este elemento esencial del Estado de Derecho también está consagrado en la Constitución alemana. La administración de justicia corresponde a jueces y magistrados independientes y sometidos únicamente al

¹⁴⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime., *La argumentación como derecho*, op. cit., p. 121.

imperio de la ley. Son inamovibles y no pueden ser trasladados contra su voluntad. Están prohibidos los tribunales de excepción.

a) El principio de Oportunidad

Desde la supresión de las hostilidades particulares y la venganza privada en la Europa medieval, ostenta el Estado el derecho a juzgar los crímenes y castigar a los responsables. El monopolio estatal en la imposición de la pena ha sido desde entonces una constante prácticamente universal fundada en el interés público de persecución de los delitos. Pero la cuestión acerca de la definición de los delitos que debían castigarse fue resuelta de distinto modo, según el sistema jurídico en que se aplicó. La tradición jurídica continental europea instauró el principio de Legalidad, según el cual todo hecho que aparezca como delictivo debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados penalmente. Una vez iniciada la persecución penal, no puede suspenderse, interrumpirse o hacer cesar.

“Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo –la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949- se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de ‘Constitución’ como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace ya dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: ‘Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene

Constitución'. Se redescubre, en suma –no sólo en el plano estatal sino también en el internacional- el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste".¹⁴⁸

En el desarrollo jurídico del principio de Legalidad se ha ido aceptando en los países de tradición continental europea la posibilidad de admitir excepciones al mismo, tomando en cuenta ciertos criterios de oportunidad, por ejemplo, la mínima gravedad. En Alemania se instauró desde los años 70, con la característica primordial de establecer como regla el principio de Legalidad y como excepción el de Oportunidad, contemplando expresamente los casos en los que el Fiscal puede suspender el proceso o declinar la persecución penal.

De acuerdo con la Ordenanza Procesal Penal alemana que consagra el principio de Legalidad, la Fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles, cumpliendo con todos los elementos para ello, salvo que la ley defina algo distinto. El principio de Oportunidad se consagra como excepción al principio de Legalidad, lo que tiene importantes efectos para la interpretación de la norma. El principio de Oportunidad es la regla frente a la criminalidad leve y media en Alemania, se ha regulado de este modo para brindar la flexibilidad necesaria a la administración de justicia frente a ciertos casos que pueden considerarse delitos insignificantes, contra los que no existe interés público en la persecución penal. La aplicación del principio de Oportunidad queda en todo caso sometida a la aprobación de un juez.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3ª. ed., Ed. Trotta; Madrid, 2002, p. 67.

Frente a situaciones de mediana gravedad, la legislación alemana contempla también la posibilidad de hacer cesar la persecución penal, con la salvedad de aplicar algunas formas de reparación y sanción. Dado que estas formas de reparación se imponen contra una persona que se presume inocente, el acusado debe dar su consentimiento. La Fiscalía también podría renunciar a la imposición de una pena, si en un caso dado el juez penal puede prescindir de ella.

Por otra parte, la Fiscalía está facultada para archivar un proceso cuando se trata de hechos punibles cometidos por fuera del ámbito territorial de la ley penal alemana, aunque tal facultad debe ejercerse en el entendido que tales delitos no sean de gravedad.

También es posible declinar la persecución de los delitos a distancia, es decir, hechos punibles que se cometieron en Alemania, pero a través de una actividad ejercida fuera de ella, pero sólo en los casos en que la realización del proceso provoque el peligro de una grave desventaja para el país, o bien cuando a la persecución se oponen otros intereses públicos superiores. Por estas dos razones la ley alemana contempla también la posibilidad de cesar la persecución de los delitos políticos bajo el entendido de adelantar los procesos sólo cuando los beneficios políticos sean más altos que los perjuicios. La ley faculta adicionalmente al Fiscal General Federal a no aplicar la pena en el caso de colaboración con la justicia, cuando el autor de un delito político contribuye a evitar un peligro para la existencia o seguridad de la República o el orden constitucional.

La ley procesal penal alemana, teniendo en cuenta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que proclama la vigencia del principio de Justicia Universal sin necesidad de un punto de conexión en Alemania cuando se trate de delitos del Código Penal Internacional, establece que la Fiscalía puede abstenerse de perseguir estos delitos cuando el inculpado no se

encuentre en el territorio nacional, ni se espere tal presencia. Sin embargo, si el inculpado es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho. De este modo se asegura que el principio de Oportunidad no obre como mecanismo de impunidad.

b) El Principio de Igualdad

La igualdad ante la ley es considerada un derecho fundamental en la Constitución Alemana. La Ley Federal establece en su artículo 3 que todas las personas son iguales ante la ley; el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

En la sentencia BVerfGE 1, 14 del Tribunal Constitucional Federal se puso de manifiesto que el derecho de igualdad también vincula al legislador. Prohíbe que se trate desigual lo esencialmente igual, sin embargo permite que se trate desigual, según la desigualdad existente, lo esencialmente desigual. El derecho de igualdad es vulnerado cuando no se encuentra una razón racional, que se da por la naturaleza de la cosa o por otra causa realista evidente, para la diferenciación legal o la igualdad de trato.

Se tiene que tratar igual a las cosas iguales, pero esto no permite la conclusión que se tiene que tratar a cosas desiguales también. En este caso, el trato adecuado se mide según la desigualdad existente, de tal manera que se trate desigual a cosas desiguales. Siempre debe haber una razón racional para tratar desigual a cosas esencialmente iguales o para tratar igual a cosas desiguales, si no existe esta razón entonces se vulnera el derecho a la igualdad. En la sentencia BVerfGE 1, 264 se establece que el derecho a la

igualdad no obliga al legislador a tratar desigual a lo desigual bajo todas las circunstancias. Se debe analizar de manera profunda si las desigualdades en un contexto particular, bajo un punto de vista orientado por el concepto de justicia, tienen tal trascendencia que el legislador tenga la necesidad de hacer alusión a ellas.

En un caso trascendente en Alemania referente a la igualdad ante la ley es el que se refiere a una ley de un Estado Federado, mediante a las mujeres solteras que vivían solas y trabajen semanalmente un total de 40 horas se les otorgó el derecho a un día en la semana libre mensualmente. Mediante la sentencia BverfGE 52, 369 el Tribunal estableció la mencionada Ley violatoria del derecho de igualdad, toda vez que no se le otorgó el mismo beneficio al hombre en las mismas circunstancias que la mujer para tener un día libre en el mes, presumiendo que se estableció una diferencia en base al sexo, lo cual resulta inaceptable e incompatible con los principios constitucionales. *No es compatible con el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que únicamente a las mujeres solas que deben hacerse cargo de un hogar se les garantice un derecho a un día libre para atender las labores del hogar, y no a los hombres en igualdad de circunstancias.*¹⁴⁹

De esta manera se puede tratar de manera distinta a personas siempre que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad, que dicha finalidad sea razonable y admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales. Asimismo, todos los elementos del supuesto deben ser coherentes entre sí, deben guardar una racionalidad interna, la cual debe ser proporcionada para la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no

¹⁴⁹ Ver SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Op. cit., p. 160

sea desproporcionada con respecto a las circunstancias de hecho y la finalidad que se persigue.

Las cuotas de maternidad y el principio de igualdad.

Para garantizar la prórroga salarial, se reembolsaba hasta la actualidad a las pequeñas empresas los gastos ocasionados en concepto de enfermedad, así como el suplemento que paga el empleador durante el permiso por maternidad. Las empresas interesadas en tal restitución tenían que contribuir con una cuota especial. En noviembre de 2003, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia según la cual la situación existente suponía una infracción de la libertad del desempeño profesional, toda vez las empresas que no pagan la cuota mencionada pueden tender a no contratar a mujeres por el riesgo de tener que sufragar los gastos en caso de maternidad. A partir del 1 de enero del 2006, todos los empleadores tienen que aportar las cuotas con independencia del número de mujeres contratadas en sus empresas.

Protección de la maternidad. El Tribunal Constitucional alemán se refirió al Convenio núm. 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (revisado), no ratificado por Alemania, para apoyar su argumentación de que la financiación del permiso de maternidad para el empleador podía favorecer la aparición de discriminaciones contra las mujeres, sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 18 de noviembre de 2003.

Mediante dicha resolución se determinó que el subsidio patronal para el subsidio de maternidad (*Mutterschaftsgeld*) - según la Ley de Protección de la Madre (*Mutterschutzgesetz*) en su versión vigente hasta el 31.12.2005 - es inconstitucional. A través de la Ley sobre la Continuación de la Nómina en el caso de Enfermedad (*Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes im Krankheitsfall* o Ley de Pago Continuo de Nómina *Lohnfortzahlungsgesetz*) se compensan los gastos de los patrones en los casos de maternidad. Como este

procedimiento no se aplicó para empresas pequeñas y medianas con 20 y 30 empleados respectivamente, existió siempre la posibilidad que muchas empresas discriminaran mujeres en la contratación. Esto era una clara una violación del principio de igualdad.

La Ley de Compensación de Dispendios en Alemania (Aufwendungsausgleichsgesetz) - vigente desde el 2.2.2006 establece mecanismos que evitan cualquier interpretación que vulnere el principio de igualdad laboral.

Las modificaciones más importantes de la Ley de Compensación de Dispendios son:

- la participación de todos los trabajadores en el procedimiento de compensación de dispendios de patronos para pagos de maternidad;
- la inclusión de dispendios para la continuación de nómina para los empleados en los casos de discapacidad en el procedimiento de compensación de dispendios de patronos;
- la ampliación de las Cajas de Enfermedades participantes por las Cajas de Enfermedad Asimiladas (*Ersatzkrankenkassen*) y Cajas de Enfermedad Empresariales (*Betriebskrankenkassen*),
- la prescripción de un límite unitario de trabajadores para la participación en el procedimiento de compensación de dispendios de patronos en el caso de discapacidad.

c) El criterio del contenido esencial del derecho

La idea del contenido esencial de un derecho fundamental se relaciona con la naturaleza jurídica de cada derecho. Se trata de establecer una relación entre el lenguaje de las disposiciones normativas y las ideas generalmente admitidas entre los actores jurídicos, toda vez que en muchas ocasiones la

existencia y alcance de un derecho subjetivo son previos a su regulación en una legislación determinada, preexiste de de manera conceptual al momento legislativo.

El contenido esencial de un derecho está constituido por los elementos que le permiten ser reconocido y aludido como una determinada especie y en un caso particular. Asimismo, también se puede determinar el contenido esencial de un derecho tratando de identificar los intereses jurídicamente protegidos como la base de los derechos subjetivos, en este sentido el contenido esencial del derecho será la parte que es absolutamente necesaria para que los bienes jurídicamente tutelados sean protegidos en la realidad.

Los derechos fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional.

Los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el sólo hecho de serlo. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. La dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu intrínseco, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea. La cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos.

La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales.

El Tribunal Constitucional, en esta perspectiva, ha precisado que observar la dignidad humana implica una obligación de abstención por parte de los poderes públicos, que no podrán realizar actividades que perjudiquen la dignidad humana. Proteger la dignidad humana implica una acción positiva por parte de los poderes públicos, que deberán defender la dignidad humana cuando sea perjudicada -BVerfGE 1, 332 (343).

El Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, por ejemplo en el caso Elfes, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto. Con la sentencia del caso Elfes el derecho al desarrollo de la personalidad se revistió de una importancia relevante como cláusula general para evitar la restricción de toda libertad. Al señor Elfes se le había negado un pasaporte, lo cual consideró violatorio de su derecho a la libre circulación. El Tribunal le dio otra dimensión al caso argumentando que más que un derecho a la libre circulación, era una violación al libre desarrollo de la personalidad. La libertad de viajar, como emanación de la libertad general de actuación, cuenta también con protección constitucional, toda vez que toda persona puede hacer valer por

vía del recurso de amparo una norma legal que no pertenezca al orden constitucional y que restrinja su libertad de acción.¹⁵⁰

Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad.

“Al admitir que el derecho normativo es el resultado de un razonamiento práctico, se está admitiendo que él respeta las exigencias del principio lógico de no contradicción y que no tolera el absurdo de mandar conductas contradictorias. Más aún, un ordenamiento incoherente se toma *inutilizable* por los operadores jurídicos y sus destinatarios, que se encontrarían en la imposibilidad racional de esclarecer si esa conducta está prohibida, obligada o permitida”.¹⁵¹

El contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y el bien común.

El contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

¹⁵⁰ Ver Sentencia BverfGE 6, 32 (Wilhelm Elfes).

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, Konrad Adenauer Stiftung.. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México, 2000. p. 56.

La propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional.

El contenido esencial lo encontramos en el derecho mismo implícito y establecido explícitamente en la Ley Suprema, pero no hay reglas objetivas que nos permitan precisar qué es lo esencial y lo periférico en un derecho fundamental.

El concepto de contenido esencial de los derechos está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, esencial o humano, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Ley Suprema, excluyendo las manifestaciones externas de carácter complementario que regulan los respectivos derechos.

El problema de los límites de los derechos no puede plantearse en términos de conflicto entre derechos o entre estos y bienes constitucionalmente protegidos, sino como una adecuada y armónica delimitación que traza la frontera de los derechos teniendo en consideración el conjunto de ellos y de bienes constitucionalmente protegidos.

El concepto de contenido esencial de los derechos tiene así dos funciones básicas en el orden constitucional, hacer explícito el rol básico y central de los derechos fundamentales como expresión de la dignidad humana en el orden jurídico y determinar la necesaria justificación racional fundada en

valores constitucionales para intervenir en el ámbito de cada uno de los derechos fundamentales.

¹⁵¹ VIGO; Santiago Luis, op. cit., p. 96.

CAPÍTULO V

LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN ALEMANIA.

1. La interpretación Constitucional en Alemania y el Derecho Comunitario

La interpretación del Derecho Constitucional permite aclarar las dudas derivadas de la aplicación de la Ley Fundamental, ayuda a concretar los fines de la justicia y de la protección de los derechos fundamentales haciendo realidad su contenido dogmático.

Esta tarea implica el ejercicio de un poder que irremediamente tiene matices políticos, cuanto más se interpreta más se requiere ponderar para evitar que la política pase por encima de la justicia y para evitar conflictos de intereses que vulneren los derechos fundamentales.

Es muy importante que la interpretación no derive en la invasión de las tareas determinadas para cada órgano de poder, que el legislativo no invada al judicial. La búsqueda de la certeza jurídica y de una decisión justa no puede ni debe culminar con una violación del principio democrático y de división de poderes.

La apertura a nuevas reglas de interpretación y de ponderación tiene por objeto adaptar el texto constitucional a la realidad social. Las teorías de la interpretación jurídica sientan sus bases a partir del análisis de las teorías de la Constitución. En este sentido la interpretación de la Constitución con sus múltiples jurisprudencias y ponderaciones ha transformado la Constitución en una extensa fuente de ordenamientos que hacen de ella un complejo e interminable ordenamiento jurídico que se proyecta hacia el futuro.

Hablar de derecho constitucional no es sólo hablar del texto plasmado en la Ley Fundamental, la exégesis jurídica ha quedado muy atrás si tomamos

en cuenta la increíble cantidad de sentencias y precedentes del Tribunal Constitucional.

Ante esta realidad la importancia de conocer y analizar las teorías de la interpretación jurídica y los métodos que se han desarrollado es de indiscutible prioridad. No se puede sustraer el derecho y la justicia de la política, pero si se interpreta debidamente la Constitución de acuerdo a principios y aplicando la ponderación de los mismos, con un debido conocimiento y manejo de la teoría metodológica podremos contar con un derecho aunque no alejado totalmente de la política, pero sí más justo.

Interpretar implica comprender y valorar, de tal manera que los métodos tradicionales de interpretación aunque siguen siendo útiles son insuficientes en la práctica. No se trata de dejar de lado dichos métodos, sino enriquecer su aplicación aplicando a su vez métodos como la ponderación de principios. El desarrollo acelerado del Constitucionalismo Europeo ha originado la urgencia de modernizar el constitucionalismo radicado en las teorías conservadoras, tampoco se intenta enterrar el pasado, sino tomar de éste las herramientas útiles para conformar un verdadero Estado Constitucional acorde a la realidad, sin el pasado no se puede pensar en la construcción del futuro.

El Constitucionalismo alemán aunque modernizado, tiene sus raíces en viejos paradigmas, su Estado de derecho se ha conformado a partir de procesos históricos y de grandes crisis como el régimen del nacional-socialismo. Pero también a partir de las malas experiencias se aprende y se busca la renovación.

Una interpretación histórica será siempre importante, pero resulta complejo desentrañar la voluntad del legislador, toda vez que creó una ley en un momento histórico y en unas circunstancias, en muchos casos, alejados de la realidad actual. Una reconstrucción de esta voluntad a partir de análisis,

discusiones, interpretaciones, comparaciones resulta a veces un callejón sin salida, creando confusiones mayores y alejándonos cada vez más de la justicia.

Centrar las decisiones en una interpretación histórica no permite el desarrollo del derecho constitucional ni la apertura de la Ley Fundamental hacia los ideales de justicia. No podemos pensar en una realidad jurídica si nos anclamos en una isla histórica. No hay desarrollo si el legislador se convierte en el tirano jurídico de nuestro pasado. El presente lo crean las nuevas generaciones y es para esta nueva etapa que se requiere de una vida digna y justa.

El método comparativo tiene una especial importancia en la interpretación de la constitución, las nuevas necesidades del Derecho Constitucional Europeo implican una interpretación de acuerdo a principios para lograr una fuerza normativa para afianzar el Estado Constitucional. Es indispensable la interpretación comparada de las normas constitucionales de los estados miembros, sólo así se construye el camino para contar con una constitución europea que garantice la justicia y la legalidad. También abre el camino para la renovación de ideas y de métodos propios de cada una de las naciones para brindar elementos que logren valoraciones y argumentaciones para una ponderación adecuada.

La interpretación de la Constitución en Alemania ha tomado concepciones normativas diversas logrando características especiales que tratan de armonizar los fines de la Ley fundamental, del derecho interno y del derecho comunitario; es un derecho creado y enriquecido para funcionar y trascender inclusive hacia el exterior. Su desarrollo y eficacia no puede quedarse atrás de las exigencias del derecho comunitario. Por otra parte, la Constitución se debe interpretar no sólo tomando en cuenta las reglas y

principios del ordenamiento jurídico alemán, sino también del derecho de la comunidad europea.

Como ejemplo podemos señalar que Alemania ha suscrito diversos convenios internacionales para la protección de derechos fundamentales, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos que el derecho interno ha adoptado, toda vez que tiene fuerza legal, aunque no es ley constitucional, sin embargo la no observancia de estas reglas violaría las obligaciones y compromisos asumidos por este país en el marco del derecho internacional. Existe una exigencia y compromiso de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de acuerdo a los tratados internacionales y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, estamos en presencia de un vínculo extraterritorial entre la interpretación de la Constitución Alemana con el derecho constitucional de la comunidad europea. Concretar los ideales de la Constitución tiene ahora una doble complejidad, el carácter creativo y la necesidad de certeza jurídica duplican su extensión.

Se debe analizar si el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpreta o también crea derecho. Es enorme la complejidad del proceso argumentativo, sobre todo tratándose de derechos fundamentales. Ante todo se debe apreciar el verdadero propósito de la norma, la intención del legislador y una vez aclarado esto vincular los conceptos con la realidad y el contenido normativo para darle consistencia al derecho. La metodología del derecho puede apoyar en esta compleja tarea, toda vez que no basta con vincular el contenido del derecho con la realidad, sino explicar por qué se orientó dicha relación en determinado sentido, se debe justificar el por qué y el para qué, asimismo dicho proceso argumentativo debe ser convincente para lograr su aceptación general. En cuanto al derecho de la comunidad europea, si bien es cierto que el Tribunal tiene un limitado poder legislativo, su función ha sido decisiva en la solución de conflictos y sus sentencias con sus elaboradas

argumentaciones y ponderaciones han hecho eco en la aplicación del derecho interno de los países miembros. En realidad los jueces crean derecho y ahora no sólo para su propia nación, sino para una comunidad de naciones. En este sentido existe una compleja estructura que combina el derecho promulgado por el poder legislativo y el creado por los jueces. En este sentido expresan Clemens Höpfner y Bernd Rüter su preocupación por el desarrollo de una metodología jurídica que brinde sistemas de control en el sistema jurídico de la comunidad europea.¹⁵²

Especialmente Rüter, realiza un análisis del conocimiento histórico de los cambios y problemas políticos de los últimos tiempos en Alemania, sobre todo durante el régimen Nazi y llega a conclusiones importantes al determinar que el análisis de la práctica judicial debe tener por objeto la búsqueda de un derecho y una jurisprudencia nacional que trascienda en el tiempo y supere toda ideología. Afirma que un problema clave de la metodología tradicional es que afecta la interpretación de las normas jurídicas. No se trata simplemente de encontrar el derecho vigente en un sistema jurídico ideal, sino que la labor interpretativa va más allá, es en realidad una creación judicial sustentada en normas jurídicas aplicables a un caso particular. Un derecho estático, fijo en el texto, inamovible es solo una utopía, nuestro destino es el derecho creado por los jueces.

Ante estos retos la interpretación tradicional exige innovación y dinamismo, así como un desarrollo de la argumentación de acuerdo a principios con una moderna evolución de los métodos de ponderación.

¹⁵² Ver HÖPFNER; Clemens / RÜTERS, Bernd. Herausgegeben von Reinhard Bork, Jochen Taupitz, Gerhard Wagner. Archiv für die civilistische Praxis, **Grundlagen einer europäischen Methodenlehre**. 209. Band, Heft 1, Alemania, Februar 2009. p. 5.

De esta manera se fomenta el desarrollo de una Constitución no sólo flexible, sino abierta en la que la ponderación de principios y la argumentación jurídica logran decisiones de acuerdo a las circunstancias y a la realidad actual.

La Constitución alemana que sobre todo tiene por objeto la protección especial de los derechos fundamentales y la regulación jurídica de una nueva Alemania se ha convertido en fuente inagotable de innovadoras interpretaciones que trascienden más allá del límite de sus fronteras y que son citadas para argumentar decisiones en diferentes naciones con diferentes culturas. De ahí su carácter innovador y su riqueza interpretativa.

Sin embargo, la transformación de la sociedad avanza de manera acelerada por lo que la interpretación de la Constitución debe ir más allá de resolver un conflicto para el presente, debe dilucidar las repercusiones en el futuro, asimismo los intérpretes jurídicos deben estar preparados para afrontar los retos que la modernización y la tecnología traen consigo, lejos de debilitarse ante esta apertura, la Constitución debe cobrar fuerza y consistencia, siendo abierta, flexible, pero a la vez siempre firme para lograr la estabilidad y seguridad del Estado y de la sociedad, pero no sólo al interior, sino hacia el entorno comunitario.

La interpretación constitucional consiste en un discurso integrado por razonamientos, valoraciones y enunciados que se contraponen a otros igualmente bien estructurados, pero que después de un meticuloso análisis deberán orientar una decisión hacia un extremo. Se deben ponderar los principios jurídicos de acuerdo a reglas de importancia y de valor, esto se puede lograr en primer plano a partir de los elementos de las teorías tradicionales de la interpretación, pero si no resulta suficiente se debe acudir a una ponderación valorativa que conlleva un proceso jurídico creativo con ventanas abiertas a directrices de optimización de valores y principios, así como de un desarrollo armónico de decisiones que integren tanto la aplicación

de reglas federales como las de los parlamentos de cada estado. Esta práctica establece efectos trascendentes no sólo en la vida social, sino en la política.

La resolución de conflictos de derechos fundamentales en el sistema jurídico alemán, se realiza en la práctica a partir de la búsqueda del equilibrio de los bienes jurídicos con una proporcionalidad de los intereses contrapuestos para lograr su optimización. Se busca una certeza jurídica con ello no se logra una única solución correcta, pero esto es positivo, toda vez que no se trata de reducir el campo de acción de los legisladores y de los intérpretes del derecho, es jurídicamente enriquecedor que siempre existan diferentes cuestionamientos y materia de nuevos razonamientos susceptibles de valorarse y que a partir de diferentes opciones de ponderación se puedan defender diversos resultados. Siempre habrá nuevas interrogantes y para agotarlas por medio de la ponderación se logra una evolución de la misma Constitución.

Se debe estimar la preeminencia de los principios de un peso superior en relación con los otros, pero a su vez se debe tomar en cuenta la afectación de estos principios de mayor peso, tomando en cuenta cuáles se ven afectados sólo en su ámbito externo y los que ven vulnerado su núcleo interno, a partir de valoraciones de importancia y grado de afectación. Cuanto más grande es el riesgo de lesionar el espacio de protección de un bien jurídico, será mayor la importancia de salvaguardar su integridad. Sin embargo no se pueden establecer reglas aplicables de manera general, toda vez que en la práctica los resultados no son del todo claros ni precisos, solucionan los conflictos en los casos difíciles pero dejan espacios abiertos para la revisión y el cuestionamiento. En este sentido, la Constitución brinda algunos puntos de partida para lograr una ponderación de principios, no da respuesta para solución de conflictos de una manera explícita, ni mucho menos para definir el camino hacia una única respuesta correcta.

La argumentación y ponderación deben ser lo suficientemente cuidadosas y elaboradas en todos los sentidos para orientar las decisiones en base al mejor y más convincente razonamiento.

El objeto principal es dar consistencia a la Constitución, llenar los huecos para que los principios completen de manera armoniosa el texto legal y en la medida que se logra una convicción y un consenso social se gana la integración del discurso jurídico al sistema legal. Es la forma en que el conjunto de valores que giran alrededor de la vida diaria y del entorno del sistema se cristalizan en las decisiones vinculando la realidad con la justicia. En cada caso pendiente de solución aparecen nuevos criterios de valoración que agregan nuevos elementos que los cambios sociales, económicos y políticos exigen incluir en las decisiones.

2. La postura del Tribunal Constitucional Federal

El Tribunal Constitucional Federal a lo largo de tantas décadas de jurisprudencia ha logrado una construcción de la dogmática jurídica que en el ámbito constitucional permite articular tanto la aplicación de las tradicionales técnicas de interpretación en comunión con los innovadores métodos de ponderación que han dado como resultado un complejo aparato legislativo que, sin embargo, implica cada día nuevos retos para perfeccionar el discurso de una ponderación con una exigencia de corrección. Su gran apertura requiere consistencia y a la vez evolución constante sin descuidar los requisitos de seguridad jurídica. Aunque se atiende a los efectos hacia el futuro no debe alejarse demasiado de los precedentes, que son los cimientos sobre los que descansa. Las adecuaciones aplicadas a las formas de interpretación y a la práctica deben contar con fundamentos claros y justificados. Debe existir una vinculación armoniosa de las decisiones para evitar en la medida de lo posible la politización de las decisiones.

Por otra parte, la protección de los derechos fundamentales de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal debe realizarse en armonía cooperativa con el Tribunal de la Comunidad Europea buscando una tutela ideal y común para los derechos fundamentales. Este compromiso va más allá de la competencia territorial del Estado alemán, es una cooperación de reciprocidad y de retroalimentación continua que debe hacerse extensivo hacia las demás naciones de la comunidad europea y no sólo eso, también ser ejemplo que trascienda hacia los sistemas jurídicos a nivel internacional.

Como ejemplo de los alcances de la interpretación del derecho a nivel comunitario se encuentra la sentencia en relación con la Directiva 1999/44/CE referente a la venta y garantías de los bienes de consumo y del derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes y la gratuidad del uso del bien. En el asunto C-404/06. *Quelle AG contra Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*. Petición de decisión prejudicial: *Bundesgerichtshof* - Alemania.

Conclusiones del Abogado General. En agosto de 2002, en el marco de una venta por correspondencia, la sociedad Quelle envió a la adquirente una cocina para su uso privado por un precio de 524,90 euros. En enero de 2004, la compradora comprobó que de la parte interior del horno de la cocina enviada se había desprendido la capa de esmalte. Toda vez que no era posible reparar el aparato, la adquirente solicitó la sustitución del producto en el mismo mes dentro del periodo cubierto por la garantía. La compradora devolvió la cocina defectuosa al vendedor (la sociedad Quelle), que le envió una nueva exigiendo, el pago de una indemnización por el uso del bien, cuyo importe fue en un primer momento de 119,97 euros, y más tarde 69,97 euros, cantidad abonada por la adquirente. Sobre la base de la autorización concedida por la compradora, *Bundesverband* demandó a Quelle solicitando, por un lado, la

devolución del importe de 67,86 euros más intereses y, por otro, que se ordene a Quelle que en el futuro se abstenga de exigir el pago de indemnizaciones por el uso de bienes en caso de sustitución de productos defectuosos.

El *Landgericht* Nürnberg-Fürth estimó la reclamación del pago y desestimó la demanda en todo lo demás. El *Oberlandesgericht* Nürnberg confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia y admitió el recurso de casación. En la motivación precisó que no hay una base jurídica para solicitar una indemnización por el uso del bien y que la justificación proporcionada por el legislador para este derecho de indemnización no resulta convincente. El tribunal de apelación afirmó que carece de justificación el hecho de que se apliquen las normas sobre el desistimiento del contrato al caso de sustitución del producto; en efecto, en caso de sustitución, por un lado, el adquirente obtiene un nuevo bien, pero por otro el vendedor conserva el precio íntegro, junto a los eventuales beneficios obtenidos con ese pago. En cambio, en caso de desistimiento del contrato, el adquirente y el vendedor deben devolverse recíprocamente las prestaciones.

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra la resolución del *Oberlandesgericht* –Tribunal Superior- Nürnberg ante el *Bundesgerichtshof* –Corte Suprema-

El *Bundesgerichtshof* alberga dudas sobre la carga unilateral que pesa sobre el adquirente de pagar una indemnización por el uso del bien, pero no cree posible evitar esta desproporción mediante una interpretación de las disposiciones examinadas, ya que a ello se oponen tanto el tenor literal manifiesto de las mismas, como la indudable voluntad del legislador, tal y como se desprende de los trabajos preparatorios que acompañan el *Proyecto de ley sobre la reforma del Derecho de obligaciones*. Dicho tribunal subraya que la posibilidad de interpretación termina en el momento en que entra en conflicto con el tenor literal de la ley y con la clara voluntad del legislador. Además, el

Bundesgerichtshof duda de la conformidad de la normativa alemana controvertida con el artículo 3, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 1999/44, que establece que el producto sea sustituido sin cargo alguno sin mayores inconvenientes para el consumidor, y no está de acuerdo con la opinión de que dicha Directiva sólo regula el hecho de que la entrega del nuevo bien debe realizarse sin cargo alguno. A este respecto, afirma que las opiniones de la doctrina alemana sobre la conformidad de las disposiciones nacionales con la Directiva 1999/44 están divididas. En consecuencia, mediante resolución de 16 de agosto de 2006, el *Bundesgerichtshof* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

Quelle sostuvo en la vista que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile, en la medida en que, en el caso de autos, el *Bundesgerichtshof* sólo puede interpretar las normas controvertidas del BGB en el sentido de que éstas permiten que se exija el pago de una indemnización por el uso del bien. *Quelle* señala además que, aun cuando el Tribunal de Justicia decidiera que la Directiva 1999/44 se opone a la normativa alemana, el *Bundesgerichtshof* no podría ajustarse a dicha resolución, puesto que se lo impide el artículo 20 de la *Grundgesetz* -Ley Fundamental alemana-, según el cual el poder judicial está sometido al respeto de la ley. En efecto, si dicho tribunal nacional se ajustase a una sentencia de ese tipo, tendría que interpretar el Derecho nacional *contra legem*, extremo inadmisibile y una Directiva no puede servir de base para una interpretación *contra legem*. En lo que atañe a la solución de la cuestión prejudicial, *Quelle* sostiene que la Directiva 1999/44 no contempla la cuestión de la indemnización por el uso del bien, de modo que el legislador alemán no se hallaba vinculado por ninguna norma al regular dicha materia. La normativa alemana es admisible en la medida en que posibilita un equilibrio entre la petición de reparación y la de sustitución.

“El objetivo prioritario de la Directiva es que el consumidor obtenga una reparación *in natura*. De ahí que, en primer lugar se le permita exigirle al vendedor la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. Será imposible cuando el bien vendido sea una cosa específica. En cuanto a la desproporción, se considerará desproporcionada, según dispone la misma Directiva (Art. 3.3, 2º. Párrafo), toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta varios aspectos: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad; la relevancia de la falta de conformidad; y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes para el consumidor.

La configuración de la desproporción lleva, según algún autor, a que la opción en principio libre, del consumidor entre la reparación del bien o su sustitución por otro, se convierta en elección del vendedor. Así, se dice que por vía del criterio de los costes para el vendedor, se está introduciendo otra forma de delimitación basada en el tipo de bien. Parece razonable pensar, por tanto que, para los bienes de mayor entidad económica, la regla general será la reparación, porque ello constituye la alternativa más económica, mientras que para los de menor valor se acudirá a la sustitución. Más exactamente, hay que decir que la elección libre del consumidor, que existe, se limita a los casos en los que la elección entre reparación y sustitución o cualquiera de estas vías no sea imposible o desproporcionada.

La reparación o sustitución deberá hacerse en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran éstos para el consumidor (Art. 3.3, último párrafo).

La reparación del bien deberá interrumpir el plazo de garantía que se reanudará (no reiniciándose) en la entrega del bien reparado al consumidor.

En cuanto a la sustitución del bien defectuoso por uno nuevo con idénticas características, determinará el inicio de un nuevo plazo de garantía".¹⁵³

La *Bundesverband* expuso que la petición de decisión prejudicial es admisible y, en el caso particular no se trata de un problema de interpretación de la normativa alemana a la luz de la Directiva 1999/44, sino más bien de la interpretación de la propia Directiva. Aclara que la finalidad de la Directiva es garantizar un nivel elevado de protección del consumidor y que la sustitución del producto debe llevarse a cabo sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor, lo que implica que no puede exigirse al consumidor una indemnización por el uso del producto defectuoso. Además, considera que el hecho de que el importe de la indemnización sea indeterminado puede disuadir al consumidor de ejercer sus derechos con arreglo a dicha Directiva.¹⁵⁴

El Gobierno alemán sostuvo que la petición de decisión prejudicial es admisible, puesto que la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Directiva 1999/44 es necesaria para resolver el litigio principal. En cuanto al fondo del asunto, dicho Gobierno estima que la Directiva 1999/44 no contradice la normativa alemana en cuestión. En sus observaciones escritas invoca en apoyo de esta afirmación cuatro métodos de interpretación: literal, sistemático, histórico y teleológico.

¹⁵³ EVANGELIO LLORCA, Raquel. *La garantía del artículo 11 LGDCU y de la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Estudios. No. 672, Año LXXVIII, Julio-Agosto. Madrid, 2002. p. 1357.*

¹⁵⁴ Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0404:ES:HTML>

En el ámbito de la interpretación literal, el Gobierno alemán sostiene que la Directiva 1999/44 no regula la cuestión de si el vendedor puede exigir al consumidor, en caso de sustitución del bien, una indemnización por el uso del producto defectuoso. Según el Gobierno alemán, las expresiones *que los bienes sean puestos en conformidad sin cargo alguno y sustitución sin cargo alguno* sólo se refieren a la solicitud de entrega gratuita o sea la sustitución. La expresión *sin mayores inconvenientes para el consumidor* que prevé la Directiva en cuestión sólo exige que el vendedor no obstaculice en la práctica el ejercicio del derecho a la sustitución del bien por parte del consumidor.

En cuanto a la interpretación histórica, el Gobierno alemán remite a la propuesta anterior y a la modificación de la Directiva 1999/44, que muestran la evolución sufrida por la formulación de la misma donde sólo se establece la *reparación sin cargo alguno* y no, además, *la sustitución sin cargo alguno*. Según el Gobierno alemán, de una interpretación teleológica de la Directiva 1999/44 resulta que el consumidor no está obligado a soportar ningún coste concreto por la puesta en conformidad del bien. La normativa alemana no es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/44, es decir, la realización del mercado interior y la protección del consumidor, ya que posibilita la sustitución del producto sin problemas ni obstáculos burocráticos. El Gobierno alemán sostiene que el Tribunal de Justicia declaró que la efectividad de la protección europea del consumidor no está amenazada por el hecho de que, en caso de revocación de un contrato de crédito con garantía real, el consumidor no sólo esté obligado a devolver las cantidades percibidas en virtud de dicho contrato, sino también a abonar al prestamista los intereses normales de mercado. En opinión del Gobierno alemán, la solicitud del abono de una indemnización por el uso no se opone a la efectividad de la protección del consumidor, dado que dicho pago representa una obligación de menor entidad. Por último, alega que no debe permitirse que el consumidor obtenga ninguna ventaja de la sustitución del bien.

La pregunta es si la Directiva 1999/44 se opone a una normativa nacional que permite al vendedor exigir al adquirente, en caso de sustitución de un bien defectuoso, el pago de una indemnización por el uso de dicho bien.

El problema del fundamento del derecho a la indemnización por el uso ha suscitado un amplio debate académico en la doctrina alemana. En la mayor parte de las ocasiones, los autores citan en favor de esta normativa la motivación del legislador relativa a las correspondientes disposiciones del BGB (Código Civil Alemán) y el argumento que deriva de ésta, según el cual, el comprador queda en una situación de ventaja económica gracias a la sustitución. Para demostrar la conformidad de dicha normativa con la Directiva 1999/44, la mayoría de esos autores argumentan que el pago de la indemnización no está incluido entre los costes necesarios para poner en conformidad los bienes. Sin embargo, numerosos autores han afirmado asimismo que la normativa alemana es contraria a la Directiva 1999/44. Además de la falta de conformidad con la Directiva, dichos autores destacan el carácter desequilibrado de la normativa, que permite al vendedor mantener los rendimientos obtenidos mediante el pago del precio.

En lo que atañe a la admisibilidad de la petición procede considerar, como destacó acertadamente la Comisión, que la posibilidad de que los jueces nacionales interpreten o no la normativa nacional con arreglo a la Directiva no puede constituir un requisito para la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. El principio que prohíbe la interpretación *contra legem* sólo es válido cuando el juez nacional interprete el Derecho interno con arreglo al Derecho comunitario; pero en el marco de una petición de decisión prejudicial no puede hablarse de prohibición de interpretación *contra legem*. La razón de ser del procedimiento prejudicial es garantizar, mediante la interpretación del Derecho comunitario, una aplicación correcta y uniforme de ese Derecho en todos los Estados miembros. Las referencias al artículo 20 de la *Grundgesetz* –Norma

Fundamental- atañen exclusivamente al Derecho constitucional alemán; por lo tanto, dicha norma no puede influir por sí sola en la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

En efecto, el derecho de la Comunidad Europea es el único que establece los criterios para la admisibilidad de estas peticiones, y no el Derecho nacional. Una interpretación diferente implicaría que cada Estado miembro podría decidir autónomamente sobre la aplicación de la norma comunitaria, lo que podría provocar que el Derecho comunitario no se aplicara de modo uniforme en los Estados miembros. Por consiguiente, la petición de decisión prejudicial es admisible.

En primer lugar, ha de señalarse que el Tribunal de origen se refiere a adquirente y vendedor, mientras que la Directiva 1999/44 se refiere al consumidor y al vendedor que vende bienes de consumo. En el litigio principal, la adquirente puede ser incluida en el concepto de consumidor y el vendedor en el de vendedor en el sentido de la Directiva 1999/44; por otra parte, la venta de la cocina para uso privado es una venta de un bien de consumo a efectos de la Directiva. El principal problema del asunto es la interpretación de la expresión *sin cargo alguno* de la Directiva 1999/44 y la cuestión de si la sustitución *sin cargo alguno* implica que el vendedor no puede exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien defectuoso.

En lo que respecta a la interpretación literal, procede subrayar en primer lugar que de acuerdo a la multicitada directiva, el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. Por tanto, la Directiva establece claramente que la responsabilidad por la falta de conformidad del bien entregado que exista en el momento de la entrega incumbe al vendedor, y que éste debe responder de su incumplimiento.

Si se admitiera una normativa que permitiera al vendedor exigir una indemnización por el uso del bien, se consentiría que éste se sustrajera a su plena responsabilidad por la falta de conformidad del cumplimiento contractual existente en el momento de la entrega del bien, y una parte de dicha responsabilidad, que debería recaer sobre el vendedor, se trasladaría esencialmente sobre el consumidor.

La Directiva confiere al consumidor el derecho a exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno; esto implica que, a petición del consumidor, la conformidad puede llevarse a cabo, sin cargo alguno, con la reparación o con la sustitución.

En este contexto, el consumidor debe elegir entre la reparación y la sustitución la alternativa que resulte ser posible y proporcionada. Si ambas alternativas resultan imposibles o desproporcionadas, el consumidor puede solicitar la correspondiente reducción del precio o la resolución del contrato. La Directiva, a su vez determina que tanto la reparación como la sustitución del bien deben llevarse a cabo sin cargo alguno.

El significado habitual de la expresión *sin cargo alguno*, contenida en dicho artículo, ya proporciona un punto de partida para la conclusión de que la normativa alemana es contraria a la Directiva. En primer lugar, dicha norma establece de modo muy claro que la expresión *sin cargo alguno* comprende los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato. Es irrelevante si el vendedor exige el pago de la indemnización por el uso del bien como condición para la sustitución de éste o si sólo solicita dicho pago en un segundo momento, tras haber sustituido el bien; en ambos casos debe considerarse que la indemnización exigida es un coste para la puesta en conformidad del bien. La definición de la expresión *sin cargo alguno* significa que el vendedor es responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien; de ello se deriva

que el vendedor debe soportar todos los costes relacionados con la puesta en conformidad.

En lo que se refiere al argumento del Gobierno alemán de que dichos costes incluyen especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales, debe aclararse que esta enumeración es de carácter meramente indicativo, y no taxativo. Al emplear la expresión *especialmente*, la intención del legislador comunitario era mencionar los ejemplos más frecuentes de los gastos que pueden surgir en caso de sustitución, y no limitar el ámbito de aplicación de esa disposición. Por lo tanto, puede concluirse, con arreglo al principio *exempla illustrant non restringunt legem*, que los costes no incluyen sólo los gastos de entrega del bien conforme. En este sentido, es claro que la expresión *sin cargo alguno* comprende todos los costes necesarios para que los bienes sean puestos en conformidad.

“La posibilidad de reparar los defectos de la cosa, no prevista en el régimen de saneamiento del Código Civil, responde mucho mejor a las necesidades del consumidor, al menos en principio, que las tradicionales acciones redhibitoria y estimatoria.

La reparación, que ha de ser gratuita, comprende los vicios originarios y los daños y perjuicios derivados de ellos.

Pacíficamente se acepta que el carácter gratuito de la reparación abarca tanto los gastos de reposición de las piezas defectuosas, como los gastos de la mano de obra, desplazamiento del técnico y de la propia cosa garantizada en su caso. Por ello, habrá que considerar nulas aquellas cláusulas de los certificados de garantía por las que se impongan determinados gastos al consumidor para poder obtener la reparación del objeto garantizado. Cláusulas que son, sin embargo, muy frecuentes en la práctica.

En cuanto a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios o defectos, aunque se ha incluido dentro del derecho de reparación, es una acción autónoma, la de indemnización de daños y perjuicios...”¹⁵⁵

Asimismo, debe quedar claro si la petición de una indemnización por el uso causa al consumidor inconvenientes mayores, debe destacarse que el pago de una indemnización por el uso constituye un inconveniente mayor en el sentido de la Directiva. La expresión *inconveniente mayor* no sólo se refiere a las dificultades prácticas para la ejecución de la sustitución, sino también a los inconvenientes en general, y el inconveniente económico es un inconveniente adicional que puede ser peor que las molestias por la sustitución del bien.

Los intereses económicos del vendedor están protegidos de modo suficiente mediante la posibilidad de alegar el carácter desproporcionado de la forma de saneamiento elegida por el consumidor. La Directiva establece que se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables. Por lo tanto, cuando la sustitución cause al vendedor gastos que no sean razonables, éste podría rechazar la solicitud de sustitución del consumidor.

Si también resultara imposible o desproporcionada la reparación del bien, el consumidor podría optar por una forma de saneamiento subsidiaria, exigiendo una reducción del precio o la resolución del contrato. En consecuencia, la Directiva protege de modo suficiente al vendedor, permitiendo al mismo tiempo al consumidor ejercer sus derechos eficazmente.

Además, procede examinar cuáles son los efectos concretos de la petición de una indemnización por el uso. Si el vendedor exige al consumidor

¹⁵⁵ EVANGELIO LLORCA, Raquel. op.cit. p. 1334.

una compensación de este tipo y no es posible la reparación, el consumidor no tiene en la realidad muchas posibilidades. Si el vendedor impusiera el pago de la indemnización como condición para la sustitución, el consumidor sólo podría elegir entre pagar la indemnización y recibir un bien nuevo o bien no pagar y conservar el bien viejo. Incluso, cuando el vendedor no impusiera el pago de la indemnización como condición para la sustitución, pero lo exigiera en un segundo momento, el consumidor podría dudar si solicita o no la sustitución.

Es decir, se puede dar el caso que la petición de una indemnización por el uso llevara al consumidor a abstenerse de ejercer su derecho a la sustitución, situación que es en cualquier caso contraria al sentido y a la finalidad de la Directiva. En teoría, de conformidad con la directiva, el consumidor podría alegar que la sustitución le causa inconvenientes mayores y le es mejor solicitar al vendedor una reducción del precio o resolver el contrato. Sin embargo, debemos preguntarnos si esta objeción es realista a la luz de la normativa alemana actual. Una situación semejante podría desanimar al consumidor de ejercer cualquiera de las formas de saneamiento que le corresponden en virtud de la Directiva. Desde un punto de vista concreto, ha de considerarse que la solicitud de indemnización por el uso resulta especialmente problemática en las compraventas de bienes que se desvalorizan rápidamente y cuyo precio puede reducirse notablemente debido a la creación de nuevos modelos entre el momento de la adquisición y el de la sustitución, como ocurre por ejemplo con los ordenadores, teléfonos móviles y automóviles. En ese caso, el adquirente recibe un modelo que, en el momento de la sustitución, tiene un valor inferior al que tenía en el momento de la adquisición, debiendo abonar además una indemnización por su uso, siendo doble el perjuicio.

Por otra parte, aún cuando la interpretación histórica fuera favorable a la solución propuesta por el Gobierno alemán, este método de interpretación no es suficiente por sí solo y no puede ser determinante porque tiene una importancia meramente secundaria en la interpretación de las disposiciones comunitarias. El significado jurídico de las normas de Derecho comunitario sólo se puede deducir de las propias normas, a la luz de su contexto y de su finalidad.

Por lo tanto, no es aceptable que el consumidor, que cumplió adecuadamente su obligación contractual, estuviera obligado a abonar al vendedor, que no cumplió exactamente su obligación, una indemnización por el uso del bien defectuoso. Al recibir un nuevo bien, el consumidor tan sólo obtiene aquello a lo que tiene derecho, es decir, un bien conforme al contrato; por lo tanto, en este caso concreto no puede hablarse en absoluto de enriquecimiento indebido del consumidor.

A partir de este análisis, debe considerarse que la Directiva 1999/44 se opone a la normativa alemana con arreglo a la cual, en caso de sustitución de un bien, el vendedor puede exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien en cuestión.¹⁵⁶

Quelle AG sostuvo que la cuestión prejudicial era inadmisibles habida cuenta de que el órgano jurisdiccional remitente había indicado que las disposiciones nacionales mediante las que se adaptaba el Derecho interno a la Directiva de la Comunidad Europea únicamente dejaban espacio para una sola interpretación y que el Derecho constitucional alemán le prohibía una interpretación contraria. Por lo tanto, según dicha empresa, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretara el artículo 3

¹⁵⁶ Ver: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

de la mencionada Directiva en un sentido diferente, el citado órgano jurisdiccional no podría tener en cuenta la respuesta. EL Tribunal rechazó dicho argumento subrayando que la incertidumbre respecto de la posibilidad que tiene el juez nacional, tras la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a una cuestión prejudicial sobre la interpretación de una Directiva, de interpretar, respetando los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia, el Derecho nacional a la luz de dicha respuesta no puede influir en la obligación que tiene el Tribunal de Justicia de decidir sobre dicha cuestión. Es claro que cualquier solución distinta sería incompatible con la propia finalidad de las competencias que le corresponden y que tienen el objeto de garantizar la aplicación coherente del Derecho Comunitario en comunión con el derecho de los estados miembros. Según el artículo 3.1 de la Directiva 1999/44/CE el vendedor tiene la obligación de responder ante el consumidor por cualquier defecto que exista en el bien que entrega. Asimismo, el consumidor tiene el derecho de exigir la puesta en conformidad del bien y en caso de no ser posible puede pedir una reducción del precio o la terminación del contrato, es decir a que se le repare el bien o a la sustitución –en ambos casos, sin cargo alguno-, a menos que dicha acción resulte imposible o desproporcionada.

El gobierno alemán argumentó que tanto en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo el texto sólo indicaba la reparación gratuita del bien o la sustitución del mismo, pero no decía nada con respecto a las repercusiones económicas en caso de sustitución ni tampoco regulaba lo concerniente a una posible indemnización por la utilización del bien. Sin embargo, para el Tribunal esto carece de sentido, toda vez que la expresión es clara al mencionar que será en ambos casos sin cargo alguno, además la voluntad del legislador comunitario tenía por objeto garantizar la protección del consumidor. Por otra parte la frase: *sin cargo alguno*, está claramente establecida en el artículo 3.4 de la Directiva 1999/44/CE y se refiere a los gastos que necesariamente se deben llevar a cabo para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el

contrato, como los gastos de envío y los costos de la mano de obra y los materiales. De la lectura del mismo artículo se desprende una expresión indicativa, más no conclusiva, pues menciona algunos gastos contemplados, pero no dice que sean todos los materialmente posibles, de tal manera que pueden ser esos y otros.

La obligación de gratuidad de la puesta en conformidad del bien, que incumbe al vendedor, sea en forma de reparación o de sustitución del bien no conforme, tiene por objeto garantizar los derechos del consumidor y evitarle gastos innecesarios por no contar con una protección adecuada, en este sentido cualquier pretensión económica o de algún provecho para el vendedor queda descartada, tan es así que el comprador tiene la garantía de que el bien en cuestión le sea reparado o sustituido en un plazo razonable. Por otra parte, éstas son disposiciones mínimas básicas de protección al consumidor y los países miembros deben adoptarlas sin discusión, podrán hacer valer su derecho interno, pero sólo si tiene un ámbito de protección mayor al comunitario.

El Gobierno alemán también alegó que el comprador no debía tener un enriquecimiento sin causa por una sustitución del bien defectuoso sin pago de indemnización por el uso. Ante esto el Tribunal tuvo a bien decir que al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor no tiene un enriquecimiento sin causa, toda vez que pagó el precio de venta, cumpliendo su parte del contrato y sin embargo se ve afectado con un retraso al no tener un bien con las características y cualidades que él contrató y que era su derecho recibirlo desde un principio. Asimismo el exigir sus derechos dentro del plazo de prescripción de 2 años deja sin discusión el derecho que le asiste, además de que su petición de sustitución del bien no resulta imposible ni desproporcionada.

3. El papel fundamental de la Metodología Jurídica y su relación con los Principios.

La regulación efectiva de la vida social tanto nacional como comunitaria debe contar con principios que operen como directrices básicas para concretar una interpretación y ponderación extensiva. A partir de decisiones justas y debidamente razonadas se puede contar con el consenso de una sociedad que ahora tiene el carácter de comunitaria, cada vez más globalizada y que por lo mismo requiere reglas claras y decisiones razonadas. La aceptación lograda no deberá ser sólo pasajera ni temporal, se busca concretar cuestiones que permanezcan y que su ámbito no sólo llene huecos de manera emergente sino que se integren para formar parte de un sistema jurídico que no sea vulnerable ante la evolución y desarrollo de la sociedad. Los consensos siempre serán susceptibles de perder fuerza y convicción si desde su origen no contaron con argumentaciones y ponderaciones correctas. Los factores políticos, los juegos de poder, los intereses económicos y el cambio social pueden desequilibrar en un determinado momento la construcción que la labor argumentativa logró edificar. Asimismo, la tarea judicial que tiene la compleja misión de lograr aceptación y credibilidad no puede dejar huecos que pongan en riesgo su autoridad ni permitir que la Constitución deje de cumplir con los principios de seguridad jurídica.

En un estado democrático todos los miembros tienen la posibilidad de cuestionar los argumentos que pretenden el consenso, de acuerdo a los diferentes intereses y corrientes ideológicas buscarán desvirtuar los razonamientos e incluir los propios, por ello la importancia de contar con un sistema jurídico estable y compatible con la defensa de los derechos humanos.

De acuerdo con los defensores de la concepción pesimista de la metodología jurídica, ésta no tiene un sentido constitutivo o esencial en el

proceso de aplicación de las normas jurídicas, para ellos los métodos de la ciencia del derecho no son útiles o sólo sirven para análisis teóricos que en la práctica no funcionan.

Esta corriente no se basa en la idea del deber ser del derecho, sino en el estudio de la práctica judicial y de la observación de los procedimientos realmente empleados para la búsqueda y creación de las decisiones judiciales. La apelación oficial a determinados métodos y argumentos, por parte de los operadores jurídicos, tienen, según esta corriente, una función pseudo-científica; a saber, la legitimación *a posteriori* de un fallo tomado *a priori* y de acuerdo con nuestros deseos y preconcepciones extrajurídicos. Esta teoría se ha desarrollado particularmente en la Sociología Jurídica, en la sociología de los jueces (*Richtersoziologie*) y busca determinar la motivación que orienta a los jueces en su toma de decisiones.

Josef Esser estima que la metodología académica no es para los jueces un medio de ayuda ni de orientación de las decisiones, toda vez que la práctica judicial no se sustenta en métodos de doctrina jurídica, sino que utilizan la doctrina sólo para justificar sus decisiones de acuerdo a lo que ellos consideran aplicable. En el mismo contexto Bern Rüthers a partir de un análisis crítico del ordenamiento jurídico alemán en diferentes épocas, incluyendo el derecho nazi, estudia la práctica judicial y las sentencias de los tribunales constitucionales mencionando que existe un derecho racional que impregna la jurisprudencia y que trasciende en el desarrollo histórico de la sociedad.

Según su teoría el problema clave de la metodología tradicional radica en la interpretación de las normas jurídicas, lo cual no implica sólo la búsqueda del derecho vigente dentro del sistema jurídico, sino que radica en la cuestión de la creación judicial que realizan los tribunales constitucionales para resolver los casos. Para él un texto legal no logra incluir de manera permanente un

contenido normativo, de tal manera que el derecho que crean los jueces en cada toma de decisiones construye el futuro del destino de la vida jurídica.

Bernd Rüthers, de la corriente sociológico-realista de la actual Teoría del Derecho en Alemania, hace una crítica a las teorías tradicionales de la interpretación jurídica, especialmente por el análisis que hace de los excesos cometidos durante la época de los nazis. Fue juez mucho tiempo y a partir de su experiencia y de un amplio estudio sobre historia del derecho hace nuevas aportaciones a la actual Metodología Jurídica demostrando cómo a partir de las mismas normas se puede llegar a resoluciones a veces totalmente opuestas. Según este autor, el Derecho está compuesto por elementos sociales, ideológicos y de poder y es a partir de esos elementos que intenta un análisis de casos en la práctica jurídica para demostrar cómo en la vida real actúa el derecho y para que funcione la justicia no sólo se requiere conocimiento y razón sino compromiso para llegar a acuerdos sociales y cumplirlos. Rüthers considera que los jueces cumplen un papel determinante en el desarrollo del sistema jurídico, son los legisladores sustitutos.

“Las interrogantes atinentes a las regulaciones y decisiones justas no se resuelven, exclusivamente, con el intelecto o con el esfuerzo basado en la racionalidad científica. El jurista necesita también, e ineluctablemente, de una orientación de tipo valorativo. De allí que la justicia haya sido tratada, desde tiempos inmemoriales, como una cuestión que tiene que ver con un cierto *sentimiento del derecho* (*Rechtsgefühl* o con una voluntad que aspira a lo *bueno*. Esta perspectiva se debe, empero, reconsiderar cuando los límites de las fundamentaciones racionales de la justicia se hacen visibles”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ RÜTHERS, Bernd. *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*. op. cit., p. 223.

Hans Carl Nipperdey desarrolló en Alemania en 1954 la Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Su *Theorie der Drittwirkung der Grundrechte* fue aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo así como por el Tribunal Constitucional. En su teoría plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, en sus relaciones con terceros, de tal manera que dichos derechos operan como derechos subjetivos implícitos en las relaciones jurídicas y por lo tanto son oponibles no sólo a personas privadas sino también a poderes públicos, teniendo una función de eficacia horizontal. Esto muestra un desarrollo que supera la concepción tradicional del constitucionalismo liberal donde los derechos fundamentales son defendidos de las acciones de un estado para evitar un estatismo arbitrario, siendo asimismo un medio para limitar el poder del estado frente a los derechos fundamentales inherentes al ser humano. La teoría de Nipperday no se queda sólo ahí, sino que considera que no sólo los entes del Estado pueden afectar o intentar vulnerar derechos fundamentales, toda vez que existen sujetos u organizaciones privados que cuentan con tal poder, además del apoyo del Estado y del derecho que atentan contra los derechos fundamentales de las personas.

La rápida evolución del estado que, por un lado, intenta ser protector de los más indefensos y por el otro desea asegurar su economía y su poder político, llega un momento en que no logra armonizar todos los objetivos y deja crecer a su interior entes de poder que en muchas ocasiones logran escaparse de su control. De esta manera coexisten grupos de poder económico a nivel nacional e internacional que atentan contra los derechos fundamentales del ser humano. Tecnología y poder económico resultan ser una peligrosa combinación cuando se utilizan para controlar la vida de las personas, los abusos que se derivan en la invasión de la vida privada, el uso indebido de datos personales y la enorme presión que ejercen los modelos económicos actuales en la vida diaria y que influyen en el desarrollo de la personalidad y en

la forma del comportamiento social resultan ser factores destructores y agresivos.

Es importante que hacia el interior de la empresa privada se busque la protección de los derechos de los individuos, en ese sentido su orden interno debe estar basado en la ley como elemento esencial de su organización, respetando los aspectos fundamentales para una convivencia armoniosa y cooperativa, ya sea enfocada hacia intereses comunes o particulares. En este contexto se le da sentido y consistencia a una organización privada inmersa en procesos económicos. Con un respeto de la vida privada de los individuos y también de la no privada, pero inherente a la persona y ajena a los intereses de la empresa se busca tener un consenso y aceptación de los parámetros de respeto y de orden atendiendo a los valores y principios que en todo momento se deben garantizar y de las esferas que no se deben invadir con la justificación vana de alegar políticas empresariales o la inclusión de cláusulas absurdas en los contratos de trabajo. En este sentido lo explica Carsten Herresthal en su obra *Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft*.¹⁵⁸

Por lo tanto, la lesión de derechos fundamentales debe valorarse no solamente tomando en cuenta la calidad del agresor, sino en la vulneración misma, toda vez que el daño puede venir de un ente público o privado, pudiendo suceder que dichos organismos privados por contar con un poder excesivo y por tener acceso a esferas muy íntimas de la vida privada resulten ser tan peligrosos de manera igual o peor que un Estado arbitrario y tirano.

¹⁵⁸ Ver HERRESTHAL, Carsten. *Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft. Sonderdruck aus Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70 Geburtstag*, Herausgegeben von Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller. Verlag C.H. Beck München, 2007, p. 1109.

En este contexto, resulta de gran importancia la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, siendo importante la aplicación de principios y valores contenidos en la Constitución, de tal manera que los derechos fundamentales amplíen su esfera de actuación y según la teoría de Nipperdey se proyecta su dinámica en la empresa, siendo ésta un órgano de poder y donde la complejidad de las relaciones laborales implica situaciones donde los trabajadores pueden ver amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia del ejercicio del poder del patrón. No se trata de calificar el poder empresarial como maquinador de acciones perversas en contra de los empleados, simplemente surgen situaciones de conflicto de intereses, exactamente igual que en una pareja que se casa enamorada y termina la relación con un divorcio complejo, desgastante donde ambas partes se hacen daño y se lastiman innecesariamente, no era el objetivo inicial de la relación, pero somos humanos y cambian nuestras percepciones y sentimientos, no es maldad, es sólo naturaleza humana.

Por otra parte, los fines de la empresa principalmente materiales y económicos pueden atentar en muchos casos contra el pleno desarrollo y protección de los derechos fundamentales, surgiendo así la importancia de desarrollar elementos que permitan solucionar los conflictos entre los órganos privados de poder y los derechos fundamentales.

Se trata de frenar el uso arbitrario del poder al interior de la empresa bajo la justificación de que debe funcionar bajo sus propios estatutos y normas sin tener en cuenta que ninguna regla o norma puede estar fuera del alcance de la Constitución y de la protección de los derechos humanos que ésta ampara. Tampoco es aceptable que el ámbito contractual no contemple la protección de derechos fundamentales e inclusive adopte cláusulas o reglamentos que limiten el ejercicio de dichos derechos expresa o tácitamente. No podemos cerrar los ojos a la realidad, es innegable que con mucha

frecuencia se estipula de manera prioritaria la regulación del poder empresarial con el objeto de garantizar la seguridad económica y productiva de la empresa.

La larga lucha histórica para lograr el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales se ve apagada y minimizada cada vez que un ser humano se ve en la necesidad de convertirse en un trabajador sometido al poder arbitrario de un patrón, que puede limitar inclusive su vida privada y su libertad por el sólo hecho de haber firmado un contrato, esto es aceptado no sólo por el trabajador sino por la sociedad, con la falsa mentalidad de que es justo con el argumento de: *por eso le pagan y debe estar agradecido por tener el privilegio de contar con un trabajo.*

Ante esta situación resulta de gran importancia esta nueva teoría que tiene por objeto resguardar las libertades del trabajador en la dinámica del contractualismo empresarial y buscar que se reconozcan y se respeten sus derechos dentro y fuera de la empresa. El trabajador tiene derechos y obligaciones que debe cumplir en razón de un contrato de trabajo, pero no es aceptable que el patrón quiera ampliar el ejercicio de su poder y de su influencia hacia la vida del trabajador o inclusive en el desarrollo de su personalidad o del aspecto de su vida no privada que no tiene ninguna relación con su contrato de trabajo.

La empresa no es un feudo en el que los trabajadores pierden su ciudadanía ni sus derechos fundamentales, el poder empresarial no puede estar por encima del poder estatal ni de la Constitución, aunque intenta en todo momento por medio del poder económico controlar no sólo la vida de los empleados sino también a otros órganos de poder. El ejercicio excesivo del poder empresarial en combinación con la necesidad económica de los ciudadanos ha provocado una situación de injusticia donde los empleados aceptan o tienen que aceptar el menoscabo de sus derechos porque necesitan el trabajo.

La idea de que los derechos fundamentales despliegan efectos en las relaciones jurídicas privadas, parece imponerse de manera evidente y parecería poco problemática. Sin embargo, su concepción como derechos de defensa frente al Estado adoptada en la concepción alemana de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos ha originado que los efectos en las relaciones jurídicas de particulares entre sí resulten muy discutidos.

El solo planteamiento de efectos horizontales de derechos fundamentales no debe suponer que el principio de autonomía privada vaya a ser eliminado, como tampoco su propio fundamento, la libertad de actuación o libre desenvolvimiento de la personalidad. Por el contrario, hablan a favor de la oportunidad de la indagación, la fuerza normativa de la Constitución, el especial valor de los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores, cuya protección, desde luego, no puede omitirse en los ámbitos regulados por el derecho privado donde los poderes privados resultan en muchas ocasiones un peligro para los derechos fundamentales.

El problema comprendido en el tema planteado es designado bajo diversas denominaciones. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), así como los de eficacia horizontal (*Horizontalwirkung*), validez de los derechos fundamentales en el derecho privado (*Geltung der Grundrechte im Privatrecht*), eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas (*im Privatrechtsverhältniss*), en el tráfico jurídico privado o de derecho privado (*privatrechtliche Verkehr*) o, también, en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado (*in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander*) ha alcanzado aceptación general y es de empleo generalizado para la designación de esta problemática y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

A nivel internacional ya se ha aplicado y reconocido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En concreto, esta instancia considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional. Asimismo, establece que en una relación laboral regida por el derecho privado está implícita la obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares dando lugar a efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. En este sentido considera que la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos.

Según Hans Carl Nipperdey los derechos fundamentales no sólo cumplen con la función de principios vigentes en el ordenamiento jurídico sino que se extienden al derecho privado, de tal manera que el Derecho Constitucional amplía su campo de acción porque no sólo contiene directrices para las reglas de interpretación sino múltiples normas que contienen variedad de derechos subjetivos privados de la persona. En un principio los derechos fundamentales fueron tomados en cuenta como derechos protegibles frente al poder estatal, pero los tiempos cambian, la sociedad se transforma y la Constitución debe adaptarse a la realidad para cumplir con los objetivos del Estado Social y de las exigencias de justicia y de igualdad.

El ser social no sólo debe ser protegido de los abusos del Estado, los otros individuos y los grupos sociales también pueden atentar y afectar sus valores fundamentales, la dependencia social, de grupo, de asociación, laboral, cultural, etc. ha creado necesidades que tienen que ver con el desarrollo de la vida y de la personalidad del individuo. Esta es una realidad que las constituciones modernas no han tomado en cuenta, por los menos de una manera explícita, la protección de principios y valores en el ámbito privado. La doble naturaleza de los derechos fundamentales, una frente al Estado y la otra entre particulares implica una modernización del Derecho Constitucional y un amplio trabajo para los intérpretes jurídicos de la Ley Fundamental.

No es una cuestión simple, toda vez que no se trata de aplicar sin un análisis previo y una ponderación correcta derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sería caótico. Se debe atender a la naturaleza especial de los derechos fundamentales y armonizarlos con el ordenamiento jurídico aplicable en cada caso.

Si tomamos en cuenta que la Constitución tiene como fin principal la regulación de las relaciones entre el Estado y los individuos, así como garantizar la protección de los principios que dan sustento a los derechos humanos para hacer realidad las exigencias de justicia y de igualdad, una ampliación de su esfera para regular las relaciones entre particulares parece una buena idea, pero deben analizarse los riesgos que ello implica y no abrir puertas que pongan en riesgo la naturaleza misma de la Ley Fundamental.

Debemos tomar en cuenta el papel del legislador cuando establece reglas con relación a situaciones entre el Estado y particulares, como ser humano puede ser hasta cierto punto imparcial movido por los intereses políticos, económicos, sociales y por la presión del mismo poder estatal; sin embargo su situación es otra cuando establece normas de igual a igual, de particular a particular, es más humano en ese momento, su investidura le

implica menos conflicto al momento de legislar. Por supuesto que siempre habrá una influencia de una parte o de otra, toda vez que la capacidad de argumentar, de impresionar y de influir en el legislador la desarrollan los individuos de manera diferente.

En realidad se busca una justicia más certera, sin embargo en dicha aventura se corre el riesgo de la inseguridad jurídica, toda vez que no es tarea fácil la interpretación y ponderación de principios consagrados en la Constitución para aplicarlos a conflictos de derechos entre particulares, esto conlleva una exagerada ampliación de la actuación del juez y una mayor incertidumbre para las partes y puede suceder que por buscar una solución más justa se vulneren derechos fundamentales, toda vez que el juez no puede librarse de la influencia del poder de los grupos sociales, laborales y políticos.

Por otra parte Konrad Hesse menciona que la ampliación de la acción de los derechos fundamentales en la esfera privada puede provocar conflictos en el ordenamiento jurídico, toda vez que la normatividad aplicable a las relaciones entre particulares tiene su función y su razón de ser, asimismo como parte del sistema en el que funciona el ordenamiento jurídico debe cumplir con su tarea y ser capaz de contar con la claridad y la certeza para solucionar los retos que la sociedad exige.

El Tribunal Constitucional Alemán estima que los derechos fundamentales también operan en las relaciones entre particulares y extiende su esfera de actuación, pero de una manera que da al juez la posibilidad de hacer valoraciones, de ponderar principios tomando en cuenta las circunstancias del caso, interpretando de acuerdo a principios, pero sin intentar invadir la esfera de los derechos subjetivos privados. En la sentencia del caso Lüth en 1958 el Tribunal estableció que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que encarna un orden objetivo de valores, de

tal manera que los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante cláusulas generales. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo realizó expresiones para influir sobre otros y se unan en su opinión en contra de la película de Veit Harlan *Jud Süß* por considerarlo antisemita. Fue demandado por Harlan ante un juez civil. El Tribunal Estatal falló en contra del demandado argumentando que sus expresiones constituyen un acto ilícito y lo condena a abstenerse de expresar su opinión y de incitar al público alemán a no ver la película de Harlan, considerando que la conducta que invita al *boicot* es contraria a las buenas costumbres. El Tribunal Constitucional Federal determinó que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. El derecho fundamental a la libertad de expresión es uno de los derechos más supremos, expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, por lo tanto no sería consecuente que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se deje al alcance de la ley ordinaria. Sentencia BverfGE 7, 198.¹⁵⁹

Para Robert Alexy los derechos de protección de los ciudadanos, diferentes de los deberes de protección del poder estatal, son los derechos del

¹⁵⁹ Ver Caso Lüth en SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, Konrad Adenauer Stiftung.. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México, 2000. p. 202.

titular del derecho fundamental ante el Estado, para ser protegido contra las arbitrariedades de éste, pero también de terceros. Es claro que la protección de derechos fundamentales está presente no sólo en la Constitución sino en el derecho privado que implica el deber de garantizar todos los derechos inherentes al ser humano, tales como la vida, la libertad, la igualdad. Se debe analizar el camino adecuado para cumplir con un deber de protección, es tarea de la autoridad, especialmente de los legisladores quienes deben de establecer las normas tomando en cuenta la efectividad no sólo en la esfera constitucional sino sus repercusiones en el ámbito privado y cuando el legislador no ha previsto tales consecuencias es necesario ponderar para armonizar el derecho de protección con los derechos oponibles entre particulares.

Claus-Wilhelm Canaris sostiene que la vinculación de las leyes de Derecho Privado a los derechos fundamentales está basada en la idea de que la Constitución es norma superior también respecto al derecho privado, sin embargo los derechos fundamentales no tienen el mismo contenido en las relaciones entre particulares que en las relaciones de particulares con el Estado. En la práctica, pueden impugnarse decisiones de los tribunales que resuelven asuntos entre particulares y que atentan contra derechos fundamentales, es entonces cuando la tarea del Tribunal Constitucional Federal consiste en ponderar principios para dirimir un conflicto de particulares, debe concretar la aplicación de las valoraciones para darle consistencia al contenido de los derechos fundamentales, la influencia de estos derechos hacia el derecho privado se ha logrado a través de la interpretación de acuerdo a principios y a la ponderación.

Según Canaris el Estado debe proteger los valores contenidos en los derechos fundamentales también frente acciones de un ente privado, pero no debe excederse, debe hacerlo en la medida correcta para no vulnerar los derechos fundamentales de los otros sujetos. El juez tiene una tarea especial,

por un lado debe interpretar adecuadamente la ley y si considera que la decisión no es justa, debe volver a interpretar de acuerdo a la Ley Fundamental y si no encuentra la respuesta acertada debe plantearse el asunto ante el Tribunal Constitucional Federal, pero no es función de éste último decir a los tribunales civiles cómo deben decidir, su tarea es realizar un análisis de la correcta o incorrecta aplicación de la norma y de la afectación de derechos fundamentales. Puede suceder que el juez no tomó en cuenta que su decisión tendría como consecuencia la afectación de un derecho fundamental, que no pudo percibir o que sí lo percibió pero no supo estimar en la medida exacta su importancia y trascendencia.

Esta ampliación de la acción del Tribunal Constitucional Alemán ha despertado gran polémica por considerar que invade la esfera de los Tribunales civiles, pues se estima que un excesivo control no sólo de la Constitución sino del ordenamiento jurídico puede provocar un abuso del derecho.

En la Ley Fundamental de Alemania la protección de los derechos fundamentales está prevista sólo para defensa ante el poder público aunque existe la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional Federal cuando hay violación de derechos fundamentales. Toda vez que la doble naturaleza de los derechos fundamentales no está prevista en la Constitución, el Tribunal supremo ha establecido doctrina que menciona que los derechos fundamentales son derechos subjetivos frente al poder público y que por otra parte estos derechos son también principios objetivos que orientan la aplicación de las leyes y los actos del poder público, no así en las relaciones jurídicas entre particulares. En este sentido, los ciudadanos tienen derecho a que los órganos de poder hagan valoraciones y estimaciones haciendo alusión a derechos fundamentales que están en juego en sus relaciones de tipo particular.

El tema de la defensa de los derechos humanos en la discusión actual abre muchas interrogantes sobre su pretensión de protección. Los diversos paradigmas que rodean a los derechos fundamentales y la realidad en la vida diaria, tienen abismos que desvinculan las pretensiones de justicia con la práctica. Son parte de las constituciones modernas, del derecho positivo, sin embargo su vigencia es en muchos casos ilusoria. Se deben retomar los compromisos morales y éticos que dieron lugar a su consolidación, pero también hace falta la voluntad general para concretar su defensa y protección. Es una cuestión también de cultura y educación, no se puede exigir el respeto de lo que no se comprende ni valora. La pérdida de valores éticos y sociales desvinculan al ser humano de la vida social, si no hay sentido de pertenencia no se puede esperar cooperación ni solidaridad.

Esta desolada moralidad también trasciende en la función judicial, por lo tanto ya no es posible que se tomen decisiones de manera mecánica para aplicar lo que dice la letra de la ley, apartando los valores y principios con la rigidez del silogismo y la subsunción.

Ahora el juez cobra vida a partir de un constitucionalismo dinámico, abierto con valores éticos y morales que logran puentes con el derecho y la vida social y no paredes para frenar la dinámica judicial. Con la racionalidad práctica se concreta la figura de un juez no sólo doctrinario, sino práctico e innovador, no sólo teórico, sino argumentativo que es consciente y sensible ante la presencia de los valores y principios para lograr un consenso social que da consistencia a la Constitución.

Los teóricos e intérpretes de las Constituciones han manifestado cierto consenso sobre el nuevo paradigma que ha sustituido el modelo positivista. Se han referido al Neoconstitucionalismo como modelo para la superación de la antigua concepción de Estado de derecho. El estudio de la historia constitucional en materia de derechos humanos debe servir como base para

dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, pues la tradición romano-germana ha estado impregnada por un enorme positivismo jurídico, la cual ha provocado un atraso considerable en la justicia constitucional complicando efectividad jurídica de los derechos fundamentales.

Todo ese cúmulo de corrientes y pensamientos desarrollados a partir de la modernidad, que se consagraron paulatinamente con la consolidación del Estado de derecho, y posteriormente con el surgimiento del Estado Constitucional, van dando forma y sustancia a esta forma de percibir y concebir los derechos humanos.

En la actualidad, observamos un conjunto de valores que se integran en las Cartas de Derechos de cada una de las Constituciones en el mundo. En ella, coexisten valores esenciales como la vida, la igualdad, la libertad, y sobre todo la dignidad humana, como valores esenciales y supremos. Contemplar estos valores no hubiera sido posible sin las diferentes ideas y corrientes filosóficas que han fundamentado los derechos humanos.

El iusnaturalismo y el iuspositivismo han sido dos corrientes antagónicas para la fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos y han aportado invariablemente un sinnúmero de pensamientos que hoy en día siguen teniendo vigencia y que han dado una nueva dimensión a los derechos humanos.

El neoconstitucionalismo teórico supone aplicar más principios que reglas; más ponderación que subsunción; respeto de la constitución en todas las áreas jurídicas, apertura de la tarea judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una pluralidad de valores y principios. Los valores jurídicos universalmente aceptados como la dignidad humana, la libertad o la vida fueron impulsados desde el campo de la ética en

determinados momentos de la historia por los movimientos políticos que al mismo tiempo contribuyeron a darle consistencia a los ideales de justicia y plasmarlos en el sistema normativo nacional e internacional.

De esta manera, la positivización de los derechos humanos ha sido un logro del Estado de Derecho y del nuevo Estado Constitucional. No solamente han sido las grandes revoluciones las que han dado su aporte para que actualmente los derechos humanos se consideren universales e inalienables, sino también otros movimientos sociales que han luchado y siguen proclamando por sus derechos. Sin embargo, la tarea está inconclusa. El aumento de las pequeñas y grandes revoluciones hace evidente las deficiencias del sistema jurídico, en todos los niveles, de cumplir con las exigencias de justicia social y de protección de los derechos humanos.

Desde una u otra perspectiva, ya sea iusnaturalista o iuspositivista moderadas, los derechos humanos representan un conjunto de exigencias éticas mínimas que han sido universalmente aceptadas a lo largo de la historia. Si no se garantizan los derechos fundamentales mínimos a los ciudadanos ya no solamente de nuestras naciones, sino del mundo, podría ser demasiado tarde corregir en el futuro las posibles catástrofes que se acercan de manera precipitada.

Es el momento de dar fin a los obsoletos paradigmas que obstaculizan la verdadera protección y eficacia en materia de derechos fundamentales. Es claro que una sociedad desarrollada debe garantizar el bienestar de todos los grupos que la integran, en especial atender a los más necesitados.

Alexy propone la elaboración de un código de razón práctica que contenga el resumen y la formulación explícita de las reglas y las diversas formas de argumentación que se consideran racionales-prácticas, de tal manera que el Derecho pueda ser un caso especial del discurso práctico

general. Su teoría sobre la *Tesis del Caso Especial* es motivo de gran reconocimiento, pero también de polémica porque ha abarcado el análisis filosófico-moral para explicar las reglas del discurso práctico que él divide en varios grupos: reglas básicas, que deben respetarse en todo discurso racional, no debe haber contradicciones, se debe expresar sólo lo que se cree sin aplicar dicha expresión en sentidos diferentes; las reglas de la razón; las reglas en la carga de la argumentación; las reglas de fundamentación y las reglas de transferencia.

Para este autor un constitucionalismo democrático sin principios estaría incompleto. A partir de su clásica distinción teórica entre principios y reglas, los principios como mandatos de optimización no funcionan del todo o nada, a diferencia de las reglas. Los principios se cumplen en la medida posible, se busca un equilibrio para que la balanza finalmente proteja los bienes jurídicos de mayor valor. Las reglas como tales, o se cumplen o no, tienen un sentido de definitividad y en un conflicto de reglas se aplica la subsunción. Los principios cumplen un papel especial sobre todo para cumplir con el ideal de un derecho justo, pero es importante lograr un adecuado equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y la justicia. No se puede correr el riesgo de hacer incorrectas ponderaciones de principios que se conviertan en precedentes claramente injustos, sería la extrema injusticia porque además de estar alejada del ideal de equidad ha pasado a formar parte del sistema jurídico. Cobra especial importancia la aplicación del principio de proporcionalidad, que con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son herramientas básicas para detentar una correcta ponderación de principios, así lo expresa en su *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur der Rechts*.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ver ALEXY, Robert, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur der Rechts*.. ARP- Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Franz Steiner Verlag, Vol. 95 Heft 2. Alemania 2009, p. 164.

A partir de su postura se ha originado en Alemania la gran discusión sobre las teorías de la Argumentación despertando el interés internacional.

Sus aportaciones han brindado conceptos básicos que han enriquecido la literatura y la academia jurídica, sin embargo tanto tecnicismo y vaguedad terminológica han producido cierta debilidad a sus teorías.

En esta corriente debemos mencionar a Habermas que aporta con su teoría la posibilidad de fundamentar los juicios normativos o de valor y da especial relevancia a la comunicación humana identificándose con las teorías morales, haciendo un análisis desde el derecho natural, abriendo la posibilidad de fundamentar los juicios morales de manera similar a los postulados empíricos con verdad y corrección, respectivamente. En cuanto a su teoría comunicativa establece, a partir de la noción de consenso, que la verdad es producto de discurso y para lograrlo se debe llevar a cabo en circunstancias ideales, principalmente los agentes de la comunicación deben estar dispuestos a cumplir con determinadas reglas. Todo resulta muy bien en la teoría, pero el consenso del que habla es complejo de aplicarse en la vida real, ¿cómo llegar a cumplir con los requisitos y circunstancias para un consenso cuando hay un conflicto donde está en juego la impartición de justicia y la lucha por bienes jurídicos?.

Dentro de la corriente de la Jurisprudencia de Valores con teorías que propugnan por la racionalidad del Derecho, la utilidad de la Metodología para una fundamentación jurídica correcta a partir de valores objetivos se encuentra el Profr. Dr. Klaus Adomeit que en su *Teoría del Derecho para estudiantes* se muestra identificado con los principios de un racionalismo crítico, con la idea de

que toda teoría dentro de un marco jurídico debe intentar solucionar los problemas de la práctica jurídica.

Clemens Höpfner, a partir de las teorías de Savigny que brindaron los paradigmas clásicos de la interpretación tradicional y con los nuevos elementos de las teorías modernas de la interpretación y de la argumentación jurídicas, hace un análisis de cómo opera la interpretación en los Tribunales Supremos, no solamente en el sistema judicial interno sino también en el Derecho Comunitario. Explica la relación vinculante entre el derecho interno y las directivas del Tribunal Europeo. Desde un enfoque dirigido a la interpretación jurídica, separa los elementos que sientan su base metodológica y práctica, tratando de aclarar las diferencias en la interpretación de las leyes cuando existe un derecho fundamental en juego.

Considera que dada la importancia de la interpretación para el funcionamiento del sistema jurídico, no es recomendable la interpretación en sentido estricto, pero el hecho de tener la posibilidad de contar con una Constitución abierta y una libertad interpretativa y argumentativa también tiene sus riesgos, por lo que deben existir medios de control, criterios previamente establecidos, así como una determinación clara de las responsabilidades de los actores jurídicos que intervienen en el proceso judicial.

4. El carácter expansivo de los derechos fundamentales.

Todo ordenamiento jurídico de un país democrático cuenta con un mínimo básico que integra la protección de los derechos fundamentales además de los principios generales de derecho aplicables en cualquier momento. La interpretación jurídica intenta completar y enriquecer la aplicación de la Constitución, pero esto es más complejo de lo que parece, no se trata sólo de simples añadiduras y por otra parte aún cuando una Constitución no incluya todo el cúmulo de principios válidos ante la comunidad internacional, se

da por hecho que se deben proteger y respetar, su expresión en el texto legal es enunciativa, pero no exhaustiva. En la sociedad moderna, ante las exigencias y necesidades que la ciencia y tecnología han creado, aparecen nuevos derechos y garantías que se deben proteger y otras formas de derechos fundamentales que en el pasado nadie imaginaba. En este contexto se van formando nuevos escalones de conceptos, formando una pluralidad que por su dinámica y desarrollo hace cada vez más complejo su análisis. Por su misma naturaleza y estructura los principios exigen una especial atención, no son simples mandatos legislativos que funcionen del todo o nada.

Por otra parte la aplicación de principios por su sentido valorativo y subjetivo genera el riesgo de una desvinculación con el sistema judicial. No se pueden crear precedentes basados en valoraciones erróneas y sin embargo adoptadas en la Jurisprudencia. La idea de un derecho justo puede verse opacada por la presencia de argumentos basados en principios que no son éticos, pero que lo parecen y por lo mismo atentan contra el mismo sistema jurídico. Así lo explica Clemens Höpfner en su *Die systemkonforme Auslegung*.

161

La influencia del derecho constitucional en el ámbito, no sólo del derecho laboral, sino en otras áreas del derecho privado ya había sido advertida por Nipperday con su teoría de los efectos expansivos de los derechos fundamentales hacia las relaciones entre particulares. Por último, como principio constitucional, marca los valores fundamentales de una sociedad. El derecho a ser tratado igual es un derecho fundamental del hombre, no sólo frente al Estado sino también entre los propios hombres.

¹⁶¹ Ver HÖPFNER Clemens, *Die systemkonforme Auslegung*, Grundlagen der Rechtswissenschaft 11, Mohr Siebeck, Alemania 2008, p. 386.

Al respecto, Nipperdey sostenía que los ciudadanos no pueden tener el derecho de proceder arbitrariamente, cuando ni el Estado tiene ese derecho.

Siguiendo a este autor, el Profr. Dr. Klaus Adomeit hace un análisis meticuloso de los retos a que se enfrenta el pueblo alemán con relación a la igualdad laboral, sus repercusiones a partir de la integración del nuevo estado, la complejidad de las negociaciones de los contratos colectivos y de los acuerdos laborales, pero sobre todo la necesidad de vincular y armonizar el derecho interno con las exigencias de un ordenamiento jurídico inmerso en un derecho comunitario, en este sentido aclara lo siguiente:

“En la discusión actual es importante la comparación o confrontación de los contratos laborales con contratos de seguro, donde se puede apreciar un trato diferente de las desigualdades. Las compañías de seguros contra daños de coches causados por accidente piden una prima reducida de las mujeres (50 Euros menos al año), porque claramente conducen con más prudencia. En los graves accidentes con muertos o muchos heridos se ve menos participación femenina y en pocos casos un estado de embriaguez total. Esto es desigualdad por razón de sexo, pero se entienden bien los motivos. En los contratos asegurando los gastos de enfermedad ocurre al revés. Las mujeres pagan más, porque enferman con más frecuencia, aun cuando no incluyamos los gastos de embarazo y maternidad. También para el seguro de renta – por ejemplo, la pensión a partir de 65 años de edad – las mujeres pagan más, esta vez no por causa de su debilidad, sino porque son más fuertes y resistentes. Tienen una expectativa de vida superior a la de los hombres, aproximadamente cuatro o cinco años más de vida. La Directiva 2004/113 del Consejo Europeo (13.12.2004, Art. 5 II) admite la desigualdad en las tarifas de seguro, *cuando existen factores determinantes para la diferenciación basados en una cuenta matemáticamente correcta y probados estadísticamente*. Esto es una

concesión importante del legislador de Bruselas, corrigiéndose en su filosofía estricta de la igualdad. También los empresarios tienen argumentos y datos estadísticamente probados de que los gastos para trabajadoras enfermas son superiores a los gastos causados por varones enfermos, y no se trata de una pequeñez, sino de cuantías enormes. En Alemania el problema adquiere en verdad mucha importancia económica. Un trabajador ausente y enfermo recibe su salario como los otros hasta el plazo de 6 semanas, una conquista enorme de nuestros sindicatos ganada en una huelga histórica que duró desde octubre 1956 hasta el febrero 1957. Igualmente la larga expectativa de vida femenina es relevante en el cálculo de pensiones empresariales para jubilados, pero un convenio sobre pensiones debe estrictamente evitar la discriminación indirecta de mujeres. Quizás, por ahora, el problema no esté resuelto porque se percibe la desigualdad entre los contratos de seguro con sus condiciones generales y los contratos de trabajo con los convenios pertinentes. .¹⁶²

5. Las directivas y sus efectos legales.

El Dr. Adomeit menciona que Alemania no está actualizada en la transposición de la Directiva 2000/43 contra discriminación racista o étnica y también en la transposición de la Directiva 2000/78 a favor de tratamiento igual con respecto a la religión, filosofía, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

Cabe aclarar que las Directivas no tienen un efecto directo en las relaciones entre particulares hasta su transposición al derecho nacional, no crean de manera automática obligaciones a cargo de un particular, sólo vinculan de manera obligatoria al Estado.

¹⁶² Ver la página de la Universidad de Granada:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/08klausadomeit.htm> (Adomeit, Klaus, *LOS SINDICATOS Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ALEMANIA BAJO LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO*)

La cantidad de conflictos derivados de posible discriminación es creciente. En el ámbito laboral, los candidatos rechazados después de un proceso de selección, por lo menos desean saber los motivos reales y en caso de discriminación estar en posibilidad de exigir una indemnización. En la práctica, la decisión de rechazar o aceptar a un aspirante depende de diversos motivos que no están al alcance de la prueba judicial. Es posible, por ejemplo, en una empresa en Berlín que cuenta con trabajadores, en su mayoría, de origen turco que para evitar conflictos se rechace el ingreso de un trabajador de origen griego o kurdo, sin que esto tenga un fondo de discriminación por motivos raciales o étnicos, simplemente se busca mantener la armonía laboral.

También existen relaciones laborales en base a convenios, por ejemplo el trabajo en la cosecha de espárragos en temporada de primavera que es realizada en su totalidad por extranjeros –en su mayoría polacos-, se les contrata porque sus salarios son muy bajos y podría pensarse en una discriminación étnica indirecta.

En realidad, el concepto *discriminación* implica la alusión a elementos subjetivos que requieren de una valoración moral y el desarrollo del derecho civil quiso precisamente independizarse de la moral.

Asimismo, este autor advierte sobre una crisis de las instituciones jurídicas y sociales en la República Federal de Alemania, los múltiples problemas son resultado de malos manejos, tanto legislativos como económicos, en cierta forma no es una sorpresa, toda vez que lo que se siembra se cosecha. No se respetan ni protegen las instituciones básicas de la sociedad, hay una ruptura con los principios esenciales de la convivencia humana dando espacio al dominio de la arbitrariedad. El país de la prosperidad y de la igualdad, del respeto y de la legalidad se ha quedado en el aire, como

una utopía irrealizable. Será necesario y urgente rescatar a este país de los escombros, pero no por causa de la guerra, sino producto de una cultura consumista, materialista y alejada de los valores.

CAPÍTULO VI. PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO

1. El principio de proporcionalidad y su consagración en el ordenamiento jurídico.

a) Legislación Internacional

Existe la discusión sobre si es necesario consagrar este principio en la legislación. Algunos consideran que no existe la necesidad de hacerlo, toda vez que ya es parte del bloque de derechos fundamentales. Es importante dejar muy claro el concepto y el mecanismo de aplicación para que ante cualquier posibilidad de no observancia integral de este principio sea posible declarar inconstitucional la afectación de un derecho constitucional.

Aunque no de manera expresa, el principio de proporcionalidad deriva de los siguientes ordenamientos:

1. Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795: La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.
2. Convención Americana de Derechos Humanos, cuando prohíbe “penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes”.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determinando que las penas desproporcionadas serán consideradas como una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Bernal Pulido, refiriéndose a la legislación española explica:

“El principio de proporcionalidad no aparece consagrado en ninguna disposición de los derechos fundamentales, sino que forma parte de las argumentaciones del Tribunal Constitucional, que en cada caso intentan evidenciar la compatibilidad o la incompatibilidad de la ley con la Constitución. La presunción de constitucionalidad de la ley impone que dichas argumentaciones del Tribunal se construyan con piezas conceptuales sólidas, provistas de un reconocimiento general y no con meras entelequias o expedientes retóricos. Por esta razón, el empleo del principio de proporcionalidad en la fundamentación de las sentencias de constitucionalidad de las leyes sólo puede ser considerado como legítimo, en la medida en que la índole jurídica, el fundamento, la estructura y las propiedades conceptuales de esta figura sean inteligibles para los participantes en la práctica jurídica”.¹⁶³

Asimismo, la proporcionalidad, la ponderación y la razonabilidad como técnicas no aparecen explícitas en las leyes españolas, la Constitución o textos constitucionales extranjeros, aún cuando se emplean con frecuencia. La doctrina hace el intento de dar cierta dirección a los conceptos hacia la idea del Estado Constitucional, sin embargo los logros no han sido grandes y tampoco los Tribunales Constitucionales cuentan con una doctrina que deje claros los fundamentos teóricos, significados ni las razones para su utilización.¹⁶⁴

El concepto no explícito y claro del principio de proporcionalidad en nuestra Legislación dificulta su observancia y aplicación. Los actores jurídicos

¹⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. op. cit., p. 501.

¹⁶⁴ Ver SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *De la imponderable ponderación y otra artes del Tribunal Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*. Nos. 12-13 2003-2004. Madrid, España. p. 374.

deben contar con un conocimiento y comprensión integral de su contenido y efectos.

A partir de la aplicación del principio de proporcionalidad en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se intenta lograr una unanimidad basada en argumentos firmes y bien razonados.

No basta considerar al principio de proporcionalidad como una derivación del principio de legalidad, toda vez que es un principio jurídico con vida propia que requiere de una conceptualización clara para una mejor comprensión de su contenido.

La aplicación del derecho no se refiere sólo al derecho positivo sino al sentido amplio que comprende una variedad inmensa de valores, principios y consideraciones no jurídicas que son necesarias para resolver un caso concreto. En este sentido, podría decirse que no resulta indispensable la consagración expresa del principio de proporcionalidad, toda vez que los Tribunales Constitucionales en sus fallos buscan incorporar toda la gama aplicable de normas, principios y valores. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad forma parte del derecho, pero a su vez también es pieza clave de la estructura de los derechos fundamentales.

b) El principio de proporcionalidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El principio de proporcionalidad en México se aplica de manera incipiente. Nuestro Tribunal Supremo tiene dificultades para modificar su formalismo y legalismo que por tradición ha perpetuado. Esta postura resulta poco práctica ante los retos que la nueva cultura de los derechos humanos

exige. La incorporación de estos derechos a nuestra Constitución les brinda el carácter de normas jurídicas de la misma jerarquía. Su carácter abstracto y su dimensión compleja provocan que en casos concretos de colisión entre ellos no sea posible encontrar solución sencilla, por lo que surge la apremiante necesidad de probar nuevas técnicas que favorezcan su optimización. Estas situaciones de conflicto revisten una gran complejidad, toda vez que por la misma naturaleza de estos derechos los jueces y tribunales no cuentan con un esquema jurídico y conceptual claro para delimitar su contenido y alcances. Los actores jurídicos competentes se encuentran ante la disyuntiva de demarcar conceptualmente a cada uno de los principios en disputa, determinar si es necesaria la ponderación y si basta con el enfoque estrictamente jurídico o de cada una de las circunstancias del caso.

“Teóricamente el principio de proporcionalidad se funda sobre el carácter de principios que tienen los derechos fundamentales, que exige la optimización de su eficacia normativa; adicionalmente, en México el principio de proporcionalidad encuentra fundamento textual en la *garantía de motivación material del artículo 16 constitucional*, que ordena a las autoridades no actuar arbitraria sino racionalmente, con motivos que justifiquen su proceder, alcance que a nuestro parecer ha vislumbrado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Explícita o implícitamente, muy gradualmente, el principio de proporcionalidad ha sido adoptado en la jurisprudencia mexicana.”¹⁶⁵

Actualmente el principio de proporcionalidad no es un criterio autónomo que opere de manera independiente respecto de otros principios jurídicos. Es más bien un principio que se deduce a partir de la interpretación jurídica de otros preceptos constitucionales y cuya aplicación implica una tarea interpretativa-argumentativa para someter a juicio la violación de derechos

fundamentales. No se puede alegar desproporción de manera vaga, no basta con un análisis somero que existe tal situación. Se debe aplicar el examen de proporcionalidad de manera íntegra y metódica.

La esfera de aplicación del principio de proporcionalidad es la de los derechos fundamentales, de tal manera que ante la lesión desmedida e innecesaria de un derecho fundamental, es decir, la desproporción entre un fin legítimo y los medios para alcanzarlo, podemos contar con el principio de proporcionalidad para su análisis y, dado el caso, se pueda declarar tal acción inconstitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado el principio de proporcionalidad de una manera imprecisa. Aún cuando la noción de proporcionalidad ha estado siempre presente en sus justificaciones y razonamientos, no se ha concretado a establecerlo de manera explícita ni como concepto ni como método. Este principio se conforma como un instrumento esencial para controlar el poder estatal, permite ponderar derechos constitucionales por lo que es necesario que nuestro Tribunal Supremo incluya su aplicación sistemática y específica en aquellos casos en los que exista colisión de derechos fundamentales. No se trata de dejar de lado los métodos tradicionales, sino de complementarlos entre sí, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, la relación entre los bienes jurídicos que ahí interactúan, las normas jurídicas que los protegen, los alcances de cada uno, sus límites y los criterios para determinar a cuál se le dará preferencia sobre otro. Puede suceder que en el proceso que implica la aplicación del principio en cuestión pareciera vulnerarse o ponerse en riesgo la certeza jurídica, pero no es así. Se trata de adaptar la actuación de los tribunales supremos a las nuevas exigencias de la modernidad que excluye la arbitrariedad y la rigidez y, por otra

¹⁶⁵ SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. UNAM, Instituto de Investigaciones

parte, los retos que implica la nueva dimensión de los derechos fundamentales que obliga a optimizarlos y protegerlos de manera absoluta.

“En resoluciones más recientes, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha usado implícitamente el principio de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones a derecho de acceso a la justicia. Y en otras ocasiones, para concebir la *pena inusitada* a que se refiere el artículo 22 constitucional, el mismo Pleno de la Corte ha sostenido que debe tenerse como tal a aquella proporcionalmente excesiva en relación con el bien jurídico dañado por el delito del cual derive su aplicación, lo que también implica la realización del examen relativo a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido *stricto sensu*.”¹⁶⁶

Siguiendo al autor, también se habla de proporcionalidad de las causas de improcedencia del derecho de acción procesal y de la proporcionalidad en relación con el principio constitucional de igualdad.

Los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, no permiten determinar con claridad y objetividad sus límites y alcances, y esta situación se dificulta aún más cuando existe conflicto entre ellos. Más que una colisión misma entre derechos, es en realidad un problema de determinación de sus límites y la medida en que sus alcances, al mismo tiempo que afectan otros derechos, también sirven para encontrar una solución al hecho en cuestión.

Nuestro país experimenta una serie de cambios positivos en cuanto al reconocimiento y protección de derechos fundamentales. Se presentan nuevos retos para resolver de una manera justa casos difíciles que involucran colisiones entre principios constitucionales, no basta con favorecer uno a costa

Jurídicas. México, 2007. p. 122.

¹⁶⁶ *Ibidem* p. 75.

del otro. Resulta indispensable contar con métodos y técnicas eficaces para explicar por qué se tomó la decisión de dar preferencia a un derecho afectando otro. No es posible, de manera arbitraria, beneficiar a un principio sin argumentar de manera clara las razones para ello.

“Aunque la reciente introducción de este test alemán de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española dificulta su valoración desde un punto de vista dogmático, en términos generales puede afirmarse que la formalización del principio de proporcionalidad está dando lugar a una situación ciertamente paradójica: por un lado, suscita esperanzas en torno a la posibilidad de concretar y, por lo tanto, de racionalizar uno de los criterios de interpretación más utilizados en la práctica jurisprudencial; pero por otro, también alimenta el tradicional temor en torno a la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad desde criterios exclusivamente jurídicos, sobre todo si se trata de controlar al legislador democrático”.¹⁶⁷

En nuestra Constitución el principio de proporcionalidad no se encuentra consagrado de manera concreta, de hecho no existe como método para resolver colisiones entre principios. Sólo es posible deducir su presencia derivado del principio de legalidad constitucional, establecido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna y que implica una prohibición del excesivo abuso de poder. En efecto, en este tenor el principio de proporcionalidad se refiere a una prohibición de exceso, toda vez que implica la exigencia de un equilibrio entre el beneficio de un principio y la afectación de otro. Por otra parte, no es sólo una pretensión de equilibrio, sino que exige un razonamiento argumentativo coherente que cumpla con ciertos parámetros establecidos en sus subprincipios.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Aranzadi, S.A., España, 2003. p.17.

“...los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna han generado y contribuido a que no se expanda una verdadera Teoría Constitucional, sino todo lo contrario, que nuestra Corte se avoque a resolver conflictos de legalidad disfrazados de constitucionalidad, ya que para los jueces, magistrados y ministros, es mucho más sencillo resolver con base en un postulado dictado por reglas, que en un principio que no se puede concebir, es decir, que está en abstracto. Con lo anterior, se concluye que no se puede admitir que la Corte, siendo un Tribunal Constitucional, siga resolviendo amparos de legalidad, dando esto como resultado que en México exista bajo la Máxima Judicial, un mero Tribunal de Casación”.¹⁶⁸

La aplicación del principio de proporcionalidad nos permite uniformar criterios destinados a una mejor administración de la justicia y evitar la complejidad que origina el empleo de fórmulas no expresadas, no claras y de difícil comprensión. Los subprincipios al ser aplicados de manera integral y uniforme nos encauzan hacia la estructura argumentativa necesaria que justifique la intervención de un derecho fundamental en perjuicio de otro. Así, al final de este proceso se determinará si la afectación de tal derecho está plenamente justificada por la relevancia de la materialización del objetivo que se desea concretar. De esta manera, la posibilidad de limitar o afectar un derecho estará precisada en el sentido en que se cumpla con los parámetros exigidos por el principio de proporcionalidad. De ser así, el intérprete puede apreciar claramente el bien jurídico tutelado, la acción que afecta a éste y los límites a la restricción del derecho que no fue beneficiado.

2. El principio de proporcionalidad como auxiliar en la decisión judicial.

¹⁶⁸ CHAPA MIRANDA, Yolanda. *Interpretación Constitucional de la SCJN a la luz del Neoconstitucionalismo*. (Análisis del Amparo en Revisión 115/2003 relativo a la donación de órganos). *ISOTIMIA. Revista internacional de Teoría Política y Jurídica*. No. 2. Octubre, 2009. Monterrey, N.L. México. P. 207.

a) Argumentos en favor de su aplicación.

La importancia del principio de proporcionalidad deriva de su relevante funcionalidad como mecanismo de control a nivel Constitucional, toda vez que tiene como propósito establecer límites al poder estatal y evitar el abuso arbitrario por parte de éste. El principio de proporcionalidad es más que un principio en sentido estricto, es un método que consta de técnicas para lograr un equilibrio entre beneficios y restricciones aplicables a derechos fundamentales.

“El análisis de proporcionalidad es considerado en numerosos países como un principio general de derecho público aplicable al ámbito del derecho constitucional, derecho administrativo e incluso derecho internacional. Su objetivo es el control de la legitimidad constitucional de los límites a los derechos fundamentales. El elemento más relevante del análisis de proporcionalidad, es la necesidad de justificación de las medidas gubernamentales que restrinjan o limiten el ámbito de aplicación legal de derechos individuales garantizados en la constitución, en aras del interés público”.¹⁶⁹

Ahora bien, es importante estudiar el aspecto de la prohibición de exceso cuando se afectan derechos fundamentales, pero es indispensable examinar qué es lo que sucede en los casos en que la autoridad omite o realiza acciones insuficientes para proteger un bien jurídico tutelado.

¹⁶⁹ALVEZ, Amaya. *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?* **Revista de la Facultad de Derecho de México**. T. LX, Vol. I, No. 253, Enero-Junio 2010, México, D.F., p. 363.

El principio de proporcionalidad muestra su utilidad tanto en situaciones de conflicto de derechos entre el Estado y los ciudadanos como en forma horizontal, es decir entre particulares.

La teoría de los principios se instala con un cuestionamiento acerca de la naturaleza jurídica de las normas y tiene por finalidad práctica resolver los problemas hermenéuticos envolviendo conflictos normativos. Delante de las más diversas teorías desarrolladas, han surgido métodos de interpretación y de aplicación de las normas que auxilian al operador del Derecho en su fundamentación racional.

“La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo último como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente”.¹⁷⁰

La proporcionalidad es un término empleado en diferentes circunstancias jurídicas, más su uso ha adquirido un significado muy peculiar en el ámbito de la interpretación constitucional.

La formulación moderna de la proporcionalidad en el universo jurídico comprende los campos del derecho administrativo y del derecho penal, sobre todo a partir de las ideas de Montesquieu y Beccaria, con las cuales se ha intensificado el cuestionamiento de la relación entre pena y delito. En el siglo XIX la idea de proporción pasó a integrar el principio general del derecho de policía, como forma de limitación legal a arbitrariedad del poder ejecutivo. En Alemania la proporcionalidad tiene el rango de principio constitucional, a través

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 274.

de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, que se ha inclinado en deducirlo del contenido esencial de los derechos fundamentales.

El examen de la proporcionalidad pasó a ser realizado por fuerza de una exigencia pragmática delante de la necesaria fundamentación del acto decisorio. La presencia de problemas jurídicos relacionados a la colisión entre derechos fundamentales hace necesaria una interpretación constitucional, buscando la mejor solución en cada caso y derivando en la exigencia de contar con métodos concretos para lograrlo.

El fundamento constitucional de la existencia de la proporcionalidad sienta sus bases en el Estado Democrático de Derecho, así como en el contenido de los derechos fundamentales y los principios generales del derecho.

Robert Alexy coloca el deber de proporcionalidad en el ámbito normativo como implicación de principios, toda vez que el sistema normativo está orientado por reglas y principios, siendo las primeras definitivas y rígidas, y los segundos obligaciones de optimización. Su diferencia se extiende para la forma de resolución de conflictos, ya que delante de antinomia de las reglas, una siempre deja de ser aplicada, según los criterios jerárquico y temporal de validez, mientras en la colisión de principios se hace una ponderación, por lo que se aplica la proporcionalidad cuando existe una colisión de principios.

La proporcionalidad es utilizada por el aplicador del Derecho como un modo de proceder delante de una disputa judicial concreta. En ese sentido, se puede decir que esa actividad funciona como un aparato metodológico a disposición del intérprete.

Tomando en cuenta la premisa universal aristotélica de que la realización de la justicia correctiva -proporción aritmética- exige del juez un esfuerzo por encontrar el término medio, o la justa medida, se puede decir que

el postulado de la proporcionalidad funciona como una estructura formal más sofisticada a ser empleada para este mismo fin cuando entra en juego una ponderación entre principios.

“En los principios, la solución antinómica se da caso por caso a partir de una relación de preferencia condicionada. El modo de resolver antinomias de principios se llama, en términos gruesos, ponderación”.¹⁷¹

La aplicación del principio de proporcionalidad implica el concepto de justicia correctiva apegada a principios para la materialización de una medida justa en un caso concreto.

La proporcionalidad constituye un método instrumental de carácter formal que facilita la realización de la justicia correctiva en la realidad social.

“La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad.”¹⁷²

El Tribunal Constitucional Federal Alemán relaciona la prohibición de la arbitrariedad estatal con el principio de igualdad en la medida que una decisión del poder público carezca de una justificación adecuada, de tal manera que este principio exige un límite del ejercicio del poder atendiendo a fundamentos razonados y a valores.

¹⁷¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*, op. cit., p.121.

¹⁷² Op. cit. p. 120.

El principio de proporcionalidad nace de la necesidad de proteger y dar seguridad y trato preferencial a la aplicación de normas jurídicas vinculadas a derechos fundamentales, de tal manera que cualquier acto de autoridad tenga como limitante el no infringir o lesionar principios constitucionales o si es necesario hacerlo sea estrictamente en una medida muy necesaria y con una motivación bien justificada. La función argumentativa del principio de proporcionalidad tiene por objeto, en primer lugar una interpretación especial de los principios constitucionales que se colisionan en un caso particular y en segundo lugar la determinación del alcance de la aplicación de las normas constitucionales que contienen dichos principios.

“... el principio es una eficaz herramienta del jurista, que utilizada en el momento apropiado, tiene mucho que aportar a la hora de evaluar las vías posibles de solución a los casos que se nos presentan. Principalmente, los principios o las máximas jurídicas eran utilizadas (y ciertamente, son utilizadas por los juristas) para fundamentar de manera adecuada una posición sostenida en un razonamiento. Por ello puede decirse que tienen una finalidad confirmatoria: permiten reconocer la eficacia de un argumento, basándose en la autoridad ancestral de unas de unas pocas palabras que, de una manera u otra, solucionan los aspectos más opinables y discutidos de ciertos problemas que suelen presentarse en la vida del Derecho. Los principios y las máximas que los enuncian no solucionan el conflicto, pero en todo caso constituyen una guía adecuada: son como las señales de tránsito que permiten al conductor atento dirigirse correctamente a la dirección que desea tomar”.¹⁷³

El método mediante el cual se aplica el principio de proporcionalidad se refiere a un análisis profundo del contenido de las normas que refieren

¹⁷³ PORTELA, Jorge Guillermo. *Los Principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo*. DÍKAION. Año 23. No. 18, 2009. Bogotá, Colombia. P.48.

principios para interpretar su sentido y determinar su aplicación, de tal manera que al concluir dicha operación se tome una decisión a favor de una u otra de las normas en colisión. Este proceso no puede llevarse a cabo utilizando los métodos tradicionales de interpretación que normalmente se utilizan para solucionar antinomias de disposiciones diferentes a las constitucionales. Las normas constitucionales por su estructura abstracta no pueden ser tratadas de la misma manera que las leyes de ordenamientos particulares, como el código penal. Por supuesto que se pueden aplicar los métodos tradicionales en materia constitucional, pero sólo en casos fáciles en los que no se presenta una colisión de principios o cuando sólo se desea interpretar el significado de una norma sin la exigencia de establecer estrictamente su alcance.

El principio de proporcionalidad como método es una herramienta indispensable para establecer la frontera entre uno y otro bien jurídico, toda vez que es necesario fundamentar de manera suficiente la toma de decisiones ante un conflicto entre bienes jurídicamente tutelados, atendiendo a la relación entre principios y buscando emitir un juicio racional que respalde la decisión. De esta manera no habrá una guerra entre principios donde uno vence al otro, sino que se busca armonizar la existencia y protección de éstos aplicados en una realidad social, en la vida de los titulares de dichos derechos. Se trata de la convivencia equilibrada de los principios en su aplicación práctica sin que por las circunstancias de quienes tienen la pretensión de hacerlos valer se lesionen unos a otros. El juez y el legislador deben optimizar los alcances y consecuencias derivadas de un conflicto entre principios constitucionales, buscando en la medida de lo posible su coexistencia y compatibilidad en el ordenamiento jurídico.

La obligación judicial de fundamentación se basa en un principio lógico de *razón suficiente*, mediante la cual el juez al dictar su sentencia hace de nuestro conocimiento sus razonamientos. En este sentido la necesidad de

motivación es un medio para controlar la arbitrariedad judicial e implica que cada sentencia cuente con argumentos justificados y razonados de manera clara y objetiva.¹⁷⁴

La aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento metodológico sienta sus bases en las directivas de interpretación.

Según Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad y los métodos interpretativos tradicionales se vinculan y complementan. Los cánones tradicionales no son suficientes para solucionar casos difíciles, pero desempeñan un papel importante para darle consistencia al principio en cuestión. Por ejemplo, por medio de la aplicación del método literal el Tribunal Constitucional verifica si un caso es fácil o difícil, es indispensable para comprobar si se dan los presupuestos para la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. El método teleológico brinda los instrumentos para hacer explícitos los argumentos que dan sustento a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁷⁵

Los operadores jurídicos deben, en su toma de decisiones, expresar y asentar la máxima efectividad de tal manera que trascienda en la vida presente y futura. Debe tener una plena eficacia normativa y sus limitantes o su no aplicación sólo será justificable si es imprescindible para un fin legítimo en el ámbito constitucional.

Se debe interpretar la Constitución como un todo, unidad sistemática de disposiciones jurídicas, buscando la coherencia y armonía en la aplicación práctica de las normas fundamentales tratando de evitar siempre la lesión o

¹⁷⁴ Ver VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 175

¹⁷⁵ Ver BERNAL PULIDO, Carlos. ***El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.*** op. cit. p. 607

menoscabo innecesario entre los principios que de ella emanan, tratando de encontrar el justo medio para su óptima realización.

El principio de proporcionalidad es una creación derivada de la práctica judicial se puede o no encontrar de manera expresa en disposiciones constitucionales o bien se le aprecia de manera implícita. O tal vez no se encuentra establecido, pero se aplica por la necesidad de optimizar la aplicación de los principios establecidos en un determinado ordenamiento constitucional y que por su estructura genérica no pueden ser interpretados por los métodos tradicionales. Asimismo, se ha recurrido cada vez más a este método a partir de la aparición del Estado Constitucional que tiene como ideal la aplicación racional de las normas, sobre todo si éstas contienen principios.

El principio de proporcionalidad representa una barrera protectora para evitar que la arbitrariedad en los actos de autoridad lesione bienes constitucionalmente tutelados, buscando ante la vulnerabilidad de los mismos se cometan abusos y sentando precedentes para no cometerlos en el futuro. En sí, los diferentes aspectos del principio de proporcionalidad pueden aparecer separados o concurrir en un sistema jurídico determinado.

Idealmente, el juez que aplica principios constitucionales actúa con un conjunto de elementos que le permiten vincular de manera adecuada determinados casos con las soluciones normativas, de tal manera que al articular todos y cada uno de dichos elementos dará forma a una solución práctica a partir de propiedades abstractas e implícitas en la Constitución.

El principio de proporcionalidad debe ser considerado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado.

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la disposición constitucional, hacia la concreción y fundamentación de una norma más concreta.

La limitación a los derechos fundamentales debe respetar, a su vez, un límite que se le impone, que es la sumisión al principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe existir una relación medio-fin en la que el primero cumpla con las características de idoneidad, necesidad y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

El Dr. Jaime Cárdenas menciona que la ponderación es un elemento de principio de proporcionalidad. Existen otros métodos como el del uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad y la concordancia práctica.

“La ponderación o proporcionalidad estricta se caracteriza como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso. La regla podría generalizarse, y cuando ello ocurre hace innecesaria la ponderación en casos futuros.

Un asunto que no debe perderse de vista en la ponderación o proporcionalidad estricta reside en el objeto de la ponderación: una jerarquía móvil de principios que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Éste, desde luego, tienen un ámbito de discrecionalidad amplio, asunto que ha sido muy criticado desde ciertas posiciones que consideran que los juzgadores se transforman en legisladores y hasta en coautores de la Constitución”.¹⁷⁶

Para Prieto Sanchís, la ponderación ha surgido por universalización y el desarrollo de los principios y los derechos, y si bien se ha cuestionado que provoca problemas relacionados con la supremacía legislativa por su amplia

discrecionalidad, se debe reconocer que aún cuando no brinda soluciones basadas en una sola respuesta en los conflictos de derechos constitucionales, sí nos proporciona pautas para guiar la argumentación y cómo justificar un enunciado de preferencia, su flexibilidad no significa que todo resulte en juicios basados en la intuición pura. Una buena ponderación no puede generar en cualquier solución. Tiene sus riesgos y sus fallas, como cualquier modelo de argumentación, sobre todo si tomamos en cuenta que partimos de la idea de cómo deberían comportarse los jueces. Por lo tanto, nada nos garantiza que estaremos libres de los errores humanos.¹⁷⁷

Por su parte Konrad Hesse refiriéndose al principio de concordancia práctica aclara que en un conflicto de bienes jurídicos protegidos por la Constitución éstos se deben coordinar de tal modo que cada uno de ellos conserve su identidad, por lo que no es válido que a través de una precipitada o inadecuada ponderación se realice uno a costa del otro. En el caso contrario, refiriéndose al principio de la unidad de la Constitución es indispensable la labor de optimización a partir del establecimiento de límites a cada uno de los derechos hasta alcanzar una efectividad ideal con la ayuda del principio de proporcionalidad. “Acerca de lo que sea proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional. *La ponderación de bienes* carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que le falte una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “*La argumentación como derecho*”, op. cit., p. 131

¹⁷⁷ Ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., 206-207.

¹⁷⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 49.

La ponderación, también denominada juicio de razonabilidad o de proporcionalidad resulta ser una técnica útil para la resolución de conflictos relacionados con la colisión de principios jurídicos, ya sea entre éstos mismos o entre ellos y bienes jurídicamente tutelados. Esta técnica consiste en tomar en cuenta de manera imparcial los aspectos contrapuestos de una cuestión y buscar la mejor decisión, eligiendo una razón de entre varias justificaciones que se contradicen entre sí y en las que se contraponen diversos intereses o derechos en un plano de igualdad normativa en el que no existe la opción para resolver por medio de relaciones de temporalidad, jerarquía o especialidad entre las normas en cuestión.

La aplicación de la técnica de ponderación está fuera del ámbito de validez y dentro del discurso de aplicación, por lo tanto los conflictos entre principios se pueden resolver buscando un justo equilibrio, o bien dando preferencia a un principio sobre el otro, sin que se convierta en una regla de aplicación para casos parecidos, pero con variables circunstancias ya que al estar frente a normas de igual valor y tan diversa indeterminación o vaguedad no es posible contar con una fórmula única de resolución.

Según Aarnio, la interpretación siempre está vinculada a los casos difíciles. “El intérprete puede, por lo menos, elegir entre dos alternativas. Sin embargo, para que esta elección exprese un punto de vista y no sea una mera recomendación basada en la autoridad, tiene que estar justificada. Cualquiera puede hacer una mera elección sin razón alguna y –quizás- hasta recomendarla a otra gente. Sin embargo, este tipo de elección causal no puede constituir la base de la aceptabilidad racional”.¹⁷⁹

¹⁷⁹ AARNIO, Aulis. *Lo racional como racionable, un tratado sobre la justificación jurídica*. op. cit. p. 236.

Mediante la ponderación se busca la realización de la justicia y la no arbitrariedad, dando prioridad a la tutela y protección de los derechos fundamentales. La solución de conflictos en este sentido debe estar en armonía con los fines de la Constitución.

Por lo tanto, debe existir un fin constitucionalmente legítimo como primer paso en la ponderación, de tal manera que cualquier decisión que involucre a los derechos o bienes constitucionales debe perseguir una finalidad legítima y constitucional y responder a la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido. En caso contrario no vale la pena una ponderación si el sacrificio de la libertad que impone la norma supone la preservación de bienes o intereses no tutelados por la constitución o irrelevantes para ésta.

La proporcionalidad es elemental, toda vez que establece que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionales en sentido estricto; es decir, que además de ser idóneos para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. La decisión debe efectuarse, tanto desde la perspectiva del bien o derecho que tutela, como desde la perspectiva del bien o derecho que limita o lesiona, resultado de un exhaustivo análisis de proporcionalidad.

Para lograr cumplir con el requisito de proporcionalidad se debe tomar en cuenta la adecuación que consiste en hacer un control de idoneidad sobre la medida o decisión que interviene en los derechos fundamentales o bienes constitucionales a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida con ella. Una medida es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación al fin de la medida. Si una medida no puede alcanzar o no

es adecuada para el fin que persigue entonces resultará desproporcionada y, por lo tanto, constitucionalmente ilegítima.

También se debe cumplir con el requisito de necesidad que nos remite a realizar un control sobre el carácter imprescindible de la intervención o limitación del derecho o bien jurídico constitucional, de manera que podamos determinar que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el fin perseguido, pero distinta de la utilizada, que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o bien jurídico constitucional que se afecta, pues de lo contrario dicha medida sería desproporcionada. Para su aplicación es necesario determinar el peligro, amenaza o perjuicio para el bien jurídico protegido y también comprobar que dicho perjuicio es el menor posible. Se debe elegir la medida que cause menos lesión al principio que en la solución ha resultado no beneficiado.

La ponderación concluye con el cumplimiento del requisito de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se determina si la limitación de la que es objeto el principio es proporcional en comparación con la finalidad que se persigue. Debe existir un equilibrio entre los beneficios que se esperan obtener con el límite aplicado en favor de la protección de un derecho fundamental y de los daños o perjuicios que se pudieran derivar al dar la preferencia a otro derecho.

Para determinar si una decisión que afecta el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental es o no conforme con la Constitución, no basta con atender a la regularidad formal de la decisión, sino analizar si dicha medida resulta desatenta a toda valoración de la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone y de ser así estaremos en presencia de una decisión arbitraria e inconstitucional.

La ponderación nos permite analizar la legitimidad constitucional de las normas o decisiones que inciden sobre los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sirviendo además como juicio valorativo para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir entre este sí al concurrir en un caso concreto.

Al respecto, Bernal Pulido menciona que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que garantice una sola respuesta correcta. Sus propios límites de racionalidad dejan al intérprete un gran campo de acción para incluir su propia ideología y valoraciones, sin embargo no por ello se le resta utilidad. Es un procedimiento claro que aún cuando no puede reducir la subjetividad del intérprete, por lo menos precisa el lugar de dicha subjetividad.¹⁸⁰

Es imprescindible al aplicar esta técnica contar con una motivación idónea y alejar el resultado de toda arbitrariedad, evitando ante todo errores en el razonamiento. Será necesaria una buena argumentación que fundamente de manera clara y consistente las justificaciones de la decisión en favor de un principio, cumpliendo a su vez con el carácter informativo de la decisión para que los interesados estén al tanto de las razones expuestas para la resolución del conflicto en un sentido determinado.

Al respecto, Robert Alexy menciona que "...cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: primera, el grado de afectación de los principios en el caso concreto; segunda, el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominante en la

¹⁸⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 26, 2003. Alicante, España. p. 238.

sociedad: por ejemplo, a la vida puede asignársele un valor superior al de la libertad); tercera, la seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes”.¹⁸¹

b) Argumentos en contra de su aplicación

El principio de proporcionalidad, tanto en su análisis como en su aplicación, ha provocado polémica y ha acaparado la atención de los estudiosos del derecho.

Aún cuando se ha ido convirtiendo en un instrumento recurrentemente utilizado por la jurisprudencia constitucional, los problemas de su indeterminación y la generalidad de conceptos y estructura ha provocado confusión y cierto recelo de los jueces para utilizarlo. Por otra parte, en ocasiones se le invoca parcialmente o de manera equivocada a veces de manera equiparable con otros principios.

“Por lo que respecta a las críticas que se hacen al principio de proporcionalidad desde un punto de vista dogmático y a la consiguiente mayor calidad de otros criterios de interpretación alternativos, la respuesta difícilmente puede ser unívoca. Todo depende, como es lógico, de las concretas alternativas que se ofrezcan y de su coherencia interna. Con carácter general, sin embargo, ninguna de las alternativas defendidas habitualmente está exenta de problemas. Es más, precisamente la formalización del principio de proporcionalidad hace del mismo un parámetro de mayor calidad que sus alternativas. Aunque no son pocos los problemas que continúan abiertos, la

¹⁸¹ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, op.cit. p. 172.

jurisprudencia constitucional de los últimos años va en la línea acertada, pues, para convertir el principio de proporcionalidad en un criterio de control dogmáticamente riguroso (lo cual no implica necesariamente más intenso), que supere los problemas suscitados hasta ahora. Para ello es necesario, sin embargo, profundizar en el desarrollo dogmático de los diversos elementos que lo integran”.¹⁸²

Se ha criticado el método de ponderación por considerar que es irracional, toda vez que carece de pautas objetivas y concretas que muestren con claridad los niveles jerárquicos, los jueces efectúan la ponderación sin contar con elementos del todo racionales. Ante esta crítica, Robert Alexy responde que si la ponderación fuera irracional, también lo serían los principios por tener las mismas características.

No existe un método específico para determinar los principios que se encuentran en conflicto en un caso concreto, los jueces no cuentan con los elementos indispensables para identificar cuando están en presencia de un principio o de un valor.

Es claro que el concepto moral influye en el sistema jurídico y si a ello le sumamos que el texto legal está lleno de lagunas y de zonas oscuras, la sola idea de incluir métodos que pretenden darles carácter positivo a valores y principios complica aún más la labor de los jueces, finalmente son ellos quienes tienen que realizar razonamientos a partir de grandes abstracciones. Por medio del método de ponderación la respuesta a los conflictos entre principios no la da la ley, sino la interpretación del juez, es decir sus argumentos basados en su concepción moral.

¹⁸² GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *Op. cit.* p. 150.

La aplicación del principio de proporcionalidad altera el *status* constitucional de los derechos, no es admisible que a partir de este principio se limiten o hasta sacrifiquen bienes jurídicamente protegidos, de esta manera se vuelven vulnerables ante cualquier acto de poder, pierden su burbuja protectora. Si tomamos en cuenta que el fin principal de la Constitución es la tutela de los derechos fundamentales y su ámbito de su protección no está a discusión, resulta contradictorio que en aras de su salvaguarda se acepten restricciones o injerencias por parte de los jueces.

El principio de proporcionalidad se vislumbra como una herramienta eficiente para lograr decisiones judiciales con un elevado nivel de corrección, pero antes se debe establecer de manera concreta en qué consiste, cómo se aplica y cuáles son sus límites. Por el momento existe una pluralidad de conceptos, de pautas de aplicación y de criterios de aplicación. Algunos Tribunales Constitucionales que ya lo aplican, lo hacen de manera diversa y desordenada, lo cual da lugar a otros problemas de legitimidad y seguridad jurídica.

La utilización del principio de proporcionalidad permite poner a la vista de todos, la forma en que el juez argumenta, cómo pondera y convence de su decisión. Asimismo, el conocimiento de cómo lo hace abre el camino para que el auditorio, con un punto de vista más crítico, se interese, no sólo en observar de manera pasiva, sino de analizar y cuestionar los resultados.

“Las exigencias a las que debe adecuarse quien ejerce el método de la ponderación son, por tanto, profundas y suponen no sólo un muy amplio conocimiento del sistema normativo y de los procedimientos aplicables, sino una práctica que le permita al operador jurídico reaccionar de modo prudente frente al carácter dinámico del derecho y ante un asunto tan complejo como es el conflicto que suele presentarse entre los valores, principios y derechos acogidos por el ordenamiento jurídico. Con frecuencia se confronta el juez no

con un hecho que se pueda subsumir de manera sencilla y sin mucha reflexión bajo una norma, sino con un típico conflicto práctico.

Mediante una buena utilización del método de la ponderación se supera la idea según la cual –como creía PLATÓN- las proposiciones son verdaderas o falsas, sin matices. El derecho deja de ser con ello una ciencia exclusivamente teórica, guiada por el modelo de la lógica deductiva o incluso de la ciencia matemática. En el método de la ponderación confluyen tanto el razonamiento teórico como el razonamiento práctico. Así las cosas, una buena utilización del método de la ponderación significa admitir el conflicto práctico entre máximas o principios; implica superar la tendencia a pretender ordenarlo todo bajo un único principio abarcador, excluyente, supuestamente generador de una certeza y de una seguridad que en el fondo resultan ser aparentes.”¹⁸³

Según Ricardo Guastini, la ponderación o balance es la técnica que usualmente aplican los jueces constitucionales, estableciendo una jerarquía axiológica entre dos principios que se colisionan. Para este autor, la jerarquía axiológica se refiere a una relación de valores creada por el juez constitucional a partir de un juicio mediante el cual se comparan valores y dándole a cada uno de los principios en conflicto una atribución de peso e importancia. En este orden de ideas, el principio que tiene un valor superior, prevalecerá sobre el otro, uno es aplicado y el otro *acantonado*, sin que esto signifique su anulación o invalidación, queda vivo con la completa posibilidad de ser aplicado en otros casos. Resulta, por tanto, que la ponderación no es una conciliación ni se trata de poner de acuerdo o en equilibrio dos principios en conflicto, no concluye con

¹⁸³ MONTOYA CABALLERO, Ana María. *Ventajas del Método de Ponderación*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2008. p. 251.

la aplicación parcial de uno de los dos, simplemente uno se aplica y el otro no.¹⁸⁴

Para aclarar esto el autor desarrolla una descripción del significado de “principio”:

Como normas fundamentales: que por su naturaleza son elemento esencial para identificar el sistema; que le brindan justificación ético-política a un conjunto de normas del sistema y que no requieren justificación ético-política por su existencia, toda vez que a partir de la cultura jurídica vigente se les considera de manera automática justa. Por ejemplo, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, irretroactividad de las leyes. Son los principios generales del derecho.

Como normas indeterminadas: No por su posición, sino por el contenido-estructura. Son normas indeterminadas y dicha característica se puede explicar a partir de dos aspectos: *como normas defectibles*, por no establecer todos y cada uno de sus presupuestos condicionantes y de excepción; *como normas genéricas*, porque requieren de la formulación de otra norma que le permite concretarse y una vez cumplido este supuesto se puede aplicar bajo una diversidad de formas.¹⁸⁵

En cuando a las críticas al principio de proporcionalidad, Luis Castillo Córdova concentra en dos aspectos los cuestionamientos:

Atendiendo a sus presupuestos metodológicos: Se cuestiona que no existe ninguna exigencia constitucional que obligue a concebir los derechos

¹⁸⁴ Ver GUASTINI Ricardo. Ponderación: *Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. **Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional**, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010., p. 78.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 77.

fundamentales tal y como lo hacen las teorías conflictivistas. No existe ningún elemento que sustente que el contenido constitucional de un derecho fundamental conste de dos partes: una restringible y una intocable.

Si damos por hecho que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, esto sólo sería viable –jurídicamente- sin vulnerar, restringir o sacrificar el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Los derechos fundamentales son reconocidos en conjunto y así deben ser determinados, concretados y ejercitados, toda vez que sus titulares no viven aislados. Las disposiciones iusfundamentales deben ser concretadas en conjunción con las demás, así el contenido constitucional de un derecho fundamental no debe tener su origen a costa de otro. Una Constitución busca la unidad y no la contradicción.

Según el autor, los derechos fundamentales no son ilimitados y por tal razón no es necesario ponderar, no se puede dar un conflicto entre ellos. Por lo tanto, carecen de sentido las teorías que sostienen el sacrificio de un principio en beneficio de otro.

Atendiendo a sus componentes: Particularmente es criticado el juicio de ponderación por su carácter arbitrario. No es posible cuantificar de manera concreta los grados de satisfacción y afectación de derechos fundamentales, ni existe tampoco una forma determinada de darle un valor al grado en que un derecho debe ser restringido y tampoco se puede medir el grado de optimización del derecho beneficiado.

La concepción axiológica del intérprete que realiza la ponderación será el factor determinante para el resultado. Esto se agrava cuando a partir de la aplicación de la fórmula del peso se determina un empate entre el grado de importancia en la optimización de un derecho fundamental y el grado de restricción del otro derecho fundamental.

No existe fundamento válido que justifique que ciertos derechos fundamentales son jerárquicamente más importantes que otros y que a partir de esto se permita vulnerar o sacrificar uno a costa de otro.

La teoría de Robert Alexy no permite catalogar los grados de afectación de un derecho para considerar que la magnitud sea grave o leve. Por otra parte, su fórmula de peso para establecer la relación de precedencia entre dos derechos fundamentales en conflicto sólo se puede emplear de modo analógico y metafórico.

En realidad, en una relación de precedencia se favorecerá el derecho fundamental a quien el intérprete constitucional le otorgue el mayor peso.

Ignacio Villaverde Menéndez señala que mediante la ponderación se resuelven los conflictos entre derechos no con base en los límites a los derechos fundamentales determinados por la Constitución, sino a partir de los resultantes del caso concreto por lo que se relativiza su contenido. En este contexto, las expectativas de conducta protegidas por los derechos fundamentales no obedecen al examen de sus límites, sino de las particularidades del caso concreto. “Porque en realidad, el conflicto para la ponderación de bienes no se produce entre los derechos fundamentales y otros derechos, bienes o intereses constitucionales o infraconstitucionales, sino entre los valores o intereses que según quien pondera se encarnan en aquellos derechos. Por eso el conflicto no se resuelve examinando los límites de unos y otros, sino decidiendo en cada caso cuál de esos valores o intereses debe prevalecer, en fin, jerarquizando los valores o intereses en presencia”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Carbonell, Miguel. Editor. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*, No. 6. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008., p. 179.

Según el autor al utilizar esta técnica, los derechos fundamentales al final tienen un contenido que es determinado por la jerarquización de valores y considera que esto es incorrecto porque, no sólo relativiza el contenido de los derechos fundamentales, sino también de la propia Constitución. También es inadecuado exponer los conflictos como colisión entre valores e intereses jurídicos derivados de los derechos, no existe tal colisión, simplemente se deben establecer los límites del derecho fundamental según el caso.

Se deben analizar los casos sin distorsionar su verdadera naturaleza, es decir, son un problema de delimitación y de limitación de los derechos fundamentales que interactúan entre sí. Es más bien un asunto de interpretación de los derechos fundamentales, de sus límites y no es necesario ponderar los valores que le atañen.¹⁸⁷

Tomás de Domingo, por su parte menciona que el principio de proporcionalidad no coincide con el ideal de justicia que caracteriza al neoconstitucionalismo, toda vez que para este último los derechos fundamentales son el núcleo de lo justo, por lo que es inadmisibles aceptar que éstos sean restringidos.

La aplicación del principio de proporcionalidad le da otra dimensión a la función del juez, debe ponderar los principios y la decisión que tome será determinante y trascendente. La amplia esfera de libertad del juez en cuanto a la aplicación de principios obedece a que no es posible predeterminar una jerarquía específica para los principios y sus relaciones entre ellos, siendo ésta variable en cada situación particular.

Para Alexy, si bien no es factible determinar un orden fuerte de principios, sí es posible establecer algo como un catálogo de directrices, puntos

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 181.

de vista o sugerencias para consultar y contar con elementos para tomar una decisión, aunque finalmente la ponderación queda a voluntad de su actor. Mediante la ponderación no se llega a una sola respuesta correcta, pero eso no quiere decir que carezca de racionalidad.

Según Alexy, refiriéndose a la ponderación, señala que es posible su optimización mediante la inclusión de un sistema de prioridades *prima facie*, un sistema de condiciones de precedencia y un sistema de estructuras de ponderación. El primer elemento se refiere a los principios o derechos que tienen preferencia con carácter general; el segundo atiende a los precedentes, tomando en cuenta que si bien es claro que las soluciones para colisiones de principios derivadas de la ponderación son para el caso concreto, los resultados y las relaciones de prioridad pueden ser significativos para situaciones futuras. Si dichos precedentes no fueran suficientes o adecuados para el nuevo caso, se debe atender al tercer elemento, es decir, aplicar la ponderación.

En este sentido, según Guastini, el proceso de ponderación no busca conciliar, hallar punto de equilibrio o una solución intermedia que contemple ambos principios en conflicto, aplicándolos de manera parcial para no descartar ninguno, es otra cosa, se sacrifica uno para aplicar el otro.

Es decir, los casos varían de uno a otro y la situación de los principios también. De acuerdo a la situación concreta, los principios tienen un diferente peso y para llegar a una solución es necesaria la ponderación.

La nueva dimensión de los principios provoca un desplazamiento de la discrecionalidad del poder legislativo al judicial. El juez constitucional

transforma y amplía sus facultades, el texto constitucional en sus manos cobra vida.

Prieto Sanchís, menciona que los principios elevan la indeterminación del derecho y al ponderar se toman en cuenta diversas variables de acuerdo a las particularidades del caso concreto, lo que implica problemas de determinación que nos conduce a una jerarquía móvil, cuya base es un juicio de valor. Esto se agrava si consideramos que los actores en este proceso no cuentan con una moral objetiva, no son coherentes ni todos sus argumentos son racionales. “Lo dicho tampoco significa que la ponderación sea meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial; que no pueda presentarse como la mecánica subsunción a partir de normas constitucionales cerradas y concluyentes no es equivalente a irracionalidad. Es una operación que se pretende controlable y ajustada a ciertos cánones, pero es una operación que quizás en su parte esencial se efectúa sin *red normativa*, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”.¹⁸⁸

- a) *La racionalidad*

Según Alexy, refiriéndose a los principios, la objetividad no es lo mismo que la posibilidad de prueba, como en las ciencias exactas. Lo importante es precisar los argumentos, razonamientos para lograr un punto medio. Si contamos con un argumento racional, se logra objetividad aún cuando existan puntos de controversia. Los argumentos a favor y en contra permiten al tribunal observar ambos panoramas y serán entonces cuando a partir de buenos argumentos se decida de manera objetiva.

¹⁸⁸ Ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 204.

Defendiéndose de Habermas sobre sus objeciones en cuanto a la falta de racionalidad y la corrección o incorrección de la ponderación, argumenta que el intento de justificar normas morales no es perfecto, pero sí es posible determinar la diferencia entre un argumento bueno de uno malo. El argumento bueno será el que un número suficiente de personas adopten para tomar una decisión. Cabe aclarar que esta capacidad sólo la tienen personas razonables, correctas y sensatas. Esta cualidad de distinción entre buenos y malos argumentos sustenta el control constitucional como institución de la razón.

“Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”.¹⁸⁹

La ponderación es racional si ante una colisión de principios se da preferencia a uno con base en una fundamentación también racional.

Asimismo, la aplicación de los principios implica siempre la presencia de contenidos de tipo moral, toda vez que su naturaleza y estructura como mandatos de optimización así lo exigen, por lo que es indispensable recurrir a

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Garzón Valdés, Ernesto –Traductor-. Centro de Estudios Constitucionales. ***Colección el Derecho y la Justicia***, 34. Madrid, 1997., p. 157.

valoraciones, ante las cuales la argumentación jurídica será central para determinar hasta qué punto es posible determinar su nivel de racionalidad.¹⁹⁰

“...la ley de ponderación no es inútil. Dice qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la afectación del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice todavía nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto. Pero dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia”.¹⁹¹

Si bien, mediante la ponderación a partir de una preferencia condicionada, se favorece a un principio sobre otro, no se hace de manera vaga, sino a través de un proceso que proporciona criterios racionales vinculando sus elementos con la argumentación jurídica. No se trata de brindar soluciones mágicas, sino de especificar qué es lo que se debe fundamentar de manera racional.

“La ley de colisión muestra que las ponderaciones conducen a dogmáticas diferenciadas de los distintos derechos fundamentales: en caso de colisión, hay que establecer una relación de preferencia condicionada. A ella corresponde una regla de un relativamente alto grado de concreción. A través de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas

¹⁹⁰ Ver ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 5, 1988. Alicante, España. P. 149.

concretas adscriptas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática".¹⁹²

La fórmula de peso planteada por Robert Alexy sostiene que la ponderación está vinculada con el discurso, es un elemento esencial. De esta manera, si el discurso práctico no es racional, tampoco lo es la ponderación y viceversa.

En este contexto, si lo que se pesa son principios, debemos ponerlos en la balanza. Para hacerlo se requiere peso material, característica que no tienen los principios. El peso y valor intrínseco no es perceptible de manera real. Podríamos decir que todos los principios tienen el mismo valor y por consecuencia el mismo peso, de ser así no tendría cabida la ponderación. Al respecto Alexy especifica que dotar de pesos abstractos a los principios es necesario cuando ellos son diferentes. Esto suena genial, pero no menciona cómo se puede determinar dicho peso. Insiste en una estructura racional para pesar los principios, asignando a cada uno cierta magnitud de importancia y aclarando que para realizar la ponderación es indispensable incluir medidas numéricas (*grado de interferencia*). La fórmula depende del peso de la interferencia con un principio que sea necesaria para satisfacer otro y que se puede calificar como leve, moderada o seria. Cada calificación recibe un número, pero no un método para encontrar la cantidad objetiva de la interferencia requerida.

La teoría de Robert Alexy depende de la eficacia de la fórmula del peso, pero ésta carece de un método eficaz para medir el grado de afectación de un principio necesario para satisfacer otro. El discurso racional que propone no es

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. op. cit. p. 164.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 167.

suficiente para identificar los principios ni para medir el peso específico o abstracto de éstos. En este sentido las definiciones de discurso racional y de la objetividad son circulares.

“En el marco de prácticas constitucionales estables los derechos fundamentales fueron aplicados en un sinnúmero de casos, existen fuertes disputas en la dogmática, en el parlamento y en la ciudadanía acerca de su contenido. Estas disputas se ven reflejadas, en buena medida, en los casos que llegan a decisión de los tribunales superiores. Por eso se requiere una reconstrucción crítica de la dogmática de los derechos fundamentales que identifique los puntos de vistas que fueron considerados para determinar la intensidad a la restricción del derecho y su peso. Esto permitiría además, en un nivel de aplicación no tan abstracto poner a prueba la fórmula de peso”.¹⁹³

Por su parte, Habermas menciona que lo que uno racionalmente debe hacer se encuentra determinado en parte por lo que uno quiere. En realidad nuestra voluntad está predeterminada atendiendo a nuestros deseos y valores. Es una relación entre medios, fines y preferencias.

“En casos complejos deben incluso desarrollarse estrategias para la toma de decisiones –entonces, la razón se cerciora de su propia manera de proceder y se vuelve reflexiva; en la forma de una teoría de la elección racional, por ejemplo. En tanto la pregunta, ¿qué debo hacer?, se refiere a tales tareas pragmáticas, son pertinentes todas las observaciones e indagaciones, comparaciones y ponderaciones que realicemos apoyados en informaciones empíricas, bajo los puntos de vista de la eficiencia o con ayuda de otras reglas de la decisión. La reflexión práctica se mueve aquí en el horizonte de la

¹⁹³ CLÉRIGO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. **Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional**, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010, p. 145.

racionalidad con arreglo a fines, con el propósito de encontrar técnicas, estrategias o programas adecuados”.¹⁹⁴

Nuestra voluntad autónoma será efectiva en la medida que la motivación de las buenas razones se logre colocar por encima de otros motivos.

- *b) La limitación de los derechos.*

Si partimos de la idea de que todos los derechos son limitados, entonces al ser reconocidos en el ordenamiento jurídico deben coexistir con otros, por lo tanto su valor no puede ser absoluto. “La teoría de los límites inmanentes pretende ante todo hacer frente a lo que califica como ejercicio arbitrario, pero ejercicio, de los derechos y las libertades públicas; por citar ejemplos típicos de la doctrina alemana: la libertad religiosa ha de limitarse para impedir fundar una secta nudista; el derecho a contraer matrimonio no puede autorizar la constitución de un vínculo poligámico; la libertad de elección de la profesión u oficio no puede proteger la prostitución”.¹⁹⁵

En la Constitución es posible encontrar ordenamientos jurídicos que determinan claramente los límites de los derechos, pero la mayoría no tiene esta característica. La ponderación tiene por objeto precisar la forma en que se deben fijar los límites, qué derecho debe ceder ante otro y en qué medida.

El autor Lorenzo Martín advierte sobre los riesgos de la ponderación. El problema de identificación de los límites de los derechos fundamentales se complica con la necesidad de determinar el peso que le corresponde a cada uno de los bienes en conflicto y establecer dicho alcance mediante criterios

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Acerca del uso de la razón práctica*. **QUORUM**. 2ª. Época, Año IV, No. 36. Septiembre-Octubre 1995. México, D.F., p. 12.

¹⁹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Otto y Pardo, Ignacio de –Coautor-. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Ed. Civitas. Madrid, 1988, p. 110.

teóricos no concretos impide hacer una valoración correcta. Es imprescindible que la relación entre los principios emane expresamente de la Constitución, toda vez que cuando se intenta privilegiar un principio a favor de otro mediante el método de ponderación, se atenta contra la unidad de la Constitución por atender a juicios de valor subjetivos.

La ponderación de bienes no puede ser una comparación entre ellos, todos son protegidos en la Constitución, lo correcto es mediante un juicio para determinar la relación entre el límite de un derecho y el bien jurídico que se desea proteger. Es decir, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del límite reside en determinar si éste es adecuado al aplicarlo al derecho en cuestión. ¹⁹⁶

“La virtualidad de los bienes como fundamento de la limitación se ha de afirmar o negar a partir de la naturaleza que se les atribuye (*bien constitucionalmente protegido, bien social, moral pública, etc.*) para luego reconocer la constitucionalidad del límite no por el peso que se le atribuye al bien, sino por la adecuación de la medida limitativa.

No puede ser de otro modo. El procedimiento de la ponderación de bienes tiene que partir necesariamente –en otro caso el análisis sería lógicamente imposible- de que los derechos y libertades a limitar y los bienes constitucionales son cosas distintas, susceptibles de ser contrapuestas”. ¹⁹⁷

Siguiendo esta idea, si dentro de la Constitución todos los preceptos gozan del mismo valor, no cabe una ponderación. En realidad la ponderación de bienes no es otra cosa que un análisis de la adecuación de una medida aplicada a un principio.

¹⁹⁶Ver *Ibidem*. p.122.

¹⁹⁷*Ibidem*, p. 123.

“En rigor habría que decir que los conflictos sí existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, sí se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa, ya que hace pensar en una *colisión entre derechos* cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se puede hablar de conflictos o colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses”.¹⁹⁸

Para Prieto Sanchís la proporcionalidad en sentido estricto trae consigo varios problemas. En primer lugar se fomenta una interpretación cuantitativa por el manejo de los términos *costos y beneficios*, lo cual no es adecuado, toda vez que estamos hablando de principios constitucionales. El segundo cuestionamiento se refiere a los casos en los que la proporcionalidad en sentido estricto se aplica en conflictos de normas generales o de leyes, lo que podría provocar que a partir de argumentos se invoque la necesidad de eliminar uno de los principios en controversia. Sin embargo, esto podría evitarse tomando en cuenta la cláusula del contenido esencial, toda vez que es indispensable preservar y conservar la totalidad de las normas constitucionales sin afectar el núcleo de ningún principio.¹⁹⁹

Para este autor ni los derechos ni las normas fundamentales pueden ser limitados, lo que tampoco significa que sean ilimitados y permitan toda conducta. La idea de que existe una limitación determinada desde el texto constitucional y dentro de esa esfera no es posible ninguna limitación y que

¹⁹⁸ VILLAVARDE MENÉNDEZ, ignacio. Carbonell, Miguel. Editor. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. op. cit. p. 175.

sólo es posible determinar restricciones si una conducta se ubica en los márgenes externos de un derecho fundamental, provoca cuestionamientos, toda vez que es imposible formular un catálogo que incluya todas las posibilidades y excepciones respecto a la aplicación de derechos. En este sentido, no sería congruente pensar que a partir de derechos delimitados desde la Constitución las intervenciones legislativas podrían ser más moderadas. "...los derechos operan como principios que impregnan el conjunto del ordenamiento y que entran en relación (por no decir todavía colisión) con otros derechos, bienes o intereses que son objeto indiscutible de regulación ordinaria por parte del legislador. De modo que el debate entre delimitación y limitación de los derechos no afecta, ni podría afectar, al número de las intervenciones legislativas en la esfera de las libertades. Sí afecta, en cambio, y de un modo singular, a la calidad de las mismas y a las posibilidades de su enjuiciamiento; en el fondo, lo que está en juego detrás del problema de los límites o contornos de un derecho es más bien el problema de los límites que pesan sobre los poderes públicos a la hora de intervenir en su ámbito".²⁰⁰

Asimismo, el contenido esencial es más bien un significado impredecible, porque no es factible contar con criterios concretos para determinar qué es lo esencial de un derecho fundamental y sólo es posible vislumbrar algunos aspectos en el caso concreto, cuando el juez constitucional a partir de sus argumentos decide lo que para un derecho es el contenido esencial. En este contexto, el contenido esencial viene siendo la parte de un derecho que no es materia de afectación bajo ninguna circunstancia. Si una pretendida afectación lesiona en mayor medida un derecho, debe estar contar con una buena argumentación y se exigirá una mayor calidad de ésta en la

¹⁹⁹ Ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., págs. 202-203.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 220.

medida que se acerque al contenido esencial, es decir, al núcleo inviolable del derecho. Así, la cláusula del contenido esencial se convierte en un elemento importante para la ponderación, pues se combinan dos aspectos fundamentales: contenido esencial y justificación.

- *c) La teoría del contenido esencial*

Según la doctrina alemana el contenido esencial de los derechos fundamentales establece un límite infranqueable para el legislador. Limita la posibilidad de limitar. Tiene como propósito reforzar los derechos constitucionales y brindarles una cápsula protectora. "...la garantía del contenido esencial tiene un valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto del que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales mismos. Por eso mismo la garantía del contenido esencial, entendida como límite de los límites, no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional, a cualquier bien constitucionalmente protegido, que podría retroceder ante cualquier otro también constitucional, en virtud del principio de unidad práctica de la Constitución, pero en ningún caso, y en virtud de ese mismo principio, podrá sacrificarse a él por entero".²⁰¹

El límite de los límites se funda en la necesidad de justificar cualquier limitación, de no ser así sería inconstitucional. Todos los derechos tienen un núcleo, el cual es intocable, no se le puede afectar. Alrededor del núcleo está la siguiente capa que también está jurídicamente protegida, sólo podrá ser vulnerada previa justificación y siempre y cuando no afecte al núcleo.

²⁰¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Op. cit. p. 127.

“...el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en la que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos fundamentales”.²⁰²

Para Pedro Serna no es prudente tratar de jerarquizar los derechos porque la misma Constitución lo ha evitado y es necesario que los jueces y la Corte no quebranten la Carta Magna y traten de conservar la congruencia y la armonía. Es indispensable una interpretación sistemática para lograr una compatibilidad del contenido de la Constitución. Una interpretación como si fuera un sistema, partiendo de la base que los derechos deben ser analizados en conexión con su fundamento. En su opinión, tratándose de derechos fundamentales, el método adecuado es el del contenido esencial, pero no desde el punto de vista estrictamente formal, sino desde el enfoque teleológico de los derechos, atendiendo al fin para el que han sido formulados. En este contexto, el contenido esencial de un derecho no se refiere sólo a su concepto, a las frases que lo determinan, los bienes jurídicos que protegen o conductas que intenten evitar; va más allá, toda vez que exige una comprensión más profunda que se concreta de manera diferente en cada caso particular a partir de una interpretación más completa que incluya tanto el texto constitucional como los conflictos de derechos y los límites de éstos.

“La afirmación según la cual el recurso a establecer el contenido esencial de los derechos evita los conflictos de derechos y la subsiguiente necesidad de jerarquizarlos no es una afirmación inductiva, sino que se obtiene, al margen de la posibilidad de verificarla en los casos concretos, a

²⁰² *Ibíd.*, p. 135.

partir de un dato que puede establecerse previamente, a saber: si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad. Si esto no fuese así, no se podría –aunque se estableciese dogmáticamente- interpretar como un sistema aquella parte de la constitución que recoge los derechos fundamentales, y algunas de sus disposiciones entrarían frecuentemente en contradicción con otras, con lo cual dejaría de ser normativa para convertirse en retórica, al menos parcialmente”.²⁰³

A su vez, Luis Prieto Sanchís aclara que la ponderación es factible a partir de la igualdad de las normas en conflicto, toda vez que si existiera un orden jerárquico determinado entre ellas no tendría sentido ponderar. En este sentido, ponderar implica la búsqueda de la mejor decisión ante razones constitucionales contradictorias que requieran establecer un enunciado de preferencia condicionada para lograr una jerarquía axiológica-móvil. Si bien, la ponderación no es un método infalible porque no resuelve los conflictos asignando pesos propios a los principios, porque cada peso varía en función del grado de afectación del otro principio en conflicto. En realidad la ponderación no es ninguna fórmula, es más bien sólo un camino que indica cómo llegar a una proporcionalidad para concretar un orden de preferencia entre principios en conflicto y esto se logra estimulando la interpretación y la comprensión clara que dentro de la Constitución no hay jerarquías, que los

²⁰³ SERNA, Pedro. *Derechos Fundamentales: el mito de los conflictos*. Reflexiones Teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Persona y Derecho*. No. 4, 1994. Pamplona, España, pág. 230.

principios no tienen un peso determinado sino sólo máximas de optimización, de acuerdo a su relación con otros principios del ordenamiento.²⁰⁴

Por su parte Matthias Jestaedt hace una reflexión sobre el futuro de la teoría de la ponderación a partir de dos puntos de vista: el ser y el deber ser. El primero se refiere a su situación en la práctica de las sentencias y la jurisprudencia y el segundo se trata del lugar que justificadamente se le debe dar a la teoría. Siendo la ponderación una herramienta útil y flexible en el Sistema Jurídico Alemán, se prevé un futuro positivo. Sin embargo, si sopesamos sus fortalezas y debilidades desde un punto de vista más estricto e imparcial, la teoría está sobredimensionada si se le intenta definir como una teoría universal de los derechos fundamentales. En cambio, es aceptable si se limita su concepto a una teoría analítica instrumental de los derechos fundamentales en el punto clave de la colisión de principios. Si consideramos a esta teoría como un excelente producto de exportación de la ciencia alemana del derecho, existen riesgos si la dosificación y el contexto para su aplicación no son los correctos.²⁰⁵

Jaime Araujo Rentería advierte que la interpretación por principios atenta contra la seguridad jurídica, creando incertidumbre. “La jurisprudencia no permite a los ciudadanos orientarse en las decisiones judiciales ni en sus conflictos, ya que los casos anteriores pueden ser modificados en el nuevo caso dándole primacía al valor que antes no primó. La acción del Tribunal Constitucional se convierte en una decisión de caso por caso, sin que sea posible definir una escala permanente de valores; esto atenta contra la seguridad jurídica y, lo que es más grave, deja los derechos fundamentales (o no fundamentales, pero derechos al fin y al cabo) de los ciudadanos en manos

²⁰⁴ Ver *Ibidem*, págs. 189-191.

²⁰⁵ Ver JESTAEDT, Matthias. *La teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades*. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 112.

de los tribunales, debido a que los ciudadanos no saben nunca con certeza si la vida vale más que el libre desarrollo de la personalidad o viceversa”.²⁰⁶

3. El principio de proporcionalidad aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

a) Tarea interpretativa y ponderación de principios en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido que la interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporcionan suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional. Así lo considera en la tesis Tesis: P./J. 61/2000, Página 13, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XI, junio de 2000, donde menciona que cuando se carece o simplemente existen pocos elementos para determinar el alcance de una disposición Constitucional y que una vez agotados los análisis pertinentes sin tener una solución clara es viable recurrir a la interpretación histórica, tanto tradicional como progresiva. El primer tipo de interpretación tiene como objeto descubrir la intención del legislador, para lo cual es necesario el análisis de las leyes precedentes e identificar el hilo conductor entre dichas disposiciones. De no ser suficiente, se debe aplicar el segundo tipo de interpretación mediante la cual se analizarán las circunstancias y el entorno existentes en el momento del nacimiento del precepto constitucional, el contexto histórico y social. Cabe destacar que la creación de una ley deriva de una necesidad y de un estado de

²⁰⁶ ARAUJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 12, T. II, 2006. México. p. 877.

cosas que así lo requiere, es decir, por un lado una exigencia social y por otro una medida estatal para garantizar el orden jurídico, sin embargo el análisis de las circunstancias no desvirtúa el propósito del Legislador.

Asimismo, en la Tesis Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VII, abril de 1998, Tesis: P. XXVIII/98, página 117, aludiendo a la interpretación necesaria en los casos de oscuridad e insuficiencia de la letra, señala la Corte que es necesario utilizar los medios necesarios para conocer qué valores o instituciones se intentaron proteger, tal y como lo establece el Artículo 14 de nuestra Carta Magna que prevé la interpretación como solución ante la insuficiencia u oscuridad de la ley. En este sentido, se menciona el método genético-teleológico como medio para extraer de la exposición de motivos de una iniciativa de reforma constitucional y de los documentos derivados de dicho proceso las causas y la finalidad de dicha reforma, es la médula legislativa que contiene los argumentos vinculados a los principios y valores más preciados.

La interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos; esto es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa en nuestros tribunales según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, si no *lo que quisieron decir* sus autores. Si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, como lo demuestran una cantidad considerable de tesis jurisprudenciales de nuestro pasado reciente, a la aplicación corrupta de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el

supuesto significado del *espíritu* de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los métodos de interpretación tradicionales no sean también aplicables, en buena medida, a las normas constitucionales. En este sentido, para interpretar los derechos fundamentales se pueden tomar en cuenta los métodos generales de la interpretación jurídica.

Según Atienza la interpretación, como papel central en el Derecho implica una tarea compleja al surgir la necesidad de atribuir sentido a las fuentes del derecho.²⁰⁷

“El México democrático requiere una interpretación del derecho democrático, una interpretación garantista. Calificar como democrática a la interpretación garantista deviene de que la concepción del derecho desarrollada por Ferrajoli implica que las decisiones judiciales y administrativas ubiquen el límite de lo decidible.

Señalan que pueden decidir las mayorías, las que en ningún caso podrán limitar derechos individuales (voto, expresión, información) o dejar de satisfacer derechos sociales (educación cívica, cultura democrática). El derecho en México se democratizará en la medida en que todas las reformas legales y constitucionales de la transición democrática se traduzcan en una concepción diferente del derecho en un tiempo determinado: hoy”.²⁰⁸

En la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito en materia común No. 1.4o.A.70 K, Novena Época, XXIV, Agosto de 2006 establece con relación a la suspensión en el Amparo conforme a la Teoría de la Ponderación de Principios

²⁰⁷ Ver ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 267.

que debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular, argumentando que se debe resolver el caso aplicando la proporcionalidad y la ponderación de los subprincipios correspondientes. Es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad; de tal manera que no se vulneren principios y valores de mayor peso al que se pretende preferir. En este sentido la idea es que el derecho que al final se prefiere debe traducirse en un mayor provecho o satisfacción, siendo inminente su elección. En el caso concreto, la medida cautelar es aplicable, toda vez que el interés social prevalece sobre el particular.

En la Tesis: I.4o.C.57 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época XVII, Marzo de 2003, Página: 1709 con relación al daño moral y derecho a la información establece que para encontrar el equilibrio o límite entre la libertad de expresión y la conducta ilegal del agente es indispensable la ponderación de principios. Resulta complejo determinar la prevalencia de uno sobre otro, dada la naturaleza de ambos, buscando el equilibrio sin dañar su contenido esencial. Toda vez que el derecho de información siendo un valor preferente, no quiere decir que sea absoluto, lo que quiere decir que no debe violentar otros derechos fundamentales ni trastocar bienes jurídicos tutelados que no tengan nada que ver con sus fines esenciales, en caso de transgredir dichas reglas, carecerá de protección.

Por otra parte en el Amparo directo 14424/2002. El Espectáculo Editorial, S.A. de C.V. y otras. 13 de enero de 2003, se aclara que la interpretación constitucional, como la aplicada a normas emanadas de nuestra Carta Magna y que tienen por objeto garantizar la protección de garantía individuales implica la aplicación de métodos interpretativos diferentes a los

²⁰⁸ NIETO; Santiago. op. cit., p. 323.

empleados con otro tipo de reglas, mencionando que, sin embargo, dicha concepción no es totalmente aceptada por la doctrina contemporánea.

“La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios; el perfil o delimitación entre los principios se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios”.²⁰⁹

La aplicación del principio de proporcionalidad por nuestros tribunales requiere de un proceso gradual, encabezado por un análisis de sus ventajas y también de sus riesgos. Se requiere de establecer con toda precisión un método previsto con reglas claras, un conocimiento basto de los derechos fundamentales y del principio como tal, así como una nueva cultura jurídica para nuestros tribunales superiores que se vislumbren a sí mismos como actores críticos, responsables y conscientes de su misión estratégica en la nueva etapa de la argumentación jurídica y en los retos que como Nación nos exige la nueva dimensión de los derechos fundamentales. Las decisiones de los Tribunales Supremos están, como nunca antes, a la luz del examen de una sociedad más abierta, más ilustrada y ávida de justicia e igualdad.

“Como ciudadanos no admitiríamos fácilmente la idea de que nuestros asuntos sean decididos en los tribunales sin que el decisor tenga una imagen

²⁰⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. op. cit., p. 131.

clara de qué es lo que ordena, prohíbe o permite el ordenamiento jurídico. Exigimos que nuestro caso sea decidido conforme a derecho.

Es igualmente claro que las normas jurídicas nos son proposiciones teóricas que describen la realidad. Por lo tanto, la persona que interpreta el derecho no busca en él una verdad teórica. El derecho no es simplemente un conocimiento. Desde el punto de vista social, la actividad judicial es ejercicio del poder. El papel del derecho consiste en respaldar las decisiones tomadas en este procedimiento de ejercicio del poder. Es justamente aquí donde reside el problema. El derecho no es sólo un buen consejo que el intérprete (por ejemplo el juez) puede seguir o ignorar sobre la base de su propio juicio. Es la base dotada de autoridad para la decisión.

Sin embargo, en muchos casos, la base es ambigua, está llena de lagunas o es vaga en algún otro sentido. Por consiguiente, el intérprete parece moverse en un *círculo*: el derecho vincula al intérprete –no toda interpretación está de acuerdo con el derecho- la clarificación de los contenidos del derecho requiere una elección entre las diferentes alternativas de interpretación, la elección puede referirse sólo al derecho válido, etcétera”.²¹⁰

Es frente al escenario judicial donde se desenvuelve la interpretación de los derechos fundamentales, esto debería ser completamente cierto en cualquier Estado democrático y constitucional de derecho, no lo es en México, en donde por existir tantos obstáculos para acceder a la jurisdicción vemos que, incluso en la actualidad, son prácticamente inexistentes los criterios judiciales en materia de derechos fundamentales, en comparación con los existentes en otros países. En México tenemos que reformar nuestro ordenamiento, para abrir las vías procesales que sirvan para que los

²¹⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, op. cit., p. 13.

ciudadanos lleven ante la mesa de los jueces muchas violaciones de derechos fundamentales que hoy no pueden ser siquiera planteadas.

“...la política jurídica –dejando de lado todos los intentos de separación– se introduce profundamente en la interpretación de la ley, en su aplicación y, sobre todo, en su desarrollo. El que tiene un punto de vista liberal sobre una ley futura, no renunciará a él en la interpretación de la ley una vez sancionada. Pero, de todos modos, sería ir muy lejos sostener que la interpretación de la ley es la continuación de la política jurídica con otros medios.

Todo el déficit de la metodología en lo referente a deducciones seguras no irá a engrosar la cuenta de la política jurídica, a pesar de que la última recibirá una parte considerable. La semejanza de las tareas de dictar leyes/interpretar leyes surge ya del hecho de que pueden intercambiarse”.²¹¹

Los jueces además de cumplir con su trabajo deben perfeccionarlo estando libres de influencias externas, sean éstas del gobierno o cualquier ente de poder, de la política o de la misma sociedad. Cuando se turna un caso desde el tribunal de apelación hacia el tribunal inferior para nueva sentencia, o bien una orden dada por un tribunal de revisión de examinar de nuevo un caso aplicando la interpretación y las reglas argumentativas, respetando todas y cada unas de las reglas del proceso y resolviendo de tal manera que los principios y valores en conflicto no sean vulnerados o lo sean en la mínima medida posible, podemos decir que hemos dado un gran avance en el desarrollo de nuestra cultura judicial, y más aún si dicha resolución fue totalmente libre de injerencias políticas o de luchas de poder.

El juez debe respetar la Constitución y velar por los intereses sociales, actuando en nombre del pueblo, le ha sido conferida una labor casi sagrada:

²¹¹ ADOMEIT, Klaus. *Introducción a la Teoría del Derecho*. op. cit., p. 138.

administrar justicia, cosa nada sencilla en nuestro entorno cada vez más complejo, pero así le ha sido encomendada por el legislador y la sociedad esperando que cumpla cabalmente con su noble función.

“Hablando de los sujetos de la interpretación constitucional hay un campo particularmente polémico, es aquel donde se confrontan las interpretaciones legislativa y judicial. Se ha difundido geográficamente el sistema político de conferir a un órgano jurisdiccional –judicial o no- la facultad de controlar el respeto a la Constitución por parte de los demás poderes estatales, con lo que asume aquel tribunal el carácter de intérprete supremo. Pero al mismo tiempo, se encomienda al Poder Legislativo la función de explicitar, desarrollar y completar la normativa constitucional configurando el escalón del ordenamiento jurídico inmediato inferior a la Constitución. No es extraño, entonces, que en razón de esas funciones que comúnmente tienen asignadas los legisladores y los jueces, aparezcan fricciones y problemas de prevalencia entre la interpretación de unos y otros”.²¹²

En este orden de ideas, el juez bajo el manto amparador de la independencia no es un sujeto que pueda aplicar el precepto de la norma con preceptos obsoletos o rebuscados para adornar su decisión, pues suele ocurrir que cuanto más oscura es la redacción, más subjetiva es la decisión.

Cumplir haciendo justicia en nuestro presente significa aplicar la norma vigente, pero no sólo eso, sino cumplir con responsabilidad profesional aplicando una lógica jurídica y atendiendo al momento histórico que se vive sin olvidar el entorno social.

“Desde la perspectiva jurídica, la globalización ha impactado en dos vías al Estado y al sistema jurídico. Por una parte, encontramos una presión de

²¹² VIGO; Rodolfo Luis. op. cit., p. 101.

arriba hacia abajo, de los organismos supranacionales y las naciones desarrolladas, sobre la soberanía nacional, que ha traído como consecuencia que la visión nacional se pierda por los compromisos supranacionales. Los organismos financieros, como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, son un ejemplo de esto.

La otra vía es la presión de abajo hacia arriba: la sociedad civil organizada que irrumpe en el ámbito nacional, organizaciones no gubernamentales que representan una postura alternativa de México al exterior. El mismo EZLN significa un rompimiento de abajo hacia arriba, el cual también desdibuja la identidad nacional”.²¹³

El juez en este contexto no es independiente en el sentido hermenéutico, aunque sí es –en teoría- independiente respecto de las presiones políticas y sociales, de hecho su única preocupación debería ser justo en sus decisiones. Para lograr esto deberá estar atento y prepararse constantemente para ser un verdadero intérprete y excelente aplicador de la Constitución.

Se dice fácil, pero no es sencillo encontrar el espíritu de la ley y más complejo aún aplicarla sin vulnerar el entorno social, no se puede ser justo si se lastiman los valores esenciales existentes en la vida social, el fin de la ley es lograr armonía y paz, brindar seguridad y bienestar. De nada sirve aplicar la ley –siendo muy legalistas-, de manera aparentemente perfecta si no se toma en cuenta el todo, el sistema completo que da movimiento a nuestra vida social.

²¹³ NIETO, Santiago. op. cit., 299.

Ante una decisión –de acuerdo a la ley-, pero injusta se torna una nube borrascosa que nubla nuestra visión y percepción de la justicia, la sociedad se irrita, hay un enardecimiento que queda grabado en la memoria social.

“... el motivo de oposición al control difuso tiene que ver más con la desconfianza hacia los jueces y autoridades administrativas de este país que con una posición jurídica, en tanto que no hay norma en el texto constitucional que dé al Poder Judicial Federal el monopolio del control de constitucionalidad, y si en cambio, hay normas expresas que permiten sostener la viabilidad de un control difuso”.²¹⁴

La independencia de los jueces significa que el juez no podrá ser destituido de su cargo, sólo en caso de violación de sus deberes judiciales, por supuesto, sin contrariar el principio de la inamovilidad judicial. El juez es un ser carne y hueso, no es una máquina de hacer justicia, no actúa como una computadora, es claro que siempre habrá elementos que lo harán actuar en uno u otro sentido, estará influenciado, a veces inconscientemente porque es un ser que siente y percibe situaciones y expresiones. Debe ser consciente de su labor tan importante y sentirse obligado a procurar la armonía en la sociedad para lograr la paz social. Existen grandes y ambiciosas expectativas respecto de su trabajo, que de ninguna manera se le debe ver como un burócrata deshumanizado y mecánico.

“González Oropeza menciona, para el caso mexicano, que la ley no alcanza a cumplir su objetivo por varias razones estructurales del sistema jurídico mexicano. Por un lado, el carácter ideológico instrumental del derecho, el cual tiene un determinado fin generado por motivaciones sociales o políticas. El autor explica que para el gobernado existe una confrontación entre el interés público de la norma y sus intereses personales, por lo que el ciudadano común

considerará a la ley justa o injusta en la medida en que se adecue a su interés. Esta confrontación norma general-interés particular se acentúa en aquellos casos en que la legitimidad de la autoridad está en duda.

El siguiente factor es la ignorancia de la ley, producida en virtud de la complejidad creciente del sistema jurídico engarzado con instituciones jurídicas de realidades distintas, como la tradición anglosajona federal y el derecho privado continental. Otro factor es la corrupción propiciada por la propia ley mediante sobrecargas, carencia de estímulos y de recursos para desempeñar los trabajos. Finalmente, el último tema es la irresponsabilidad de los gobernantes, producto de la legislación en materia de responsabilidades”.²¹⁵

La labor del juez que vela por aplicar una justicia efectiva debe estar separada de los intereses puramente materiales de la clase social más poderosa y concentrarse en la especial tarea de proteger los valores más preciados existentes en la sociedad.

Desde la perspectiva ético profesional, podemos referirnos a la que adquieren al jurar o prometer la Constitución. Tal compromiso obliga a un cumplimiento exacto de todo el complejo mandamiento constitucional, que ordena la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Los obliga a administrar justicia, no sólo desde la perspectiva que le obliga de acuerdo a su profesión que implica dictar y hacer que se cumplan las resoluciones, pero no termina ahí, sino que dicha administración debe lograr una certidumbre jurídica y confianza en los actores jurídicos que están encargados de hacer justicia.

“La transición jurídica, por su parte, ha sido explicada por los miembros de la doctrina jurídica a que se ha hecho mención. En los últimos 30 años se

²¹⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional*. op. cit., p. 15.

ha transformado el entramado constitucional y legal mexicano. Dicha transformación se empalma con el proceso de transición democrática de la República. En un principio, el cambio jurídico es producto de cesiones del régimen a la cada vez más fragmentada sociedad. Sin embargo, cuando ésta se empieza a ver representada por el Congreso de la Unión por medio de partidos políticos más competitivos, la transformación jurídica se produce por el consenso de los principales actores políticos. La asignatura pendiente parece ser la cultura jurídica, que permanece intocada en muchos de sus dogmas, como la concepción de la división de poderes tajante, la idea de la democracia sólo como forma de gobierno, la idea de control concentrado de la constitucionalidad, el monopolio de la interpretación jurídica, entre otros”.²¹⁶

El juez deber ser un verdadero profesional en el trabajo que le ha sido encomendado, debe tomar en sus manos la balanza de la justicia y usarla con verdadera precisión, que sus ojos sólo vean los hechos, tomando en cuenta los valores y principios, sopesando todo con verdadero arte y talento derivado de su sólida preparación y compromiso social.

“La enseñanza del derecho constituye una forma bien directa de incidir en la cultura jurídica de un país pues a través de ella se construye y reproduce la cosmovisión de abogados, jueces, legisladores y funcionarios, esto es, de una parte importante de la clase dominante. La concepción científica del derecho resulta importante para comprender la cultura jurídica pues determina el ámbito de la enseñanza del derecho. Así, resulta imperativo, para modificar la cultura jurídica de un país, enfocar esfuerzos en las concepciones científicas dominantes en la enseñanza del derecho. Los jueces que apliquen las Constituciones y códigos, los abogados que los utilicen, los administradores que deben reglamentarlos, traicionarán el espíritu de cualquier reforma si

²¹⁵ NIETO, Santiago. op. cit., p. 298.

continúan pensando y actuando dentro de los antiguos moldes. La facultad de derecho es el único ámbito que los profesionales del derecho comparten por un tiempo considerable y debería ser motivo principal de preocupación saber qué ocurre en sus claustros. La ley es promulgada, interpretada y aplicada por personas adiestradas en el modelo doctrinal y para quienes el esquema descrito aquí parece básico, obvio y cierto. La estructura conceptual y sus supuestos inherentes, implícitos, acerca del derecho y el proceso legal constituyen una clase de derecho de salón de clases que flota por encima del orden legal, afectando profundamente el pensamiento y el trabajo de abogados, legisladores, administradores y jueces.

Esta concepción *científica* del derecho domina las facultades de derecho, impregna los libros de derecho y así se perpetúa a sí misma. El estudiante de derecho típico recibe la doctrina al principio de su carrera y nunca se le ocurre cuestionarla: sólo conoce sus características y el modelo legal que perpetúa”.²¹⁷

Un verdadero imperio de la ley debe hacer que la sociedad tenga una confianza en que las leyes se apliquen de manera justa e imparcial, en este sentido nuestra Constitución establece garantías individuales para todos los mexicanos. Existe un evidente interés en la protección judicial de los derechos humanos.

“Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. *Estado de Derecho*, en este sentido específico, es un orden judicial y la administración

²¹⁶ NIETO, Santiago, op. cit., p. 295.

²¹⁷ MADRAZO; Alejandro, op. cit., 208.

está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión”.²¹⁸

No son los jueces los únicos obligados a tomar en cuenta principios y valores en el ejercicio de sus funciones, somos todos responsables de lograr un cambio en nuestra sociedad, y en mayor medida los actores jurídicos, los profesionales del derecho que se preparan para ser piezas del rompecabezas que forma nuestro sistema jurídico. Pero, es claro que si los estudiantes de derecho no tienen una sólida formación, no digamos sólo profesional, sino ética, el presente y el futuro se ven bastante oscuros y ni pensar que alguno de ellos con deficientes conocimientos de ética y valores llegue a ser juez -como muchos lo han llegado a ser- tenga en sus manos algún asunto que marque para siempre nuestra vida.

“Lo que resulta intolerable para nuestro derecho es la ausencia, aún con el mantenimiento del control concentrado, de un mecanismo jurídico para que los jueces y autoridades puedan preguntar al órgano de control constitucional, sobre la constitucionalidad de la norma secundaria. Urge en México el establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad como vía para que el Poder Judicial Federal o en su caso el futuro Tribunal Constitucional se pronuncien sobre la legitimidad de las normas secundarias a pedido de los jueces y de las autoridades administrativas del país, tal como ocurre en

²¹⁸ KELSEN; Hans, *Teoría pura del derecho*, Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª. Reimpresión, México, 1982, p. 315.

Austria, Alemania, España, Italia y Bélgica, que regulan en su ordenamiento ese control concreto de normas”.²¹⁹

El juez no es el único, y en ocasiones tampoco el principal, responsable de una baja calidad en la administración de justicia, ni de la falta de credibilidad en ella, es evidente que la responsabilidad es compartida.

Cossío Díaz considera que hay deficiencias considerables en cuanto a la migración de criterios. Es posible lograr avances desde dos puntos, tomar la decisión para incluirla junto con la explicitación de la Constitución, con el objeto de lograr un mejor resultado en comparación con el país de origen. Habla de la construcción de un constitucionalismo iberoamericano a partir de una ardua tarea académica. Esta posibilidad es viable si se toman en cuenta referencias de otros tribunales para la resolución de casos particulares. Por ejemplo, tomar como base criterios de países como Alemania, España e Italia que comparten ideología y directrices, cuyas similitudes se reflejan en su jurisprudencia. Esa misma coherencia es ingrediente necesario en los países iberoamericanos, pero es necesaria una apertura a las nuevas ideas relacionadas con el constitucionalismo, lo que permitirá al desarrollo de nuestro sistema jurídico.

b) Derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor: Caso Sergio Aguayo y Caso Witz

Caso Sergio Aguayo: libertad de expresión frente al derecho al honor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de mayo del 2007 tuvo a bien determinar que aún cuando la libertad de expresión es un derecho

²¹⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional*. op. cit., p. 15.

fundamental protegido constitucionalmente, no es ilimitado porque antes deben respetarse los derechos de terceros tales como el honor, entendiéndose éste como un bien objetivo que hace que una persona sea merecedora de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve. Este fallo confirma las sentencias de la Cuarta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal del 3 de julio del 2006 y del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Federal del 9 de febrero del 2007.

Sergio Aguayo demandó a Primitivo Rodríguez por haber publicado, entre 1999 hasta el 2004, 29 escritos con información donde señalaba que el primero tenía vínculos con agencias promotoras de intereses de Estados Unidos, tratando de evidenciarlo como una persona de poca credibilidad por intentar ocultar dichos vínculos.

En su demanda de amparo Rodríguez Ocegüera argumentó que es inconstitucional la Ley sobre Delitos de Imprenta, ya que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1917, entrando en vigor el 1º de mayo de 1917 antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución, señalando además que dicha ley viola la libertad de prensa protegida por la constitución.

La sentencia dictada por la Corte Suprema es de importante relevancia, toda vez que explica detalladamente los conceptos de vida privada, honor e intimidad y los límites, que en el ejercicio de la libertad de expresión, deben atenderse para no vulnerar garantías individuales de terceros. Se fijaron criterios de especial trascendencia para el ejercicio de la libertad de expresión, estableciendo la obligación de que la información que se transmita no deforme la realidad ni dañe derechos de tercero, de tal manera que el periodismo se sujete a la veracidad de los hechos sobre los que informa. Asimismo, en caso de que el honor o la reputación se consideren vulnerados, es el juez quien tendrá el arbitrio de determinar si se cometió o no un daño.

No es sencillo lograr un equilibrio cuando se presenta un caso de conflicto de derechos. Sergio Aguayo Quezada decidió iniciar la demanda para frenar las agresiones que afectaban de manera directa su honor. Durante varios años Primitivo Rodríguez, lejos de emplear su libertad de expresión de manera ética, se concretó a difundir opiniones personales no verificables y que no cumplían con el requisito básico de veracidad. El Artículo 7º. Constitucional establece que resulta inviolable el derecho de escribir y publicar escritos de cualquier materia, señalando como únicas limitantes el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública.

Por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11 garantiza la protección de la honra y dignidad contra injerencias ilegales y arbitrarias, tanto del titular como de su familia, domicilio y correspondencia. En el mismo contexto, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza también a toda persona la protección contra injerencias o ataques a su honra o reputación.²²⁰

La esfera de la vida privada integra todo aquello que la persona no quiere que sea del conocimiento público, pero dentro de ésta existe la intimidad que es una parte que se protege con más cuidado por ser considerada elemento esencial en la configuración de la persona.

Cuando alguien se expresa mal de una persona afecta directamente su vida privada, pero no necesariamente su intimidad, toda vez que entre vida privada e intimidad hay una diferencia, la vida privada integra en su esfera a la intimidad, de tal manera que una afectación a la intimidad o al honor vulnera la vida privada.

²²⁰ Ver <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a12>

En este orden de ideas, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo la protección de la persona contra ataques a su vida privada, domicilio, correspondencia, honra y reputación.²²¹

En su voto particular el Ministro José Ramón Cossío Díaz apunta que dentro de las competencias de la Suprema Corte en la revisión de un amparo directo está la de realizar un contraste de normas y no calificación de hechos. No se trata de calificar las conductas de las partes ni los actos de las autoridades involucradas. La tarea es hacer el contraste entre el artículo 1º de la Ley sobre Delitos de Imprenta con los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal.

Primitivo Rodríguez planteaba que el artículo 1º de la Ley sobre delitos de imprenta se refiere a ataques al honor o a la reputación de las personas, aclarando que la ley confunde los bienes jurídicos a proteger y pugna con la letra y el espíritu del precepto constitucional que pretende reglamentar, reduciendo injustificadamente el ámbito de las garantías de libertad de expresión y libertad de prensa.

En este sentido, el Magistrado aclara que si bien es cierto que la Constitución no es precisa en cuanto al alcance de los conceptos que los artículos 6º y 7º sí señala como límites a la libertad de expresión e imprenta: vida privada y orden público.

“...estimo que el tratamiento que la resolución hace del derecho a la vida privada y sus conexiones con la dignidad, la intimidad y el honor no tiene un anclaje constitucional suficientemente trabado. Aunque considero que el derecho a la privacidad o a la vida privada está protegido en la Constitución

²²¹ Ver página de la Oficina del alto Comisionado para los Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

Federal, la construcción de su contenido –o más exactamente, la descripción de su ámbito de protección *prima facie*, dado que estamos hablando de normas con estructura de principios, mandatos de optimización de variable resistencia en los casos concretos- no es tarea simple y exige mucho más que la alusión a unas escasas referencias doctrinales. La Constitución Federal no incluye un artículo en el que este derecho se halle individual y abstractamente plasmado. Existen previsiones evidentemente relevantes desde la perspectiva de lo que en derecho comparado se ha relacionado con la privacidad, como la que establece que *nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento* (artículo 16, primer párrafo), la que enumera los requisitos para realizar un cateo en un domicilio (artículo 16, octavo párrafo), la que prescribe que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos (artículo 4º.) o las contenidas en los artículos 6º y 7º.–éstas sí consideradas dentro de la argumentación de la mayoría- que incluyen entre los límites a las libertades de expresión e imprenta el respeto a la vida privada.”²²²

El manejo de estas variables en un juicio de constitucionalidad es realmente complicado, requiere de una ardua tarea argumentativa. Es indispensable establecer la diferencia entre conceptos que pueden confundirse entre sí como vida privada, intimidad, dignidad y honor. Asimismo, analizar si el derecho a la vida privada incluye el derecho al honor y a la intimidad, tomando en cuenta que cuando se afecta el honor de una persona, el daño repercute

²²² VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 402/2007; FALLADO POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE EN SESIÓN PÚBLICA DE 23 DE MAYO DE 2007. Ver http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EC1D10E4-E778-4D00-8E89-7BB2F643B2FD/0/ADR_402_2007_VOTO_PARTICULAR.pdf

tanto en su entorno social como en el desarrollo de su vida que no está a la vista de todos.

En este contexto, la vida privada se refiere a aquello que se desarrolla a la vista de pocos, es personal y particular. Es de carácter reservado, privado, quedando fuera de esa esfera otras personas. Compartir algo de esta índole, compete sólo a la voluntad del titular, él decide qué y cómo puede abrirse al conocimiento de los demás.

El honor está relacionado directamente con la dignidad de la persona, se refiere a la estima y aprecio que una persona recibe en la sociedad donde se desarrolla. Sin embargo, afectar el honor de una persona no sólo tiene secuelas en su vida social, sino también en su esfera privada. Al ser vulnerado en su honor, el individuo tiene una imagen negativa ante los ojos de la sociedad, ante su familia y amigos más cercanos.

El artículo 6 Constitucional establece la libertad de expresión de manera global y el artículo 7 resalta la particularidad de que dicha libertad se puede manifestar de manera escrita. No son derechos ilimitados, su infranqueable límite se encuentra donde se lesionan derechos fundamentales de terceros.

La consideración apuntada en el fallo respecto a que el artículo 1º de la Ley sobre Delitos de Imprenta, al proteger el honor y reputación de las personas contra cualquier manifestación o expresión en aras de la libertad de expresión de un individuo, no excede el límite del respeto a la vida privada consagrada en nuestra Constitución. Dicho argumento deja sin sentido la pretensión del quejoso que demandaba que el mencionado artículo no protege la vida privada de las personas, solamente el derecho o honor y a la reputación, señalando que estos aspectos enfocados en la vida profesional no forman parte de la vida privada apuntando que se aplica de manera excesiva la

garantía que establece el respeto a la vida privada como límite a la libertad de expresión.

El artículo 1º de la Ley Sobre Delitos de Imprenta a la letra establece:

“Constituyen ataque a la vida privada:

I.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses;

II.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor, la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren;

III.- Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales cuando refieran hechos falsos se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos.

IV.- Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio,

desprecio o ridículo, o a sufrir daños en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios”.²²³

Es importante señalar que si bien la atinada argumentación en el voto particular del Ministro Cossío Díaz brinda herramientas útiles para aclarar y distinguir conceptos tan abstractos como el honor, la intimidad y la privacidad no constituyen una regla para buscar su equilibrio, ya que la forma y medida en que se pueden ponderar dichos derechos cuando entran en conflicto con otra garantía dependerá del desarrollo de cada caso y de las circunstancias particulares de cada situación, puede resultar arma de dos filos si no se utilizan los conceptos a partir de un análisis y de una argumentación completa y exhaustiva, de tal manera que se evite, ante todo, del abuso de un precedente para limitar de manera excesiva una garantía tan preciada como lo es la libertad de expresión e información.

En este sentido explica el ministro Cossío Díaz: “...no creo que la distinción sea realmente explicativa y operativa para la resolución de casos concretos. ¿Se trata, como parece, de una distinción articulada sobre la idea de *núcleo duro* (intimidad) dentro de un ámbito mayor (vida privada)? Si es así, la distinción tiene poca utilidad, porque lo que haya que considerar núcleo duro de un derecho es algo que en realidad no se puede determinar abstractamente, sino solamente al hilo de la resolución de una serie significativamente extensa de casos, en cuyo contexto el derecho toma vida. Pero más allá de la utilidad, puede ser una construcción peligrosa, porque entonces debemos contestar la siguiente pregunta: decir que la intimidad es el núcleo duro de la vida privada ¿equivale a decir que es su *contenido esencial* y que, como tal, es imposible de limitar? ¿Es la intimidad entonces un derecho absoluto (en contraposición a la vida privada, que sería, como los demás, un derecho no absoluto)? La

²²³ Ver <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-230.pdf>

construcción dogmática de la sentencia suscita otras preguntas: ¿por qué la intimidad no protege más que aquello cuyo conocimiento se restringe al ámbito familiar? ¿Qué se está entendiendo por *familia*? ¿No concede la Constitución Federal ningún grado de protección a la intimidad que yo desarrollo con mis vecinos, o con los no familiares con los que vivo? ¿Qué significa que la vida privada es lo que se desarrolla *fuera de la vista* de los demás y que es un derecho distinguiblemente más grande que la intimidad?”.²²⁴

A partir de este caso se fijaron criterios importantes relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión, dejando claro que la información que se transmite no debe deformar la realidad ni dañar derechos de tercero, de tal manera que el periodismo debe sujetarse a la veracidad de los hechos sobre los que informa y en caso de que se vulnere el honor y la reputación de una persona en ejercicio de dicho derecho queda al arbitrio del juez determinar si existe o no un daño. Asimismo, se establecen los cimientos básicos para lograr una ponderación de derechos para lograr el equilibrio entre el derecho al honor, vida privada y propia imagen cuando se ven vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión de un individuo.

Al respecto, la Constitución Española dispone en su artículo 18.1 que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Asimismo, menciona que la libertad de expresión tiene sus límites en el respeto de derechos reconocidos en el mismo texto constitucional. Cabe aclarar que el legislador fija las delimitaciones por las mismas leyes, pero también por los *usos sociales*. En este sentido, se extiende el margen de

²²⁴ VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 402/2007; FALLADO POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE EN SESIÓN PÚBLICA DE 23 DE MAYO DE 2007. http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EC1D10E4-E778-4D00-8E89-7BB2F643B2FD/0/ADR_402_2007_VOTO_PARTICULAR.pdf

libertad del intérprete para establecer cuáles son los *usos sociales*, tomando en cuenta que los usos no son estáticos, sino que cambian con gran rapidez sin dar el tiempo necesario para que correlativamente las normas se adapten a dichos cambios. La legislación de referencia aclara que los derechos al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen pueden limitarse en los supuestos de que dicha injerencia haya sido autorizada por el titular en acuerdo con una autoridad competente o por la existencia de un interés histórico, científico o cultural de especial relevancia.²²⁵

Debemos tomar en cuenta que aún cuando nuestra Constitución no reconoce de manera expresa el derecho al honor, éste se encuentra previsto en tratados internacionales que nuestro país ha firmado como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó claro que aunque la libertad de expresión es un derecho fundamental, protegido constitucionalmente, no es ilimitado y debe respetar los derechos de terceros y eso incluye el respeto al honor como bien objetivo que hace que la persona sea merecedora de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve.

Se obligó a Primitivo Rodríguez a indemnizar a Sergio Aguayo con 400 mil pesos, así como a pagar una inserción en *La Jornada* de un extracto de la sentencia que contenga la naturaleza y alcance de la misma. La condena al culpable no sólo confirma que lesionó el derecho al honor de Sergio Aguayo, sino que explica de manera detallada la diferencia entre el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión y la forma en que dicho acto vulnera la

²²⁵ Ver RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. Ponderación y “Reglas” de derechos fundamentales: dos enemigos conciliables. *DEREITO. Revista Xurica da Universidade de Santiago de Compostela*. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 12, No. 2, 2003. Galicia, España, p. 153

libertad de expresión y el derecho de información. Se dice que hay un abuso en este sentido cuando se hacen imputaciones de hechos cuya veracidad no es comprobable y que además se hace con la intención de lastimar y degradar a alguien. Esto es diferente cuando se publica información haciendo la aclaración que se trata de una mera opinión, porque como tal no está sujeta a la prueba de veracidad y sus alcances son limitados, toda vez que se trata de percepciones personales no objetivas que podrían estar alejadas de la realidad y cuyas limitaciones son reconocidas por el emisor al aclarar que es una mera opinión, por lo cual quien recibe la información debe estar consciente de la posibilidad de que su conocimiento puede o no ser real de acuerdo a su propio criterio.

La Ley de Imprenta, incluye la pena de cárcel para los profesionistas de los medios de comunicación que ataquen la vida privada y para quienes hagan injurias que causen efectos en la opinión pública, así como para los que ataquen la moral y la paz pública. En mayo de 2006 se promulgó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen, aplicable en el Distrito Federal, que establece que la vida privada de las personas es la no dedicada a la actividad pública ni impacta directamente a la sociedad, por lo que no incumbe ni afecta a terceros. Asimismo, el derecho a la vida privada consiste en la protección de todas las conductas y bienes materiales y no materiales que no son de interés público o no han sido difundidas por su titular, de tal manera su difusión ilícita no le hace perder su carácter de vida privada.

En cuanto al honor, menciona que la información que se conforma de expresiones molestas e hirientes, con la característica adicional de ser insultante con insinuaciones insidiosas y vejaciones implica un daño que no se

justifica de manera alguna, que lacera la dignidad humana y que nada tiene que ver con la labor informativa.²²⁶

También establece que la violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la propia imagen constituyen un menoscabo al patrimonio moral, considerando éste como el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma.

La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación.

La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral.²²⁷

El fallo de la suprema corte no sólo estableció que la libertad de expresión no es ilimitada, sino que enriquece los conceptos de derecho a la vida privada y el derecho al honor dejando claro el reconocimiento de la vigencia de la Ley de Imprenta como herramienta útil en casos similares.

Es importante apreciar la distinción entre libertad de expresión como garantía que permite la comunicación de ideas, opiniones, juicios de valor y puntos de vista subjetivos y el derecho a la información como garantía que protege la difusión de hechos fácticos verificables contrastables con alguna

²²⁶ Ver página de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal:
<http://www.asambleadf.gob.mx/is52/010803000040.pdf>

pauta de veracidad. El conflicto de derechos: por un lado la libertad de expresión y el derecho a la información y en el otro extremo el derecho al honor de acuerdo a la ponderación bien realizada en la argumentación del fallo dio preferencia al derecho al honor, toda vez que el ejercicio del derecho a la libre expresión se utilizó de manera incorrecta, toda vez que el culpable no emitió simples opiniones, sino que afirmó hechos sin contar con el elemento básico que es la veracidad de la información y además se comprobó la clara intención de degradar la dignidad del ofendido.

“La tendencia legítima a hacer de la política una esfera específica, autónoma, y a no limitarla a los buenos deseos o intenciones del político, culmina en la llamada política realista en la búsqueda de ciertos efectos a cualquier precio, cualesquiera que sean los medios a que haya que recurrir, con la consiguiente exclusión de la moral por considerarse que el dominio propio de ella es la vida privada. Esta separación absoluta de la política y la moral conduce, en el terreno de las relaciones internacionales, al predominio del egoísmo nacional sobre cualquier otro móvil, y a la justificación de cualquier medio para satisfacerlo: la agresión, el engaño, la presión en todas las formas, la violación a los compromisos contraídos, etc.”²²⁸

Cabe destacar que el fallo de la Suprema Corte resultó de importante trascendencia porque se emitieron tesis relevantes en la materia que establecen los conceptos de vida privada e intimidad, pero quedando pendiente una tesis que establezca claramente la distinción entre libertad de expresión y derecho a la información.

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal señala que el daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus

²²⁷ Ver <http://www.asambleadf.gob.mx/index2.php?pagina=14>

²²⁸ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. op. cit., p. 82.

sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presume que existe daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, bienes jurídicos que se incorporaron en este artículo con reforma de 1982 y en cuya exposición de motivos se destaca que es indiscutible que las conductas ilícitas pueden afectar a una persona en su honor, reputación o estima, por otra parte es claro que las afecciones de una persona y también las que representan desfiguración o lesión estética infringen dolor moral, por lo tanto resulta indudable que cuando se lastima a una persona en sus afectos y sentimientos morales o creencias, se le ocasiona un dolor moral.

“En Alemania se ha señalado que la identificación de dos esferas materiales, la *íntima* y la *personal*, en la que en principio no es dable la injerencia de la libertad de información, conlleva el peligro de que únicamente se protejan los *sentimientos* promedio –según son interpretados por los tribunales-, con la consecuencia de que determinados contenidos informativos, como las típicas cuestiones banales, asuntos intrascendentes, etc. queden extramuros del derecho general de personalidad”.²²⁹

Es decir, la difusión de datos irrelevantes no puede ser considerada violatoria del derecho de la personalidad, pero sólo corresponde al titular del derecho determinar qué información para él es relevante o no.

En Alemania es posible la difusión de información o datos que corresponden a la esfera íntima de una persona con el requisito de que antes haya sido revelado de manera pública por el titular, con ese acto deja claro que ha sido su voluntad hacer del dominio público cierta información personal. Sin

embargo, el Tribunal Constitucional ha determinado que la excepción vale exclusivamente para el asunto concreto, no es general para cualquier información que atañe a la misma persona, es decir, su intimidad sigue protegida, no es que *una vez desnudo, siempre desnudo*.²³⁰

Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre la imagen de la persona, dando lugar a una tensión individuo-sociedad en el sentido de la relación con la comunidad y del vínculo existente entre la comunidad y la persona. Las tradiciones, experiencias y las heridas de un pueblo repercuten en la actualidad. Para Alemania significa mucho, hasta como factor psicológico la minimización del Estado como una reacción ante el sufrimiento del pueblo ante los estados totalitarios. Es importante que el jurista esté consciente de la cultura política y los contextos.²³¹

El Caso Witz.

Libertad de Expresión frente al honor a la patria.

El 5 de octubre se dictó una sentencia que por mayoría apoyó la constitucionalidad del tipo penal de *ultrajes a los símbolos nacionales* establecido en el Código Penal Federal.

Sergio Witz, poeta mexicano del estado de Campeche, publicó en 2002 un poema titulado “La patria entre mierda”, que según los ministros que votaron a favor atenta contra la bandera, afecta la estabilidad y seguridad de nuestro

²²⁹ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2005, p. 30.

²³⁰ Ver MEDINA GUERRERO, Manuel. op. cit. p. 62

²³¹ HÄBERLE, Peter. *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época, No. 2, 1999. Granada, España. p. 41.

país con base en una argumentación basada en razonamientos que giran alrededor de la moral, provocación de algún delito y la perturbación del orden público.

“Los ministros de la mayoría pasaron por alto más de dos siglos de evolución del derecho penal. Decidieron ignorar que actualmente ya no se puede castigar el *vicio moral* o el *pecado* como sucedía en el pasado. No quisieron recordar que las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, fueron consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano”.²³²

Tratándose de los símbolos patrios la única restricción contemplada en nuestra Ley Suprema se encuentra en el artículo 130 inciso donde señala que los ministros del culto no podrán agraviar los símbolos patrios, lo que es aceptable para la concreción del principio de separación Estado-Iglesia, para no mezclar cuestiones religiosas con la política. De esta manera, existe una excepción a personas con una investidura particular.

Sin embargo en el voto mayoritario se argumenta que la posibilidad de ultrajar (a personas, instituciones o símbolos patrios) no se protege con la libertad de expresión porque se afectaría de manera grave la convivencia

²³² CARBONELL, Miguel. *Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión*. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, [citado 09-09-20012], **Revista Latinoamericana de Derecho**, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, formato PDF, Disponible en internet, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt5.pdf> ISSN 1870-0608, p. 12.

social. Ultrajar a alguien, en este caso, a un ente protegido por la Constitución. Por lo tanto, el tipo penal que sanciona actos en contra de la bandera nacional con intención de ajarla, ofenderla, mancillarla no vulneran la libertad de escribir, publicar o expresar ideas.

En el voto de la minoría los Ministros realizaron una labor argumentativa sobresaliente al explicar que si bien los símbolos patrios tienen un especial contenido simbólico para muchos mexicanos, esto no significa que deba significar lo mismo para todos con la consigna de que de no darle dicha consideración en un momento determinado implique una sanción penal. Es inaceptable que un sistema jurídico moderno incluya en su legislación disposiciones que protejan un valor simbólico a algo material que puede restringir un derecho fundamental de especial envergadura como la libertad de expresión. Asimismo, los derechos de terceros como el derecho a la privacidad no son aplicables a asuntos relacionados con la bandera nacional. Este tipo de derechos es inherente a las personas, nuestra Constitución no otorga ningún *derecho fundamental a la bandera*, ni este símbolo es tutelar de ningún derecho fundamental, no es una persona y no puede ser ubicado en la misma categoría que los derechos fundamentales. Si bien, uno de los objetivos de la educación mexicana es la de fomentar el amor a la patria y la conciencia de solidaridad internacional en la independencia y en la justicia, los ciudadanos no pueden ser obligados a sentir amor por la patria, mucho menos con la amenaza de una sanción penal.²³³

El Tribunal Constitucional Español establece que el honor, como bien jurídico tutelado es un concepto indeterminado que es susceptible de ser delimitado por normas, valores e ideas sociales vigentes. Este derecho protege la buena reputación de una persona frente a expresiones que ocasionen el

descrédito, desmerecimiento de la consideración ajena o al menosprecio. Es decir, la reputación ajena es un límite a la libertad de expresión y de información.²³⁴

La Constitución Española no contiene lo que llama *derecho al insulto*, es decir, la libertad de expresión no protege expresiones insultantes o injuriosas, por lo tanto "... la tipificación penal del delito de injurias no afecta a la libertad de expresión, al menos desde la óptica de su vertiente subjetiva. Ahora bien, creo que no puede dudarse razonablemente que, si el Código Penal castigase dicho delito con una pena especialmente grave –por poner un ejemplo extremo, con una pena de quince años de cárcel-, se desalentaría el ejercicio legítimo de la libertad de expresión –pues los ciudadanos, y en particular los profesionales de la información, se retraerían de llevar a cabo la crítica que es consustancial al ejercicio de la libertad de expresión ante el temor de rebasar el límite que da paso al delito de injurias-, por lo que tal precepto debería reputarse inconstitucional.

De donde resulta que un precepto penal puede resultar inconstitucional no por el delito que castiga, sino por la pena que establece; y que por lo tanto el Tribunal Constitucional puede evaluar la corrección o la proporcionalidad de las penas".²³⁵

Considero que la Corte debió avocarse a un análisis del contenido esencial de la libertad de expresión, haciendo un contraste con nuestra legislación, los tratados internacionales, la jurisprudencia de otros países y la

²³³ Ver Fallo del Amparo en Revisión 2676/2003 de sesión del 5 de octubre de 2005

²³⁴ Ver RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 158.

²³⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*. Universidad de Navarra. Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I. No. 54, España, 2006. p. 85.

doctrina. Considero que se cometió un grave error al desviar la interpretación hacia aspectos no centrales del caso, evitando la argumentación profunda respecto del punto medular. Nada tiene que ver con la discusión el fundamento constitucional que tiene el Congreso para establecer delitos y faltas con la federación, la fijación de castigos a éstos con una garantía individual, en este caso, la libertad de expresión. No se pueden contrastar o balancear dos cuestiones de una naturaleza tan diferente, se ponderan principios entre principios, pero no la violación a una norma de un carácter inferior contra un derecho fundamental.

Juan Antonio Cruz Parcero aclara que para limitar la libertad de expresión puede haber excelentes argumentos e inclusive podríamos encontrarlos para caso específico que se analiza. Sin embargo, dichos razonamientos no pueden emanar de nuestra Constitución, simplemente porque no los tiene y lo que de ella al respecto se puede desprender nos lleva a otras conclusiones que nada tienen que ver con los resultados obtenidos por la Corte.²³⁶

La Corte, en su voto mayoritario sostuvo que el bien jurídico tutelado en el caso particular es la dignidad de la nación y argumenta que debe ser un límite a la libertad de expresión. Sin embargo, no realiza un razonamiento sobre lo el significado y alcances del principio de la dignidad, es decir, el fundamento en el que basa su decisión no cuenta con sustento argumentativo no racional. El honor de la patria a que se refiere nuestra Carta Magna se refiere más bien a nuestra obligación de defenderla en casos graves que atenten contra nuestra soberanía, seguridad y libertad, pero la dignidad es otra

²³⁶ CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz. Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, Tomo LVI, No. 245, enero-junio México, 2006. p. 446

cosa, se deriva de la esencia del ser humano y no puede trasladarse ni el término, ni sus alcances al honor de la patria.

Miguel Carbonell, por su parte, hace referencia al derecho comparado y menciona que la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que no era posible procesar a quien quemara una bandera norteamericana en público. El Tribunal Constitucional Federal alemán refiriéndose a actos que pudieran ser ofensivos para su bandera como una fotocomposición en la portada de una revista con la imagen de un hombre orinando la bandera alemana, se mostró firme al argumentar que el núcleo expresivo de la imagen era una crítica, que era totalmente admisible por representar un acto de la libertad de expresión, tutelada constitucionalmente. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la película “La Última Tentación de Cristo” determinó que la libertad de expresión es esencial para que esté debidamente informada una sociedad democrática.²³⁷

Siguiendo a este autor, ninguna expresión por más desagradable o incorrecta que pareciera, puede prohibirse a menos que constituya un peligro claro e inminente, por ejemplo que alguien grite *fuego*, sabiendo que es una alerta falsa o alguien que amenaza de muerte a otro en público.

“Creo que deberíamos exigir a los Ministros que el ajuste que hagan en los derechos constitucionales merezcan de su parte argumentos bien estructurados para su justificación, argumentos que pongan atención a su carácter especial, al orden de prioridades de una teoría constitucional coherente y a las intrincadas relaciones posibles entre los derechos de una

²³⁷ CARBONELL, Miguel. *El lábaro ofendido*. **Revista NEXOS**, año 28, vol. XVIII, No. 342, Junio 2006. México, p. 52

persona, los derechos de terceros, en caso de haberlos, y los intereses generales”.²³⁸

Por su parte la Constitución Española establece en su artículo 20.1 que el derecho a expresarse libremente tiene sus limitaciones específicas: 1. “Que dicha expresión suponga la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo; 2. Que esa expresión suponga la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela y 3. Que la expresión suponga la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Se trata, como vemos, de una regla mucho menos abstracta que la regulación constitucional pero que, a pesar de todo, está plagada de términos que conllevan una amplia libertad valorativa del intérprete juzgador”.²³⁹

En mi opinión, los argumentos de la Corte para limitar la libertad de expresión en el caso en análisis muestran las deficiencias del criterio argumentativo de los actores jurídicos, no es posible que se haya considerado que la normatividad en materia penal de delitos no graves esté por encima de un derecho humano protegido por la misma Constitución y por la legislación internacional. Haciendo un análisis de proporcionalidad, la decisión de la Corte no cumple con ninguno de los supuestos, por lo que debe considerarse inconstitucional. Es claro, que los Ministros que votaron a favor no emplearon hermenéutica argumentativa alguna, no especifican de manera clara los bienes jurídicos en conflicto ni el contenido esencial de los mismos. Cuando un derecho fundamental se encuentra en discusión, no basta la interpretación

²³⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Op. Cit., p. 439

literal de las normas involucradas, se requiere una interpretación de nivel superior, más compleja para llegar al fondo del asunto, encontrar el contenido esencial de los derechos para buscar una armonización entre ambos, respetando de no vulnerar su núcleo esencial. Para ello es necesario un análisis profundo del contenido, dimensión, características, finalidad, su relación con otros derechos fundamentales y el ámbito de su ejercicio. En el caso particular, se contrastaron de manera equivocada los bienes jurídicos en conflicto, por una parte la libertad de expresión y por la otra el derecho al honor de un símbolo, cuando es más que evidente que el honor es inherente a personas, no a cosas, por muy especiales que sean. Esta manera de ponderar principios es incorrecta, porque no se hizo un análisis del contenido esencial ni se incluyeron elementos consistentes para argumentar de manera razonable una justificación válida para limitar a la libertad de expresión en favor del honor a la bandera. Es decir, haciendo un examen de proporcionalidad:

- La restricción establecida a la libertad de expresión debe ser admisible en nuestra Constitución, de manera que las restricciones o suspensiones de garantías individuales serán en los casos y condiciones que la misma Carta Magna establece. En este caso, nuestra Ley Suprema es muy clara respecto a las restricciones a la libertad de expresión, no prevé la protección del honor a la bandera como un caso de excepción al ejercicio de tal libertad.

- La medida debe ser necesaria para lograr los fines que fundamentan la restricción, debe ser idónea, de manera que para lograr el fin buscado no sea posible encontrar otros medios alternativos que afecten en menor medida los derechos fundamentales.

²³⁹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. Op. Cit., p. 155.

- Debe ser proporcional. Debe existir un equilibrio entre la importancia del fin favorecido por la decisión y los perjuicios que se pudieran provocar a bienes jurídicamente tutelados.

De este análisis, según mi punto de vista, la decisión mayoritaria de la Corte no cumple con los estándares mínimos para determinar que su decisión se apega al principio de proporcionalidad. Sigue aplicando como hace tantas décadas su sistema legalista, escudándose bajo el tenor de una ley para evitar la tarea argumentativa que como máximo intérprete de la Constitución le corresponde. Lejos de realizar un análisis profundo del caso, se limitó a sustentar su decisión en razonamientos sin una metodología argumentativa. Se debió realizar un estudio de las diferentes medidas existentes para la satisfacción del bien a proteger y determinar cuál sería la menos perjudicial para el otro bien en conflicto. Asimismo, dada la importancia del derecho a la libertad de expresión como sustento de una nación democrática, era indispensable una valoración de todos los principios y valores que se vincularan en el caso particular para estar en posibilidades de mostrar la relación costos-beneficios para no intervenir de manera desmedida e injustificada derechos fundamentales.

“En realidad, el meollo de la situación se puede desprender de la diferente postura tomada en la votación dividida en la primera sala. La votación vencedora de los tres ministros (Sergio Valls, José de Jesús Gudiño y Olga Sánchez Cordero) responde a una visión que olvida la inserción de México en el marco jurídico internacional de los derechos humanos, a tal grado que no los menciona, están ausentes en su discurso jurídico, como si no existiera un marco jurídico en donde derechos humanos y democracia son parte de una ecuación contemporánea.

Además, de acuerdo con los momentos actuales es necesario fortalecer la democracia y dejar a un lado el sistema antidemocrático del pasado. Sin

embargo, en su lugar, ramplonamente se saca a relucir una sentencia de la Corte en donde se invoca una decisión que considera legal despedir a un profesor que se abstiene de rendir honores a la bandera y entonar el himno nacional...”.²⁴⁰

c) Genocidio frente a imprescriptibilidad de delitos: Caso Halcones y Caso Guardianes del Muro de Berlín.

El 10 de junio de 1971 en la Ciudad de México se llevó a cabo una manifestación estudiantil que fue convocada por estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Instituto Politécnico Nacional. Estaba programado que saldrían a partir de las 17:00 hrs. del Casco de Santo Tomás. Se reunieron aproximadamente 10,000 personas que proclamaban sus peticiones a una educación democrática, libertad de los presos políticos y justicia, así como justicia por los muertos y desaparecidos en 1968. En el trayecto de la manifestación, fueron interceptados por un grupo de granaderos que con una bocina les daban indicaciones de terminar con el acto. Después se interpuso ante ellos un grupo de policías con equipo antibalas y escudos, los asistentes se mantuvieron tranquilos, continuando con su recorrido e instantes después llegaron vehículos de donde bajaron personas armadas que se dirigieron hacia ellos para golpearlos y dispararles. Los disparos provenían de los atacantes, pero también de francotiradores ubicados en los edificios cercanos.

²⁴⁰ BECERRA RAMÍREZ, Manuel. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, Coordinadores. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, T. VI, ***Interpretación Constitucional y jurisdicción electoral. El poder judicial y el derecho internacional de los derechos humanos. El caso del “poeta irreverente”*** [en línea]. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2008. [citado 02/09/2012]. p. 10 Formato PDF. Disponible en Internet <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/22.pdf>
ISBN Tomo VI 978-970-32-5381-4,

Durante décadas no se supo más, ni de los asesinos, ni de los desaparecidos. Fue hasta el año 2002 que fue posible el acceso a información oficial depositada en el Archivo General de la Nación, que permitió conocer datos sobre asuntos relacionados con desapariciones forzadas y otros delitos que involucran importantes funcionarios del gobierno mexicano y donde existen pruebas que existió un grupo paramilitar llamado “Los Halcones” específicamente entrenado para *proteger* ciertas lugares estratégicos con motivo de la seguridad para la celebración de los Juegos Olímpicos en 1968. Asimismo, dicho grupo que también contaba con francotiradores, participó en conjunto con el “Batallón Olimpia” en la matanza de estudiantes del 2 de octubre de 1968. El grupo de “Los Halcones” era dirigido por el entonces coronel Manuel Díaz Escobar, con el conocimiento del regente de la capital, el General Alfonso Corona del Rosal y por supuesto con la aprobación del entonces presidente de la República, Luis Echeverría.

Casi 1000 integrantes del mencionado grupo paramilitar se encontraban ocultos entre los empleados del gobierno que durante años tuvieron una función represiva de todo aquel movimiento o personas estimadas como opositores al régimen. De acuerdo con las investigaciones de la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) los paramilitares más destacados recibieron becas para un entrenamiento especial en Estados Unidos, Inglaterra y Japón.

Asimismo, se ha demostrado que el día de la matanza del 10 de junio de 1971, “Los Halcones” contaban con un equipo de radiocomunicación con una frecuencia que era de uso exclusivo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. También tenían la tarea de informar cada detalle del ataque a la manifestación, todo sobre del número de muertos, el tratamiento de los heridos e inclusive de acudir a los hospitales para rescatar a sus compañeros y matar

a los manifestantes que recibían atención médica. Después de los sangrientos hechos el grupo paramilitar fue desintegrado.

El 22 de julio de 2004 la Femosp, solicitó ordenes de detención, entre otros, contra el ex-presidente Luis Echeverría, el ex-secretario de Gobernación, Mario Moya Palencia, los generales Manuel Díaz Escobar, creador y jefe de los halcones, y Raúl Mendiola Cerecedo, quien fue subjefe de Policía y Tránsito del Distrito Federal.

El juez segundo de distrito, César Flores Rodríguez, determinó que en los hechos del 10 de junio de 1971 no existió genocidio, sino sólo homicidios calificados, lesiones, obstrucción de la justicia y abuso de autoridad y como dichos delitos ya han prescrito, negó las órdenes de detención.

El juez inició con el análisis de los 14 tomos que componen la averiguación previa correspondiente al 10 de junio de 1971, su equipo de trabajo se avocó a la tarea del análisis del caso.

De acuerdo con fuentes judiciales, el juez Flores Rodríguez y sus secretarios de acuerdos no analizaron todo el contenido de las 9 mil 382 fojas que incluía la averiguación previa. El trabajo de los dos equipos que conformó el juzgador para revisar la consignación se limitó a valorar si la acusación cumplía con las condiciones exigidas por la ley. No se estudió la culpabilidad de los presuntos responsables, es decir, no entró al fondo del caso. Fue una revisión general del expediente.

Desde las primeras horas del sábado, el impartidor de justicia y su equipo de colaboradores se abocaron a determinar primero si las querellas que incluía el pliego consignatorio estaban motivadas y fundadas. Coincidieron que sí.

El juzgado no analizó si el delito de genocidio tiene prescripción. Se concentró en revisar si en los hechos del 10 de 1971 se dio ese ilícito.

Llegaron a la siguiente conclusión: no podía acreditarse el ilícito conforme a lo establecido en el artículo 149 bis del Código Penal Federal, debido a que supuestamente la Femospp no logró acreditar que los hechos ocurridos el 10 de junio tuvieran como propósito destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso.

Una vez que se determinó que no hubo genocidio, se puso a consideración el tipo de ilícitos que se habrían cometido el día de los hechos y que también incluyó la Femospp, como abuso de autoridad, homicidio calificado, lesiones y obstrucción de la justicia.

Según funcionarios del Poder Judicial, estos ilícitos sí se configuraron pero hubo que analizar lo concerniente a la prescripción. Después del análisis llegaron a la conclusión que los delitos habían prescrito.

Ello llevó finalmente a negar las órdenes de aprehensión solicitadas por genocidio contra el ex presidente Luis Echeverría, el ex secretario de Gobernación Mario Moya Palencia, y por otros delitos contra los generales Manuel Díaz Escobar y Raúl Mendiola Cerecedo, y varios entrenadores y miembros del grupo paramilitar conocido como *halcones*.²⁴¹

En cuanto al primer agravio formulado por la representación social de la Federación, se consideró infundado con base en el argumento que la garantía de irretroactividad se encuentra consagrada en el artículo 14 constitucional y sobre la misma esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus diversas integraciones, ha sostenido que la aplicación retroactiva de la ley, en

²⁴¹ Ver <http://www.jornada.unam.mx/2004/07/25/003n4pol.php?origen=index.html&fly=1>

perjuicio de la persona, está prohibida, hecha excepción de cuando le es favorable; asimismo, que este principio protege a los gobernados tanto en contra de las autoridades legislativas como de aquellas que debían aplicar la ley.

El principio constitucional señalado rige también para los tratados internacionales y el mismo también se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), entre otros.

México firmó, *ad referendum*, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad el tres de julio de mil novecientos sesenta y nueve, la cual fue enviada a la consideración de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, con la Declaración Interpretativa respectiva, siendo aprobada el diez de diciembre de dos mil uno.

Una vez que las partes negociadoras firman un tratado o intercambian instrumentos que lo constituyan, quedan obligadas a abstenerse de cualquier acto que frustre el objeto y fin del tratado, sin importar que se encuentre pendiente de ratificación, aceptación o aprobación, pues así deriva de lo dispuesto por los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que la sola firma *ad referendum* del tratado o el intercambio de instrumentos que la constituyan produce las consecuencias jurídicas señaladas.

Las declaraciones interpretativas son declaraciones aclaratorias o explicativas del alcance de las normas del tratado para efectos en el derecho interno y, por ello, no pueden en ningún caso *excluir o modificar* los efectos

jurídicos de un tratado para un Estado parte del mismo, como lo hacen las *reservas*.

La calificación de *reserva* o *declaración interpretativa* depende no de la denominación o enunciado con el cual se identifique, sino de las características materiales de la declaración unilateral emitida por el Estado, siendo el núcleo de la distinción la exclusión o modificación de los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado en la aplicación dentro del territorio del Estado que la manifieste.

En este caso, si la intención de la Convención es la de regir sobre todos los crímenes cometidos, independientemente de la fecha de los mismos, la declaración interpretativa formulada por el Estado mexicano en realidad estaría modificando el ámbito temporal de la Convención y, por tanto, tendría que ser calificada como reserva.

Es claro, que declararla inválida o inaplicable en el caso concreto implica ir en contra del *objeto y fin del tratado*, ya que de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal.

De esta suerte, el problema que surge al respecto, es si puede dejarse de aplicar el contenido de una Declaración Interpretativa, realizada por un país, cuando, como en el caso, va en contra de la finalidad principal de una Convención, tomando en cuenta para ello el derecho internacional público, entendido como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre Estados soberanos y con la comunidad internacional.

La referida Convención y otros instrumentos internacionales que abordan el tema sobre la interpretación de los tratados, como la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, conducen a la conclusión de que el delito de genocidio es imprescriptible, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido, esto es, el genocidio, *per se*, es imprescriptible; sin embargo, la

Declaración Interpretativa, parece limitar los alcances de esa voluntad internacional.

Una vez que las partes negociadoras firman el tratado o canjean instrumentos que lo constituyan, quedan obligadas a abstenerse de cualquier acto que frustre el objeto y fin del tratado, sin importar que se encuentre pendiente de ratificación, aceptación o aprobación, pues así deriva de lo dispuesto por los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que la sola *firma ad referendum* del tratado o el intercambio de instrumentos que la constituyan produce las consecuencias jurídicas señaladas.

Al constituir la Declaración Interpretativa, eso, una interpretación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y no una reserva, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, no queda constreñida a observar o a seguir dicha interpretación, sino que puede, como máximo intérprete de la Constitución (intérprete definitivo de la Ley Fundamental) y de las leyes que de ella emanan, realizar la propia, que sea acorde no sólo con los compromisos adquiridos por nuestro país a nivel internacional, sino a la naturaleza de las normas y principios esenciales a la vida civilizada que se materializan como *ius cogens* en los instrumentos internacionales.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en el preámbulo y en el artículo IV, establece lo siguiente:

Observando que ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.

Lo anterior, permite advertir que los Estados Parte, en ninguna declaración solemne, instrumento o convención para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, entre ellos el genocidio, ha previsto limitación en el tiempo; asimismo, se aprecia que la aplicación a esta clase de crímenes de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; por ello, reconocieron necesario y oportuno afirmar, por medio de la Convención de referencia, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

Los Estados Parte, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados.

De esta manera, cuando el instrumento internacional que se analiza, acepta, como medida para que la figura jurídica de la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a dichos crímenes, a la de índole diferente a la legislativa, puede comprender dentro de la misma a la labor interpretativa, tanto de normas contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las previstas en las leyes secundarias.

Continuando con el análisis de los agravios, el representante social Federal pretende demostrar que la prescripción de la acción penal por el delito de genocidio no operó a favor de los inculpados, debido a que obran constancias en autos que acreditan la existencia de diligencias que interrumpieron el plazo para que la misma operara. Sin embargo, se estima que ninguna de ellas es apta para acreditar la existencia de actuaciones que hubiesen interrumpido el citado plazo.

Del contenido de los artículos 110 y 111 del código punitivo sustantivo vigente en la época de los hechos, se concluye que no todo acto del procedimiento puede interrumpir la citada prescripción, sino sólo las actuaciones, practicadas por el Ministerio Público o la autoridad judicial, que se practiquen *en averiguación del delito y del probable responsable*, es decir aquellas encaminadas a averiguar los hechos de los que derive el ilícito son aptas para interrumpir la prescripción, siempre y cuando no se realicen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para que la misma opere, pues en caso contrario, la prescripción no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculpado.

Por lo que hace a la Averiguación Previa iniciada el veintiuno de junio de dos mil uno, la misma no resulta apta para interrumpir el citado pues, si bien la misma es un acto que podría denominársele *procedimental*, realizado por el Ministerio Público en averiguación de los mismo hechos que configuran el delito de genocidio en cuestión y de los probables responsables, la misma se realizó después de que había transcurrido la mitad del lapso necesario para que la referida prescripción operara siendo, por ende, inadecuada para interrumpir su curso.

Por lo que hace a las constancias del proceso penal tampoco resultan aptas para interrumpir el plazo prescriptorio en cuestión, dado que no se practicaron *en averiguación del delito y del probable responsable*, toda vez que

las mismas se refieren a hechos distintos a los que se les imputan a los inculpados.

Por otro lado, el argumento referente a que el juez del conocimiento valoró incorrectamente, al negarles valor probatorio, las constancias que en copia simple obran de la averiguación previa 1863/71 que se inició el once de julio de mil novecientos setenta y uno, el mismo es infundado, en virtud de que las constancias no son aptas para acreditar la existencia de actuaciones procedimentales que hubieran interrumpido el plazo para que operara la prescripción de la acción penal respecto del delito de genocidio, toda vez que las mismas únicamente hacen referencia a supuestas diligencias llevadas a cabo en la citada averiguación, pero no obra en autos constancia alguna que acredite la existencia de las citadas diligencias, por lo que no es posible tener por acreditada su existencia y mucho menos, su carácter de interruptoras del plazo para la prescripción, pues ante la ausencia de las mismas, es imposible analizar si efectivamente las mismas estuvieron encaminadas a la averiguación del delito y del delincuente, y de las demás características, anteriormente señaladas, que deben revestir las actuaciones para que puedan interrumpir el citado plazo.

Los argumentos que la representación social de la Federación expone en su tercer agravio se encaminan, en gran medida, a cuestionar la independencia de las instancias encargadas de procurar justicia en la época de los hechos motivo de la consignación, las cuales, indica, carecían de la autonomía necesaria para poder avocarse a la investigación y persecución de los ilícitos cometidos por los presuntos responsables, dada la calidad de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de Luis Echeverría Álvarez y las condiciones imperantes en el país en aquellos tiempos. De acuerdo a lo argumentado, esto ocasionó que las víctimas del delito y sus familiares no tuvieran acceso inmediato a la administración de justicia ni pudieron ejercer

sus los derechos a una tutela penal efectiva, así como al ejercicio de otros derechos.

En tales circunstancias, si bien es cierto que el Ministerio Público ha tenido el monopolio del ejercicio de la acción penal, siendo el único detentador de la facultad de investigación y persecución de los delitos, y que sus determinaciones en la averiguación previa eran inatacables y no sujetas a control judicial alguno en la época en que se dieron los hechos motivo de la consignación, también lo es que dicho sistema de procuración de justicia se ajustaba al mandato constitucional establecido en los artículos constitucionales referidos, de manera que el mismo no podía resultar violatorio de garantía individual alguna, toda vez que las normas constitucionales no pueden vulnerar los derechos previstos en otras normas constitucionales, por no poder existir contradicción entre ellas.

Por otro lado, el que Luis Echeverría Álvarez, en su calidad de Presidente de la República, tuviera el control directo sobre el Ministerio Público Federal y del Distrito Federal, así como el Gobernador del Distrito Federal, derivaba también de un mandato constitucional, por lo cual tampoco en este caso se habría podido actualizar la violación de garantía individual alguna. Por ello son igualmente infundados los agravios en los que se establece que los denunciantes, víctimas y ofendidos no tenían expedito su derecho a que se les procurase justicia, dado que el control directo sobre el Ministerio Público, tanto Federal como del Distrito Federal, lo tenía el probable responsable Luis Echeverría Álvarez, en su carácter de Presidente de la República, lo cual impidió que se le pudiera investigar a él y los copartícipes.

“... en el caso de que sea aplicado el principio de no retroactividad a una norma de procedibilidad como es el caso de no prescripción de crímenes graves, se estará protegiendo a un inculpado que gozó (aparte de inmunidad) de los poderes del Estado frente a particulares, o ciudadanos desprovistos de

todo poder estatal. En cambio, si se aplica el principio de retroactividad a favor de las víctimas se mantienen los derechos que tiene todo acusado frente a la autoridad judicial (de defensa, de audiencia, etcétera). Es decir, con una negativa a juzgar, declarando que está prescrito el o los delitos, se pierde la oportunidad histórica de conocer la verdad judicial sobre actos que conmocionaron a la sociedad mexicana y son parte de la historia contemporánea nacional”.²⁴²

Conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 108 constitucional vigente en la época de los hechos, el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podría ser acusado de los delitos de traición a la patria y delitos graves del orden común y para poder proceder penalmente en contra de dicho funcionario público, tratándose de delitos graves del orden común, debía mediar declaratoria en ese sentido, por parte de la Cámara de Diputados, erigida en Órgano de Acusación; decisión que ese cuerpo deliberante debía adoptar por mayoría absoluta de sus miembros.

Por lo que hace a los Secretarios de Despacho, durante el tiempo de su encargo, los mismos eran responsables por los delitos del orden común que cometieran, pero para poder proceder penalmente en contra de dichos servidores públicos, se requería previa declaratoria en ese sentido por parte de la Cámara de Diputados erigida en Gran Jurado por mayoría absoluta de sus miembros.

En estas circunstancias el Ministerio Público de la Federación estaba impedido para ejercitar acción penal contra los referidos inculcados, dado que

²⁴² BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Genocidio. Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso “Halcones”*. **Cuestiones Constitucionales. Comentarios Jurisprudenciales**. No. 14, Enero-Junio. UNAM. México, 2006. p. 223.

era necesario remover la condición subjetiva de punibilidad, consistente en el fuero constitucional que los amparaba.

Por lo tanto mientras que Luis Echeverría Álvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia, no concluyeran en el ejercicio de su encargo como Presidente de la República y Secretario de Gobernación, los plazos de prescripción estaban interrumpidos. En este sentido, si los hechos presuntamente constitutivos del delito de genocidio tuvieron lugar el diez de junio de mil novecientos setenta y uno, precisamente en la época en que aquéllos se desempeñaban en los encargos apuntados, el plazo para computar la prescripción no comenzó hasta que se separaron de los mismos.

Es decir, no ha operado la prescripción de la acción penal, toda vez que el término de treinta años para que se actualice la misma, en términos de lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal Federal, no debe computarse desde el once de junio de mil novecientos setenta y uno, sino a partir del primero de diciembre de mil novecientos setenta y seis, fecha en la que concluyeron sus encargos.

En su voto particular el Ministro Juan N. Silva Meza, en el recurso de apelación señala que al igual que a nivel internacional, el bien jurídico tutelado en el delito de genocidio es la integridad de los grupos humanos de orden nacional, racial, lingüístico o religioso por virtud de su propia naturaleza o carácter, ya que a virtud de dicho ilícito se sanciona la conducta que tenga el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, ya sea atentando contra la vida de sus miembros, atacando la integridad corporal o la salud de sus miembros o sometiéndolos intencionalmente a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

El Dr. Raúl Jiménez menciona que: “si no existen condiciones objetivas, por la presencia de un régimen abocado a la depredación sistemática de los derechos humanos, para llevar a juicio a los responsables, durante ese periodo de tiempo no puede correr la prescripción y, consecuentemente, surge una causal de suspensión.

Si trasladamos dicho argumento a los principios previstos en los artículos 100 y subsecuentes del Código Penal Federal, sería factible concluir, *mutatis mutandis*, que hasta antes de la llegada al poder del presidente en alternancia –que no de la transición- no habría corrido el plazo de prescripción penal para ejercer la pretensión punitiva del Estado en contra de los responsables de las atrocidades cometidas el 2 de octubre en Tlatelolco, el 10 de junio en San Cosme y durante la llamada *guerra sucia*”.²⁴³

Ante los compromisos asumidos por nuestro país, como Estado soberano, con la comunidad internacional, se considera que para que se cumpla con toda puntualidad el objeto y fin de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, utilizando la labor interpretativa, no estando supeditada a alguna otra, como medio de diversa índole al legislativo de acuerdo a dicho instrumento internacional, se deben fijar los alcances del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en relación con el principio de irretroactividad de la ley.

En suma, al nivel de la responsabilidad del Estado, es ahora ampliamente reconocido que las normas consuetudinarias de genocidio imponen obligaciones *erga omnes*, esto es, obligaciones prescritas hacia todos

²⁴³ IBARRA PALAFOX, Francisco A. Seminario Análisis de Sentencias relevantes. *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Facultad de Investigación 1/2006 (AI 1/2005) Caso Halconazo. Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*. No. 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enero-Junio 2009. p. 153.

los Estados miembros de la Comunidad Internacional, y que al mismo tiempo confiere a cualquier Estado el derecho de requerir se descontinúen esos actos de genocidio. Finalmente, esas normas forman parte ahora del *ius cogens* o del cuerpo de las normas perentorias, esto es, no deben derogarse por tratados internacionales ni por la legislación nacional.

Asimismo, quedó establecido que el principio de irretroactividad opera cuando la aplicación de la ley causa perjuicio, de donde es deducible una afirmación contraria, en el sentido de que pueden darse efectos retroactivos a una ley cuando ésta no causa perjuicio, es decir, que es benéfica para el gobernado.

Finalmente, se expuso que el principio de irretroactividad de la ley, es un principio recogido en la mayor parte de las legislaciones de los países de la comunidad internacional, el cual también se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales.

El Alto Tribunal ha interpretado el principio de irretroactividad en sus diversas formas, los compromisos asumidos con la comunidad internacional por parte de los Estados Unidos Mexicanos, nos obliga a llevar a cabo una interpretación que ahora sea acorde al objeto y finalidades que persigue la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que por disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República, forma parte de nuestro universo normativo, a partir de la naturaleza del genocidio en tanto delito de especial gravedad lesivo de bienes jurídicos que merecen la protección universal.

Partiendo de la base de una interpretación progresiva (consistente en adaptar los textos constitucionales a la dinámica de la comunidad internacional

del presente) y sistemática, debe señalarse que si bien el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 14 constitucional, fue establecido para la protección del gobernado en contra del legislador y de autoridades, que en ejercicio de sus facultades generan actos retroactivos en su perjuicio, la incorporación de normas de naturaleza internacional a nuestro derecho interno, concernientes a conductas que lesionan de forma trascendente los valores fundamentales de la sociedad mundial y la preocupación que existe para que las personas que llevaron a cabo esas conductas sean castigados por ser penalmente reprochable su conducta, genera que el citado principio no pueda ser entendido en términos simples y bajo una vaga interpretación.

El reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica también el reconocimiento de los derechos fundamentales de la sociedad vista como conjunto y como parte esencial de la humanidad. En este sentido, el principio de irretroactividad lleva implícito un equilibrio entre los derechos fundamentales del individuo a quien se le atribuye la comisión de un delito y los derechos fundamentales que corresponden a la sociedad, y porque no decirlo a la humanidad.

Así, puede afirmarse que el Poder Constituyente al consagrar en el artículo 14 de la Constitución General de la República el principio de irretroactividad, no lo hizo con la finalidad de que las conductas que afectan gravemente a la humanidad, quedaran impunes, en virtud de que en todo el contexto normativo constitucional se encuentra, como una de sus bases sustentadoras, el respecto a los derechos fundamentales del género humano en sus diversas manifestaciones basada en el principio de justicia.

El principio de irretroactividad de la ley, protege, en el ámbito penal, a la persona a quien se le atribuye la comisión de un delito, pero ello no significa

que las personas que dañan de manera grave a la sociedad, se escuden en este principio para eludir su responsabilidad.

El principio de irretroactividad consagrado en el artículo 14 constitucional, no es aplicable a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Es decir, los tratados internacionales no pueden aplicarse en forma retroactiva, pero se hacen salvedades a dicho principio, al establecerse que se puede dar el caso que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

De conformidad con el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, los crímenes a que alude dicho instrumento internacional son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

La frase *cualquiera que sea la fecha*, implica que la imprescriptibilidad pueda ser aplicada únicamente a crímenes que se realicen hacia el futuro y también a los que ya se cometieron y los que se cometen en el presente, es intemporal.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, establece que los delitos de lesa humanidad, que incluye al genocidio, son imprescriptibles.

Es claro que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, nunca intentó suprimir el principio de no retroactividad de la ley. Resultaría incongruente que los delitos que lesionan a la humanidad quedaran impunes por el paso del tiempo.

La decisión de la mayoría en este caso, argumenta que el principio de irretroactividad de la ley, previsto en diversos tratados internacionales y en el artículo 14 constitucional, impide que la Convención sobre Imprescriptibilidad del Genocidio pueda aplicarse en relación a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor en nuestro país.

Esta postura no toma en cuenta la totalidad del sistema jurídico e ignora al Derecho Internacional, toda vez que se concentra en el principio de irretroactividad de la ley, dejando de lado otros derechos también trascendentes.

El Dr. Manuel Becerra Ramírez, respecto al tema de la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad menciona que se produce una tensión entre la tradición jurídica penal y el concepto de derechos humanos. En este sentido, la Convención Europea de Derechos del Hombre en su artículo 7-2 establece excepciones al principio en cuestión al señalar que *no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios de derecho reconocido por las naciones civilizadas.*

De lo anterior se deduce que el principio de no retroactividad no es absoluto, tiene limitaciones sobre todo cuando se trata de proteger derechos humanos de prioritaria relevancia como en el caso del delito de genocidio.

“El derecho lo que trata es de proveer de normas protectoras y mecanismos que pueda accionar el individuo frente al poder público, que si no tiene controles, lo puede tener todo para reprimir a un individuo.

Dicho de otra manera, en un sistema totalitario sería absurdo exigir, pedirle, a un individuo que acuda a las instancias legales correspondientes para defenderse, si por eso es totalitario un sistema, por ausencia total de controles. En ese sentido es ilógico tratar a un gobierno autoritario por actos

cometidos en contra de sus ciudadanos con los mismos derechos que un régimen constitucional y respetuoso de los derechos humanos”.²⁴⁴

Penalizar el genocidio tiene por objeto evitar que por medio de actos del Estado, se intente violentar la dignidad e igualdad de los individuos que componen un grupo racial o étnico particular y que se intente reprimir la libertad de expresión de los individuos pertenecientes a un determinado grupo, por medio de su eliminación o muerte sistemática.

La Constitución y el Derecho Internacional, no sólo protegen la seguridad jurídica, sino que también tutelan el derecho a la vida, a la integridad física de las personas, a la libertad y a la igualdad

En la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1946, se reconoció que el genocidio es un crimen de Derecho Internacional, que los estados civilizados condenan. Por su relevancia, forma parte de los principios generales de Derecho Internacional, existiendo como derecho vinculante desde antes de la comisión de los hechos juzgados.

No es aceptable que en nombre de la seguridad jurídica se justifique no condenar crímenes tan atroces como el genocidio, menos aún si tomamos en cuenta que los derechos son el sustento de la protección del ser humano. Así, resulta incongruente que, a través de la decisión de la mayoría, se pretenda no salvaguardar la vida, la integridad física, la libertad, la igualdad, la dignidad, la democracia, en beneficio de individuos.

También se ignora hacer referencia a la ejecutoria sobre el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé el principio de irretroactividad de la ley, especificando que dicho principio no se opondrá al

²⁴⁴ BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Genocidio*. op. cit. p. 221.

juicio y condena de actos que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios reconocidos por la comunidad internacional. Todos esos silencios no hacen más que inaplicar la Constitución y el Derecho Internacional, debido a que nada se dice sobre la existencia del derecho de protección a la vida desde mil novecientos setenta y uno.²⁴⁵

En realidad el juez y su equipo no hicieron un análisis integral del caso, sino que revisaron el planteamiento de las denuncias y su enfoque y vigencia en relación los delitos correspondientes, asimismo establecieron que no se logró acreditar la comisión del delito de genocidio, toda vez que los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971 no tenían como propósito destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso.

Según Villoro Toranzo no es deseable una ciencia jurídica que alegando imparcialidad muestre un alejamiento de la influencia política. Ante hechos evidentemente injustos se deben utilizar todos los mecanismos para defender valores, inclusive es prudente utilizar para tal fin las fuerzas políticas. Una política positiva motivada por un sentido de justicia es indispensable en el Derecho, lo cual no significa que toda política sea justa, existe también política inadecuada para los fines de la ciencia jurídica. No correr riesgos mediante una imparcialidad cerrada, también nos cierra las puertas para fomentar el desarrollo de la política encaminada a la protección de lo justo y verdadero.²⁴⁶

No es aplicable en el caso la doctrina legal que señala observar lo más favorable al procesado porque antes existe la obligación de los magistrados

²⁴⁵ Ver página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
<http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/6AB354DE-49F4-4C4A-80C7-57EFD5C6D3ED/0/APELACION12004PRIMERASALA.doc>

²⁴⁶ Ver VILLORO TORANZO Miguel, *Teoría General del Derecho*. Lo que es. Su método., Ed. Porrúa, 4ª. Ed., México, 2003, p. 162.

para analizar y juzgar el fondo de la causa, por lo tanto se debe atender el principio de justicia para juzgar a los presuntos criminales tomando en cuenta el bien común, no sólo interno sino universal aludiendo a los tratados internacionales siempre y cuando no se afecte la soberanía de nuestro país. No es muy prudente sólo la aplicación supletoria de los tratados internacionales, atender a su utilización para beneficio de intereses ocultos, no existen sólo para cumplimentar las decisiones cuando nuestro sistema jurídico no cuenta con una regulación concreta en los casos particulares.

“La tradición normativista no ha considerado ni la eficacia ni la eficiencia como los valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones. La conducta social, la reacción de los ciudadanos, pueden invalidar las buenas intenciones del legislador. Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende, sino lo que consigue. La ley no sólo debe tener un valor simbólico”.²⁴⁷

La intención de eliminar al grupo de manifestantes congregados el 10 de junio de 1971 fue premeditada, toda vez que la integración del grupo de ataque denominado Halcones tuvo sus orígenes desde el año de 1968. Todo fue el resultado de la política represiva de un Estado caracterizado por tirano y aplastante que no tuvo miramientos para destruir a cualquiera que se opusiera a su régimen. El Poder Ejecutivo y sus colaboradores organizaron perfectamente un plan para disolver a cualquier costo el grupo de disidentes, sembrar terror para que los demás seguidores y sobrevivientes no participaran más en su lucha por la justicia. En este contexto, la matanza del 10 de junio de 1971 no fue un acto aislado, tuvo sus antecedentes claros como la matanza

²⁴⁷ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México), Ed. FONTAMARA; 2ª. Edición, 1997, p. 65

del 2 de octubre de 1968 y actos posteriores de persecución, privación de la libertad y asesinatos de simpatizantes con el grupo político. El poder absoluto del Ejecutivo sobre los otros poderes impidió una justicia imparcial y autónoma durante los años que el Partido Revolucionario Institucional fungió prácticamente como el partido único que erigió en el poder a un gobierno tirano.

“Los jueces no han controlado y sancionado los excesos de los otros órganos del Estado. No hay paz ni estabilidad porque las autoridades judiciales no son capaces de procesar los conflictos sociales garantizando plenamente los derechos fundamentales. La percepción social sobre el Poder Judicial señala que la justicia es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder”.²⁴⁸

No resulta justo ni razonable interpretar la legislación aplicable a los hechos sólo tomando en cuenta las normas relacionadas con los plazos de prescripción, toda vez que aún cuando los hechos acontecieron el 10 de junio de 1971 procedieron actos sistemáticos que protegieron a los culpables.

Si bien es cierto que México firmó y ratificó la Convención sobre imprescriptibilidad anotando una reserva en la consideración de que los delitos de genocidio serían considerados imprescriptibles a partir de la entrada en vigor de dicha Convención y no sería aplicable la misma a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Es cuestionable si la mencionada reserva es válida, toda vez que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la prohibición de reservas cuando éstas son incompatibles con el objeto y fin del tratado internacional, de lo que se deduce que la reserva mexicana aludida es inoperante e inaceptable y debe ser considerada nula

²⁴⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. op. cit., p. 105

siendo plausible la obligación de México la persecución de los delitos de genocidio sin aludir argumentos de prescripción.

La tarea de la Suprema Corte de Justicia como protectora de los derechos constitucionales y los derechos humanos debe concentrarse en evitar que se vulneren principios esenciales del hombre, debe tener la capacidad de ponderar adecuadamente esta situación de conflicto de derechos y determinar con un buen trabajo argumentativo y no sólo fórmulas legales y matemáticas, hasta dónde la no retroactividad de la ley puede estar por encima del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la reparación del daño y sobre todo el derecho de un grupo social a existir. No se debe permitir que en la balanza se agregue el peso de la política para hacer parecer justo lo injusto.

“Es claro, pues, que la sentencia es la expresión de una convicción lograda no sólo a base de conocimientos jurídicos, sino también, y quizá en mayor medida, a través de valores, actitudes, ideologías, creencias, que se filtran inevitablemente en la decisión del juez, ya que éste es un hombre que vive en circunstancias históricas concretas y participa de actitudes e ideologías, de las cuales no se puede despojar, mecánicamente, al momento de formar su decisión sobre el conflicto.

El análisis de las ideologías y de las actitudes de los juzgadores expresadas en sus sentencias y resoluciones, en un amplio campo en el cual en México aún no hemos penetrado”.²⁴⁹

En el caso referido al 10 de junio de 1971, no se trataba de una intención simple de asesinar a alguien, era un fin mucho más amplio, cuyo objeto era destruir a un grupo al que pertenecían muchas personas, situación

conocida por el autor y de acuerdo a los planes y estrategias encaminadas a tal efecto, no sólo estaba consciente que cometía un delito, sino que sabía que las consecuencias de su decisión implicaban la muerte de más de una persona. Asimismo, el hecho de ordenar y dirigir la matanza de los asistentes a la manifestación implica un acto selectivo-destructivo de seres humanos pertenecientes a un grupo específico. No fue un asesinato aislado ni accidental, la intención fue más allá de privar de la vida a una persona o personas, el fin era la destrucción para provocar la desaparición de un grupo.

Es muy complejo probar este tipo de elementos en el caso que analizamos, toda vez que resulta lógico que los autores del delito no confesarán su intención delictiva, pero a través de un juicio imparcial y justo se pueden analizar los antecedentes, las pruebas testimoniales y todos los indicios que permitan demostrar que el o los acusados actuaron con intención criminal.

La protección de los miembros de un grupo o entidad social no implica sólo garantizar su existencia física, sino su libertad de ejercer sus derechos dentro de la sociedad, por lo tanto los actos encaminados a su destrucción no son solamente los que atentan contra la vida, libertad o integridad física de las personas que lo integran, sino también los actos que restringen sus derechos fundamentales, que les provocan temor, miedo e inseguridad.

Una política de Estado que ordena matanzas ejemplares para iniciar la destrucción un grupo social y dejar claro que los demás integrantes tendrán el mismo destino, hace evidente la comisión del delito de genocidio perpetrado no sólo en el acto de la matanza, sino en actos previos y posteriores realizados de manera sistemática con la misma intención de destrucción. El ataque al grupo fue claramente generalizado y sistemático, toda vez que hubo muchas muertes

²⁴⁹ KAPLAN, Marcos. op. cit. p., 163.

y el plan fue ordenado y dirigido de acuerdo a un plan premeditado por las autoridades, en este sentido, se vinculan dos elementos: crímenes generalizados y actos estatales. Cabe aclarar los actos del Estado implican tanto la acción como la omisión de hechos encaminados intencionalmente para destruir el grupo. En el caso de la matanza del 10 de junio de 1971 tanto fueron criminales los actos que privaron de la vida, de la libertad y de la integridad física a miembros del grupo como la no actuación de las autoridades para evitar la tragedia, la omisión de las acciones para impartir justicia, ocultar información, desaparecer testigos y pruebas.

“El modelo dominante de función social del jurista es el modelo legalista conservador. La tarea codificadora supuso una importante racionalización del derecho y un desarrollo de la técnica legislativa que carece de precedentes. Se creía que el derecho era la positivización del derecho nacional. El jurista se ve a sí mismo como un conservador del cuerpo de reglas ya establecido. Su función principal es conservar las reglas tal y como han sido dictadas por el legislador. Su tarea es interpretar y aplicar el derecho. La fuente por excelencia es la ley, mientras que ni la jurisprudencia ni la doctrina deben ser tenidas en cuenta como criterios de resolución de conflictos sociales. Interpretar y aplicar el derecho se concibe –idealmente- como una tarea lógico-mecánica. La ciencia jurídica debe reducirse a la descripción de las normas. La política jurídica, las cuestiones de justicia, quedan fuera del alcance del trabajo estrictamente científico-jurídico.

Este modelo conservador –consecuente con el sistema de legitimación del Estado de Derecho liberal y todavía muy influyente en la actualidad – fue objeto de crítica desde perspectivas antiformalistas. El modelo innovador concibe al jurista como un especialista en la resolución de los conflictos sociales. Entre los criterios para resolver los conflictos se encuentra la ley. Pero ésta no es ni el único ni el más importante. La tarea del jurista se concibe

como la de un ingeniero social. El jurista debe resolver los conflictos con justicia y eficacia. El modelo legalista conservador no sólo es inadecuado - porque es insensible al cambio social-, sino que es falso, porque en la realidad histórica decimonónica la ley no fue el único criterio utilizado para resolver los conflictos. El modelo innovador subordina el principio de la sujeción a la ley al de la resolución adecuada de los conflictos. En principio el jurista innovador se aparta de la ley cuando considera que es necesario para encontrar criterios de resolución de conflictos”.²⁵⁰

Nos convertimos en cómplices de actos criminales y ninguna jurisprudencia ni doctrina nos justifica. No consagramos seguridad jurídica y sólo conseguimos más incertidumbre y debilidad del sistema jurídico. Tampoco se trata de atender en primera instancia lo establecido en los tratados internacionales o en la jurisprudencia y doctrina extranjeras, sino de armonizar nuestra ley interna con dichas regulaciones para lograr un verdadero estado de derecho.

No es de ninguna manera justificable que se cometan asesinatos, lesiones, secuestros y torturas en actos totalmente organizados y enfocados de forma generalizada contra un grupo de personas consideradas desde un punto de vista particular como subversivas contra un orden que los dirigentes de un Estado creen legítimo, sin tomar en cuenta que existen normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohíben tales delitos y que no dan lugar a dudar sobre la vigencia de los mismos. Si tomamos en cuenta que la base del principio de legalidad es la justicia, resulta ilógico dejar impunes delitos tan graves aludiendo al mismo con el propósito de pisotear y burlarse de las víctimas que no sólo son los muertos, torturados y desaparecidos, sino nosotros mismos.

²⁵⁰ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, op. cit., p. 59

El derecho de gentes busca salvaguardar al ser humano, indistintamente de la brutalidad de sus congéneres, protegiendo al mundo de la brutalidad del mismo hombre. La colectividad universal exige un avance en las herramientas jurídicas que frene el incremento de crímenes tan atroces, por lo tanto es una responsabilidad no sólo jurídica, sino humana abrir el camino para castigar los delitos que degradan nuestra sociedad no sólo a nivel nacional, es un requerimiento que incluye a todas las naciones.

Genaro Góngora Pimental y Juan N. Silva Meza, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresan que una verdadera transición democrática debe aclarar hechos controvertidos del pasado que constituyeron violaciones graves de garantías individuales. Es decir, que el paso del tiempo no puede ser un obstáculo para juzgar hechos, que por su gravedad, lesionan los derechos humanos y son una herida viva en la conciencia de la sociedad mexicana. El paso del tiempo, más que pretexto para no hacer justicia, debe ser un aliciente para actuar, siendo lógico que esto es jurídica y materialmente posible cuando se ha realizado el cambio de régimen, cuando se ha roto el círculo de complicidad y también con esto garantizar que no se vuelvan a repetir hechos tan reprobables.²⁵¹

En este orden de ideas una variación en los plazos de prescripción, de ninguna manera atenta contra las garantías individuales emanadas de la Carta Magna. Por otra parte resulta irracional buscar la exigencia y perfección jurídica sin tomar las limitaciones y vacíos de nuestra legislación, buscando hallar la respuesta en nuestra ley interna sin abrir la puerta a doctrina y jurisprudencia internacional. No podemos dar refugio a criminales cobijándolos con la ley interna porque ello implica una complicidad con la impunidad y

²⁵¹ Ver GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. SILVA MEZA, Juan N. *La investigación del Halconazo. Lex, Difusión y Análisis*. Noviembre 2006, México. p. 14.

atenta contra la paz y la seguridad no sólo de nuestra Nación, sino hacia el exterior, nos hace vulnerables y carentes de credibilidad y confianza hacia la comunidad internacional.

Todos estamos en la espera de que exista una armonía en la humanidad, que como sociedades civilizadas vivamos en paz, que se terminen las muertes de seres inocentes en las múltiples guerras y conflictos. En este sentido debemos empezar por nuestro país y entre tanto evitar la persecución y exterminio por razones étnicas, religiosas e ideológicas, no debemos aceptar el mínimo riesgo de que se repitan hechos tan lamentables como el de 1971.

El genocidio, en cualquiera de los casos, es repugnante y lacera a la humanidad entera, no sólo a quienes lo vivieron, trasciende malévolamente en nuestro devenir histórico, dejando cicatrices incurables en la memoria universal. Por lo tanto, no existe ni una sola razón para consentir alegando cuestiones de tiempo, de legislaciones o de lugares que los crímenes queden impunes y los culpables no sean castigados y se burlen de la justicia y del sentir de la sociedad.

Los delitos que se destacan por ser particularmente aberrantes, graves y que atentan contra la dignidad del ser humano no pueden ser tomados en cuenta como delitos comunes, toda vez que no sólo causan daños irremediables a las víctimas, sino que afectan a sociedad entera.

No es aceptable aludir al principio de *nulla poena sine lege* como pretexto para dejar sin castigo crímenes tan reprobables y más grave resulta querer aplicar reglas de derecho local cuando este tipo de delitos son regulados por el Derecho Internacional, cuestión que atinadamente previó

Hans Kelsen al señalar que el Derecho Internacional General no prohíbe la promulgación de normas con efectos retroactivos.

“En general las normas se refieren sólo a comportamientos futuros; pero pueden hacerlo también con respecto a pasados. Así, una norma jurídica, que enlaza un acto coactivo como sanción a una determinada conducta como condición, puede determinar que un hombre que ha realizado cierta acción, no con posterioridad a la promulgación de la norma, sino ya antes de ello, deba ser sancionado, con lo cual la conducta queda calificada como delito. Pero también con el acto coactivo que ella estatuye como consecuencia, puede una norma jurídica no referirse al futuro, sino también al pasado. Puede determinar no sólo que se cumpla, en el futuro, un acto coactivo bajo ciertas condiciones producidas antes de su promulgación, sino también debido (es decir, sin tener el carácter de una sanción), debió ser ejecutado en el pasado, de suerte que, en adelante valga como debido, esto es, como sanción. De esa manera, por ejemplo, se legitimó como sanciones, bajo el régimen nacional socialista en Alemania, ciertos actos de fuerza que, cuando fueron ejecutados constituían jurídicamente homicidios, y esa legitimación posterior con fuerza retroactiva calificó retroactivamente a las conductas que los condicionaron”.²⁵²

Imprescriptibilidad de delitos en Alemania

El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania declaró constitucional la ley relativa al cálculo de plazos de prescripción penales el 13 de abril de 1965 señalando que el plazo de prescripción para la persecución de delitos amenazados con reclusión perpetua, no tendrá

²⁵² KELSEN HANS, Teoría Pura del Derecho. [en línea], op. cit. p. 26.

aplicación el periodo de tiempo desde el 8 de mayo de 1945 hasta el 31 de diciembre de 1949. Esta ley funciona como una prolongación de los plazos de prescripción sin atentar contra la prohibición de la prescripción garantizada en su Constitución.

En Alemania la aplicación retroactiva de las leyes y la ampliación de plazos de prescripción se fundamenta en la Ley de Cómputo, dictada en 13 de abril de 1965 que suspendió entre el 8 de mayo de 1945 y el 31 de diciembre de 1949 el plazo de prescripción de los delitos que tenían prevista como sanción la prisión perpetua. Asimismo, la 9ª. Ley de reforma del derecho penal del 4 de agosto de 1969 prolongó el plazo de prescripción a 30 años. De igual modo, la 16ª. Ley de reforma del derecho penal del 16 de julio de 1979 eliminó la prescripción de la persecución para los casos de asesinato.

Resulta sorprendente que la denominada República Democrática Alemana contara con una legítima pena de muerte, siendo un gobierno que debía intentar una vida con dignidad y libertad en una Alemania, ya de por sí lastimada y además dividida; era el momento para dar un ejemplo a la humanidad de un gobierno justo. La pena de muerte en la RDA no era más que un instrumento opresor para eliminar a los enemigos políticos y a los denominados desertores del régimen, para los que intentaron cruzar el muro fue aplicada una pena de muerte instantánea y sin previo juicio. ¿Cómo puede alegarse entonces que no se juzguen dichos crímenes porque han prescrito? El paso de un régimen arbitrario y asesino a uno de libertad y justicia, justifica totalmente que los delitos de asesinato sean juzgados y castigados, no cuentan los procesos pasados porque no se ventilaron ni en juicios ni ante autoridades imparciales. La Alemania reunificada no puede seguir acumulando culpas de una parte y de otra, la idea es que muestre su reconocimiento y

compromiso con los derechos fundamentales extendiendo la justicia sin miramientos. - 2 BvR 61/96.²⁵³

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania sostuvo la opinión de que la prescripción no está alcanzada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley menos benefactora BVerfG 25,287. No es posible otorgar confianza a un infractor para que cometa conscientemente un delito pensando en que sólo podría ser castigado bajo ciertas circunstancias. Asimismo, tampoco se puede beneficiar de la derogación posterior de una ley que condena un hecho delictivo, toda vez que se toma en cuenta la valoración social del hecho en el momento en que se comete. En este caso, el delito de genocidio es reprobable en todo momento histórico y las reglas de prescripción operan sólo como reguladoras de la actividad del poder judicial sin afectar los juicios de valor aplicables al delito y a la reprobación que la sociedad hace del mismo.

La aplicación retroactiva de la ley más benigna implica que se haya producido una modificación en la valoración social del hecho imputado

El Parlamento de la antigua RDA (República Democrática Alemana) bajo el control del partido comunista creó en noviembre de 1989 un comité para condenar los actos delictivos vinculados con las elecciones, ejercicio excesivo del poder y corrupción. Los grandes poderosos aplicaron la ley de manera discrecional de acuerdo a sus intereses y encarcelaron a gente inocente. Después de las elecciones libres de 1990 las representaciones de los partidos en el Parlamento de la Alemania Oriental pugnaron por un cambio en la justicia penal para perseguir los crímenes comunistas. El acuerdo sobre la reunificación tomó en cuenta que se aceptaba dicha medida siempre y cuando

²⁵³Ver página del Tribunal Constitucional Federal Alemán.
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19980512_2bvr006196.html

se atendiera lo establecido en el código penal vigente en la actual Alemania, de tal manera que a los habitantes de la antigua RDA se les aplicaría una Constitución que no estuvo vigente en su nación en el momento que se cometieron los delitos. Se buscaba perseguir y castigar los crímenes políticos, entre otros aquellos asesinatos de personas que intentaron cruzar los muros que dividían Alemania y el abuso de poder en esas circunstancias.

En un principio la Alemania reunificada decidió dar seguimiento a los casos que ya se habían empezado ante el poder judicial de la antigua RDA, pero en 1994 se integró un órgano especial para trabajar durante 5 años sobre los casos vinculados a crímenes de líderes políticos de la Alemania comunista.

Alemania logró grandes avances en el tema de la retroactividad, toda vez que prolongó los casos de prescripción y de persecución punitiva en forma similar a lo que hizo la Alemania Occidental después del periodo nazi, prolongando los plazos de prescripción para los crímenes cometidos entre 1949 y 1990 por diez años, o sea hasta octubre del 2000. Asimismo, tratándose de actos delictivos considerados graves, tales como el asesinato, el plazo se prolongó hasta el 2030. El argumento de dichas medidas se basa en que el sistema comunista, así como el nazi, funcionaban fundados en un poder criminalmente excesivo y tirano que no respetaba las garantías individuales ni los principios de seguridad jurídica y social.

Este proceso de transformación para la aplicación de la retroactividad de la ley logró que el Tribunal Constitucional Federal se enfocara en la aplicación de la fórmula Radbruch que se utilizaba anteriormente en la persecución de los crímenes nazis.

La legislación de la antigua RDA permitía disparar en contra de los fugitivos que intentaban cruzar las fronteras, actos que innegablemente vulneraban los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales

adoptados por dicha nación. La fórmula Radbruch se aplicó en la primera instancia en 1991 en un caso de una víctima atacada con arma de fuego en la frontera de la antigua RDA, el juez argumentó que nadie puede ampararse de leyes que contradicen el principio que debe prevalecer en todo Estado de Derecho y que provienen de un estado que ejerce un poder ilegítimo, por otra parte el hecho de que un individuo ejecute legalmente órdenes en una relación de subordinación no basta para justificar un hecho criminal, cumple con una orden que ante todo es un delito, previsto inclusive en la propia ley de la antigua RDA. La fórmula con antelación mencionada fue utilizada por el Tribunal Constitucional en una sentencia que establecía que los ciudadanos de la RDA no podían confiar en el sistema legal existente en ese momento, toda vez que no era democrático y ante esa característica no respetaba los principios que salvaguardan los derechos humanos. En este sentido, se mencionó que la prohibición constitucional de retroactividad legal establecida en la Constitución Alemana no se vulneró, toda vez que no se puede aceptar que los ciudadanos de la antigua RDA vivieran con la idea de que delitos graves que lesionan los derechos humanos permanecieran impunes, no es propio de un estado democrático, pero la realidad fue otra, la sociedad vivía con una total desconfianza ante la ley y los actores que la representaban. Esto es inaceptable, toda vez que la confianza legítima en la ley puede existir sólo cuando ésta ha sido promulgada en un proceso democrático. El cumplimiento de una ley o de una orden no exime a nadie de ser juzgado por actos criminales.

El Tribunal Constitucional Alemán en 1996 y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en 2001 negaron a los guardianes del muro de Berlín justificarse bajo el amparo de la obediencia debida para librar su responsabilidad por los homicidios de quienes intentaron cruzar el muro desde la Alemania oriental. Streletz era Viceministro de Defensa de la RDA (1989-1989); Kessler era Ministro de Defensa de la RDA (1985-1989) y Krenz era

Presidente del Consejo de Defensa Nacional (octubre a diciembre de 1989), todos acusados de responsabilidad por la muerte de personas de la RDA que intentaron cruzar el muro de Berlín entre los años 1971 y 1989. Con sentencia del 16 de septiembre de 1993 el Tribunal Regional de Berlín condenó a Kessler y Krenz por inducir a cometer homicidio voluntario (*Anstiftung zum Totschlag*). Por su parte el Tribunal Federal de Justicia de Alemania el 26 de julio de 1994 confirmó la condena, pero modificó la calificación del delito, siendo condenados Streletz y Kessler como autores indirectos principales de homicidio intencionado (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*), toda vez que habían sido miembros del Consejo de Defensa Nacional, entidad que se encargaba de dar órdenes sobre el control de policía de las fronteras de la RDA. Los acusados sabían que esas órdenes serían obedecidas con la consecuente muerte de los fugitivos, de tal manera que el artículo 27 (2) de la Ley de Fronteras de la RDA infringía de modo flagrante el derecho a la libertad y el derecho a la vida proclamados por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 19 de noviembre de 1966, tratado ratificado por la RDA el 8 de noviembre de 1974 y el hecho de no contemplar dichas disposiciones en su derecho interno no le otorga la salvedad de evadir sus obligaciones de Derecho Internacional. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) con sentencia del 24 de octubre de 1996 consideró que las normas internas de la RDA que justificaban la comisión de los delitos en cuestión carecían de eficacia jurídica porque vulneraban gravemente los derechos humanos generalmente reconocidos por la comunidad internacional.

Krenz fue condenado por el Tribunal Regional de Berlín el 25 de agosto de 1997 por homicidio intencionado como autor indirecto por haber participado en dos decisiones del Buró Político (el 7 de junio de 1985 y el 11 de marzo de 1986) y en dos decisiones del Consejo de Defensa Nacional (el 2 de febrero de 1984 y el 25 de enero de 1985) sobre el sistema de policía de fronteras, de tal

manera que compartía la responsabilidad por la muerte de cuatro jóvenes que intentaron cruzar el muro entre 1984 y 1989 aniquilados por disparos de guardias fronterizos. La sentencia fue confirmada el 8 de noviembre de 1999 por el Tribunal Federal de Justicia. El Tribunal Constitucional Federal el 12 de enero de 2000 desestimó el recurso de Krenz.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2001 desestimó el recurso interpuesto por los tres condenados argumentando que la sucesión de un régimen jurídico autoritario por otro basado en un Estado de Derecho democrático y la necesidad de aplicar de forma distinta las normas penales vigentes durante dicho régimen, son elementos suficientes para estar en la posibilidad de condenar delitos tan reprobables como el homicidio.

Hablar de derecho y de orden jurídico es más complejo de lo que parece. Puede haber un derecho legítimo, pero a la vez arbitrario. También han existido gobiernos legítimos que tienen como valor supremo –por lo menos en teoría- la protección de los derechos humanos y que en la realidad no han hecho más que ridiculizar dicho concepto. Los asesinatos legalmente autorizados por la RDA eran en verdad tan injustos e inhumanos como los cometidos por los nazis, tal vez la comparación suene desequilibrada, pero se supone que al terminar la guerra las potencias que ganaron y que dividieron Alemania pretendían el inicio de un régimen democrático donde la justicia, el debido proceso, la libertad y los derechos del hombre –sobre todo el de la vida- fueran respetados y protegidos, o ¿no bastaba la experiencia de los crímenes de la segunda Guerra Mundial para haber aprendido la lección?. Acaso no era suficiente la culpa de la Alemania nazi, ¿para qué seguir acumulando más deudas con la humanidad? Toda la infancia y la juventud que se alegraron de sobrevivir a la terrible experiencia de una guerra, tuvieron que enfrentarse a una nueva guerra que igualmente lacera y mata, fueron tantos jóvenes que

murieron en la espera de una Alemania libre, reunificada o no, pero libre al fin, que tal vez de saber que estaba cerca, hubieran esperado con ilusión.

El punto de vista de Robert Alexy

Para el autor es posible castigar penalmente la muerte de un fugitivo, siempre y cuando este supuesto fuera previsto por el derecho penal vigente; por el contrario no sería punible si en el tiempo de su comisión existiera una causa de justificación, es decir, sería posible absolver a los guardias fronterizos. Según la Ley de Fronteras de la RDA y la Ley sobre las funciones y competencias de la policía popular alemana (de la RDA) estaba permitido a los miembros del ejército popular disparar para evitar la comisión o continuación de un hecho punible o que pudiera constituir un delito. En este sentido, cruzar ilegalmente la frontera significaba fugarse de la República. Esto es incongruente con las disposiciones reconocidas por la extinta RDA que contemplan el respeto a los derechos humanos, lo que nos haría pensar que los disparos dirigidos a los fugitivos no estuvieran amparados por el derecho en cuestión.

“El Tribunal interpretó entonces el § 27 de la Ley de Fronteras de la RDA (DDR-GrenzG) de acuerdo con los *principios del Estado de Derecho*, vinculando su decisión, en especial, al principio de proporcionalidad. Este principio prohibiría *sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor*, aquí a la seguridad de la frontera y con ella, en definitiva, a la razón de Estado de la RDA. También en nuestro caso el Tribunal Territorial de Berlín llega al resultado de que, al tiempo de los hechos y según el derecho de la RDA, no había ninguna causa de justificación que estuviera a disposición de los

soldados de la RDA, puesto que habían cometido un hecho punible incluso según el derecho entonces vigente en la RDA".²⁵⁴

El Tribunal Supremo Federal Alemán confirma la sentencia del Tribunal Territorial, pero difiere en la fundamentación, toda vez que sostiene que los actos criminales de los centinelas del muro sí se encontraban justificados por el derecho vigente de la RDA, toda vez que tanto la Ley de la policía popular como el Reglamento de Servicio amparaban el uso de las armas de fuego, así como la muerte del fugitivo en caso de que la fuga no se pudiera evitar de otra forma.

La cuestión es si la justificación que brindaba en su momento el derecho positivo puede ser eliminada por un derecho supra-positivo y para ello el Tribunal Supremo Federal alude a la fórmula Radbruch, que se refiere a un concepto no positivista del derecho, su punto central es el contenido de justicia material que está directamente vinculada por la relación entre derecho y moral. De acuerdo con esta idea, el derecho positivo puede perder su validez cuando entra en contradicción con la justicia de una manera insoportable, de tal manera que un derecho exageradamente injusto no puede concebirse como derecho.

Es decir, no se puede justificar el asesinato de un fugitivo tomando como fundamento un derecho vigente, su naturaleza de injusta y agresiva lo hace declinar para dar paso a la justicia. Lo que hace el Tribunal Supremo es dejar de lado la justificación de los centinelas del muro para dar relevancia a criterios suprapositivos garantes de los derechos humanos.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 23, Alicante, 2000. p. 201.

El cuestionamiento central del Tribunal Supremo Federal se refiere a la prohibición de retroactividad del Art. 103.2 de la Ley Fundamental que establece que un hecho sólo podrá ser penado si la punibilidad ha sido determinada con anterioridad la comisión del hecho. El Tribunal afirma que la validez estricta de la prohibición de retroactividad es también absoluta y normal para un Estado de Derecho donde rigen la democracia, la división de poderes, los derechos humanos y que sustenta la estricta y absoluta protección de la confianza amparada por la Constitución. Sin embargo, en esta situación especial que nos atañe, no aplica y es así, porque la punibilidad sometida a juicio corresponde al derecho extremadamente injusto de un Estado que ignora el respeto por la democracia, división de poderes y derechos fundamentales. Para el Tribunal la protección estricta de la confianza amparada por la Ley Fundamental debe inaplicarse en casos especiales como el que se analiza. De esta manera, podemos observar que la prohibición de retroactividad cuenta con un carácter absoluto, pero a su vez limitado.

“Apenas puede discutirse que lo que la decisión del Tribunal Constitucional Federal significa es que la prohibición de retroactividad del Art. 103.2 LF no rige con carácter absoluto en todas las situaciones. En efecto, de verificarse en la actualidad la sanción penal, resulta que para los guardianes del muro, en tanto que autores mediatos que estuvieron detrás de ellos, dicha prohibición no rige, ni estricta ni absolutamente. Lo que reclaman ellos precisamente es una validez referida a todas las situaciones, esto es, una validez que sea verdaderamente absoluta, que no conozca limitación alguna y, por tanto, que incluya también la confianza en la justificación mediante el derecho injusto legal. Para Hart, el gran crítico de Radbruch, era evidente que la prohibición de retroactividad abarcaba también estos casos grises o de penumbra. En caso de no aceptarlo –a favor de lo cual, como ya mencionamos, pueden aducirse buenas razones- Hart reivindica que, al

menos, no se oculte: los casos en que la vida nos obliga a escoger el mal menor entre dos males deben abordarse como si fueran ortigas: con plena conciencia de lo que uno hace. Uno de los males es aquí rechazar la punición de los centinelas de la muerte y de quienes estaban detrás de ellos; el otro es eliminar la validez estricta o absoluta –en sentido pleno- de la prohibición de retroactividad. Se le pueden dar vueltas y más vueltas, y todo lo que uno quiera, pero al final deberá pagarse uno u otro precio”.²⁵⁵

La decisión del Tribunal Federal permite que el art. 103.2 permanezca como regla general, pero con la excepción consistente en la causa de justificación especial de un Estado totalitario que es garante de derecho exageradamente injusto. No es una ponderación, pero si se aplicara estaríamos en presencia de dos principios en colisión: el principio de seguridad jurídica y el de justicia material. El primero se traduce en el *principio de protección de la confianza*, que en casos relaciones con sanción penal tiene un carácter prioritario que sólo es posible invertir cuando se trata de juzgar hechos cometidos bajo la protección de un Estado que protege derecho extremadamente injusto. En este sentido, la ponderación tiene como resultado que una norma absoluta y rígida se convierta en una norma absoluta o estricta condicionada, de tal manera que las ponderaciones y la regla subsistente coexistan armoniosamente. Es decir, el Tribunal en sus decisiones determina que los derechos ilimitables también pueden ser objeto de limitación a partir del principio de proporcionalidad, tomando en cuenta la protección de derechos fundamentales de terceros u otros principios constitucionales.

Al final de la Segunda Guerra Mundial, los vencedores se reparten el botín, dividiendo a Alemania para después de una terrible guerra iniciar una igualmente injusta: la guerra fría. La división de Alemania mostró una clara

²⁵⁵ *Ibíd*em, p. 214.

incapacidad de negociación y de comprensión, cómo recuperarse en un estado de crisis y de confusión, además de la terrible carga del pasado, cómo pedir justicia y democracia cuando fueron un pueblo que pasó por encima de esos valores. El muro como símbolo de autoritarismo no representaba ni el triunfo del comunismo ni del capitalismo, sino el conflicto de ideologías y de intereses de los vencedores. Era un reto para la reflexión sobre la herencia que una guerra deja en la conciencia y en la vida de un pueblo, pensar en la unificación no era tarea sencilla sin la voluntad de ambas partes, cada cual busca proteger sus intereses. La presencia del muro era una cuestión que imperaba una pronta resolución, era una barrera que impedía avanzar hacia una comunidad europea con democracia, sobre todo pensando que los ojos del mundo han estado sobre Alemania, tanto por los acontecimientos de la guerra como por la situación durante la guerra fría, este pueblo ha sido un símbolo de derrota, de triunfo, de lucha, de coraje, de sentimientos encontrados que nos resulta complejo describir, a veces tristeza, impotencia, a veces verdadera admiración.

“Con un sentido crítico se podría preguntar cómo los derechos fundamentales constituyen el objeto más alto y, a la vez, el *hijo pródigo* de los alemanes. Una de las razones consiste en el hecho de que aquí se manifiesta un cambio respecto al régimen totalitario del nacional-socialismo. Viceversa, otra razón podría observarse de la tendencia a poner el énfasis de modo desproporcionado, casi apolítico, sobre los derechos fundamentales y sobre el Estado de Derecho (antes que en la democracia o en la participación en la vida política)”²⁵⁶.

²⁵⁶ HÄBERLE, Peter. *Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania. SEPARATA. Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 1994. Ver la Introducción del ensayo.

Según Karl Jaspers la reunificación de Alemania no era cosa sencilla, había que buscar un punto de partida a después de la mala experiencia de la guerra. Era indispensable que los alemanes asumieran su responsabilidad, lo que él denominó *falta colectiva*, que era la culpa de haber vivido en medio de los crímenes del nazismo y no haber hecho nada o tal vez no lo suficiente para evitarlo, el que calla o muestra indiferencia ante crímenes tan atroces también es cómplice. Una Alemania unificada sin la conciencia y reconocimiento de la dignidad humana hubiera sido una mala elección. Jaspers no creía en una recuperación instantánea de su país, era urgente en primer lugar una renovada sensibilidad política, el progreso económico de la posguerra hablaba de un logro del capitalismo, pero no de un éxito de la democracia. Este pueblo tuvo que sentir en carne propia el dolor del autoritarismo, desafortunadamente a unos les iría peor, los alemanes de la parte comunista tendrían que vivir como encarcelados y pagar con su vida para aspirar a la libertad.

Según su pensamiento, la reunificación alemana más que ayudar sería un obstáculo para el desarrollo del pueblo alemán, debía aceptarse la realidad y las consecuencias de no contar con una conciencia social unificada.²⁵⁷

Por ejemplo, la defensa de los acusados de crímenes de guerra en los juicios de Nüremberg argumentó que se violaba el principio de no retroactividad de la ley, lo cual no tuvo éxito porque era claro que los actos delictivos eran violatorios del derecho internacional, asimismo los acusados tenían pleno conocimiento del carácter criminal de sus actos y trataron de disimular sus malas acciones. Es innegable que el asesinato masivo, premeditado, sin compasión alguna y estratégicamente organizado no puede ser valorado como un crimen común y circunscribirlo al régimen de un Estado.

²⁵⁷ Ver JASPERS, Karl. *Wohin treibt die Bundesrepublik?*. Tatsachen-Gefahren-Chancen. R. Piper & Co. Verlag, München, 1996, p. 238.

Karl Jaspers señala que el crimen cometido contra los judíos es a la vez un crimen contra la humanidad, la sentencia en este caso sólo la puede dictaminar una instancia que represente a la humanidad entera, de tal manera que dichos crímenes amenazaban no sólo uno o varios pueblos, sino que por la intención de exterminio de una parte de la humanidad, abrió la posibilidad del exterminio de la humanidad como tal, atentando contra las normas básicas de la convivencia humana. En el caso del juicio a los guardias del muro y en el caso *Halcones*, es el mismo supuesto, se involucran intereses y derechos que pertenecen no sólo a los afectados directamente, sino que se extienden a la humanidad entera, es un riesgo por dejar abierta la posibilidad de que ocurran crímenes semejantes en los que las víctimas podríamos ser nosotros mismos.

La imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad, cuyo origen se remonta a la exigencia de justicia contra los criminales de la Segunda Guerra Mundial tiene su fundamento legal en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 reconociendo la necesidad de afirmar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad para asegurar su aplicación universal. En este sentido establece que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles sin importar la fecha en que se hayan cometido

Si se cometiere alguno de los crímenes de lesa humanidad, se sancionará a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Los Estados Parte de la mencionada Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en la Convención y, en caso de que exista, sea abolida.²⁵⁸

Por otra parte la costumbre internacional ha venido consolidando a lo largo de la historia la configuración y tipificación de estos delitos que ahora podemos calificar como delitos que no tienen ni la mínima posibilidad de prescribir.

Tomando en cuenta que los delitos de lesa humanidad podrán ser investigados y castigados sin importar la fecha en que se hayan cometido, resulta una trampa jurídica alegar la prescripción de los mismo para proteger criminales. Resulta imposible aludir a las fechas de hechos, ratificaciones de tratados, etc. con tal de escapar de la justicia, es ineludible la verdad: no existe algo imprescriptible a partir de cierto momento, la imprescriptibilidad es intemporal o simplemente es lo contrario.

En este sentido la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea de la O.N.U. del 3 de diciembre de 1973 sobre Principios de cooperación internacional para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, establece que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en

²⁵⁸ Ver la página de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm

la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

Asimismo, las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.²⁵⁹

Desde mi punto de vista, para lograr la justicia no basta el derecho internacional, se requiere la cooperación conjunta de los órganos judiciales de cada país para castigar a los culpables. Son letra muerta las legislaciones internacionales cuando un estado cobija a criminales aludiendo el respeto a su derecho interno, sin tomar en cuenta que los criminales que protege no sólo son enemigos de la sociedad de su nación, sino de la humanidad misma. La acusación en contra de los criminales involucrados en los casos en este capítulo analizados, no representa sólo una exigencia de justicia aludida por los acusadores, por las naciones involucradas en dichos juicios, sino una necesidad, un clamor de respeto hacia los seres humanos en general, la protección de principios de derecho inherentes al hombre.

Los delitos de lesa humanidad se asocian a las conductas que atacan a una población civil, ya sea en forma generalizada o sistemática con conocimiento de dicho ataque por parte de los órganos gubernamentales y que las víctimas estén imposibilitadas para poder ejercer sus derechos en el momento del ataque. También deben ser actos sistemáticos dirigidos no a un

²⁵⁹ Ver página de la ONU: <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/28/ares28.htm>; <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>

individuo de forma aislada, sino contra una colectividad, de ahí la razón para que dichos delitos sean considerados imprescriptibles con la lógica implicación que las naciones no aleguen obstáculos para juzgar y castigar crímenes tan graves.

4. Dos casos de violación de garantías individuales resueltos de manera desfavorable por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestro país experimenta cambios que responden a las nuevas concepciones vinculadas a los derechos fundamentales y que obligan al Estado a responder a las exigencias de una dimensión internacional de los derechos humanos. Un claro ejemplo se refiere a los procesos ventilados ante la Corte Interamericana de Derechos humanos que han culminado en sentencias que condenan al Estado Mexicano. Esto significa que las autoridades de nuestro país no han cumplido cabalmente con la protección de los derechos más preciados del ser humano incurriendo en una grave y vergonzosa responsabilidad que hace evidente ante la comunidad internacional la incompetencia y falta de voluntad de los actores de la justicia. El 24 de marzo de 1981 nuestro país ratifica la Convención Americana admitiendo su competencia el 16 de diciembre de 1988.

“Además de las particularidades de cada una de las resoluciones, debemos señalar que la condena a un Estado, en primer lugar, implica la determinación de su responsabilidad internacional por la violación a derechos humanos y el consecuencia deber de reparación, pero por increíble que parezca también puede rescatarse un efecto pedagógico, pues pueden coadyuvar a la creación de una cultura de derechos humanos, también han puesto de manifiesto las anomalías que hay que atender; han servido para comprobar que a pesar de que por voluntad propia somos parte del sistema

interamericano, los operadores no tienen claro cómo deben proceder, ni cuál es el alcance real de las sentencias, temas en lo que habrá que avanzar".²⁶⁰

a) Caso Rosendo Radilla Pacheco.

El Sr. Rosendo Radilla Pacheco era un líder social del municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero donde también había sido presidente municipal. El 24 de agosto de 1974 fue detenido ilegalmente en un retén militar, se le vio por última vez en el Ex-Cuartel Militar de Atoyac y hasta la fecha no se sabe de su paradero. Los hechos fueron denunciados por sus familiares de manera pública y formal. El caso fue investigado también por la Comisión Nacional de Derechos Humanos concluyendo con un informe especial y una recomendación en el año de 2001. También se encargó de su investigación la Fiscalía Especial para aclarar los crímenes del pasado, sin resultados concretos, toda vez que dejó de funcionar en el 2006. Cabe aclarar que esta Fiscalía logró consignar el caso por privación ilegal de la libertad como plagio o secuestro ante un juez civil, pero toda vez que se encontraban involucrados militares, el proceso se turnó ante el ámbito militar. Se interpuso un amparo ante esta decisión, la cual fue desechada con el argumento de que las víctimas no pueden recurrir al amparo para impugnar competencias del ámbito militar. El caso, ventilado ante el juez militar, fue sobreseído por la muerte del procesado. En la búsqueda de los desaparecidos, particularmente del Sr. Radilla, en 2008 se realizaron excavaciones en el 1% del inmueble que ocupa el Ex Cuartel Militar de Atoyac, pero no se encontró nada.

²⁶⁰ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. *Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional*. [en línea]. México, **IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, año V, no. 28, Julio-Diciembre de 2011 [citado 01/09/2011]. P. 178. Formato PDF
Disponibile en Internet
<http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a8.pdf>

Ante tal impunidad, el caso fue presentado el 15 de noviembre de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La causa fue admitida y el 27 de julio de 2007, considerando las posiciones de las partes se aprobó el informe de fondo número 60/07. Sin embargo, el Estado Mexicano, hizo caso omisión de las recomendaciones contenidas en dicho informe, por lo que la Comisión demandó al Estado Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos humanos por la violación de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad personal, derecho a las garantías judiciales, derecho a la protección judicial en conexión con la obligación de respetar los derechos. Asimismo, también hubo violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

El 23 de noviembre de 2009 se emitió sentencia condenando al Estado Mexicano por violaciones graves de los derechos humanos. Se ordena la reforma al Código de Justicia Militar para evitar que casos relacionados con violaciones graves de derechos humanos se turnen al fuero militar. De esta sentencia también resulta evidente la postura negativa del Estado Mexicano, no accedió a remitir copia de la averiguación previa del caso, en un afán de ocultar la realidad de los hechos, dando por resultado que el Tribunal diera por ciertos los hechos. No es la primera vez que las autoridades de nuestro país se niegan a apoyar con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Impunidad y falta de voluntad son elementos que obstaculizan el acceso a la justicia.

También se le ordenó al Estado Mexicano conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación que determine la responsabilidad penal de quien o quienes resulten responsables, aplicar las sanciones resultantes y continuar con la búsqueda del Sr. Rosendo Radilla o de sus restos. También se le ordena realizar un acto público de reconocimiento

de responsabilidad en relación con los hechos del caso y en desagravio a la memoria del Sr. Radilla, elaborar una semblanza sobre su vida, basada en el libro escrito por su hija. Asimismo, colocar en Atoyac de Álvarez una placa conmemorativa de su desaparición forzada, así como publicar parte de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial de la Federación o en otro de amplia circulación nacional y publicar el fallo en el sitio *web* de la Procuraduría General de la República. Asimismo, el Estado Mexicano deberá implementar en un plazo razonable programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre cómo se investigan y juzgan correctamente los hechos relacionados con desaparición forzada de personas.

Esta sentencia tiene una trascendencia importante en la búsqueda de un ideal de justicia. El Estado Mexicano, intenta con sus argumentos evitar el conocimiento de los hechos; la desaparición forzada es un hecho recurrente, no aislado; reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para pronunciarse sobre violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; reconocimiento de una serie de detenciones y desapariciones forzadas en los años 70's; reconocimiento y valor probatorio del "Informe Histórico a la Sociedad Mexicana" emitido por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP); el Estado Mexicano no podrá invocar el carácter de reservado de las investigaciones sobre violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad y deberá otorgar copias de los expedientes; incompatibilidad de la aplicación de la justicia militar en casos graves de violaciones de derechos humanos; invalidez de la reserva impuesta por el Estado mexicano a la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) que contempla la aplicación de la justicia militar en casos de desaparición forzada.

En cuanto a las principales conclusiones derivadas de esta sentencia se destaca la obligación del Estado Mexicano de someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede cuestionar la competencia de dicha instancia, pero sí debe cumplir con sus obligaciones para el cumplimiento de sus resoluciones; son vinculantes tanto los puntos resolutivos como la totalidad de los criterios derivados de las sentencias; la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en la que México no haya sido parte será materia de criterios orientadores para los jueces mexicanos, apoyando siempre la aplicación más benefactora para la persona.²⁶¹

SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DEL 28 DE JUNIO DE 2012.

Respecto al pago de indemnizaciones, señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien es admisible que se utilicen los procedimientos establecidos en la legislación interna para hacer efectivos los pagos, los métodos no pueden generar más cargas e inconvenientes desproporcionados para las víctimas, no pueden ser vulneradas de manera reiterativa. En el caso particular, las indemnizaciones fueron consignadas ante un juez, lo que obstaculiza el cumplimiento de esta obligación, toda vez que los beneficiarios deben iniciar una jurisdicción voluntaria por declaración de ausencia y esperar dos años para obtener la presunción de muerte, lo que implica tiempo y costos económicos. Al respecto, la Corte considera inadmisibles que en casos de desaparición forzada de personas se exijan estas formalidades para que los derechohabientes hagan efectiva la reparación del daño sufrido.

²⁶¹ Ver Op. Cit., p. 13.

Respecto al pago de gastos y costas a favor de los beneficiarios, el Estado mexicano no ha presentado información alguna. Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido el 3 de octubre de 2012 como plazo para recibir un informe detallado sobre las medidas ejecutadas para dar cumplimiento a los puntos pendientes de la resolución y después entregar un informe de los avances cada tres meses.

En cuanto a la investigación de los hechos, identificación, juzgamiento y sanción de los responsables, así como precisar el paradero del Sr. Rosendo Radilla, después del informe del 3 de octubre, se presentarán los protocolos de avances cada 6 meses.²⁶²

b) Caso Inés Fernández

Inés Fernández Ortega es una mujer indígena de la comunidad de Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, Guerrero. Sólo tenía 24 años cuando el 22 de marzo, aproximadamente a las 15:00 hrs. se encontraba en su casa con sus 4 hijos. En ese momento un grupo de aproximadamente once militares uniformados y armados se acercó a su vivienda. Tres de estos hombres entraron sin su consentimiento a su casa y le preguntaron en repetidas ocasiones a dónde había ido a robar carne su marido; no contesto por ser presa del miedo y porque no habla bien español. Le apuntaron con sus armas, uno la tomó por las manos y al mismo tiempo que le apuntaba con su arma le ordenó que se tirara al suelo. Otro de los hombres, con una mano levantó la falda de Inés y con la otra le levantó la falda, le bajo la ropa interior y la violó en presencia de dos militares que observaban el hecho. Acto seguido se retiraron los tres militares junto con los que se habían quedado afuera. Los hijos de Inés habían salido corriendo a la casa de sus abuelos poco antes de que su madre

²⁶² Ver página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_28_06_12.doc

fuera violada y regresaron en compañía de su abuelo paterno una vez que los militares se habían ido para encontrar a su madre llorando. Cuando el marido de Inés llegó a casa, ella le contó lo que le había pasado y al día siguiente se presentaron en la Organización del Pueblo Indígena Me'phaa (OPIM), en Ayutla de los Libres, a denunciar los hechos donde fueron atendidos por el señor Ramírez Rodríguez y la señora Eugenio Manuel, quien para presentar una queja llamó al señor Lugo Cortés, Visitador de la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos de Guerrero (CODDEHUM). Estas personas llevaron un médico particular de Ayutla al domicilio de la Sra. Inés porque se sentía muy mal. El médico sólo le administró analgésicos, por no tener otras medicinas.

Inés, su esposo, los representantes de la OPIM y el Visitador General se presentaron el 24 de marzo de 2002 ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, con residencia en el Municipio de Ayutla de los Libres para denunciar los hechos, para lo cual se integró la averiguación previa correspondiente. Inés no habla bien español, por lo que la señora Eugenio Manuel fungió como intérprete para apoyarla al rendir su declaración. Cuando el Ministerio Público escuchó que los autores de los hechos eran militares dijo que *no tenía tiempo de recibir la denuncia*, pero presionado por la presencia del Visitador General, accedió a tomar la declaración de Inés. El Ministerio Público solicitó al médico legista la auscultación médica y remitir el certificado médico legal ginecológico de lesiones. Inés y su esposo insistieron en que la revisión la hiciera una doctora y toda vez que no había ninguna en ese Distrito, Inés fue remitida ese mismo día al Hospital General de Ayutla. En el Hospital le dijeron que no tenían doctora en ese momento, que regresara de lunes a viernes. Al siguiente día, 25 de marzo del 2002, Inés regresó nuevamente a dicho Hospital, donde le fue realizada la revisión ginecológica, donde se determinó que no presentaba datos de agresión y también se solicitó la realización de las pruebas de laboratorio correspondientes. El 4 de abril de 2002, el Director del Hospital General de Ayutla informó al Ministerio Público

que no contaban con los reactivos necesarios para los exámenes de laboratorio que habían sido solicitados. Al día siguiente, Inés solicitó al Ministerio Público que pidiera al Director del Hospital un informe escrito del destino de las pruebas que le fueron tomadas para los análisis requeridos, a lo cual nunca recibieron respuesta.

El 25 de marzo, el diario local “El Sur” publicó una nota sobre la violación de Inés Fernández perpetrada por militares, ante lo cual el 27 de marzo de 2002, el Comandante de la 35ª. Zona Militar presentó una denuncia ante el Ministerio Público para que se investigaran los hechos, siendo integrada para tal efecto la averiguación previa correspondiente. El 17 de mayo del mismo año, el Ministerio Público de Allende se declaró incompetente para conocer de este caso, debido a que los agresores de Inés eran miembros del Ejército, remitiendo el expediente al Ministerio Público Militar adscrito a la 35ª. Zona Militar, siendo aceptado y convalidado el 21 de mayo de 2002.

Inés Fernández Ortega no estaba de acuerdo con que el Ministerio Público Militar investigará su caso, por lo que el 18 de marzo de 2003 presentó un escrito exponiendo su inconformidad. El Ministerio Público Militar, el mismo día rechazó su solicitud, argumentando que era competente para investigar el caso. Ante esta decisión, Inés interpuso una demanda de amparo, que fue sobreseída el 3 de septiembre del mismo año por el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Guerrero. Ante la impugnación de Inés, la resolución fue confirmada el 27 de noviembre del 2003 por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito del estado de Guerrero.

El Ministerio Público Militar envió al Procurador General de Justicia Militar el resultado de la averiguación previa con la conclusión de que *no hubo infracción de la disciplina militar*. La Procuraduría mencionada determinó que la investigación debía continuar y remitió el expediente a otra agencia del Ministerio Público Militar. El 28 de marzo de 2006 se envió al Procurador

General de Justicia militar el archivo con la conclusión de que hasta ese momento, no era posible acreditar la comisión de algún delito por parte de los miembros del Ejército. Ante tal injusticia, el 14 de junio de 2004, Inés Fernández Ortega, la Organización Indígena de Pueblos Tlapanecos A.C. y el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan A.C. presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que, por medio de sus facultades, presentara una demanda en contra del Estado Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos humanos. La petición fue admitida y mediante un Informe de Fondo de fecha 30 de octubre de 2008 se realizaron las recomendaciones correspondientes al Estado Mexicano, fijando un plazo de 2 meses para su cumplimiento. A solicitud de nuestro país fue concedida una prórroga y el 20 de abril se presentó el informe final que, a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, era insuficiente con respecto a la implementación de las recomendaciones y con relación a los avances del cumplimiento de las mismas, por lo que decidió demandar al Estado Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte dictó una Resolución de *medidas provisionales urgentes*, ordenando al Estado Mexicano a tomar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de las presuntas víctimas y otras personas vinculadas.

México reconoció de manera parcial su responsabilidad por los hechos relacionados con el caso:

- haber proporcionado de manera tardía la atención médica a la Sra. Inés
- No contar con el personal médico especializado en la agencia del Ministerio Público en Ayutla de los Libres.
- Incapacidad de brindar servicio médico y psicológico para las víctimas

- desaparición de la prueba ginecológica, falta de diligencia en su manejo y custodia.
- Retardo en la integración de la indagatoria (las investigaciones llevan 8 años).

Por otra parte, el Estado Mexicano aclaró que no se violaron otros derechos.

Sin embargo, la Corte consideró como probadas otras violaciones que generan responsabilidad internacional como

- negativa inicial del Ministerio Público a recibir la denuncia de la víctima.
- No contar con un intérprete
- No garantizar, ni de forma mínima, que la denuncia de violación se manejara con cuidado y privacidad.
- No investigar el lugar de los hechos, sino 12 días después de la denuncia.

Para la Corte, la violación sexual sufrida por Inés, no era sólo eso, sino un acto de tortura que afectó valores y aspectos esenciales de su vida privada, intromisión en su vida sexual, anulando su derecho a decidir con quién tener contacto sexual. Asimismo, la aclaró que la violencia contra la mujer no sólo es una violación de los derechos humanos, sino *una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.*²⁶³

²⁶³ Ver página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Un punto importante de este caso es el referente a la prueba en los casos ventilados de acuerdo al sistema interamericano. La prueba inexistente de Inés, consistente en los resultados de la prueba ginecológica, obstaculizaba la identificación de los culpables. Sin embargo la ausencia de esta evidencia era resultado de actos de impunidad y de negación al acceso a la justicia por parte de las autoridades competentes, por lo que resultaba absurdo por parte de las autoridades alegar falta de evidencias cuando la falla es imputable a ellos mismos. En este sentido, en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos humanos se tomaron en cuenta otros factores y métodos de interpretación diferentes al sistema procesal mexicano. Es decir, no se concentraron en la que sería la prueba principal de una violación, sino en los argumentos que apoyan la perspectiva de género, situación vulnerable de las víctimas, los efectos traumáticos de los sucesos, para hacer una valoración integral de la situación. Asimismo, se fortalece la doctrina del control convencional y el establecimiento de casos de excepción de la jurisdicción militar.

Supervisión del cumplimiento de la sentencia

Casi han pasado dos años desde la publicación de la sentencia donde también se condenó al Estado Mexicano por la violación de Valentina Rosendo Cantú, sin embargo los avances en su cumplimiento son escasos. El 25 de octubre de 2010 las señoras Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú con apoyo de organizaciones entregaron a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación un plan de trabajo para dar un seguimiento a las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resumiendo las mismas en 7 puntos:

1. Justicia. La investigación no ha sido conducida al fuero ordinario, ni de manera eficaz, mucho menos en un plazo razonable. No se han

determinado las responsabilidades penales de los culpables ni las sanciones correspondientes. Fue hasta el 12 de agosto de 2011 que la Procuraduría de Justicia Militar notificó formalmente que las averiguaciones habían sido remitidas a la PGR, autoridad que el 15 de septiembre de 2011 turnara los expedientes a la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA). Se han realizado diligencias en el marco de la averiguación previa, pero sin avances sustanciales. Respecto a la investigación sobre la responsabilidad del agente del Ministerio Público y al médico legista que obstaculizaron el acceso a la justicia a las víctimas, no se tiene ningún avance.

2. Reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado Mexicano. El 15 de diciembre de 2011, en el Museo Memoria y Tolerancia de la Cd. de México se llevó a cabo un Acto Público de Reconocimiento de Responsabilidad Internacional por parte del Estado Mexicano, el cual fue traducido a la lengua Me'phaa y transmitido por radio y televisión local y nacional. Asimismo, se realizó otro acto de la misma índole el 6 de marzo de 2012 en el Zócalo de Ayutla de los Libres
3. Educación y Salud. Respecto a las becas de estudio en instituciones públicas mexicanas de los hijos de la Sra. Inés Fernández y la Sra. Valentina Rosendo y su hija hasta la terminación de estudios superiores. No se ha implementado un mecanismo transexenal que garantice las becas en los años venideros. En cuanto al aspecto de la salud, respecto a la obligación del Estado de brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas, el gobierno mexicano sólo ha propuesto que éstas sean atendidas a través del seguro popular, lo cual no constituye ninguna medida especial, sino un derecho con el que ya contaban. Ante esto se aclaró con las autoridades correspondientes que dentro de las medidas reparatorias en cuestión de salud se deben contemplar medidas extraordinarias de manera especial para las víctimas.

4. Indemnización. Las indemnizaciones para las dos señoras y el pago de costas y gastos han sido pagadas, pero queda pendiente el cumplimiento de las indemnizaciones ordenadas para los menores de edad, toda vez que de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana, podrán tener acceso a dicho beneficio hasta cumplir la mayoría de edad, para lo cual es indispensable que se establezca un método de carácter transexenal para garantizar el pago con los intereses que se generen hasta que el pago quede saldado.
5. Reformas Legislativas.
6. Políticas públicas y reparaciones comunitarias. No se han adoptado medidas para estandarizar los protocolos de atención e investigación de las violaciones sexuales en el Estado de Guerrero, por lo consiguiente no es posible contar con servicios de atención especializada en Ayutla de los Libres. Tampoco se han destinado recurso para que la Clínica de Caxitepec brinde servicio y tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual ni tampoco se cuenta con traductores del idioma Me'phaa. El 6 de marzo de 2012 se firmó un acuerdo para la creación de un centro comunitario para la comunidad indígena Mep'haa de Barranca Tecoani y para un albergue para las niñas de comunidades indígenas que van a la escuela en la cabecera municipal. Sin embargo, no hay avances concretos al respecto.
7. Capacitación. No existe información que acredite que el Estado Mexicano, a través de la Secretaría de la Defensa Nacional ha tomado las medidas necesarias para que el personal militar, de manera permanente y obligatoria, reciba capacitación formativa en derechos humanos.

“Ahora bien, los casos de Inés y Valentina tienen elementos muy importantes a destacar. En primer lugar constituyen un claro ejemplo del elemento inspirador de todo sistema de protección de derechos humanos; aquí

se muestra la total fragilidad de las víctimas frente a la omnipotencia y poderío del Estado y sus agentes. Se trata de una triple condición de vulnerabilidad: son mujeres en situación económica desfavorecida e indígenas que fueron agredidas y violentadas por elementos militares de nuestro país, sin que el aparato gubernamental pudiera darles una solución o resarcimiento, por lo que con valentía lucharon por sus derechos encontrando protección en los órganos interamericanos.

Una cuestión que llama la atención en estos asuntos es el tema de la prueba ante el sistema interamericano. Aquí la cuestión es que, como consecuencia de la falta de acceso a la justicia e impunidad, a nivel doméstico nunca se llegó a una determinación legal sobre la existencia de la violación cometida en perjuicio de Inés y Valentina por los militares, sin embargo, en el proceso internacional se hace un análisis desde una metodología distinta a la regularmente utilizada en los sistemas procesales locales, se ocupa de la herramienta de la perspectiva de género, se toman en cuenta las debilidades de las víctimas, tales como el idioma, su condición de vulnerabilidad, el trauma causado por los hechos, entre otros, de tal suerte que de la valoración de todos los elementos en conjunto tiene por comprobados los hechos y consecuentemente las transgresiones a sus derechos humanos”.²⁶⁴

5. El nuevo enfoque de los derechos humanos y de las pautas interpretativas a partir de las reformas constitucionales del 10 de junio de 2011

Las recientes reformas a nuestra constitución hacen evidente el cambio de paradigmas ante la crisis del positivismo en México y la necesidad de aproximarnos cada vez más a un nuevo concepto del derecho más vinculado al

²⁶⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Op. cit., p. 17.

principio de justicia. Era indispensable el reconocimiento de los derechos humanos en su dimensión internacional e incorporar su particular lenguaje en nuestra Constitución. Una terminología actualizada en materia de derechos humanos y la inclusión de criterios claros de interpretación permite la unificación de medidas de protección de derechos humanos en relación con el modelo internacional, otras constituciones ya cuentan con ello desde hace años.

Artículo 1º. En el primer párrafo se otorga rango constitucional a los derechos humanos instaurando una cláusula abierta que implica su reconocimiento no sólo tomando en cuenta los contenidos en nuestra Carta Magna, sino todos aquellos derivados de tratados internacionales en que México sea parte.

En este sentido la protección de los derechos humanos no se limita a la legislación nacional, sino que se incorporan al ámbito constitucional los contenidos en tratados internacionales, es decir, la jerarquía de los tratados internacionales referentes a derechos humanos, revistiéndolos de primacía y preferencia para que no sean susceptibles de restricción o afectación alguna. Esta dimensión internacional de los derechos humanos y los compromisos asumidos por nuestro país determinan que todas las autoridades, sin importar su ámbito de competencia, se obligan a acatar las disposiciones establecidas para tal efecto.

En el segundo párrafo se establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Es decir, se incluye el principio de la *interpretación conforme* que determina que se deberá interpretar de acuerdo al

argumento que resulte idóneo para adecuar el derecho nacional con las regulaciones internacionales con la finalidad de complementar y armonizar el texto legal sin la necesidad de anular disposiciones internas.

En la parte final de este segundo párrafo del artículo primero se incorpora de manera explícita el principio *pro personae* o *pro homine* que de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 29 es un criterio hermenéutico *que determina que se debe hacer una interpretación más extensiva o amplia cuando se está en presencia de derechos protegidos y al contrario, se debe atender a la interpretación más restringida cuando se pretende restringir de manera permanente o suspender el ejercicio de derechos*. Es decir, se debe aplicar la norma que en caso concreto favorezca más el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

“El centro del derecho es la persona humana y, por eso, si desea formularse para su promoción debe convertirse en el medio por el cual el ser humano pueda alcanzar mayores grados de perfección con el fin de realizar un conjunto de bienes (humanos) que lo ayuden a solventar sus necesidades, tanto en su dimensión individual como social”.²⁶⁵

En el párrafo tercero primera parte del artículo en estudio, se establece que *las autoridades, en el ámbito de sus competencias, se obligan a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Esta inclusión, deja claro el carácter vinculante con las autoridades y la garantía de que los ciudadanos puedan exigir su protección. Aunque siempre

²⁶⁵ HAKANSSON-NIETO, Carlos. *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una aproximación*. DÍKAION, Neoconstitucionalismo y Teoría Política. Año 23, No. 18. Colombia, 2009. p. 67

ha sido clara tal obligación, era muy sencillo valerse de trucos disfrazados de interpretación para evadir la responsabilidad. Es un gran avance para unificar criterios orientadores para la protección efectiva de los derechos humanos.

En la segunda parte de este párrafo establece que *el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*. Aún cuando en esta parte se hace énfasis en la obligación de las autoridades para cumplir con su obligación de protección de los derechos humanos en todas sus modalidades, considero que se debió haber ampliado el ámbito de ejecución, es decir, no sólo en los términos que establezca la ley, sino en los términos de la ley nacional e internacional. Era deseable que de manera expresa en este párrafo se expresara de manera clara la obligación de observar y ejecutar sentencias internacionales condenatorias que ordenan a México a cumplir con determinadas medidas de reparación, investigación y protección de derechos humanos como en los casos Radilla y Inés Fernández, es decir, no sólo aceptar públicamente la responsabilidad por la violación de derechos humanos, sino cumplir en tiempo y forma con las medidas dictadas por tribunales internacionales.

En cuanto al control de convencionalidad, si bien es cierto que con las reformas se ha brindado a los tratados internacionales referentes a derechos humanos supremacía constitucional, es necesario que los estados que celebren convenios internacionales incluyan en su derecho nacional las adecuaciones pertinentes que faciliten la viabilidad de las obligaciones derivadas de dichos compromisos. Al respecto, el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *los Estados Partes de comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. El

sentido de esta disposición implica la obligación de suprimir normas y prácticas que violen o ignoren garantías previstas por la Convención y al mismo tiempo el compromiso de contar con las normas y prácticas que faciliten la protección de derechos humanos en todos sus aspectos: prevención, protección, investigación y reparación.

“La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos fundamentales nos permite avanzar de manera considerable hacia la modernidad jurídica. Se trata de una reforma que, si bien no es exhaustiva, sí añade elementos muy novedosos y positivos al ordenamiento constitucional mexicano.

Como siempre sucede, habrá de esperar al desarrollo que le pueden dar los operadores jurídicos (legisladores y jueces, principalmente), para estar en capacidad de medir su éxito, pero de entrada parece suministrar una buena plataforma de renovación normativa para nuestro país”.²⁶⁶

Cabe aclarar que esta nueva dimensión de los derechos humanos inserta en nuestra Constitución también se ve reflejada en modificaciones a otros artículos:

Artículo 3º. Se modifica el segundo párrafo donde ahora se establece que la educación que imparta el Estado fomentará también el respeto a los derechos humanos.

²⁶⁶ CARBONELL, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana*. [en línea], México, **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, 2011 [citado 03/09/2012]. Formato PDF, Disponible en Internet <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/5.pdf> ISBN 978-607-02-2769-1, p. 40.

Artículo 11. Se sustituye el término de “hombre” por “persona” y se adiciona un párrafo segundo que establece el derecho a solicitar asilo por persecución y refugio por causas humanitarias.

Artículo 15. Se incluye la aclaración de que no se autoriza la celebración de convenios o tratados que alteren los derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Artículo 18. Se establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos.

Artículo 29. Se prevé el supuesto de restricción de derechos –antes sólo era suspensión- y en su segundo párrafo establece los derechos que no serán susceptibles de restricción o suspensión bajo una declaratoria de excepción. Asimismo, la declaratoria de excepción debe estar fundada, motiva y debe ser proporcional al peligro enfrentado acorde a los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Artículo 33. Se incluye el término *persona* para referirse a los extranjeros y se reconoce el derecho de previa audiencia en caso de expulsión a través de un proceso administrativo conforme a la ley.

Artículo 89. Incluye dentro de las facultades y obligaciones del presidente la conducción de la política exterior de acuerdo a principios que conduzcan al respeto, protección y promoción de los derechos humanos.

Artículo 97 se otorga la facultad de investigación por violaciones graves de derechos humanos a la CNDH, derogando la misma a la SCJN.

Artículo 102. En diferentes párrafos se instaura la obligación por parte de los servidores públicos de responder a las recomendaciones de la CNDH y en

caso de no hacerlo, la negativa debe estar fundada y motivada, pudiendo ser requeridos por el Senado o la autoridad legislativa para que expliquen la situación. También se otorga competencia a la CNDH para conocer de violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral.

Artículo 105. Se otorga facultad a la CNDH para ejercer acciones de inconstitucionalidad también contra leyes federales, estatales y del Distrito Federal que vulneren derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, establece como plazo máximo un años a partir de la entrada en vigor del decreto para expedir las leyes reglamentarias sobre asilo (artículo 11), suspensión del ejercicio de derechos y garantías (artículo 29), respecto a la expulsión de extranjeros (artículo 33) y a las nuevas obligaciones de los servidores públicos en materia de derechos humanos y las competencias de la CNDH al respecto (artículo 102).

Considero que esta nueva dimensión de los derechos humanos adoptada en nuestra Constitución es un gran avance en el reconocimiento y protección de derechos que ubica a nuestro país en una posición moderna y actualizada en materia de derechos fundamentales. Pero no es tan sencillo como pareciera, no se trata sólo de contar con estas disposiciones escritas, sino contar con los instrumentos y el personal capacitado para concretar el sentido del texto legal. El personal adscrito a todas las instancias involucradas en las tareas de la garantía y protección de derechos humanos tiene una obligación también redimensionada para lo cual requerirá de una preparación especial. Es una situación compleja, toda vez que atendiendo al bloque de constitucionalidad-convencionalidad se extiende la observancia a todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por nuestro país, es decir, no sólo los contemplados en el sistema interamericano. Asimismo, hablar de la observancia de tratados internacionales, no es sólo la

interpretación y aplicación de los mismos, sino de todo aquello que se derive de los mismos, es decir, criterios, parámetros y jurisprudencia.

En cuanto a los nuevos parámetros de interpretación establecidos en nuestra Constitución: la *interpretación conforme, pro homine*.

La interpretación conforme se refiere a que cuando existan diferentes interpretaciones de una norma, se debe adoptar la que mejor se adapte al bloque de constitucionalidad-convencionalidad, es decir, debe existir coherencia y armonía no solamente entre los preceptos normativos contenidos en la ley nacional y los tratados internacionales, sino entre éstos y los valores y principios contenidos en ellos y en la jurisprudencia correspondiente. El objetivo es realizar una interpretación armónica entre las normas nacionales e internacionales, no se trata de realizar interpretaciones separadas, sino de una sola conforme a las dos órdenes jurídicos.

La interpretación conforme debe complementarse con la aplicación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad para optimizar la protección de los derechos humanos y brindar a las personas la mejor.

El principio de universalidad se refiere a que los derechos humanos pertenecen a todas las personas; el de interdependencia significa que los derechos humanos no se encuentran aislados en el ordenamiento jurídico, sino que se relacionan e interactúan entre sí; el de indivisibilidad se refiere a que los derechos humanos no se pueden dividir o fragmentar por ser la esencia de la misma naturaleza humana; el de progresividad atiende a la obligación del estado de concretar la observancia de los derechos humanos a toda costa, siempre atendiendo al progreso y no al retroceso en el desarrollo de la protección de los mismos.

La interpretación *pro persona* implica que se debe favorecer a la persona siempre con la mayor protección, de manera expansiva cuando las normas confieren derechos y limitadamente cuando se trate de normas que los restrinjan. De acuerdo con este principio, es posible incluso, no aplicar una norma nacional cuando exista una norma en un ordenamiento internacional que optimice la protección de un derecho en particular, lo que permite que los jueces ejerzan el control difuso de convencionalidad.

Considero que para que las recientes reformas en materia de derechos humanos se concreten de manera óptima se requiere de un plan de capacitación para que los actores jurídicos, en especial los jueces estén actualizados sobre el contenido y alcances de la legislación interna e internacional en materia de derechos humanos, así como del significado y pautas de aplicación de los métodos de interpretación relacionados con derechos humanos, con la comprensión de que no es opcional, sino obligatorio aplicar dichas herramientas. Hemos abordado el moderno navío de los derechos humanos, pero ahora es urgente saber cómo conducirlo y dirigirlo de manera prudente para no naufragar.

La inclusión del nuevo bloque constitucional en nuestra Carta Magna extiende el ámbito del ejercicio del control difuso de convencionalidad, no comprende sólo los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino los criterios interpretativos de otros tribunales, comisiones, comités e instancias internacionales que emiten comentarios y directrices que redimensionan y amplían el contenido y significado de los derechos humanos.

Miguel Carbonell, al respecto menciona que "... se trata de una reforma que, pese a ser breve en su contenido, abarca distintos temas y aspectos relativos a la concepción y a la tutela de los derechos humanos en México. Llega en un momento especialmente delicado, cuando la situación de los derechos humanos en el país se ha degradado de manera considerable en el

contexto de una exacerbada violencia y de una actuación desbocada e ilegal de un sector de las fuerzas armadas.

Llega también cuando México acumula ya seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han verificado en el plano internacional lo que ya se sabía: el Estado mexicano presenta profundas deficiencias en la tutela de los derechos.

Por eso es que, a partir de la publicación de la reforma constitucional, comienza una tarea inmensa de difusión, análisis y desarrollo de su contenido. Una tarea que corresponde llevar a cabo tanto a los académicos como a los jueces, a los legisladores, a los integrantes de los poderes ejecutivos, a las comisiones de derechos humanos y a la sociedad civil en su conjunto”.²⁶⁷

²⁶⁷ CARBONELL, Miguel. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*. **Revista El mundo del Abogado**. Una revista actual. Año 14, no. 147, julio 2011. México. p. 32.

CONCLUSIONES

- La teoría de los principios y reglas de Robert Alexy permite una mejor comprensión del contenido y estructura de las normas que tutelan derechos fundamentales, sin embargo, persiste el inconveniente de que la identificación de reglas o principios se materializa sólo a partir del caso concreto.

- El principio de proporcionalidad sienta sus bases en el conocimiento y comprensión de las teorías de la argumentación jurídica y de los métodos tradicionales de interpretación.

- El principio de proporcionalidad, al contar con una naturaleza de tipo formal, no cumple por sí mismo integralmente con las exigencias necesarias para determinar en todos los casos los límites de los derechos fundamentales cuando éstos se confrontan entre sí.

- Deducir el principio de proporcionalidad a partir del principio de legalidad, resulta útil, pero la insuficiencia de doctrina y jurisprudencia al respecto origina confusiones para su comprensión y aplicación.

- No es necesario incluir el principio de proporcionalidad en la legislación, basta con unificar criterios respecto de su concepto y aplicación.

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación hace esfuerzos para cumplir con su función de equilibrar en los casos difíciles los principios constitucionales, pero no le es posible su cometido si confunde los principios en colisión e ignora la posición de la legislación internacional.

- La Suprema Corte de Justicia en sus sentencias hace evidente el deficiente conocimiento y su inexperiencia en la aplicación del principio de proporcionalidad, particularmente como test de razonabilidad.

- La aplicación de la legislación internacional en materia de derechos humanos en nuestro país tiene como obstáculo el enorme desconocimiento y falta de comprensión de su contenido y objetivos.

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación no realiza con la debida seriedad y profesionalismo su tarea de último intérprete de la Constitución, toda vez, que en muchos casos, la motivación y justificación de sus resoluciones es monótona, carente de trabajo argumentativo y de cultura jurídica.

- La nueva dimensión de los derechos fundamentales, a partir de las recientes reformas, en combinación con el principio de proporcionalidad fortalece la protección de los derechos fundamentales.

- El principio de proporcionalidad es compatible con los nuevos principios insertos en nuestra Carta Magna, con excepción del de interpretación conforme, toda vez que en casos de colisión de principios donde se apliquen los subprincipios de proporcionalidad se puede tener como resultado la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

- Es indispensable una actualización de la concepción de principios y valores insertos en la Constitución para que las normas sean acordes a la realidad y al sentir de la sociedad contemporánea para no caer en el absurdo de tutelar valores falsos en perjuicio de derechos fundamentales.

- Seis sentencias condenatorias al Estado mexicano es poco si tomamos en cuenta la cantidad de casos de violaciones graves de derechos humanos que siguen sin resolverse en nuestros tribunales y las que se han resuelto en detrimento de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. ***Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica***, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 313 pp.
- AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (compiladores). ***La normatividad del derecho***. Gedisa, Barcelona, 1997, 85 pp.
- ADOMEIT, Klaus. ***Introducción a la Teoría del Derecho***. Lógica normativa, Teoría del Método, Politología jurídica. Traducción de Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid 1984, 198 pp.
- ADOMEIT, Klaus. ***Rechts-und Staatsphilosophie II***, Rechtsdenker der Neuzeit. C.F. Müller UTB für Wissenschaft, Heidelberg 2002, 181 pp.
- ADOMEIT; Klaus. ***Rechtstheorie für Studenten. Normlogik, Methodenlehre, Rechtspolitologie***, R.v. Decker, Hamburg, 1979, 191 pp.
- ALEXY, Robert. ***Derecho y razón práctica***, Fontamara, México, 1993, 73 pp.
- ALEXY, Robert. ***Teoría de la Argumentación Jurídica***. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 346 pp.
- ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. Garzón Valdés, Ernesto –Traductor-. Centro de Estudios Constitucionales. Colección el Derecho y la Justicia, 34. Madrid, 1997. 607 pp.
- ATIENZA, Manuel. ***El derecho como argumentación***, Ariel, Barcelona, 2006, 316 pp.
- ATIENZA, Manuel. ***El sentido del Derecho***, Ariel, Barcelona 2001, 336 pp.
- ATIENZA, Manuel. ***Las razones del derecho***, Teoría de la argumentación jurídica, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, 245 pp.
- ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. ***Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho***. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, 133 pp.

BERNAL PULIDO, Carlos. ***El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.*** Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edición actualizada. Madrid, 2005. 873 pp.

CALSAMIGLIA, Albert. ***Racionalidad y Eficiencia del Derecho***, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México), Ed. FONTAMARA; 2ª. Edición, 1997, 117 pp.

CARBONELL, Miguel. ***Neoconstitucionalismo (s), Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*** de Luis Prieto Sanchís 123-157, UNAM-Trotta, Madrid, 2003, 286 pp.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. ***La argumentación como derecho.*** Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª reimpresión, México, 2006, 238 pp.

DWORKIN, Ronald. ***El imperio de la Justicia***, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 1992, 328 pp.

DWORKIN, Ronald. ***Los derechos en serio.*** Traducción de Marta Guastavino. Ed. Ariel, 5ª. reimpresión, España, 2002, 508 pp.

DWORKIN, Ronald. ***Los derechos en serio***, 4ª reimpresión Ariel, Barcelona, 1999, 508 pp.

ENDICOTT, Timothy A.O. ***La vaguedad en el derecho.*** Traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid. DYKINSON, Madrid, 2006. 303 pp.

ESSER, Josef. ***Grundsatz und Norm, in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts***, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, Alemania, 394 pp.

ESSER, Josef. ***Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.*** Traducción de Eduardo Valenti Fiol. Ed. Bosch. Barcelona, 1961. 497 pp.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. ***Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común Europeo.*** Ed. Dykinson. Madrid, 2008. 681 pp.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La ley del más débil.** Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3ª. ed., Ed. Trotta; Madrid, 2002, 180 pp.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto/J. Laporta, Francisco. **Jurisdicción** por Modesto Saavedra López (221-229), Trotta, Madrid 2000, 554 pp.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. **El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** Ed. Aranzadi, S.A., España, 2003. 222 pp.

HART, H.L.A. **El concepto de derecho.** Traducción de Genaro R. Carrio. Abeledo-Perrot, 2ª. Reimpresión. Buenos Aires, 1996. 332 pp.

HÄBERLE, Peter. **El legislador de los Derechos Fundamentales.** La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales, Alemania, España, Francia, Italia. Ed. Civitas. Madrid, 1991.

HERRESTHAL, Carsten. **Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft.** Sonderdruck aus Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70 Geburtstag, Herausgegeben von Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller. Verlag C.H. Beck München, 2007, pp. 1107-1133

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. 112 pp.

HÖPFNER, Clemens, **Die systemkonforme Auslegung,** Grundlagen der Rechtswissenschaft 11, Mohr Siebeckl, Alemania 2008, 439 pp.

HÖPFNER; Clemens / RÜTHERS; Bernd. **Herausgegeben von Reinhard Bork, Jochen Taupitz, Gerhard Wagner.** Archiv für die civilistische Praxis, *Grundlagen einer europäischen Methodenlehre.* 209. Band, Heft 1, Alemania, Februar 2009. 36 pp.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Legalidad, jurisdicción y democracia.** UNAM, México 2006, 88 pp.

JASPERS, Karl. **Wohin treibt die Bundesrepublik?** Tatsachen-Gefahren-Chancen. R. Piper &Co. Verlag, München, 1996, 280 pp.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría del Derecho.** Traducción de R. Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué. Fontamara, 2ª. Edición. México, 1992. 137 pp.

KELSEN, Hans. Traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs. **Teoría General de las Normas**, Ed. Trillas, México, 1994. 392 pp.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**, Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª. Reimpresión, México, 1982, 364 pp.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho**. Editora Nacional, 2ª. ed., México, 1976. 215 pp.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; **Filosofía del Derecho**, Bosch, 3ª. Ed., Barcelona, 1972, 868 pp.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. MORESO, José Juan –Prólogo-. **Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2007. 392 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. OTTO Y PARDO, Ignacio de – Coautor-. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Ed. Civitas. Madrid, 1988. 172 pp.

MEDINA GUERRERO, Manuel. **La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación**. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2005. 190 pp.

PERELMAN, CHAIM y L. OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado de la Argumentación, la nueva retórica**, 2ª. Reimpresión, Gredos, Madrid, 1989, 855 pp.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Ed. Trotta. Madrid, 2003. 306 pp.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ideología e Interpretación Jurídica**. Ed. Tecnos, Reimpresión. Madrid, España, 1993. 146 pp.

RODRÍGUEZ, César. Traducción de Holguín, Magdalena. **La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin**. Estudio preliminar. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Siglo del Hombre Editores, 2ª. Reimpresión. Santafé de Bogotá, 1997, 191 pp.

RÜTHERS, Bernd. **Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho**. Traducción del alemán por Minor E. Salas. Ed. UBIJUS, México, 2009. 565 pp.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. ***El principio de proporcionalidad***. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2007. 124 pp.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. ***Estudio preliminar de Agustín Squella, Textos Clásicos***, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981. 89 pp.

TORRE MARTÍNEZ, Carlos DE LA. ***La recepción de la Filosofía de los Valores en la Filosofía del Derecho***. UNAM, México, 2005, 348 pp.

VIGO, Rodolfo Luis. ***Interpretación Constitucional***, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, 233 pp.

VILLORO TORANZO Miguel, ***Teoría General del Derecho. Lo que es. Su método.***, Ed. Porrúa, 4ª. Ed., México, 2003, 169 pp.

HEMEROGRAFÍA

AARNIO, Luis. *Sobre la Racionalidad de la Racionalidad*. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Nos. 23-24, 1983-1984. Granada, España.

ADOMEIT, Klaus. *Hans Carl Nipperdey als Anreger für eine Neubegründung des juristischen Denkens*. **Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichte ihrer Schüler**. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen. Band 1, herausgegeben von Stefan Grundmann, Karl Riesenhuber. De Gruyter Recht, Berlin 2006, pp.149-165.

ALEXY, Robert, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*.. **ARP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Franz Steiner Verlag**, Vol. 95 Heft 2. Alemania 2009, pp. 151-166

ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. No. 23, Alicante, 2000.

ALVEZ, Amaya. *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?* **Revista de la Facultad de Derecho de México**. T. LX, Vol. I, No. 253, Enero-Junio 2010, México, D.F.

ARAUJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Año 12, T. II, 2006. México

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Genocidio. Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso "Halcones"*. **Cuestiones Constitucionales**. Comentarios Jurisprudenciales. No. 14, Enero-Junio. UNAM. México, 2006. 353 pp.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. No. 26, 2003. Alicante, España.

BERNAL PULIDO, Carlos. *La racionalidad de la Ponderación*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 26, No. 77. Mayo-Agosto 2006. Madrid, España. Págs. 51-75.

CARBONELL, Miguel –coord.-, Grández Castro, Pedro P. –coord.-. *El principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional*, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010. 386 pp.

CARBONELL, Miguel. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Revista El mundo del Abogado*. Una revista actual. Año 14, no. 147, julio 2011. México.

CARBONELL, Miguel. *El lábaro ofendido. Revista NEXOS*, año 28, vol. XVIII, No. 342, Junio 2006. México.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Remover los dogmas, Revista Latinoamericana de Derecho*, julio-diciembre 2004, año I, no. 2, México, 274 pp.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-IIJ, Núm. 119, mayo-agosto 2007, Nueva Serie, Año XL, México 2007, p. 295-324

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional*, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010.

CHAPA MIRANDA, Yolanda. *Interpretación Constitucional de la SCJN a la luz del Neoconstitucionalismo. (Análisis del Amparo en Revisión 115/2003 relativo a la donación de órganos). ISOTIMIA. Revista internacional de Teoría Política y Jurídica*. No. 2. Octubre, 2009. Monterrey, N.L. México.

CLÉRIGO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional*, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Constitucionalismo Iberoamericano y migración de criterios. Versión estenográfica de la conferencia dictada el día 10 de febrero de 2005*, con motivo de la “Semana Inaugural de las celebraciones por los 10 años de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, México 2005, 19 pp.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz. Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, Tomo LVI, No. 245, enero-junio México, 2006.

Die Verfassung von Berlin und das Grundgesetz, der Bundesrepublik Deutschland mit ergänzenden Dokumenten, **Landeszentrale für politische Bildungsarbeit** Berlín, 1977, 128 pp.

ENDICOTT, Timothy. *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 19. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Alicante, España, 1996. 458 pp.

HAKANSSON-NIETO, Carlos. *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una aproximación*. **DÍKAION**, Neoconstitucionalismo y Teoría Política. Año 23, No. 18. Colombia, 2009.

DOMINGO, Tomás de. *Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad*. **Persona y Derecho**. No. 56, 2007. Pamplona, España.

EVANGELIO LLORCA, Raquel. *La garantía del artículo 11 LGDCU y de la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**. Estudios. No. 672, Año LXXVIII, Julio-Agosto. Madrid, 2002.

Facts, The Bundestag at a glance, **Deutscher Bundestag**, Berlín, 2006, 51 pp.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. SILVA MEZA, Juan N. *La investigación del Halconazo*. **Lex, Difusión y Análisis**. Noviembre 2006, México.

GUASTINI, Ricardo. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. **Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional**, No. 8. Palestra editores. Lima, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Desarrollo Constitucional y reforma constitucional en Alemania*. **Pontificia Universidad Católica del Perú**. Año VII, No. 7. Lima, 2000. 43 pp.

HÄBERLE, Peter. *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Exposición y crítica. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**. 3ª época, No. 2, 1999. Granada, España.

HÄBERLE, Peter. *Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania*. **SEPARATA. Pensamiento Constitucional**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Acerca del uso de la razón práctica*. **QUORUM**. 2ª. Época, Año IV, No. 36. Septiembre-Octubre 1995. México, D.F.

IBARRA PALAFOX, Francisco A. *Seminario Análisis de Sentencias relevantes. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Facultad de Investigación 1/2006 (Al 1/2005) Caso Halconazo. Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*. No. 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enero-Junio 2009.

JESTAEDT, Matthias. *La teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades*. **Ed. Universidad Externado de Colombia**, 2008. p. 75-113.

KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado, derecho y sociedad (Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos por Héctor Fix Zamudio 87-137). **Enseñanza del Derecho y Material Didáctico**, Núm. 3, México 1981, 197 pp.

KELSEN, Hans *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Traducción del Lic. Juan José Royo P. **Lecturas Jurídicas**, publicación Trimestral de la escuela de derecho. Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua. Julio-Septiembre 1961. Chihuahua, México.

MADRAZO, Alejandro. *Estado de Derecho y Cultura Jurídica en México*. (203-223), **ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, ITAM, Número 17, octubre, México, 2002, 291 pp.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad*. **Persona y Derecho**. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos. Universidad de Navarra. Veinticinco años de jurisprudencia constitucional I. No. 54, España, 2006.

MACCORMICK, Neil. *La argumentación y la interpretación en el derecho*. **Maiatza Abutyua, Revista Vasca de Administración Pública** No. 36 Mayo-Agosto 1993. Oñati, España.

MONTOYA CABALLERO, Ana María. *Ventajas del Método de Ponderación*. **Ed. Universidad Externado de Colombia**. Colombia, 2008. p. 229-253

NIETO, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, una propuesta garantista*. **Serie doctrina jurídica**, Núm. 155, UNAM; México, 2005, 395 pp.

PEÑA NEIRA, Sergio. *Philo Riggs, com Guardina ad litem et al., Apellante*, **Revista de Ciencias Sociales**. No. 58, 2011. Valparaíso, Chile.

PORTELA, Jorge Guillermo. *Los Principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo*. **DÍKAION**. Año 23. No. 18, 2009. Bogotá, Colombia.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *Ponderación y Reglas de derechos fundamentales: dos enemigos conciliables*. **DEREITO. Revisa Xuríca da Universidade de Santiago de Compostela**. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 12, No. 2, 2003. Galicia, España.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *De la imponderable ponderación y otra artes del Tribunal Constitucional*. **Teoría y Realidad Constitucional**. Nos. 12-13 2003-2004. Madrid, España.

SERNA, Pedro. *Derechos Fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones Teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*. **Persona y Derecho**. No. 4, 1994. Pamplona, España.

VÁZQUEZ-GÓMEZ, Bisogno. *La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales*. **ARS IURIS**. No. 44, 2010. México, D.F.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Carbonell, Miguel. Editor. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*. **Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad**, No. 6. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Juez Constitucional. Conferencia Magistral*. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**. Agosto 2006, México.

JURISPRUDENCIA

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, junio de 2000, Tesis: P./J. 61/2000, Página 13.

Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, abril de 1998, Tesis: P. XXVIII/98, página 117.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Agosto de 2006, Página: 2346, Tesis: I.4o.A.70 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVII, Marzo de 2003, Página: 1709, Tesis: I.4o.C.57 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán:

BVerfGE 1, 14. Consecuencias de la nulidad de una ley.

BVerfGE 48, 327. Derecho a la igualdad (apellido de los esposos).

BVerfGE 65, 1. Censo de Población

BVerfGE 1, 332. Respeto a la dignidad humana

BVerfGE 6, 32. Caso Elfes

BVerfGE 7, 198. Caso Lüth.

BVerfGE 52, 369. Derecho a un día libre.

BVerfGE 95, 96. Guardianes del muro.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Organización de las Naciones Unidas:

<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a12>

Fecha de consulta: 23/05/2011

Suprema Corte de Justicia de la Nación:

http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EC1D10E4-E778-4D00-8E89-7BB2F643B2FD/0/ADR_402_2007_VOTO_PARTICULAR.pdf

Fecha de consulta: 13/02/2011

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm

Fecha de consulta: 22/04/2010

Página del Tribunal Constitucional Federal Alemán:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980512_2bvr006196.html

Fecha de consulta: 11/01/2009

Periódico “La Jornada”:

<http://www.jornada.unam.mx/2004/07/25/003n4pol.php?origen=index.html&fly=1>

Fecha de consulta: 15/06/2008

Página de la Comunidad Europea

<http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

Fecha de consulta: 27/08/2009.

Página de la Universidad de Granada.

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/08klausadomeit.htm>

(Adomeit, Klaus, *LOS SINDICATOS Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ALEMANIA BAJO LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO*)

Fecha de consulta: 17/04/2009.

Página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisiones.

http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_28_06_12.doc

Fecha de consulta: 25/09/2012

Página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Fecha de consulta: 02/09/2012

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, Coordinadores. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, T. VI, Interpretación Constitucional y jurisdicción electoral. **El poder judicial y el derecho internacional de los derechos humanos. El caso del “poeta irreverente”** [en línea]. México Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2008. [citado 02/09/2012]. Formato PDF. Disponible en Internet

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/22.pdf>

ISBN Tomo VI 978-970-32-5381-4

CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana. [en línea], México, **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, 2011 [citado 03/09/2012]. Formato PDF,

Disponible en Internet

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/5.pdf>

ISBN 978-607-02-2769-1

CARBONELL, Miguel. Ultrajando a la Constitución, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, [citado 09-09-20012], **Revista Latinoamericana de Derecho**, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, formato PDF,

Disponible en Internet,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt5.pdf>

ISSN 1870-0608

ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico** incluyente. Un estado de la cuestión. [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006. [citado 28/09/2012]. Formato PDF. Disponible en Internet:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2255>

ISBN 970-32-3798-3

HART, H.L.A., El derecho en la perspectiva de la filosofía, 1776-1976. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** No. 33 Año 1978, No. 33, septiembre-diciembre, Nueva Serie Año XI. [en línea]. México [citado 28/09/2012], Formato PDF. Disponible en Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/33/art/art2.pdf>

ISSN 00418633

JIMÉNEZ CANO, Roberto. FABRA ZAMORA, Jorge Luis. GUZMÁN BUELVAS, Carolina Esther. Traductores. Sentencia Riggs contra Palmer. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, No. 11, 2007-2008, pp. 363-374

Disponible en Internet: <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>

Fecha de consulta: 27/09/2012.

KELSEN HANS, **Teoría Pura del Derecho**. Traducción de Venengo, Roberto J. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982 [citado 23/09/2012], Formato PDF. Disponible en Internet:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039> ISBN 968-58-0032-4

ORREGO S., Cristóbal. "Antecedentes iusfilosóficos de el concepto de derecho de H.L.A. Hart". **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. No. 84, 1995, Sept-dic. Nueva Serie Año XXVIII. [en línea]. México [citado 5/10/2012], Formato PDF. Disponible en Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/84/art/art8.pdf>

ISSN 00418633

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. [en línea]. México, IUS **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, año V, no. 28, Julio-Diciembre de 2011 [citado 01/09/2011]. Formato PDF

Disponible en Internet

<http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a8.pdf>

REAL ALCALÁ, Alberto del. Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho Hart-Zagrebelsky-Endicott. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** No. 131 Mayo-Agosto 2011. [en línea]. México [citado 25/09/2012]. Formato PDF.

Disponible en Internet:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/131/art/art7.pdf>

ISSN 00418633

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El concepto de derecho de Ronald Dworkin. [en línea], México, **Instituto de Investigaciones Jurídicas**. No. 246, Julio-Diciembre 2006. [citado 2/09/2012]. Formato PDF. Disponible en Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>

ISSN 1870-8722 –desde 2007-

SCHWABE JÜRGEN. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México, 2000.

http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

VEGA GÓMEZ, Juan. ***Seguridad Jurídica e interpretación Constitucional.*** Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Serie Doctrina Jurídica No. 108. [en línea]. México, 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas. [citado 27/09/2012]. Formato PDF. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/20.pdf>
ISBN 970-32-0104-0

ZAMBRANO PILAR, ***La inevitable creatividad en la interpretación jurídica.*** Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, [citado 10/09/2012], Formato PDF. Disponible en Internet:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2690>
ISBN 9786070208223