

EL NUEVO PARADIGMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, (UN DERECHO DE PRINCIPIOS)

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

SUMARIO. I. Introducción. 1. Nota introductoria sobre el sentido de la interpretación de la constitución. II. La interpretación constitucional a partir de las reglas. III. Opiniones adherentes y las críticas de los opositores a la interpretación de los principios. Ronald Dworkin. Referencia crítica sobre la obra de Dworkin. Robert Alexy. Referencia crítica a la obra de Alexy. Herbert Hart. Referencia crítica a la obra de Hart. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Referencia crítica a la obra de Atienza y Ruiz Manero. Luis Prieto Sanchís. Riccardo Guastini. Referencia crítica a la obra de Riccardo Guastini. Rodolfo Luis Vigo. Referencia crítica a la obra de Jaime Cárdenas. Las reglas y los principios. Referencia crítica a la obra de Jaime Cárdenas. Gustavo Zagrebelsky. IV. Clasificación de los principios constitucionales. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que ahora se presenta tiene el propósito fundamental, como su nombre lo indica, de realizar una inducción al análisis *dentro de la esfera jurídica de la interpretación constitucional*, pero específicamente en el campo de los derechos fundamentales entendidos a manera de principios constitucionales.

Adentrarse en el campo jurídico de la interpretación constitucional en México, representa una cuestión trascendente.

En nuestro medio jurídico mexicano poco a poco se ha incursionado en investigaciones, dedicadas al examen "objetivo" de los llamados "problemas constitucionales" en sus diversas variantes, así como los estudios que tienen como eje central a la propia Constitución en sentido general; en la actualidad existe inquietud por algunos juristas en ocuparse del sentido de

la interpretación constitucional, pero, no podemos perder de vista que el grupo continua siendo reducido.

Si bien, sobre estudios constitucionales existen los artículos y libros tradicionales usuales, y de una información general en nuestras universidades, a la par, no podemos desconocer que en la última década en nuestro país, se ha incursionado en algunos estudios más profundos y novedosos de la Constitución, lo cual ha permitido tener un acercamiento con la corriente llamada “neo-constitucionalismo”, empero, en realidad como decimos, son pocos, y su difusión no encuentra grandes dimensiones fuera de los cursos de posgrado que se realizan en universidades de prestigio, lo cual implica que su contenido está dirigido a un público muy selecto, que no alcanza para ser difundido al público en general, sobre todo tomando en cuenta que se trata de un tema especializado sobre el análisis de la Constitución.

Sobre este aspecto, en aras de reconocer la transparencia y acceso a la información, tampoco se puede dejar de reconocer que, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, paulatinamente también se ha abierto en algunos aspectos, como la difusión de las sesiones por el Canal Judicial, lo cual permite tener un contacto más directo con las resoluciones emitidas por nuestro Máximo Tribunal de Justicia, sobre temas de importancia y trascendencia para toda la población”.

También debe destacarse la existencia de algunas publicaciones, cuya preocupación oscila en el acercamiento a grandes rasgos de la “justicia constitucional”, y desde luego, algunas otras, dedicadas al análisis de sentencias emitidas por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero sobre temas muy específicos; empero, vale decirlo, ello se ha situado preferentemente sobre los casos por así decirlo “famosos”, o de cierta relevancia gracias a la publicidad que genera su entorno; sin embargo, desde mi punto de vista, si bien es necesario seguir con detalle dichas interpretaciones, lo mismo debe ocurrir con aquellas otras decisiones que habitualmente realiza nuestra Suprema Corte de Justicia, para tener una visión más clara e informada de los criterios adoptados en los fallos judiciales, que inciden de manera terminante dentro de nuestra sociedad, algunos que sin tener el rango de notorios o con mucha publicidad, es indudable, inciden en la vida cotidiana de nuestra sociedad.¹

¹ “Aquí, me parece oportuno mencionar a algunos de nuestros autores nacionales, distintos de los ya conocidos tradicionalmente, quienes desde mi punto de vista están inmersos dentro de la

Esta investigación pretende acercar al lector al estudio e interpretación de los llamados principios emanados de la constitución.

La interpretación constitucional (a decir de algunos estudiosos del tema), actualmente reviste una importancia fundamental, dentro de la teoría de la constitución, tanto que al respecto se sostiene que, *la teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Valdría añadir que en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación*

corriente actual del neo-constitucionalismo. Por ejemplo, CARBONELL, Miguel, con sus obras *Los Derechos Fundamentales en México, Dilemas de la democracia constitucional, La enseñanza del Derecho*, entre otras. FIX-FIERRO, Héctor, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes, Los derechos políticos de los mexicanos, Tribunales, justicia y eficiencia*. FERRER, Eduardo, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad*. CÁRDENAS, Jaime, “*La argumentación como derecho*”, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho. Teoría del derecho, Las fronteras morales del derecho. Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*. ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, COSSÍO, José Ramón, *Constitución, Democracia y Justicia Electoral. Sistemas y modelos de control constitucional en México*. HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Tratado de Derecho Fiscal y Administración Tributaria de México y Teoría general de la interpretación*. NIETO CASTILLO, Santiago, *Interpretación y Argumentación Jurídica en Materia Electoral. Una Propuesta Garantista, y La interpretación de los órganos electorales. Interpretación del Derecho y Criterios de interpretación en Materia Electoral*. CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. En coordinación conjunta con ASTUDILLO, César, *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, con SALAZAR, Pedro, *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la Reforma Electoral*. Mención por separado merece una publicación especializada sobre temas de justicia constitucional denominada, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, coordinada por el Dr. Eduardo Ferrer.

En contraste, los estudios externos abundan, pues existe una multitud de obras y publicaciones de una calidad excelente, como ejemplo, ALEXY, Robert, con sus obras, *El Concepto y la validez del Derecho, Teoría de los derechos Fundamentales, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. IBAÑES, Perfecto Andrés, *Jueces y Ponderación Argumentativa*. ATIENZA, Manuel, *Ilícitos Atípicos*. BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El derecho de los derechos*. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, “*Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “*La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. GUASTINI, Riccardo, “*Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Estudios sobre la interpretación jurídica*”, HÁBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, el Recurso Constitucional de Amparo*”. LARENZ, Karl, “*Metodología de la Ciencia del Derecho*”, *La Interpretación de las Leyes*”, en *Antología sobre argumentación e interpretación jurídicas*. MODUGNO, Franco, *Teoría de la interpretación sobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. WRÓBLEWSK, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación*. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*”.

es también el problema central de la Teoría del Estado y de la Teoría del Derecho.²

Tal idea adquiere un mayor peso, si tomamos en cuenta que las personas (jueces), quienes tienen a su cargo la administración de la justicia, pero particularmente la justicia constitucional, no pueden constituir “un operador más del sistema”, ello porque sus opiniones implican verdaderos “juicios de valor vinculantes”, al estar contenidas dentro de una resolución, pues al deducir el significado de un precepto de la Constitución, sientan la base para dirimir casos futuros, semejantes o análogos, obligatoria para todos los tribunales del país. De ahí la importancia de la interpretación judicial de la Constitución.

Sin embargo, no sería auténtico sostener que solamente la opinión de los jueces en sus sentencias, como tal, es válida, *en su caso, las resoluciones proyectan la verdad legal*, tampoco se puede soslayar la importancia que revisten las diversas opiniones de cualquier jurista o miembro de la sociedad, tanto así, que en algunos sistemas de justicia constitucional se ha incorporado el sistema del *amici curiae* (amigos del tribunal), es decir, antes de emitir el fallo se reciben y son escuchados los argumentos de ciertos sectores de la sociedad, como puede ser la academia o grupos interesados en la resolución de un determinado asunto, por ejemplo, la despenalización del aborto, la legalización del consumo de ciertas drogas, los impuestos, los matrimonios entre personas del mismo sexo y sus derechos conexos, etcétera.

A. Sobre la palabra Constitución

En este contexto, dentro de cualquier Estado Democrático se debe concebir a la Constitución, como *la norma de mayor jerarquía*, a partir de la cual se deben *infraordenar* las restantes disposiciones legales; sobre esta premisa, la Constitución representa la piedra angular del sistema que sirve de plataforma para el resto de la normatividad imperante en su sistema jurídico. “La Constitución no es sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e

² RUBIO LLORENTE, Francisco, *La Forma del Poder (Estudios Sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 573.

igualdad y de Estado de Derecho, democracia y Estado Social, la Constitución propone un contenido substancial al Sistema Jurídico”.³

Las discusiones sobre el tema de la interpretación, son múltiples, al respecto Joseph Raz, al tratar de responder el cuestionamiento del por qué debe existir la interpretación, se cuestiona particularmente, *¿qué es lo que podemos saber de la naturaleza del derecho y del hecho, de que la interpretación juegue el papel que juega en las decisiones judiciales?*⁴

B. Acerca de la interpretación de la constitución

La actividad interpretativa, y sobre todo de la Constitución, a mi modo de ver, debe concebirse bajo una perspectiva dinámica, progresista y evolutiva, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, como la vida, la libertad en sus diversas variantes como son, la de expresión, de reunión, el derecho a la intimidad, la protección de los datos personales, etcétera; por tanto, al interpretar un determinado texto normativo vinculado con esos derechos, es en donde la función del intérprete u operador del derecho adquiere una relevancia fundamental, pues no debe soslayarse que si bien puede convertirse en “un custodio” de los mismos, al igual, podría convertirse en un detractor de esos privilegios.

Este artículo tiene como ya se comentó, el objetivo central de producir un acercamiento de “un nuevo enfoque de la interpretación constitucional”, es decir, inquirir sobre uno de los paradigmas más recientes, el cual se presenta como un modelo diferente de interpretación, el cual se ciñe sobre la existencia de principios y valores superiores expresados en la Constitución, en contraposición al modelo de las reglas.

De acuerdo con nuestra idiosincrasia y tradición, en la jurisdicción ordinaria hacia el interior del aparato de justicia en México, ha hecho imperar un cierto modelo de aplicación del derecho, el cual se basa sobre todo en la extracción de la interpretación de la ley, es decir, casi todos los casos se resuelven con sustento en la aplicación de la ley, y no es que ello esté mal, pues el “estado de derecho” *stricto sensu* exige respeto por la seguridad

³ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Primera Edición, Mayo de 1994, Barcelona, España. p. 159.

⁴ RAZ, Joseph, “Por qué Interpretar”, en *Antología Sobre la Argumentación e Interpretación Jurídica*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, serie verde, metodología del trabajo judicial, 1/2002. p. 77.

o certeza jurídica, la cual se consigue precisamente con la aplicación e interpretación de la ley de manera precisa.

Sin embargo, tratándose de problemas constitucionales, me parece, no es tan sólido mantener la idea de que una determinada cuestión deba estar exactamente prevista en la Constitución, o sea, que ésta deba observar una solución individual para cada caso, pues es justamente aquí donde yo encuentro el punto de quiebre (y me adhiero al punto de vista de algunos *neo-constitucionalistas*), al coincidir en que deben aplicarse los principios constitucionales en caso de evidenciarse.

Al observar el modelo tradicional, es decir, el modelo de las reglas, existe coincidencia en que éstas se identifican como aquellas normas que cuando se cumple el tipo de hecho previsto en ellas, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo, y se entiende como lo dice Robert Alexy, una especie de “mandatos definitivos”, pues su forma de aplicación se caracteriza por la subsunción; en cambio, los principios constituyen mandatos de optimización, por lo cual las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más por las reglas, por los principios opuestos, así, *la ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios*.⁵

Bajo esta dimensión, tomando en cuenta la existencia de principios, el producto resultante del examen de la Constitución representa un modelo nuevo, diferente y distinto al resultado de la interpretación del derecho concebido a partir de las reglas legales.

A este respecto, es preciso darse cuenta, como lo señala Zagrebelsky, “el derecho por reglas” del Estado de Derecho decimonónico, era algo cualitativamente distinto al “derecho por principios” del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho, tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción.⁶

Asimismo, Ronald Dworkin considera que el término “principio” se refiere a aquellos estándares que no son normas, identifica como tal, “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

⁵ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*. op. cit. p. 75.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Quinta Edición 2003, Madrid, España. p. 112.

es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”;⁷ sobre lo mismo, añade, los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.⁸

Por ello, cuando se resuelven aquellos casos que impactan en algún derecho fundamental, es donde resulta más visible la labor del intérprete, de ahí la importancia de la interpretación constitucional y, más concretamente, el uso que de ella hacen los jueces constitucionales, entendidos éstos, como aquellos órganos a quienes está encomendada su tutela, pues la tarea del juez constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la constitución, el equilibrio de poderes establecido por la constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de contribuir con su acción a la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos de las minorías.⁹

Así, al realizar su labor interpretativa a partir de la Constitución, las resoluciones de los jueces constitucionales producen efectos como una especie de “cascada”, los cuales deben ser acatados por el resto de los operadores del sistema, de ahí otro punto de importancia más, para adentrarnos en el *nuevo paradigma de los principios en la interpretación constitucional*, en contraposición al sistema decimonónico o antiguo, que partía de la interpretación de la ley visto el sistema como un conjunto de reglas de carácter legal.

Si bien el modelo decimonónico para definir la aplicación del derecho a un caso concreto, adoptó como estructura típica y específica al de la norma, de manera que para resolverlo, se recurría a su definición autoritativa, es decir, a un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas

⁷ DWORCKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio* (Traducción de Marta Guastavino), Editorial Ariel-derecho, Quinta Reimpresión, Barcelona, 2002. p. 72.

⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Proceso y Constitución*, Número 1, enero-junio de 2004, Editorial Porrúa, México. p. 88.

consecuencias. En cambio, recurrir a los principios, presupone acudir a un derecho concentrado que no define hipótesis ni consecuencias.¹⁰

C. Entre reglas y principios constitucionales

Para abordar este punto, me parece adecuado partir de las siguientes premisas fundamentales, como son,

1. ¿Cuál es la nota distintiva de las normas entendidas como reglas, (la ley)?
2. ¿Para la solución de conflictos normativos entre reglas es útil la fórmula de la subsunción?
3. ¿Qué son las normas entendidas como principios?
4. ¿En qué consiste la ponderación?
5. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando interpreta derechos fundamentales, ¿utiliza la ponderación como técnica interpretativa para resolver principios?

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, primero, es necesario darnos una idea muy breve sobre el modelo donde la aplicación del derecho se reducía a la aplicación de la ley y viceversa, o sea a partir de lo que debe entenderse como *norma-regla*, para este fin es necesario acudir a la escuela decimonónica, positivista, o legalista donde imperaban ciertos esquemas como “la resolución del derecho con base en la subsunción”, y el juez era concebido como un aplicador mecánico de la ley, “según lo definió Montesquiev”.

En forma posterior, es necesario confrontar el modelo antiguo con el nuevo diseño contemporáneo sobre la interpretación, especialmente dentro de un marco *principial* o que tiene como eje primordial a los principios jurídicos constitucionales.

En este contexto, Alexy, identifica al viejo sistema como el modelo del legalismo, que puede ser esbozado bajo cuatro breves fórmulas, 1. Norma en vez de valor; 2. Subsunción en vez de ponderación; 3. Independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; y, 4. Autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Consti-

tución, en lugar de la omnipresencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.¹¹

En relación con la premisa número 1, vale adelantar como una nota distintiva entre normas entendidas como reglas, a reserva de que este cuestionamiento y los restantes, deberán obtener una respuesta más amplia de conformidad con la materia en análisis; *prima facie*, una posible respuesta nos la concede Robert Alexy, quien al respecto señala que, “los principios constituyen mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, esto significa que pueden ser satisfechas en grados diferentes y que en la medida ordenada de su satisfacción, depende de las posibilidades fácticas sino jurídicas que estén determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”.¹² En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son.

Por cuanto hace a la interrogante número 2 (¿Si para la solución de conflictos normativos entre normas, es útil la fórmula de la subsunción?)

Esta debe ser contestada en sentido afirmativo, pues si por una norma, concebida como una regla, imaginamos un “mandato definitivo”, es decir, una directriz que ordena algo a manera de todo o nada, la cual contiene una cierta hipótesis, un supuesto de hecho, y una consecuencia que de satisfacerse, lógico es que implícitamente conlleva inmersa su propia solución. Así, este problema se resuelve típicamente identificando la premisa mayor (la ley), la premisa menor (el hecho cuestionado), y mediante el empleo de la subsunción, esto es, si el hecho descrito ajusta dentro del parámetro de esa ley.

Por tanto, la subsunción resulta utilitaria para resolver los conflictos del sistema, donde prevalece el problema de la aplicación de la ley entendida como regla.

En cuanto a la premisa 3, es decir, qué son las normas comprendidas como principios, vale adelantar recordando lo dicho por el mismo Alexy, que los principios constituyen mandatos de optimización, o sea, son normas que pueden ser obedecidas en diferentes grados, de conformidad con las posibilidades reales y jurídicas posibles.

¹¹ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*. op. cit. p. 160.

¹² *Ibidem*. p. 162.

¹⁰ VIGO, Rodolfo L., *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 4.

Desde nuestro punto de vista, para emprender una interpretación constitucional con base en los principios, primero, implica la focalización de un determinado conflicto jurídico en el cual subsista o se manifieste algún derecho fundamental, el cual pueda ser considerado como un principio, o incluso más de uno, en donde la solución debe consistir no en la invalidación o exclusión de alguno de ellos del sistema, pues el conflicto debe decidirse bajo la orientación de cuál de ellos tiene mayor peso, *per se*, con la prerrogativa de ser aplicado en ese caso en particular.

D. Sobre el concepto de ponderación (un acercamiento)

Por lo que hace a la pregunta 4 (En qué consiste la ponderación).

El jurista Juan José Moreso (siguiendo a Guastini), precisa que la ponderación “a diferencia de la subsunción” nos presenta tres características esenciales:

- a) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, en la cual no vale para dirimirla, los tres criterios generales para resolver las antinomias, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*;
- b) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica, es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor; y,
- c) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en la aplicación de un caso concreto.¹³

En opinión de Javier Ezquiaga, deben distinguirse, los principios generales del derecho y los principios del orden constitucional; sobre este aspecto, nosotros examinaremos el segundo de los temas, o sea, el de la interpretación constitucional de los principios.

Por tanto, debemos entender que la ponderación es una técnica consistente en el balanceo de los derechos, en donde se obtiene el peso específico de cada uno, y se debe decidir para el asunto en cuestión, que uno de ellos desplaza al otro, pero no de manera arbitraria o caprichosa, sino bajo la definición de verdaderas razones de peso.

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, en Neoconstitucionalismo(s)”, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2003. pp. 102 y 103.

Sobre la respuesta a la premisa 5, también podemos adelantar que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo la órbita funcional de los Tribunales Constitucionales, en algunos casos, cuando ha tenido la necesidad de solventar conflictos entre derechos fundamentales, ya ha comenzado a incluir a la ponderación como una técnica argumentativa *ordinaria*, en la solución de juicios de amparo; empero, la labor pendiente es la utilización de la ponderación en todos aquellos asuntos (con independencia de la vía por la que se generen), donde subsista una contrariedad de derechos fundamentales; y por último, hace falta el perfeccionamiento de una verdadera dogmática constitucional, pero sobre todo, se requiere, a mi modo de ver que la Corte emprenda una verdadera defensa y protección de los derechos fundamentales.

1. Nota introductoria sobre el sentido de la interpretación

Basta revisar algunos textos sobre esta materia, para darnos cuenta de que la palabra o el enunciado mismo de la interpretación “en general”, no tiene una connotación aceptada de forma universal, quizá en forma paradójica, más bien constituye uno de los temas más controvertidos en el campo del derecho; empero, la interpretación jurídica, es decir, específicamente aquella realizada por los juristas u operadores de los textos legales al buscar una solución para un caso concreto, no siempre ha compartido la misma óptica, pues a lo largo de la historia se han perfilado distintas teorías y métodos. La propia noción de la interpretación como tal, no mantiene un significado único, en palabras de Mauricio Beuchot, la hermenéutica es el arte y ciencia de interpretar textos, entendiendo por textos aquellos que van más allá de la palabra y el enunciado... Además, la hermenéutica interviene donde no hay un solo sentido, es decir, donde hay polisemia.¹⁴

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como “interpretación jurídica”, “interpretación del derecho”, “interpretación de la ley”, “interpretación de los actos (o documentos) normativos”, “interpretación de normas”, y otras similares, el vocablo “interpretación” denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad, el significado mismo. Que la

¹⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica, hacia un nuevo modelo de interpretación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, México, 2000, p. 15.

interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.¹⁵

Sin embargo, hoy en día, resulta débil la pretensión de que la interpretación únicamente es útil exclusivamente para las normas con poca claridad, oscuras o contradictorias, pues las normas o las leyes son cada vez más complejas y en la misma medida se impone la necesidad de localizar su verdadero significado y alcance antes de ser aplicadas.

Así pues, la interpretación jurídica en una primera aproximación podemos conceptualizarla como *el trabajo teórico-práctico que realizan los jueces, los juristas, los legisladores, los abogados y, en general todos los destinatarios de las leyes*, para explicar y determinar su sentido, alcance y naturaleza. En un sentido restringido, la interpretación jurídica se refiere a *“la interpretación de las leyes”*, aunque también caben las interpretaciones de los hechos y comportamientos e incluso de la doctrina legal y científica.¹⁶

Asimismo, la interpretación como definición puede entenderse de la siguiente manera,¹⁷

- a) Por un lado, se refiere a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad).
- b) Por otro, al resultado o producto de esa actividad (interpretación-producto).

La interpretación jurídica es un fenómeno dialéctico que se genera, se mueve y se concluye entre tensiones y contradicciones que exige una elección. Es un fenómeno metamórfico, es decir, de transformación entre lo verdadero y lo cierto, como decía Giambattista Vico. La reflexión del juez está guiada por la voluntad de juzgar rectamente.¹⁸

¹⁵ GUASTINI, Riccardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, Traducción de Miguel Carbonell y Marina Gascón, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2004. p. 2 y 3.

¹⁶ GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, LIMA TORRADO, Jesús, MARÍN CASTÁN, María Luisa y DE PRADA GARCÍA, Aurelio, *Cuestiones y Textos de Filosofía y Teoría del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1993. p. 196.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, Primera Edición 1999. pp. 202 y 203.

¹⁸ FROSSINI, Vittorio, *La letra y el Espíritu de la Ley*, op. cit., p. 86.

El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva, y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante.¹⁹

Por tanto, la función interpretativa, ya sea entendida como actividad o como producto, adquiere una gran trascendencia tanto para la solución de controversias, como para identificar sobre el modelo del juez o el órgano que la realiza, pues a semejanza se podría parafrasear un antiguo dicho popular, en el sentido de que *“dime como interpretas y te diré quién eres, o que has estudiado sobre el tema”*.

A. Sobre la palabra Constitución

El término “constitución” es usado en el lenguaje jurídico y (político), con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices), empero cuatro de los significados principales, se pueden ubicar en los siguientes,²⁰

- a) En una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento de tipo “liberal”;
- b) En una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas —en algún sentido fundamentales—, que caracterizan e identifican todo ordenamiento;
- c) En una tercera acepción, “Constitución” denota —simplemente—, un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente);

¹⁹ LARENZ, Karl, *La interpretación de las Leyes*, en *Antología Sobre Argumentación e Interpretación Jurídicas*, Volumen II, Serie Verde, Metodología del Trabajo Judicial, 3/2002, Instituto de la Judicatura Federal. México, p. 87.

²⁰ GUASTINI, Riccardo, “Sobre el Concepto de Constitución, Cuestiones Constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 1999. p. 162.

- d) En una cuarta acepción, en fin, "Constitución" denota un particular texto normativo dotado de ciertas características "formales", o sea de un peculiar régimen jurídico.

La constitución es concebida como un límite al poder político; el originario concepto liberal de Constitución, fue puesto en claro por el artículo 16 de *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)* que estableció lo siguiente, "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución".²¹

El concepto de ponderación

De las distintas acepciones que presenta el verbo "ponderar" y el sustantivo "ponderación" en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajuste al uso jurídico, es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión, o el equilibrio entre el peso de dos cosas".²²

Si bien, en el universo de los sistemas jurídicos constitucionales podemos localizar diversos enunciados normativos, referidos a un grupo heterogéneo de derechos, como son, el derecho a la vida, la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, el derecho a decidir sobre su cuerpo, la no discriminación, la preferencia sexual, el derecho a la intimidad, etcétera, los cuales están orientados a cierto tipo de libertades, o bien otros, situados sobre diversos conceptos imprecisos en su formulación como el principio de proporcionalidad, el de legalidad, el estado de derecho, la democracia y el estado social, la transparencia en la administración pública, etcétera y cada uno de ellos representa un determinado valor o "peso", es inconcuso, que ante su vaguedad, la definición o acercamiento de su contenido, sería difícil obtenerlo partiendo de su propia enunciación o interpretación gramatical, es justamente en estos casos cuando se hace necesario el uso de la ponderación, para definir cual de ellos debe prevalecer frente a otro.

²¹ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Editorial Fontamara, México, Segunda reimpresión 2001, p. 24.

²² *Ibidem*, p. 137.

La interpretación de la constitución

Para algunos estudiosos del tema, toda persona que inquiera sobre el sentido de los preceptos constitucionales, está de hecho interpretando la Constitución. Desde este punto de vista, la interpretación constitucional puede llevarse a cabo por los órganos del Estado, en cuyo caso puede ser legislativa, administrativa o judicial; por los académicos, dando lugar a la llamada interpretación doctrinal; y también pueden realizarla los particulares, grupos y organizaciones no oficiales, creando lo que se conoce como interpretación popular.²³

Si bien ya nos hemos referido (aunque brevemente), a la connotación general del concepto de "interpretación", corresponde ahora ocuparnos de la interpretación constitucional. En este sentido, subsisten varias preguntas básicas, al respecto, como son, ¿tendrá alguna diferencia la interpretación de los contenidos de la Norma Fundamental, respecto de las demás normas ordinarias?, ¿será necesaria la existencia de métodos diversos a los utilizados para una y otras?, ¿el resultado es diferente?, ¿se requiere necesariamente de jueces especializados en la indagación del sentido de la Constitución?. Como podemos advertir, son muchas las interrogantes que circundan al tema de la interpretación constitucional.

La Constitución semántica es un conjunto de significados. Sólo atendiendo al significado del texto constitucional puede entenderse la primacía de la Constitución, dicha primacía es de carácter semántico, puesto que sería más bien extraño afirmar que un texto de símbolos no interpretados disfruta de primacía. La idea de primacía sintáctica es incomprensible.²⁴

La Constitución requiere de métodos alternos para su interpretación

Desde nuestra perspectiva, si bien debemos tener presente, si la Constitución es concebida como una norma; *prima facie*, luego, en este contexto es posible la inexistencia de una justificación bastante fuerte para pensar, que debe ser interpretada bajo métodos distintos a los tradicionales, utilizados por las distintas ramas del derecho en general, como son, el grama-

²³ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Algunos Aspectos Sobresalientes de la Interpretación", en *Derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2003, p. 3311.

²⁴ MORESO, Juan José, *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 184.

tical, auténtico, lógico, teleológico, sistemático, etcétera, pues el hecho de observar a la Constitución con un carácter normativo, en este sentido tendríamos que considerarla como una ley más del sistema, aunque sea la de mayor relevancia.

Empero, tampoco debemos soslayar, que sin bien las Constituciones proyectan un carácter normativo de sus postulados, a la par, debe estimarse que no se trata de una norma con las mismas características de las leyes comunes, cuya producción tenga como origen al mismo cuerpo legislativo, pues las normas ordinarias, en el caso mexicano, las crea el Congreso de la Unión tratándose de las federales, y las locales las Legislaturas de los Estados, o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, según sea el caso; empero, la Constitución fue expedida por el Poder Constituyente Originario y sus reformas las emprende el Poder Revisor de la Constitución; en el caso de las primeras (leyes locales o federales), su contenido se rige en la mayoría por “reglas” y en menor proporción por “principios, en tanto, con la Constitución ocurre a la inversa; en la legislación ordinaria, en su mayoría prevalece un sin fin de presupuestos de hecho, los cuales de materializarse, hacen posible la aplicación de la ley, mediante su subsunción; y dentro de la Constitución, más que existir una diversidad de supuestos fácticos, predomina la declaración de derechos y la organización del poder público, cuyos contenidos, no es infrecuente, resultan indeterminados por su vaguedad o imprecisión o difícil explicación.²⁵

Tales aspectos proporcionan al menos una directriz para pensar que, si bien la Constitución tiene un carácter normativo, su interpretación en sí misma tiende a alejarse de los métodos tradicionales, para buscar una hermenéutica especializada y propia, pero conviene acotar, ello no es indicativo de que, cuando se realiza la interpretación de la Norma Fundamental, estrictamente debe prescindirse de los métodos tradicionales, más bien, la idea va orientada a la observancia de una distinción cuidadosa del enunciado sujeto a interpretación, para darnos cuenta de si estamos ante la presencia

²⁵ Sobre este aspecto, el Ministro José Ramón Cossío señala que, en términos generales, la aceptación de un enfoque normativo trae como consecuencia comprender a la Constitución en términos funcionales, *i.e.* a partir de las funciones que ella y sus normas cumplen respecto del orden jurídico... En esta concepción, entonces, tendría que darse cuenta de conceptos tales como los de “supremacía”, “fuente de fuentes”, etc. Este tipo de enfoque, aún cuando puede dar lugar a distintas modalidades, tiene como propósito fundamental concebir a la Constitución como un conjunto de normas de jerarquía final, para a partir de ahí proponer interpretaciones a las distintas normas que la componen. COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 71, Editorial Fontamara, México 2000. pp. 43 y 44.

de un valor superior, una regla o un principio y contar con una óptima selección del método empleado para su interpretación, dado que ello impactará indefectiblemente en su resultado. Es decir, si a una determinada disposición constitucional se le asigna el carácter de principio, y le aplicamos el método gramatical, o algún otro de los tradicionales, es indudable que su interpretación como resultado, será distinto si aplicamos la técnica o método de la ponderación, o más específicamente el principio de proporcionalidad.

Un fundamento más a considerar, para sostener la existencia de notas distintivas con carácter sustancial, en la interpretación de la Constitución, respecto de las otras normas del sistema, lo significa el hecho de que si bien a la interpretación de la Constitución, se le aplican las reglas generales utilizadas para la interpretación de las otras normas del orden jurídico, pero como la norma constitucional posee especiales características derivadas de su materia, de su carácter de suprema, del órgano que la crea y modifica y de su rigidez, existen aspectos peculiares en la interpretación de la norma constitucional.²⁶

Así, la interpretación constitucional no puede reducirse a tener en cuenta el orden jurídico, sino que factores políticos, históricos, sociales y económicos se incrustan en la vida constitucional de un país y hay que considerarlos.²⁷

Además, los preceptos constitucionales son mucho más genéricos que los de las leyes u otras normas. Son en general “esquemáticos, abstractos indeterminados y elásticos”, y por tanto, no predeterminan por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que este se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades.²⁸

Al respecto debemos considerar que la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento), una ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido es la

²⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 1791.

²⁷ *Idem*. p. 1791.

²⁸ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 16.

primera de las “normas de producción”, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia. Una “ley perpetua” era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (*dauernde Grundordnung*, ordenamiento fundamental estable, “el momento reposado y perseverante de la vida del Estado”, Fleiner), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias, carente de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.²⁹

¿Cuál es el significado de la interpretación de la constitución?

Por interpretación de la Constitución, se entiende el conjunto de operaciones dirigidas a determinar el significado de los enunciados lingüísticos contenidos en su texto y el objeto de la interpretación, son los enunciados (por enunciado se entiende la mínima unidad lingüística, portadora de un significado en sí completo) y no las palabras en lo individual.³⁰

La interpretación de la Constitución se integra por los siguientes factores, *primero*, la interpretación constitucional es una interpretación superior a la de las otras normas, o si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de la posibilidad de la interpretación de todas las otras normas y establece para todos los niveles del orden jurídico, la obligación de interpretar de acuerdo a la constitución; y *segundo*, porque en ella predominan enunciados de principios o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad que la de las normas del resto del ordenamiento jurídico.³¹

Como señala Lucas Verdú refiriéndose a Haberle, la Constitución es un texto abierto, en los siguientes términos,

La Constitución es un orden jurídico fundamental de un proceso público libre —*law in public action*— que, como Constitución democrática

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, Tercera Edición 1983, pp. 49 y 50.

³⁰ MODUGNO, Franco, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Fundap, Colección de Derecho, Administración y Política, México, 2004, p. 17.

³¹ CASTRO LOZANO, Juan de Dios, *La Justicia Constitucional y la Interpretación de la Constitución en México*, UNAM, Cuaderno 7 de la Serie Estudios Jurídicos, México, 2002, p. 15.

se convierte en proceso. En cuanto tal apunta al futuro. El derecho Constitucional democrático es el derecho de la publicidad (*Öffentlichkeit*) por excelencia. Publicidad es la Ley, bajo la cual la Constitución se mantiene y progresa. En la publicidad, y en sus correlatos conceptuales, se apoyan los presupuestos y vías del progreso de la Constitución. La realidad de la Constitución es la realidad del derecho público así entendido.³²

En Opinión de Fix-Zamudio, la interpretación constitucional de mayor significado es la que realizan los jueces y tribunales, tanto ordinarios como especializados, ya que todos ellos están obligados de manera expresa o implícita, por las mismas cartas fundamentales a tomar en cuenta las normas constitucionales en sus decisiones. En el caso de la interpretación judicial que realizan los organismos jurisdiccionales especializados, total o parcialmente para decidir cuestiones de constitucionalidad, éste posee carácter privilegiado y preferente.³³

Las *peculiaridades de la interpretación constitucional* se refieren a una o más de las cosas siguientes, *los agentes* de la interpretación; las *técnicas* interpretativas y los *problemas* de la interpretación. Puede darse en otras palabras que, la constitución a diferencia de las otras leyes, esté sujeta o no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de agentes diversos; o que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o incluso sólo oportuno), adoptar técnicas interpretativas específicas, diversas de las que se utilizan para la interpretación de las leyes; o incluso, que los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos diversos de los ordinarios, que nacen de la interpretación de las leyes.³⁴

La Constitución por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad, desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida; y por otro lado, incorpora normas políticas directrices, orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras. Todo este complejo normativo exige que, en un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiera mucho más que los métodos tradicionales de la interpretación de la ley. En

³² LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Ediciones Bernar, S. A., p. 32.

³³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Lineamientos Esenciales de la Interpretación Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2003, p. 3364.

³⁴ GUASTINI, Ricardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, op. cit., pp. 113 y 114.

este entendido, la interpretación constitucional puede ir más allá a través de sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de derecho público, como en el caso del método tópico orientado al problema.³⁵

También es preciso mencionar, que entre las funciones de la interpretación Constitucional, se encuentran las siguientes,

Primero, “la función de orientación” consiste en ofrecer una información acerca de, qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales. Segundo “la función de aplicación” aparece en la interpretación operativa de la constitución, cuando sus reglas son bases normativas de decisión; y tercero, la interpretación constitucional tiene una “función de control” en caso de que haya determinadas instituciones, cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución.³⁶

Finalmente, por el concepto de interpretación constitucional o interpretación de la Constitución, podríamos entender que, es el proceso mediante el que se dota a un texto normativo de un significado o contenido. Por lo cual, ésta consiste en atribuir un significado a uno o varios símbolos lingüísticos escritos en la Constitución, con el fin de obtener una decisión de problemas prácticos, fundada en la propia Norma Fundamental.³⁷

En este contexto, existen varias razones para pensar que en la interpretación de la Constitución son necesarios elementos diversos, porque en ella confluyen aspectos jurídicos, sociológicos, filosóficos y pragmáticos, y también es indudable, que se hace necesaria la inclusión de métodos o técnicas distintos a los utilizados tradicionalmente, para la interpretación de las normas comunes u ordinarias, en donde lo más complejo es realizar el procedimiento de subsunción, tarea la cual si bien no es sencilla, al menos en su mayoría no comprende la necesidad de dotar de significado, contenido y alcance a instituciones o derechos de tipo o “contenido” político.

Principios, valores y reglas

La distinción entre valores y principios, por un lado, y las reglas, por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los principios enuncian cláusulas

³⁵ LANDA, César, *Teorías de la Interpretación Constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., Editorial Porrúa, México 2003, pp. 3490 y 3491.

³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Editorial Civitas, Primera reimpresión, Madrid, 2001, pp. 93 y 94.

³⁷ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1997, p. 40.

“generales”, y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican cuestiones de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. Menos pacífica, sin embargo, es la diferencia entre valores y principios.³⁸

Para Manuel Aragón, Dworkin distinguió, como se sabe, “fines”, “principios” y “reglas”. Por lo que se refiere a las reglas, su idea coincide con la común en la doctrina. En cambio, por “fines” entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, de que pueden trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello es más conveniente la utilización de los términos “valores” y principios”, en lugar de fines y principios.³⁹

En cuanto a la distinción entre valores y principios, Prieto Sanchis opinará que se cifra en el “diferente grado de concreción”.⁴⁰

En opinión de Canosa Usera, no resulta fácil identificar cuáles son los principios y cuáles son los valores, toda vez que aquellos “informan axiológicamente” el orden jurídico y se caracterizan también por su fuerza de expansión axiológica. Sin embargo, aquello que básicamente distingue a los principios de los valores es el marcado rasgo político de los primeros, porque incorporan en sí mismos los objetivos políticos juridificándolos. La conexión, de todos modos, se advierte estrechísima en la medida en que los valores tampoco son neutrales políticamente; es más, podríamos calificarlos como los primeros principios políticos, los más generales.⁴¹

La necesaria especialización del juez como sujeto operador de la norma constitucional

En palabras de Felipe Tena Ramírez, a quién encomendar y cómo organizar la defensa de la constitución, entrañan cuestiones de primera importancia en toda organización constitucional y que han preocupado a legisladores y teóricos desde la más remota antigüedad. Los sistemas de defensa constitucional pueden clasificarse en dos grandes grupos, atendiendo a la naturaleza política o judicial del órgano a quien se deposita la defensa; así, un primer grupo encomienda la defensa de la constitución a un órgano

³⁸ ARAGÓN, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, op. cit., p. 47.

³⁹ *Ibidem.*, p. 47.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 49.

⁴¹ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, op. cit., pp. 152 y 153.

político; un segundo grupo confiere la tarea de velar por la constitución al órgano judicial.⁴²

Desde nuestro punto de vista, la magistratura constitucional requiere de una verdadera especialización, pero no nada más “enunciativa”, es decir, que la Constitución se limite a disponer quiénes son los encargados de interpretar sus disposiciones, y los requisitos para ser juez Constitucional.

Si bien por un principio de certeza, sobre las personas o específicamente los órganos, debemos conocer con detalle la designación de los funcionarios judiciales, autorizados para llevar a cabo la interpretación de la Norma Fundamental, “quienes son por un mandato constitucional los encargados de velar por la regularidad del sistema constitucional”, a la vez, también es necesario el establecimiento de un cierto “estándar de juez”.

En la actualidad un gran número de Constituciones previenen un cierto modelo de juez Constitucional “magistratura constitucional”, estableciendo un mecanismo especial para su selección y designación, en donde participan dos o más entidades, públicas o privadas, pero, se enfatiza en *el perfil del juzgador*, ya no se reduce simplemente al cumplimiento de ciertos requisitos “formales” como la licenciatura en derecho, la edad, cierto tiempo de carrera judicial, la ausencia de algún tipo de sanción judicial o administrativa que impida el desarrollo de su función, sino se privilegia la existencia de una cierta formación académica y política complementarias, y además necesarias.

Lo anterior encuentra una justificación en que, si en la comprensión de los textos normativos de la Constitución, se requiere como hemos dicho, de elementos diversos, es inconcuso que existe la necesidad de jueces especializados para entender sus contenidos, y sobre todo para aplicarlos a las controversias sometidas a su conocimiento. Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones, sobre el “sentido” (al propósito justificador, el objetivo o principio), de la práctica legal común en todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle de las de otros jueces. Sin embargo, una variedad de fuerzas mitiga esas diferencias y conspira hacia la convergencia.⁴³

Así, el juez es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados, el primero de ellos y más general (en consecuencia diremos *lato sensu*), es aquel que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado y de manera más particular y precisa (por lo que diremos *stricto sensu*), juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal.⁴⁴

Pero, por juez constitucional debemos entender aquel funcionario del Estado, que ejerce la jurisdicción que emana de la Constitución, en nuestro medio los que conocen de los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La tarea del juez Constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la Constitución, el equilibrio de poderes establecido por la Constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de contribuir con su acción a la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos de las minorías.⁴⁵

Tradicionalmente, entre otros, existen dos sistemas o modelos de jurisdicción constitucional, el modelo americano en el que todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes, que estime contrarias a la constitución o el sistema europeo, en el que sólo un tribunal especial —el tribunal constitucional— tiene competencia para pronunciar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley.⁴⁶

Requisitos para la designación de los jueces constitucionales en algunos países latinoamericanos

En la discusión objetiva sobre la idoneidad de las personas que deben ocupar un lugar dentro de los tribunales constitucionales, o aquellos sujetos que daban revestir y ejercer la jurisdicción constitucional, se mezclan diferentes tipos de sistemas de designación, como son los nombramientos

⁴⁴ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo de las letras 1-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa, 8ª Edición, México, 1995, p. 1845.

⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Proceso y Constitución*, Número 1, enero-junio 2004, Editorial Porrúa, México, p. 88.

⁴⁶ FERRERES, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia, Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos*, Miguel Carbonell, compilador, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 242.

⁴² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 26 Edición, México, 1992, p. 493.

⁴³ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Serie Filosofía del Derecho, Editorial Gedisa, Barcelona, España, Segunda Edición, 1992, p. 72.

por el poder ejecutivo; por el poder legislativo; por el poder judicial; nombramiento con intervención de dos o más poderes; por elección o sufragio popular y mixto.⁴⁷ La necesidad de dotar de independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, al Tribunal Constitucional y de imparcialidad a los magistrados que lo integran, hace necesario que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias, que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida lo que hace dirigir la mirada sobre el sistema y requisitos para ser nombrado juez del Tribunal Constitucional, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el sistema de incompatibilidades, el régimen de inmunidades, asimismo, el sistema de elección del Presidente del Tribunal.⁴⁸

Bolivia

Los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos de entre quienes reúnan las mismas condiciones, que para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia. El artículo 119. IV de la Constitución, que es complementada por el artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional, precisa como requisitos:

...Ser Boliviano de origen, haber cumplido los deberes militares, que tenga a lo menos 35 años de edad, con título de abogado en provisión nacional y con más de diez años de ejercicio profesional o cátedra universitaria con idoneidad, no haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado, ni tener pliego de cargo ejecutoriado; no estar comprendido en los casos de incompatibilidad establecidos por la ley...⁴⁹

Chile

La Constitución en su artículo 81 determina que los requisitos para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, son los siguientes:

⁴⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, Novena Edición, México, 2003, p. 55.

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional*, op. cit., pp. 67 y 68.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 67.

...ser abogados con quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no tener impedimento alguno que los imposibilite para desempeñar el cargo de juez.⁵⁰

Colombia

Los artículos 231 y 232 de la Constitución establecen, que para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere:

...ser Colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial o pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos; haber ejercido durante diez años cargos en la rama judicial o el Ministerio Público, o ejercido la profesión de abogado o cátedra universitaria en una disciplina jurídica.⁵¹

Ecuador

Los Magistrados del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 275, inciso 2º, de la Constitución, deben reunir los mismos requisitos que para ser ministro de la Corte Suprema, siendo los siguientes:

... ser ecuatoriano por nacimiento y estar en el ejercicio de los derechos ciudadanos, ser abogado, tener más de cuarenta y cinco años de edad y un ejercicio profesional con calidad notoria de la abogacía, judicatura o cátedra universitaria en materia jurídica de no menos de quince años...⁵²

Perú

Se requieren las mismas exigencias que para ser Magistrado de la Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución, lo que explicita el artículo 10º de la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional, que al efecto son:

...ser peruano de nacimiento; estar en el ejercicio de los derechos ciudadanos; tener más de cuarenta y cinco años; haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria por más de quince años o haber sido magistrado de Corte Suprema o Superior o Fiscal Supremo, o Superior por un periodo no inferior a diez años".⁵³

⁵⁰ *Ibidem*., p. 67.

⁵¹ *Idem*..

⁵² *Ibidem*., p. 68.

⁵³ *Idem*.

Venezuela

Para ser nombrado magistrado de la Sala Constitucional del tribunal Supremo, de acuerdo al artículo 263 de la Constitución se requiere:

...ser venezolano por nacimiento y sin otra nacionalidad; tener reconocida honorabilidad; jurista con reconocida competencia; haber ejercido la abogacía por un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica, o ser profesor universitario de ciencias jurídicas durante al menos quince años y tener la calidad de profesor titular, o juez superior en la especialidad de la sala con reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones y con un mínimo de quince años en la carrera judicial.⁵⁴

De este modo, bajo un parámetro constitucional, en la selección de las personas que habrán de ejercer la magistratura constitucional, además de los requisitos inexcusables de la nacionalidad, ser abogado, la edad y la honorabilidad debidas, se da pauta a la posibilidad de personas que cuenten con experiencia en el ámbito académico, pues se requiere tener experiencia universitaria, por lo menos en un tiempo mínimo de diez años para poder ser elegibles en el encargo de juez o magistrado constitucional. Lo cual quiere decir, se puede optar entre abogados de formación tradicional o quienes se hayan desempeñado en la cátedra universitaria, incluso, preferentemente, sobre aquellos otros quienes se hayan desempeñado dentro de la judicatura. Una razón más quizá, para seleccionar a quienes tengan experiencia académica, lo puede ser que, la cátedra y la investigación universitaria proporcionan al funcionario una visión distinta del derecho, de las leyes y la Constitución, y por supuesto de la interpretación, lo cual convierte a su pensamiento en "más universal", lo cual si bien no garantiza un óptimo desempeño del cargo de juez constitucional, al menos brinda una expectativa de que sus cánones o estándares de decisión serán distintos a los tradicionales.

A decir de Louis Favoreau, los Tribunales Constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos, la designación de los miembros no obedece a los criterios tradicionales... los orígenes de sus miembros son muy parecidos,

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional*, op. cit., p. 68.

compartiendo la característica principal de la importante proporción de profesores universitarios. A este respecto, por lo demás, puede señalarse que no se trata de una casualidad, pues en diversos países, la independencia de los profesores de universidad es mayor que la de los magistrados.⁵⁵

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A PARTIR DE LAS REGLAS

Si bien, como lo hemos precisado, existe la representación de valores y principios dentro de los postulados de la Constitución, también lo es que se mantiene la intervención de "ciertas reglas", "por ejemplo, en el caso de la Constitución Mexicana, lo dispuesto por el artículo 20 en el sentido de que una vez consignado un detenido y puesto a disposición, el Juez debe recibir su declaración preparatoria en el plazo de *cuarenta y ocho horas*, mientras que en el de *setenta y dos*, debe resolver su situación jurídica", es indudable, que en este caso, estamos en presencia de una regla y no de un valor o un principio, el cual no requiere de mayor interpretación; por tanto, en este caso, resulta posible implementar la subsunción, para observar si es cumplida o no esta obligación constitucional dispuesta a favor de cualquier inculpado; por lo tanto, en supuestos como este, no se desecha por completo, este tipo de interpretación.

Entender que el contenido de la Constitución se integra únicamente por reglas, sería en el sentido que lo hace James Goldschmidt, para quien, el derecho es un complejo de normas sociales. Más concretamente, el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad e inspiradas en la idea de justicia, que, para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, y que, en general, establecen contra la violación de los deberes, la represión por parte de la comunidad organizada.⁵⁶

El derecho es un complejo de normas, es decir, de reglas para la conducta humana. El derecho no es un complejo de "actos", a saber, el conjunto de los actos realizados por el Estado para asegurar el fomento de los intereses colectivos, por el establecimiento y la realización de un sistema de

⁵⁵ CARBONELL, Miguel, *La Constitución Pendiente*, UNAM, 2004, p. 127.

⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas Generales del Derecho*, Editorial De palma, Buenos Aires, Argentina, 1944, Obra Póstuma, p. 1.

normas garantizado por la coacción y de medidas coactivas reguladas por normas.⁵⁷

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.⁵⁸

¿Cómo se determina la existencia de un conflicto entre reglas?

Para ello, es necesario, seguir los siguientes pasos o etapas,

*Primera etapa, determinación del problema.*⁵⁹

- a) Es la fase del análisis normativo, también se podría considerar como una reconstrucción sintáctica de las normas, se reordenan los elementos del enunciado normativo de tal manera, que aquellos que forman parte del supuesto se colocan antes de la cópula y los elementos que integran la consecuencia jurídica se ordenan juntos. A continuación, de ser necesario, se buscan en otros enunciados normativos correlacionados, los electos que completan la norma.
- b) Se procede a la reproducción semántica de la norma, que ha sido identificada mediante la interpretación directa (descubrimiento y atribución de significado) y sistemática, posteriormente se identifican y atribuyen uno o varios significados preliminares, que constituyen la gama de alternativas de decisión del juez, en esta fase es necesario revisar el contexto y la relación con otras normas.
- c) Análisis lógico o determinación de la incompatibilidad de las normas, en esta fase se aplica tanto la lógica deóntica para el análisis de la oposición entre los operadores deónticos, como la lógica formal para analizar la compatibilidad de las conductas reguladas. De la

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 2.

⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 83.

⁵⁹ Los pasos para la solución de los conflictos entre reglas, se proporcionan por HUERTA OCHOA, Carla, en su obra *Conflictos Normativos*, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Número 142, México 2003, pp. 197 y 198.

determinación de la forma en que los contenidos se relacionan, es posible conocer la existencia de un conflicto normativo e identificar el tipo del mismo.

Segunda etapa, solución del conflicto.

- d) Aplicación de principios derogatorios cuando se encuentran reconocidos por el sistema, como reglas de solución de conflictos normativos.
- e) De ser insuficientes o inaplicables, buscar en el sistema jurídico una idea, principio o valor rector que supla las reglas tradicionales de solución, en esta fase la interpretación se debe concebir como actividad creadora.
- f) Argumentación como elemento conciliador de intereses y de justificación de la elección de las normas y su interpretación debida.

Colisión entre normas

Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos una de las reglas.⁶⁰

Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso, significa que vale también su consecuencia jurídica.⁶¹

El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como "lex posterior derogat legi priori", "lex especiales derogat legi generali", pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una conclusión acerca de la validez.⁶²

Breve esbozo del "término principio"

La legislación ordinaria, puede también "y de hecho es así", obedecer o contemplar ciertos principios; sin embargo, no es la pretensión de este trabajo hacer un estudio entre los principios generales del derecho, ni tam-

⁶⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 88.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 88.

⁶² *Idem.*

poco esbozar alguna solución, cuando un principio obtenido de una norma de derecho ordinaria, se colisiona con otro de la misma categoría, pues nuestro tema se centra sobre la interpretación de los principios en el orden constitucional.

Aquí creemos conveniente recordar, alguna parte de la discusión en la doctrina, sobre el tema de los *principios jurídicos*, se ubica en dilucidar, si es correcta esta denominación, o es más conveniente la utilización del axioma principios *generales del derecho*, si se trata de dos cosas diferentes o por el contrario son equivalentes.

Si recurrimos a su concepción etimológica, el término latino *principium*, está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* —tomar— y en el sustantivo *caput* —cabeza—, tiene entonces un sentido histórico, (lo antiguo), un sentido axiológico (lo valioso), y un sentido ontológico (cabeza).⁶³

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera como primero en una extensión o cosa”, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes”.⁶⁴

En opinión de Jiménez Cano, debe darse por tanto, los mismos significados tanto a la expresión principios jurídicos, como en la de principios generales del derecho.⁶⁵

Empero, como lo señala García Máynez, para ciertos tratadistas, “los principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural”.⁶⁶

En nuestra opinión consideramos que, si bien no desconocemos la existencia de una buena cantidad de juristas y estudiosos sobre el tema, respecto a que cuando se hace alusión al término principio, en realidad se hace referencia ya sea a los principios del derecho romano, a los principios del derecho natural, o incluso, a los principios jurídicos *strictu sensu*, enten-

⁶³ JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, *Sobre los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en Derecho Español*. [Http://filosofiyderecho.com/rtd/numero3/1-3.pdf](http://filosofiyderecho.com/rtd/numero3/1-3.pdf).

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 371.

diendo por tales sólo aquellos positivizados o previstos por la legislación, de ahí la acepción de principios jurídicos-positivos.

Para nosotros, si bien no desconocemos que la fuente originaria de los principios se gestó dentro del derecho natural, y estos como principios generales del derecho o, incluso, por tener su origen gran parte de ellos en el derecho Romano, prueba de ellos es que prevalecen todavía dentro de nuestra legislación ordinaria vigente, como son el derecho civil, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho administrativo, etcétera; empero, desde nuestro punto de vista resulta necesario hacer la distinción, que cuando se utiliza la denominación de principios constitucionales, principios de carácter constitucional o principios de la constitución; en realidad, se trata de un tipo de principios de naturaleza “diferente” y, por tanto, las pautas para su interpretación son disímiles, a cuando se trata de los principios generales del derecho.

Por otro lado, retomando el cuestionamiento, acerca de si, ¿el método de la subsunción es apropiado para resolver problemas de carácter constitucional?, y más específicamente, ¿cuándo estamos en presencia de un principio constitucional o un derecho fundamental, su utilización, proporcionará una solución coherente y satisfactoria del caso?.

Una respuesta afirmativa de la premisa planteada, acerca de si la subsunción es utilitaria en la resolución de casos difíciles, o al menos de aquellos en donde está de por medio la Constitución, conduciría a pensar, como lo expresa García de Enterría, “pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador, no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones, capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene... Si el derecho fuese, en efecto, únicamente un sistema de mandatos del estado, habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley, buscando sobre todo precisar el sentido exacto de ese mandato a través de una inquisición de la *voluntas legislatoris*”.⁶⁷

La idea que se pretende articular, es al menos, para nosotros, que la interpretación de los derechos establecidos en la Constitución, pero sobre todo cuando los entendemos como principios, ya no puede reducirse a la antigua fórmula del silogismo judicial, porque el resultado o producto interpretativo sería equivocado o con mucho margen de error, o no siempre

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 18 y 19.

alcanzaría una solución satisfactoria, pues la Constitución no puede albergar un sin número de soluciones posibles a cada caso concreto, tipificándolo o estableciendo un presupuesto de hecho con una hipótesis específica como lo hace el derecho penal sustantivo, para cada delito, o el derecho civil para cada institución, como la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, los testamentos, etcétera, o sea, definiendo claramente cada supuesto de hecho y una hipótesis normativa, que de adecuarse, bastará ubicarla en cada supuesto aplicable y proceder a resolver el caso.

Sin embargo, hoy día, restringir el concepto de interpretación al simple desentrañamiento del sentido de la ley, sería menospreciar la existencia de otras fuentes; la interpretación del derecho no puede acotarse en la interpretación de la ley, ni la ley puede revelar la verdadera interpretación del derecho. La teoría del *ius strictum*, sostiene que el auténtico sentido regulativo de las normas jurídicas está depositado en su estricto tenor literal.⁶⁸

Tratándose de la constitución de nuestro país, como este tipo de normas, más bien se entiende como un catálogo de derechos fundamentales, principios, reglas y valores, es innegable que no puede contemplar una solución para cada caso, como si lo hacen en la generalidad los códigos de cualquier materia; por ello, la solución de un problema determinado se debe obtener por medio de la interpretación, por tanto, sería más adecuado la inclusión del método de la ponderación entre principios para el arreglo de esos eventuales problemas jurídicos, pero ya no el de la subsunción.

¿Qué son los principios constitucionales?

Una de las hipótesis en la ruptura del positivismo, como lo señala García de Enterría, podría tener su origen en un acontecimiento real, “la consagración jurisprudencial, cada vez más segura y resuelta, de la técnica de los principios generales del derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la ley, como pretendía la redacción originaria del Código Civil de 1889, sino como elemento informador del ordenamiento jurídico”.⁶⁹

En la discusión acerca de los principios jurídicos, Manuel Atienza nos dice que, ésta arrancó con la teoría del derecho auspiciada por Ronald Dworkin en un artículo denominado *El modelo de las reglas*; sobre la pre-

⁶⁸ GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, LIMA TORRADO, Jesús, MARÍN CASTÁN, María Luisa y DE PRADA GARCÍA, Aurelio, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*. Editorial Civitas, Primera Edición 1997, Madrid, p. 47.

tensión de dicho trabajo, según nos ilustra dicho autor, fue la impugnación de las ideas de H. L. A. Hart, quien era considerado como la visión más poderosa del positivismo jurídico. Para Dworkin, la teoría positivista había sido incapaz de dar cuenta en el derecho sobre pautas interpretativas distintas a las reglas, o sea la de “principios”.⁷⁰

En nuestro concepto, podemos afirmar, actualmente subsiste una escasa o nula discusión sobre la naturaleza normativa *intrínseca* de la Constitución, la cual se constituye como una norma jurídica, pero la de mayor grado dentro de la escala jerárquica del sistema interno de los Estados; así, pues, la Constitución contempla una serie de valores y un sistema de principios, lo cual deriva indefectiblemente en su superioridad, y ello hace surgir, al menos, la necesidad de que la interpretación de todo el ordenamiento se realice de conformidad con ella.

Para poder dar respuesta a la interrogante principal, sobre ¿qué son los principios jurídicos previstos en la Constitución?, o más específicamente, a qué nos referimos cuando hablamos de ellos, al menos se puede recurrir a tres direcciones distintas,

— *La primera*, a la cual se le puede denominar un enfoque estructural, y consiste en ver a las normas como entidades organizadas en cierta forma; *la segunda*, manera característica de entender a las normas, se encuentra en el papel o función que las mismas cumplen o pretenden cumplir, en el razonamiento práctico de sus destinatarios; y *la tercera aproximación*, consiste en ver a las normas no en términos de casos y soluciones, o de razones para la acción y razonamiento práctico, sino en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad.⁷¹

Sin embargo, hasta aquí, apenas nos hemos aproximado a la delimitación del problema.

Para acercarnos más a una definición sobre el concepto de “los principios jurídicos constitucionales”, la cuestión no es de poca envergadura, pues como lo señala Javier Ezquiaga, para ello debe acudir a los trabajos de aquellos autores quienes han centrado su atención en los principios, —tanto generales como constitucionales—, existe una cantidad enorme de tipologías y de catálogos que ofrecen una solución, como en su concepto son los trabajos de Bobbio, Carrió o Wróblewsky. En el caso del Tribunal

⁷⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho, Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel Derecho, segunda edición, octubre de 2004, Barcelona, España, p. 23.

⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

Constitucional Español, pueden existir varios factores que permitirían la identificación de algún principio, o al menos, existen características localizadas por el tribunal las cuales llevarían a su ubicación, como los son:

- a) cuando en sus resoluciones habla de algún artículo que en su concepto mantiene el carácter de fundamental;
- b) la consecuencia o deducción de un artículo de la Constitución Española;
- c) los rasgos fundamentales de una regulación, de una ley, o de un sector de la legislación; y,
- d) los principios generales del derecho.⁷²

Sobre el tema, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero nos indican lo siguiente,⁷³

- Por un lado, se puede distinguir como principios en el sentido de norma muy general, entendiendo por tales las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales, por ejemplo, el artículo 1901 del Código Civil Español cuando establece, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.
- También se puede entender por principio, en el sentido de una norma redactada en términos particularmente vagos, como el artículo 7, a.p. 2 del Código Civil Español, el cual dispone, “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.
- Igualmente, a su decir, se puede entender por principio, en el sentido de una norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, por ejemplo, el artículo 51 de la Constitución Española, que establece, “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos”.
- O por otro lado, también se puede comprender como principio, en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un orde-

⁷² EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional y Otros Problemas de Aplicación e Interpretación del Derecho*. op. cit., p. 48.

⁷³ Las ideas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en relación a la clasificación de los principios pueden ser consultados con mayor amplitud, en la obra ya citada en este trabajo “Las Piezas del Derecho”.

namiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etcétera, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Española, “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

- Igualmente, se puede comprender por principio, en el sentido de la norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etcétera, por ejemplo, el artículo 4 a.p. 2 del Código Civil, “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellos”.
- Finalmente, desde su concepción, también puede conceptuarse como principios en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo, ejemplo de lo primero es (al menos en el derecho español), el principio de jerarquía normativa (en el artículo 9.3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional, que aún sin estar formulado explícitamente, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla).

En relación al tema, Guastini nos señala que, actualmente en el debate internacional sobre la discrecionalidad judicial, algunos distinguen entre normas (*rules*) y principios (*principles*), con el mal disimulado objetivo de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*), aplicando principios ético-políticos no positivizados en la constitución o en la legislación.⁷⁴

Empero, al no ser normas “dictadas”, expresamente formuladas en las fuentes del derecho, no son ni siquiera reconducibles a los criterios de

⁷⁴ GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”, Editorial Gedisa, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Primera Edición 1999, Barcelona España, p. 144.

validez (o reconocimiento), propios del ordenamiento positivo. Los principios, aunque subyacentes al ordenamiento positivo como sus fundamentos, son más bien valores prejurídicos y, por tanto, metajurídicos, en última instancia, son instancias morales.⁷⁵

Desde el punto de vista de Guastini, la distinción entre principios y normas ha sido trazada en no menos de cinco modos distintos,⁷⁶ cuyos aspectos son los siguientes,

1. Una primera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su formulación, las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.

2. Una segunda tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su contenido normativo. Esta tesis tiene, al menos, dos variantes.

- a) A veces se sostiene que los principios se distinguen por su generalidad, es decir, por la amplitud de su campo de aplicación.
- b) Otras veces se piensa que los principios, a diferencia de las normas, no dirigen los comportamientos sino las actitudes.

3. Una tercera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su estructura lógica, los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“si se produce el hecho f, entonces se sigue la consecuencia jurídica G”) ya que o bien están, sin más, privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto.

4. Una cuarta tesis pretende caracterizar los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría tiene dos variantes.

- a) Según algunos, los principios son normas “fundamentales”, es decir, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas.
- b) Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad “material” —*id est* axiológica— del ordenamiento en su conjunto,

⁷⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, op. cit., p. 145.

de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.

5. Una quinta teoría, finalmente, pretende caracterizar los principios en virtud de la forma como éstos funcionan, en la interpretación o en el razonamiento jurídico. En especial,

- a) Los principios no admiten una interpretación literal;
- b) Los principios orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento (las normas de detalle tiene que ser interpretadas de forma que sean coherentes con los principios);
- c) La aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción;
- d) Los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la “ponderación” o del “balance”.

Así, los principios son vistos como una fuente alternativa para la solución de conflictos jurídicos, como algo distinto, como algo sobresaliente, como algo más importante, como algo más general, o como algo más incompleto, pero de alguna manera muy diferente al concepto de las normas jurídicas.

Ahora bien, al examinar el ordenamiento constitucional, es preciso realizar algunas acotaciones sobre la intersección entre principios, valores y normas,

- I. No todas las normas constitucionales son principios, y, recíprocamente, puede haber principios constitucionales que no estén explícitamente enunciados en una norma.
- II. Los principios siempre encarnan algún tipo de valor, pero no todos los valores son principios jurídicos, en tanto no son valores políticos o, siéndolo, no son materializables jurídicamente *ipso facto*.
- III. Los “principios constitucionales” abren la puerta a la dimensión axiológica del derecho, con todas las posibilidades que ello brinda, pero también, pueden representar algunos peligros, como son, la posibilidad de incurrir en su uso desmesurado, lo cual equivaldría al derrocamiento del derecho en sí mismo en lugar de reforzarlo, pues si se exagera en la utilización de los principios, o todo quere-

mos verlo bajo la óptica de un principio, se incurre igualmente en el riesgo de desnaturalizar los otros contenidos de la Constitución.

Pero continuamos con la interrogante ¿qué son los principios jurídicos constitucionales, o a qué criterio apelamos cuando nos referimos al concepto de principio?

Otras notas distintivas, acerca de los principios constitucionales, serían las siguientes,⁷⁷

- 1ª. Una diferencia estructural. Los principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del derecho son fundamentos originarios del mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas; como elementos cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas y por último, “en la realización del derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta, mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas”, ofreciendo soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia.
- 2ª. Una diferencia Funcional. Las normas funcionan como medida (nomos) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber ser de algo.
- 3ª. Una diferencia genética. Las normas proceden de la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los principios tienen su origen en la propia naturaleza del derecho, y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el derecho aparece.⁷⁸
- 4ª. Diferencias aplicativas. Mientras que las normas se aplican o no se aplican, “las normas son aplicables a la manera de disyuntivas” (Dworkin, edición de 1993, p. 75) y si se aplican se puede hacer de forma inmediata, los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan referirse a un caso concreto.

⁷⁷ JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, *op. cit.*, “Sobre los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en Derecho Español”, <http://filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/1-3.pdf>.

⁷⁸ *Idem.*

5ª. Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación. Mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar ésta. “Llamo principios a un estándar que ha de ser de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, ed. 1993, p. 72).

6ª. Una diferencia de validez. Un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que si ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra (vid. Dworkin, ed. 1993, pp. 77 y 78).

7ª. Una diferencia justificativa. Las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

8ª. Una diferencia exegética, los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

Para Bidart Campos, si principio es algo de lo cual algo procede, tanto en la línea del ser como del conocer o del obrar (Aristóteles), cabría decir que los principios generales del derecho no proceden de la Constitución, sino al revés, que la Constitución que los positiviza procede de ellos, porque ellos la preceden. Y cuando se impute que esto es iusnaturalismo puro, responderemos que negarlo rotundamente es iuspositivismo también puro. Pero con una diferencia porque del positivismo que hace del estado la fuente primaria y única de todo el derecho decimos que, más que puro es espurio.⁷⁹

Los principios como mandatos de optimización

En este sentido los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho, de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la debida medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.⁸⁰

⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Nociones Constitucionales (Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución)*, UNAM, Ediar Sociedad Anónima Editora e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Argentina 2007, p. 103.

⁸⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales. op. cit.*, p. 86.

Colisiones de principios y conflictos de reglas

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios.

Las colisiones de principios se solucionan de manera distinta al conflicto entre reglas (ya referido previamente). Cuando dos principios entran en colisión, tal como es el caso cuando algo está prohibido, y según otro principio está permitido, uno de los principios tiene que ceder frente al otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser resuelto de manera inversa. Los principios tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso.⁸¹

La interpretación de la Constitución tomando en cuenta la existencia de principios

Si tomamos en cuenta la existencia de principios dentro de la Constitución, resulta poco útil el método o técnica de la subsunción, pues es casi inexistente la posibilidad de realizar un silogismo judicial, para discernir y determinar derechos tales como la vida, la libertad, la salud, la educación, el derecho a la intimidad, a la no discriminación, etcétera, reduciéndolos a la fórmula simplista de adecuación de sus elementos, esto es, premisa mayor, premisa menor y conclusión.

Además, la primera dificultad para aceptar la tesis tradicional de la subsunción, estriba ya en la determinación de “la premisa mayor”, es decir, de la norma a aplicar. Existen sin duda casos, y bastante abundantes, en que la norma es clara y unívoca, pero en otros pueden presentarse dificultades considerables.⁸²

Respecto de ello se han formulado una serie de críticas, en relación al silogismo judicial, como son, 1. la ineficacia del silogismo para el esta-

⁸¹ *Ibidem.*, p. 89.

⁸² LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 77.

blecimiento de las premisas. 2. La inviabilidad del mismo para explicar la actividad judicial; y, 3. La no conformación del silogismo jurídico a los cánones de la lógica.⁸³

Para la solución de conflictos tomando como base la presencia de principios dentro del orden constitucional, la técnica adecuada es la *ponderación*, la cual significa, hacer una especie “de balanceo” entre los derechos en juego, y decidir para el caso concreto, cuál de ellos reviste mayor peso para la toma de decisión, sobre lo cual nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero es conveniente adelantar desde ahora, lo que constituye la posición más adecuada para dirimir los conflictos entre principios constitucionales.

El método de la ponderación

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales, es el papel de la ponderación o el balanceo.⁸⁴ La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales, en el derecho Constitucional Alemán, la ponderación forma parte de un principio más amplio el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁸⁵

La ley de la ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas, La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercer etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.⁸⁶

Una buena parte de los publicistas, en relación a la teoría principialista,⁸⁷ asumen la idea de que los conflictos entre principios no se resuelven por medio de los criterios tradicionales, como son, el criterio de *lex specialis*, *lex generalis*, *lex superior*, *lex posterior*, etcétera, ni tampoco utilizando la subsunción, sino mediante el “balance” o la “ponderación” de los propios

⁸³ ANDRUET, Armando S., *Teoría General de la Argumentación Forense*, Alveroni Ediciones, Primera Reimpresión, Córdoba, Argentina, 2003, p. 152.

⁸⁴ ANDRÉS IBAÑES, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, UNAM, 2006, p. 1.

⁸⁵ *Ibidem.*, pp. 1 y 2.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 5.

⁸⁷ Como muestra de ello, las obras de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y otros, brindan abundantes muestras de apoyo sobre la utilidad de la ponderación.

principios en el caso concreto. Con esto se alude a una operación intelectual que, bajo un análisis lógico, parece presentar tres características sobresalientes.⁸⁸

- a) La primera característica sobresaliente de la ponderación, consiste en una interpretación peculiar de los principios de que se trate (o de las disposiciones que los expresen).
- b) La segunda característica sobresaliente de la ponderación, consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete, precisamente, mediante un juicio de valor.
- c) La tercera característica sobresaliente de la ponderación, consiste en lo siguiente, para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto.

La ponderación se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios en juego y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”). Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios, un conflicto sobre el otro (como sucedería si se adoptara, en cambio, el criterio “*lex specialis*”); toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.⁸⁹

Esta idea sobre la inaplicación de los criterios tradicionales para el caso de los principios, como suele darse en las antinomias ordinarias, es compartida por Cárdenas Gracia, cuando expresa que, los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto.⁹⁰

⁸⁸ GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”. *op. cit.* p. 169.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁹⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La Argumentación como Derecho*, UNAM, 2005, Primera Edición. p. 114.

Sin embargo, más específicamente, por ponderación debemos entender, “la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos”.⁹¹

Para establecer la forma de la ponderación, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman su estructura, la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.⁹²

El balancing test o ponderación

Constituye uno de los métodos de interpretación constitucional empleados en la resolución de los conflictos. Suele denominarse *balancing* o *test* de ponderación, y consiste en contrapesar los bienes jurídicos en liza —intereses públicos y/o derechos individuales—, de acuerdo con las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante o pesa más en el supuesto y cuál debe rendirse. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable —en virtud de que existe una razón suficiente que compela a restringir—, la limitación de un derecho en aras de intereses generales. En el *balancing*, por tanto, no se trata, de que uno de los derechos sea en abstracto considerado jerárquicamente superior, sino que se parte de la colisión para decidir, contrapesando los distintos elementos —ponderación viene del latín *pondus*, peso—, cuál de las dos regulaciones contrapuestas resulta más necesaria o justificada para proteger al respectivo derecho o bien.⁹³

Así pues, para los conflictos se suele proponer también la ponderación, palabra con la que se suele traducir el término inglés *balancing*, utilizado

⁹¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión marzo de 2005, p. 97.

⁹² *Ibidem*, p. 99.

⁹³ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina 2000, p. 10.

en el derecho estadounidense. Ponderación no sería otra cosa que sopesar los derechos en juego.⁹⁴

La ponderación de valores (bilanciamento) en la jurisprudencia Italiana

Por lo que se refiere al caso Italiano, la jurisprudencia ha utilizado en ocasiones la formula del *bilanciamento*.⁹⁵

Si bien la *Corte Costituzionale*, no ha utilizado criterios análogos a la doctrina americana de la *preferred position*, ni ha elaborado ningún “orden objetivo de valores”, como ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán, ha renunciado a toda posibilidad de establecer un orden abstracto, o predefinido. En efecto, la ponderación debe realizarse caso por caso. Sólo en relación a determinadas circunstancias fácticas puede surgir un conflicto entre principios; la ponderación debe tener en cuenta estas circunstancias concretas, que actúa como condición de la prevalencia de un principio sobre otro.⁹⁶

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.⁹⁷

Por otro lado, se ha advertido del peligro de construir por vía meramente deductiva una graduación de valores constitucionales; estos deben utilizarse con cautela, valorando preferentemente la posibilidad de una interpretación armonizadora, salvo en aquellos casos en que la prevalencia de un valor derive de su especial utilidad social o interés general. Ninguna jerarquía formalmente preestablecida de valores, puede evitar que éstos se conviertan en “tiranos”, además de que ninguna graduación entre ellos conseguirá en la práctica serlo *sub specie aeternitatis*. La pluralidad de principios, y la ausencia de jerarquía formal entre ellos, hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación.⁹⁸

⁹⁴ CIANCIARDO, Juan, *El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, España 2000, p. 116.

⁹⁵ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1997, p. 232.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 232 y 233.

⁹⁷ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*. *op. cit.*, p. 139.

⁹⁸ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *op. cit.*, p. 234.

El balancing y la preferred position en la jurisprudencia Norteamericana

La técnica del *balancing* o contrapeso de valores puede presentar dos variantes, a) La primera consiste en contraponer dos valores y emitir un juicio de valor, ya sea para determinar, cuál de ellos puede prevalecer o bien para encontrar el equilibrio entre ambos (que es realmente un *balancing*), b) La segunda es aquella que frente al caso concreto, intenta averiguar el interés en juego, ya sea para realizar un juicio de valor hacia uno de ellos o para tratar de equilibrar los distintos intereses; este último supuesto se asemeja más a la denominada jurisprudencia de intereses que al *balancing*.⁹⁹

El Alto Tribunal Norteamericano, ha formulado una regla de interpretación consistente en que, para la aplicación de determinados principios o normas constitucionales, hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego para contrapesarlos y, o bien dar primacía a uno de ellos, o bien buscar un equilibrio entre ambos. No obstante el *balancing* presenta numerosos problemas, sobre todo porque es muy difícil elaborar una escala de valores axiológica, que sirve para determinar el sentido que hay que dar al contrapeso y decidir de esta manera el resultado. El *balancing* debe ser utilizado cuidadosamente para que la formula del contrapeso, cumpla con la función que le es propia, es decir, que respete el equilibrio constitucional y garantice la efectividad de los derechos en su conjunto y para el caso concreto a la vez.¹⁰⁰

El termino *balancing* se ha utilizado con varios significados diferentes, además de un sentido muy amplio que lo equipara a las doctrinas del *self-restraint*, puede hablarse de *balancing* en un sentido amplio como contrapeso de valores e intereses constitucionales; en este segundo sentido, equivalente al *Güterabwägung* Alemán, estaríamos ante una consecuencia lógica de la jurisprudencia de valores.¹⁰¹

En un sentido estricto *balancing* significa tener en cuenta o ponderar los intereses concretos del supuesto de hecho en juego y es similar a las técnicas basadas en el caso concreto o a la *Interessenjurisprudenz* alemana.

Si bien podría decirse que toda interpretación constitucional produce como resultado un contrapeso o jerarquización de valores, al reconocer

⁹⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En Busca de una Interpretación Constitucional*, Editorial Ediar, Argentina 1997, p. 29.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰¹ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *op. cit.*, p. 235.

la primacía de algunos de ellos, el *balancing* como método interpretativo sólo se aplica cuando el tribunal formula una regla de interpretación, que expresa que para la aplicación de determinado principio o norma constitucional, hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego para contrapesarlos. El método del *balancing*, se proyecta en realidad sobre los derechos humanos, en relación con otros intereses que pueden actuar como sus límites, el problema es el mismo que si se aplica en la ponderación entre valores.¹⁰²

La teoría de la *preferred position* supone un complejo de criterios de valoración e instrumentos de garantía, que se podrían sistematizar así,

- a) Restricción de la presunción favorable que normalmente asiste a las valoraciones del legislador (aunque quizás no quepa hablar de una verdadera inversión de la carga de la prueba).
- b) Una cierta ampliación de la capacidad de actuar, debida a la exigencia de que la ley que afecte esas libertades no posee “un alcance excesivo”, o carezca de precisión (*overbreadth test* y *criterio de vagueness*), o incluso, a la necesidad de que la medida legislativa constituya la *least restrictive alternative*.
- c) El aludido criterio del *clear and present danger*; si bien este último criterio se ha sustituido por un *balancing test*.¹⁰³

La ley de ponderación

Según esta regla, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.¹⁰⁴

La fórmula del peso

Con ella, según lo refiere Alexy, significa el peso de cada principio, por ejemplo “el peso del principio Pi en concreto, en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi, en concreto su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación por otra”.¹⁰⁵

¹⁰² *Ibidem*, p. 236.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 237 y 238.

¹⁰⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 99.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 101.

Las cargas de la argumentación

Estas cargas operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos.

Empero, ¿Cómo podría emplearse una técnica para la solución de conflictos entre principios?

Primera Etapa, determinación del problema.¹⁰⁶

- a) El primer paso radica en la identificación de los principios contenidos en los enunciados normativos, por lo que resulta necesario realizar el análisis normativo y proceder a la reconstrucción sintáctica de la norma, se reordenan los elementos que integran el principio y que han sido extraídos de otros enunciados normativos, separándolos de los derechos y obligaciones que integran la consecuencia jurídica. A pesar de que algunos autores consideran que los principios carecen de supuesto de hecho, la reconstrucción de la estructura de la norma es posible.
- b) Los principios se componen en ocasiones de diversos enunciados normativos, o bien conforman una institución jurídica, pero también pueden ser formulados como un derecho o una libertad. De modo que para su identificación es necesario realizar la interpretación de diversas normas, y a través de la interpretación sistemática es posible atribuirles un significado preliminar.
- c) Una vez determinados los principios en conflicto, mediante el análisis lógico se puede determinar el grado y tipo de incompatibilidad de las normas.

Segunda etapa, solución del conflicto entre principios.

- d) Revisión de la jurisprudencia y de antecedentes en la interpretación de los principios en cuestión.
- e) Ponderación del peso específico de los principios aplicables al caso, evaluando las circunstancias específicas. Cuando el conflicto no pueda ser resuelto mediante la aplicación de los principios en

¹⁰⁶ Nuevamente hacemos acopio de los comentarios sobre el tema, de Carla Huerta Ochoa, de su obra ya citada, en las páginas 198-200.

cuestión, se debe buscar en el sistema jurídico otro principio que resuelva la prevalencia entre ellos, o los sustituya. Para poder invocar otros principios conciliadores que se encuentran en el mismo sistema jurídico, es necesario que tengan el mismo o mayor peso que los principios en conflicto.

- f) Argumentación como factor de justificación de la determinación del peso de cada uno de los principios, así como de la decisión jurídica.

Tercera etapa, casos excepcionales.

- g) En determinadas circunstancias un principio puede perder su validez, cuando en virtud de la dinámica del sistema se han producido cambios relevantes, que provocan un rechazo total del principio aplicable a causa de oposición con otros principios fundamentales. De modo que la autoridad puede optar por no ponderar, sino por eliminar el principio contrario en la nueva realidad. Esto puede implicar la aplicación del otro principio, o la necesidad de sustituir el que es rechazado por uno nuevo, dependiendo de la competencia de la autoridad y el alcance de las facultades de creación e integración que le hayan sido atribuidas.

Luego, la ponderación es la técnica o método a través del cual, mediante el balaceo o peso de los principios constitucionales en conflicto, se puede obtener aquel, que para el caso concreto deba prevalecer.

El campo semántico de las palabras

Generalmente, los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación.¹⁰⁷

La vaguedad concierne al significado y, por tanto, a la semántica de los vocablos y de los sintagmas. La ambigüedad, a su vez, puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), o del contexto en que se usan los enunciados (ambigüedad pragmática).¹⁰⁸

¹⁰⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, op. cit., p. 60.

¹⁰⁸ *Idem*.

Un lenguaje es un conjunto de signos. En todo lenguaje existen dos tipos fundamentales de signos, los signos descriptivos y los signos lógicos.

Una ambigüedad semántica es una propiedad no de la referencia, sino del sentido mismo de los predicados. Un predicado es ambiguo siempre que la pregunta "qué cosa se entiende?", admita una pluralidad de respuestas.¹⁰⁹

La semántica como una ciencia lingüística, tiene unos contornos más amplificados de los que la jurisprudencia le suele atribuir. Gran parte de la teoría de los valores (y del *consensus* en torno a esos valores), puede considerarse con una rama específica de la semántica.¹¹⁰

La filosofía y la teoría de los valores pueden servir de fuente de interpretación de dos formas distintas,

1. Como tal ideología, resaltando al valor como algo ajeno al lenguaje, al concepto, y,
2. Como uso social impuesto al significado del lenguaje.¹¹¹

Toda interpretación —incluso— la interpretación semántica, no parte de hecho de las solas palabras sumando después los significados, sino del enunciado en su conjunto, así se reduce la natural indeterminación de cada una de las palabras, ya que son excluidas todas las acepciones de éstas que privarían de sentido al enunciado que las contiene.¹¹²

Si bien son reducibles, la vaguedad y la ambigüedad de los vocablos son de todas formas, una de las razones esenciales de la variabilidad en la interpretación de los enunciados.

Sobre este aspecto, digamos que cada vez se rechaza más, la idea de una interpretación literal de las palabras usadas por el legislador en cada enunciado normativo, así por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, lo ha hecho al menos de dos maneras,¹¹³

1. Bien aunque amparándose en el lenguaje, ha dotado a éste de un contenido explícitamente a partir de otras fuentes.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹¹⁰ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 92.

¹¹¹ *Idem*, p. 92.

¹¹² MODUGNO, Franco, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, op. cit., pp. 79 y 80.

¹¹³ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 113.

2. Lisa y Llanamente ha admitido que el texto no dice nada, pero, aun así, en virtud de otra fuente constitucional, se puede entender incluida en la Constitución Española una norma concreta.

III. OPINIONES ADHERENTES Y LAS CRÍTICAS DE LOS OPOSITORES A LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Para el desarrollo de este apartado de la investigación, nos sustentaremos en las opiniones de diversos *juristas-filósofos*, por tanto, al referirse la opinión de cada uno, se hará referencia a la obra de la cual se han abstraído.

Ronald Dworkin

Para este autor, la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas representa una distinción lógica, aunque 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 da; así, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, si los hechos estipulados por la norma están dados, entonces la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da, debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aportará nada a la decisión.¹¹⁴

Los principios a diferencia de las normas, tienen una dimensión que hace falta en éstas, la dimensión del peso y la importancia. Cuando los principios se interfieren, quien resuelve debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno.¹¹⁵

En cambio, las normas no tienen esta dimensión, al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes. En este sentido, una norma puede ser más importante que otra, porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento, pero no se puede 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; ante un conflicto normativo, una de ellas no puede ser válida, la decisión respecto de cuál de ellas es

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel Derecho, Quinta reimpresión, Barcelona, España.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 77.

válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a decisiones que trascienden a las normas mismas.¹¹⁶

De este modo, un determinado sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar, un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes.¹¹⁷

Los principios son pues para Dworkin, una clase de *estándares aparte*, diferentes a las normas jurídicas; los principios a diferencia de las normas no imponen un resultado, simplemente orientan una decisión en un sentido, aunque no de forma concluyente y sobreviven intactos aún cuando no prevalezcan.¹¹⁸

¿Cómo actúan los principios en los casos difíciles?

En el positivismo jurídico, cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez de conformidad con esta teoría tiene "discreción" para decidir el caso en una o en el otro sentido, por tanto, esta opinión supone que una de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso; para Dworkin, tal hecho constituye una ficción.¹¹⁹

Para él, cuando ninguna de las normas establecidas resuelve el caso, es posible que alguna de las partes tenga derecho a ganarlo, pero debe decidir conforme a los derechos de las partes, en vez de inventar los derechos.¹²⁰

En las teorías de la función judicial, entre las más populares la subordinan a la legislación, los jueces deben aplicar el derecho creado por otras instituciones, no deben hacer normas nuevas. En algunos casos se resuelven problemas tan nuevos, que no es posible resolverlos forzando o volviendo a interpretar las normas ya existentes, de manera que, en ocasiones los jueces deban legislar ya sea de manera encubierta o explícitamente.

Sin embargo, cuando los jueces legislan tal es la expectativa que no sólo actuarán como diputados, sino como representantes de la legislación; sin embargo, este conocido supuesto según el cual, cuando los jueces van más

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 78.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 146.

¹²⁰ *Idem.*

allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.

Lo es, en cuanto se soslaya la importancia de una distinción fundamental dentro de la teoría política, entre argumentos de principio por un lado y argumentos políticos por el otro.¹²¹

Los argumentos políticos justifican una distinción política, demostrando que favorecen o protegen alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo, por ejemplo, el argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, el cual afirma con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político.¹²²

Los argumentos de principio justifican una decisión política, demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación racial en Estados Unidos y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, constituye un argumento de principio.¹²³

Si en el caso se trata de un asunto difícil en el cual no existe una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces, podría parecer la decisión adecuada, podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio, por ejemplo, el problema del caso *Spartan Steel*, los empleados del acusado habían roto un cable eléctrico perteneciente a una compañía, quien suministraba fluido al demandante y la fábrica de éste último había tenido que cerrar mientras se reparaba el cable.¹²⁴

En este caso, el Tribunal tenía que decidir si autorizaba al demandante para cobrar daños y perjuicios por la pérdida económica, causada por un daño negligente a la propiedad ajena, la decisión podría alcanzarse cuestionándose si alguien en la situación del demandante, tenía derecho a daños y perjuicios que es una cuestión de principio, o si sería prudente, desde el punto de vista económico, distribuir la responsabilidad por accidentes en la forma sugerida por el demandante, que es una cuestión política.¹²⁵

Si los jueces son delegados con una función legislativa, el tribunal debe estar dispuesto a seguir tanto la segunda argumentación como la primera, y a decidir a favor del demandante de exigirle esa argumentación.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 148.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Ibidem.*, p. 149.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Ibidem.*, p. 150.

Sin embargo, para Dworkin, las decisiones judiciales aún en casos difíciles en materia civil, como el señalado son y deben ser de manera característica generadas por principio y no por directrices políticas.¹²⁶

El juez Hércules

Si un juez acepta las prácticas establecidas de su sistema jurídico, es decir, acepta la autonomía prevista por sus distintas normas constitutivas y regulativas, entonces de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, debe aceptar alguna teoría política general justificante de dichas prácticas. Los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario, son recursos para la aplicación de esa teoría política general problemas controvertibles sobre los derechos.¹²⁷

Luego, se haría bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es la materia exigente, tanto por la intención de la ley y los principios jurídicos, para este propósito, Dworkin recurre a un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien identifica como "Hércules",¹²⁸ quien supone es un juez en alguna jurisdicción importante en los Estados Unidos, quien acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción.

Es decir, acepta que las leyes tienen el poder de generar, crear y extinguir derechos, y los jueces a su vez el deber también general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o tribunales superiores, cuyas bases lógicas abarquen el caso que tienen por resolver.¹²⁹

Referencia individual sobre la obra de Dworkin

En nuestra opinión, Ronald Dworkin, dentro de su teoría interpretativa, genera uno de los conceptos básicos de los principios, al mencionar que en las normas hace falta precisamente una dimensión existente en los principios, es decir, *la dimensión del peso y la importancia*, por ello, cuando el juez constitucional se enfrenta a la solución de un caso difícil y tiene ante

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 177.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 177.

¹²⁹ *Idem.*

sí la disyuntiva de resolver la validez, ya sea de uno u otro principio en juego, tiene que aplicar la fórmula del “peso y la importancia”.

El modelo en cita tiene como eje central que, en la interpretación de principios jurídicos constitucionales, más que buscar la expulsión de uno u otro principio del sistema, el operador puede seleccionar aquél de ellos que para el caso represente una importancia mayor, lo cual debe entenderse en el sentido de que en ese conflicto, uno de los principios de conformidad con sus alcances y sus límites tiene un mayor contrapeso que el otro.

Por ejemplo, puede existir una controversia en donde intervengan la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad de las personas, en cuya solución, se debe preferir la protección del segundo de ellos, por estimar que, si bien la Constitución consagra ambos derechos en un mismo nivel, la protección de la intimidad debe preservarse cuando sea puesta en peligro no sólo la esfera íntima de una persona, sino en otros valores, como la propia concepción de sí mismo o la que de ella tienen los demás, en el caso de notas periodísticas de espectáculos difamatorias, sobre destacados miembros de la sociedad o artistas famosos.

En cambio, como explica Dworkin, las normas carecen de ese estándar o valor, es decir, una norma dentro de un determinado sistema no tiene un mayor peso sobre la otra, la solución puede ser reducida a la valoración de cuál de las normas resulta aplicable, aquí sí, invalidándose alguna de ellas.

En la opinión de este autor dentro del positivismo jurídico se soluciona un determinado conflicto a nivel normativo, utilizando la “discrecionalidad del juez”. Esto se presenta cuando ninguna de las normas es útil para solucionarlo, por lo tanto se ingresa en la zona de prudencia del juzgador, lo cual, en su concepto, es muy riesgoso dado que pueden existir jueces bastante cautos, pero otros, cuya irreflexión los conduzca a emitir sentencias desapegadas de la realidad, o a la invención de “derechos” para las partes litigantes, cuando en realidad, un principio primordial, lo es que el caso debe resolverse conforme a los derechos alegados por las partes. En cambio, utilizando los principios jurídicos constitucionales, siempre, por regla general, habrá de obtenerse una solución correcta del caso; sin embargo, en mi opinión, se pierde de vista que también se ingresa en la órbita de *discrecionalidad*, cuando se trata de encontrar el verdadero alcance de un principio constitucional, su peso y la jerarquía que supone frente a otro.

La crítica a la obra de este autor, desde mi punto de vista, está en rechazar de plano la posibilidad de que el juez pueda “crear derecho”, pues

Dworkin de alguna manera, se opone a que el juez resuelva de manera discrecional un caso, dado que en su esfera de responsabilidades no está el de ser legisladores; sin embargo, cuando trata de justificar que la decisión de un conflicto se sostiene en ocasiones de manera política, o sea, que, los argumentos políticos justifican una decisión política, siempre y cuando se demuestra que la solución favorece a un grupo o a una determinada persona, al asegurar un derecho individual o de grupo.

A mi juicio, al procederse de esta forma, de cualquiera manera se ingresa en la esfera de la decisión discrecional del juez, toda vez que cuando se dirime un problema entre derechos fundamentales, tomando en cuenta la existencia de diversos principios en juego, como el operador tiene que edificar la premisa mayor o el contenido de alguno de los derechos constitucionales, resulta casi imposible objetar apriorísticamente por el juez constitucional, la postura de discrecionalidad. A mi entender esta es una de las razones para buscar la especialización del propio juez, pues en un momento determinado, su preparación en la “teoría evolutiva del derecho”, “donde un lugar primordial lo ocupan los principios y valores jurídicos del sistema”, le asistirá de un bagaje cultural y jurídico indispensable para la solución de dichos conflictos.

Robert Alexy

Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales, de la dogmática de los derechos fundamentales, pues 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, constituye un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.¹³⁰

Criterios tradicionales para la distinción entre normas y principios

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser, ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expre-

¹³⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales.*, op. cit., p. 81.

siones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición, los principios al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando son razones de un tipo muy diferente. Así pues, la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.¹³¹

El criterio de generalidad

Este es uno de los más utilizados, según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las normas con un nivel relativamente bajo de generalidad; una norma con un nivel relativamente alto de generalidad, es la que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma que dice que todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos, tiene un nivel relativamente bajo de generalidad.¹³²

Para Alexy, es posible la existencia de tres tesis para distinguir entre normas y principios.

La primera, reza lo siguiente, Todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente.

La segunda, se sostiene por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante, en la clase de las reglas y la de los principios, pero esa distinción es sólo de grado.

La tercera, dice que las normas puedan dividirse en reglas y principios y entre éstos no solo existe una diferencia gradual sino cualitativa.¹³³

Los principios como mandatos de optimización

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se encuentran caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídi-

¹³¹ *Ibidem*, p. 83.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Ibidem*, p. 85.

cas es determinado por los principios y reglas opuestas.¹³⁴ En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.¹³⁵

Si una regla es válida entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.¹³⁶

Colisiones de principios y conflictos de reglas

Es común a los conflictos de principios y a los conflictos de reglas, el hecho de que dos normas aplicadas de manera independiente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios, pero se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.¹³⁷

Conflicto de reglas

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas, una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por lo menos, una de las reglas. El concepto de validez jurídica no es graduable, una norma vale o no vale jurídicamente, el hecho de que una norma vale y es aplicable a algún caso, significa que vale también su consecuencia jurídica. Cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida.¹³⁸

El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como “*lex posterior derogat priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”.

La colisión entre principios

Las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta, cuando dos principios entran en colisión, tal cuando es el

¹³⁴ *Ibidem*, p. 86.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 88.

caso según un principio, algo está prohibido y según otro principio algo está permitido, uno de los principios tiene que ceder frente al otro.¹³⁹

Esto es lo que quiere decir que los principios tienen diferente peso en cada caso concreto, y que para solucionarlo prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión entre principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos—, tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.¹⁴⁰

El diferente carácter prima facie de reglas y principios

Una primera propiedad resultante de todo lo visto, acerca de las reglas y los principios, la constituye su diferente carácter. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas; por lo tanto, no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie*.¹⁴¹

El hecho de que un principio valga para un caso determinado, no infiere que ello a la vez valga como un resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, el principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una determinada razón y la que es opuesta a ella, por tanto, los principios carecen de contenido de determinación, con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.¹⁴²

Eso no sucede en el caso de las reglas, pues como éstas exigen se haga exactamente lo que en ellas se ordena, luego, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. En concepto de Alexy, esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y de hecho, lo cual puede conducir a su invalidez, pero si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.¹⁴³

Para dicho autor el modelo presentado por Dworkin es demasiado simple (el que supone que las reglas son aplicables de una manera de todo o nada, mientras que los principios sólo indican una dirección pero no contienen una determinación).

¹³⁹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Idem*.

En este contexto, es necesario un marco más diferenciado, como podría ser que del lado de las reglas es posible, que con motivo de la decisión de un caso introducir en ellas una cláusula de excepción, cuando esto sucede la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso, lo cual puede llevarse a cabo sobre la base de un principio.

*Tres objeciones en contra del concepto de principio*¹⁴⁴

La primera de ellas dice que habría colisiones de principios solucionables mediante la declaración de invalidez de uno de los principios.

La segunda, que existirían principios absolutos que no pueden nunca ser colocados en una relación de preferencia con otros principios.

La tercera, que el concepto de principio es demasiado amplio y, por lo tanto, inútil porque abarcaría todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta en las ponderaciones.

La amplitud del concepto de principio.

Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios, tal escala se extiende desde la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio, hasta el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del orden democrático en libertad. El hecho de que un principio se refiere a este tipo de bienes colectivos, significa el ordenamiento de la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales.¹⁴⁵

Referencia individual a la obra de Alexy

Sobre este autor, al igual que Dworkin, me parece otro de los expositores importantes sobre la teoría argumentativa de los principios, cuyo punto

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 110.

central, podemos identificarlo cuando señala que los principios constituyen mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades jurídicas y reales existentes.

Lo anterior, al menos, en mi concepto, proporciona una idea muy clara sobre la noción del concepto "principio". Si por optimizar entendemos de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "buscar la mejor manera de realizar una actividad", entonces dicho término enfocado hacia los principios, optimizar es buscar la mejor manera de aplicar un derecho fundamental, lo cual significa que se debe preferir la concordancia, armonización y expansión de los derechos hasta los límites posibles (constitucionalmente legítimos), frente a otros de igual magnitud. Buscar las posibilidades jurídicas y realmente posibles, comprende el análisis de los hechos y su impacto social en la resolución, pero también que encuentre una óptima justificación legal.

En cambio, las normas entendidas como reglas, en concepto de Alexy, son mandatos definitivos, o sea, sólo pueden ser cumplidas o no.

Como nos explica dicho autor, los conflictos normativos entre reglas, encuentran una solución ya sea introduciendo en una de las reglas una excepción, que declara inválida una de las reglas (lo cual no sucede con los principios, pues el que resulte vencedor simplemente desplaza al otro pero no lo destruye), los problemas entre reglas se remedian utilizando los criterios ordinarios, como el que expresa que la ley especial priva sobre la general; la norma posterior deroga a la inferior; o la norma superior deroga a la inferior, etcétera, lo cual desde luego es inaplicable a los principios, pues en estos casos siempre se debe acudir al balanceo o a la ponderación.

Al igual que Dworkin, Alexy nos dice que los conflictos entre principios, se enmiendan calculando el peso de cada uno de ellos, y así, en un determinado caso el que resulte de mayor carga desplaza al otro.

Incluso, resulta muy ilustrativa, además de novedosa para nuestro medio jurídico, la idea proporcionada en su obra principal (Teoría de los Derechos Fundamentales), sobre que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, existe una amplia variedad de ejemplos que considera a ciertos bienes colectivos como "objetos de principios", tales como, la salud pública, el abastecimiento energético, el aseguramiento alimenticio, o bien el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, así como la protección al orden democrático de la libertad.

Es decir, Alexy propone de una manera muy espontánea y hasta cierto punto atrevida, que los principios en la actualidad bien pueden rebasar los derechos individuales para dar paso a la protección de bienes colectivos.

Herbert Hart¹⁴⁶

En cambio, para Hart, las reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común; en segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir una especie de tensión, entre los que aceptan las reglas, y los que las rechazan, excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión. Por que de otra manera, quienes rechazan las reglas encontrarían muy poca presión social que temer. Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.

Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas.¹⁴⁷

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. La ausencia de tales determinaciones definitivas dotadas de autoridad, no debe ser con-

¹⁴⁶ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, traducida por Genaro R. Carrió, editada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 113-123.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 115.

fundida con otra debilidad asociada a ella. Aquí Hart, se refiere al hecho de que los castigos por la violación de las reglas, y otras formas de presión social que implican esfuerzo físico o el uso de la fuerza, no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación está librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto. Es obvio que la pérdida de tiempo que significan los esfuerzos del grupo no organizado, para apresar y castigar a los transgresores, y las encarnizadas vendettas que pueden resultar de la justicia por mano propia, en ausencia de un monopolio oficial de "sanciones", pueden ser inconvenientes serios.¹⁴⁸

En su concepto, se hace necesario una regla de reconocimiento, es decir, la forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llama una "regla de reconocimiento" (*"rule of recognition"*). Ésta especificará alguna característica o características, cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa, indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce.

En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, "más complejas"; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales.¹⁴⁹

Asimismo, Hart, al hacer una recapitulación y considerar la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias, de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que se obtiene, según su concepción, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho, lo cual ha desconcertado al teórico de la política.¹⁵⁰

Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario,

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 116.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 121.

exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe.¹⁵¹

En opinión de Hart, la existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad.

Referencia individual a la obra de Hart

Dicho autor identifica la existencia de reglas desde los orígenes de las sociedades primitivas, las cuales tienen ciertos defectos como son, en primer lugar, la imposición a los individuos como tales, de ciertos deberes "positivos", ya sea que resulten aceptadas o no, pero quienes las rechazan se ven compelidos a su cumplimiento por la propia tensión social; un segundo inconveniente, Hart lo encuentra en el carácter estático de las reglas, pues éstas se van modificando por medio de un proceso lento de crecimiento; mientras que un tercer defecto lo ubica en lo que estima como una dispersión de la presión social, para procurar el cumplimiento de las reglas, lo cual la torna por sí misma ineficaz.

Para Hart, resulta necesario la existencia de una regla de reconocimiento (*rule of recognition*), la cual tendrá que albergar ciertos indicadores para evidenciarse como una "regla de grupo", la cual ha de ser sustentada por la presión social que ésta ejerce.

Aunque Hart, no distingue la existencia de los principios, pues su ideología se insume en la existencia de ciertas reglas; desde mi punto de vista, es errónea la concepción sobre la necesidad de establecer reglas de reconocimiento, ya sea de formas simples o complejas, pues la finalidad de ellas, según su pensamiento, encuentra su justificación en el hecho de que al identificarse ciertos estándares como cánones de grupo, serán obedecidas debido a la presión social ejercida por la propia comunidad.

Desde mi punto de vista, la idea de Hart, se mantiene sobre la concepción clásica del derecho, es decir, que éste se constituye como un conjunto de normas jurídicas para regular la conducta de los individuos dentro de la sociedad, y constriñe su cumplimiento a la presión social, "la cual a lo mejor puede ser entendida, no tanto como el hecho material de que sean los

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

miembros de la sociedad quienes “materialmente ejerzan esa coacción”, sino a la existencia de un órgano que acopie legítimamente ese postulado y cuente con el poder suficiente para ejercer las reglas y obligar a su cumplimiento, como pueden ser las decisiones judiciales.

Sin embargo, el punto de quiebre de esta visión, desde mi opinión, persiste en la innecesaria idea de establecer reglas de reconocimiento, pues es la propia sociedad cuando elige a sus miembros dentro de los cuerpos representativos, de antemano acepta la imposición de todas las reglas, sin hacer distinción de aquellas que resulten primarias o secundarias; en segundo lugar, habría que pensar en cuántas reglas de reconocimiento habría que identificar (con seguridad un catálogo complejo y abundante), pues ellas desplazarían el cumplimiento de otra clase de reglas; y en tercer lugar, me parece que aquí, justamente, es donde resurge la importancia de los principios, pues éstos como estándares más amplios permiten que el aplicador del derecho, no se vea reducido a designar solamente una categoría predeterminada de pautas, sino estará siempre supeditado al examen de todas las normas ya sean primarias o secundarias, para identificar plenamente la que debe prevalecer en un determinado caso, y por último, la elección de la norma correcta no debe estar sujeta a la tensión social, sino a la búsqueda constante y perpetua del bienestar común, claro está como un ideal universal.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero¹⁵²

Un enfoque estructural de la distinción

Desde el primero de los enfoques, el problema que se plantea es, si los principios, al igual que las reglas, pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar —ni negar—, que las normas sean entidades lingüísticas, sino tan sólo que pueden expresarse en un lenguaje). Antes de contestar a esta pregunta es preciso efectuar un par de aclaraciones previas.¹⁵³

La primera es que el esquema con el que operan Alchourrón y Bulygin, que sirve de punto de partida, entiende las normas jurídicas como correla-

¹⁵² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho, Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel Derecho, segunda edición, octubre de 2004, Barcelona, España, pp. 29-34.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 29.

ciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades) y soluciones (esto es, la calificación normativa de una determinada conducta, es decir, la calificación como obligatoria, prohibida o permitida de la realización de una cierta acción).

La segunda aclaración se refiere a cuáles de las anteriores clasificaciones de los principios son relevantes. Parecería claro que no lo es ni la distinción entre principios explícitos e implícitos, ni entre principios en el contexto del sistema primario en el contexto del sistema secundario, ni entre principios sustantivos y principios institucionales. Así pues, lo que se trata de ver es si los principios en sentido estricto y las directrices tienen o no una estructura condicional (esto es, correlacionan un caso con una solución normativa) y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los principios.¹⁵⁴

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados, que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.

Con ello se quiere decir que mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas, no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor que vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).¹⁵⁵

Un principio como el formulado en el artículo 14 de la Constitución Española, visto como principio secundario, puede, no presentarse en forma de un enunciado condicional como el siguiente, “Si (condición de aplicación), un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate, hay una oportunidad de discriminar por factores de nacimiento, raza, sexo,

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 31.

religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social y no concurre otro principio que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa), a ese órgano le está prohibido discriminar por cualquiera de los factores antes citados".¹⁵⁶

Podría decirse que los principios vendrían a ser, en el sentido de Von Wright, "normas categóricas", esto es, aquellas en las que "su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse, para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición" (Von Wright, 1979, p. 91) de acuerdo con ello, el artículo 14 CE prohíbe *prima facie* discriminar atendiendo a factores de nacimiento, raza, sexo, etc., siempre que se dé una oportunidad para discriminar atendiendo a cualquiera de dichos factores; dicha prohibición *prima facie* sólo cede si en relación en el caso de que se trate, concurre otro principio que desplace al anterior y que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso (o, si se prefiere, si las razones derivadas de algún otro principio a favor de un tratamiento desigualitario, tiene más peso que la razón construida por el principio de igualdad de trato).

Las reglas, por el contrario, están destinadas a evitar la ponderación; al correlacionar su solución normativa con condiciones de aplicación (o casos genéricos), constituidas por propiedades independientes de las razones que operen a favor o en contra de dicha solución normativa, pretenden imponer obligaciones o prohibiciones no meramente *prima facie*, sino de carácter concluyente en relación con todo caso en el que se den dichas condiciones de aplicación (o, si se prefiere decirlo así, que resulte subsumible en dichos casos genéricos).¹⁵⁷

La indeterminación característica de los principios, en el ejemplo de prohibición de discriminación, se encuentra en la configuración abierta de las condiciones de aplicación. Por lo que hace a la caracterización de la conducta prohibida, ésta se lleva a cabo aludiendo a una acción, la acción de discriminar. Puede, desde luego, entenderse que "discriminación" es un término vago y que esta vaguedad viene causada por su carga valorativa. Pero esta vaguedad por carga valorativa puede deberse también (aunque, desde luego, usualmente en menor grado), en las pautas a las que llamamos "reglas".

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

Si de los principios en sentido, se pasa a las directrices o normas programáticas, las cosas parecen ser algo distinto. Lo característico de las directrices se halla en que este tipo de pautas *configuran de forma abierta, tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito*. Como ejemplo de directriz el artículo 51.1 de la Constitución española, antes recordado. Aquí, a semejanza del artículo 14 CE, las condiciones de aplicación aparecen también configuradas de forma abierta, la disposición no dice en qué condiciones deben los poderes públicos realizar la conducta prescrita, esto es, proteger a los consumidores y usuarios. Pero, a diferencia del artículo 14 CE, tampoco esa conducta prescrita se encuentra determinada, el artículo 51 no ordena —ni prohíbe— ninguna acción, sino la consecución de un objetivo, de un estado de cosas con cierta característica, a saber, que la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios se encuentren eficazmente protegidos.

Las directrices vendrían a ser, en el terreno de los principios (en sentido amplio), el *pendant* de las reglas de fin. La diferencia entre reglas de fin y directrices se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles.¹⁵⁸

Referencia individual a la obra de Atienza y Ruiz Manero

Los autores en cita, parten de una base cardinal para la distinción entre normas y principios, la cual (como lo hace Dworkin y Alexy), a su manera, también nos parece muy adecuada, para ello señalan que la diferencia estriba en que los principios configuran normas de "textura abierta", mientras que las normas lo son de "textura cerrada".

Lo anterior es muy esencial, veamos porqué.

Las normas abiertas como su nombre lo indica, son aquellas cuyo contenido es impreciso, indeterminado, carente de un significado único e irrefutable. Como ejemplo, si bien la Constitución Mexicana en su artículo 4º, expresa que "el varón y la mujer son iguales ante la ley", no es infrecuente ubicar el problema sobre la definición de a qué tipo de igualdad se

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 34.

refiere, una identidad formal o material, en qué campos, en qué momento, frente a quién. Es decir, aunque se manifiesta explícitamente el concepto "igualdad", en realidad ante lo abierto del vocablo, el juez o intérprete constitucional debe encontrar el canal adecuado, el concepto apropiado, y el sentido preciso en cada caso, lo mismo sucede si nos referimos a lo dispuesto en el artículo 14, en cuanto a que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", pues discernir lo que debe entenderse por irretroactividad de la norma, se antoja un poco difícil de explicar.

Los principios, pues, carecen de una hipótesis por decir específica y también de un supuesto de hecho identificable, así como de su consecuencia.

Por su parte, las normas como reglas, comprenden un contenido cerrado, determinable con cierta facilidad, acogen una hipótesis normativa y una consecuencia jurídica que de ser cumplida o satisfecha en los hechos agotan su cometido, por ejemplo, el artículo 332 del Código de Comercio, el cual especifica que "se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil", aquí la dificultad estriba en localizar dentro de los mismos postulados del código mercantil, cuáles son los actos de comercio, estipuladas por la propia norma, o bien las operaciones mercantiles, para subsumir si se está en el supuesto o no; un claro ejemplo de atipicidad serían los contratos de depósito celebrados entre particulares sin ser comerciantes, pues es claro que sobre ellos resultaría inaplicable la regla sobre el depósito mercantil.

Por otro lado, tanto Atienza como Ruiz Manero, señalan que entre los principios es muy frecuente utilizar la fórmula del desplazamiento, la cual consiste en que un principio con mayor peso desliza al otro, o sea se utiliza la ponderación; en tanto las reglas, por su propia naturaleza están destinadas a evitar la ponderación.

Desde nuestro punto de vista, la distinción localizada sobre la base de la textura abierta y cerrada entre principios y normas, provoca un mejor entendimiento en este tema difícil.

Luis Prieto Sanchís¹⁵⁹

En su opinión, a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no se puede saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que las reglas son cerradas y los principios son abiertos.¹⁶⁰

Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones "el que matare... salvo que sea menor de edad, actuase en legítima defensa", etcétera. En cambio, una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos, en que procede o queda excluida su aplicación; por ejemplo, a la luz del artículo 14 C.E. es imposible saber cuándo viene exigido un tratamiento igual, ni cuándo se autoriza un tratamiento desigual.

La igualdad constituye un ejemplo paradigmático de norma abierta, o sea, de uno de los sentidos en que se usa la expresión principio. Los españoles son iguales ante la ley, pero determinar qué elementos o rasgos de hecho obligan a un tratamiento igualitario a ciertos efectos, es algo que no lo suministra la norma, sino requiere un juicio de razonabilidad "toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada", y la fijación de ese *tertium* "es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga".

El principio de igualdad se traduce con ello en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor, que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación fáctica a una cierta consecuencia jurídica; las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida, para construir por vía interpretativa igualdades y desigualdades normativas, pues el enunciado literal de la igualdad (art. 14), tan sólo nos proporciona una orientación que siempre ha de ser completada por el razonamiento jurídico. Es más, incluso los "criterios prohibidos" (la raza, el sexo o la religión) son también relativos. Como ha reconocido el Tribunal

¹⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos, de los cuadernos Bartolomé de las casas*, número 7, del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, Madrid 1998.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

Constitucional, “si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos, en que el factor diferencial es precisamente uno de los tópicos que el artículo 14 concreta”.¹⁶¹

*Los principios como mandatos de optimización*¹⁶²

Un uso por completo diferente aparece en los llamados principios programáticos o directrices políticas, pues aquí la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Un caso ejemplar nos lo ofrece el artículo 49 C.E. “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos...”. Es posible conocer perfectamente en qué situaciones es relevante el precepto, los casos de minusvalías, pero en cambio, permanece en la nebulosa qué clase de concreta obligación corresponde a los poderes públicos; éstos han de realizar “una política de previsión...”, pero ¿a partir de qué nivel o grado de “empeño político” cabe decir que el precepto ha sido cumplido?

Por ello, en esta acepción, los principios son calificados como “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.¹⁶³

*La colisión de reglas y la colisión de principios.*¹⁶⁴

Según una cierta opinión, no incompatible con las anteriores, la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés, cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente, los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su “peso” o “importancia” y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas “donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema”, y de ahí que “si se da un conflicto

¹⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, op. cit., p. 53.

¹⁶² *Ibidem*, p. 54.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 57.

entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. Hasta tal punto esta idea se considera fundamental que algunos piensan que, si en una colisión entre principios, uno de ellos no es siquiera tomado en consideración, tampoco cabe decir que es aplicado el otro principio, “en realidad viene aplicada una regla”.

Pero ¿cómo decidir en cada caso? La respuesta encierra el núcleo de la distinción entre reglas y principios, el conflicto se resuelve mediante la “ley de colisión”, que es la ponderación, es decir, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación preferencia condicionada*”, pues si se estableciese una relación de precedencia absoluta o incondicionada, estaríamos en realidad formulando una excepción a una de las normas, que sería por tanto, una regla.

Lo que nos lleva a la siguiente conclusión, lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos, si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.¹⁶⁵

A su vez, un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez y, como reconoce Alexy, esto es lo que ocurriría si en el ordenamiento alemán (o español), se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial, manteniendo como es lógico la vigencia del actual artículo 14. Asimismo, paradójicamente, un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto.¹⁶⁶

Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto, su orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo “se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público”. Desde luego, aquí hay un problema de vaguedad del lenguaje gracias al cual se puede “ponderar”, y mucho, qué es libertad ideológica y qué es orden público; pero decidido que una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 59.

¿Existe una diferencia fuerte entre reglas y principios?

Que entre reglas y principios exista una diferencia fuerte y cualitativa o, por el contrario, débil y cuantitativa acaso resulte el objeto de un debate meramente académico, si bien creo que la opción se conecta con el trascendental problema de las relaciones entre derecho y moral, como veremos en el punto 11, de momento, conviene recordar que, cualquiera que sea la fuerza de la distinción, ésta puede presentarse en términos estructurales o interpretativos. Desde la primera perspectiva, la categoría de los principios sólo tiene interés para referirse a las normas fragmentarias o incompletas, bien en el supuesto de hecho (principio como normas abiertas), bien en la consecuencia jurídica (principio como mandatos de optimización). Como ya se ha dicho, me parece muy discutible que convenga trazar una frontera nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos se requiere un esfuerzo interpretativo semejante, para determinar si el caso que tenemos ante nosotros forma parte o no del campo de aplicación de la norma.

Sea como fuere, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, es decir, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. En suma, la “apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal, a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; representaría, por tanto, un fortalecimiento de la posición del intérprete.¹⁶⁷

La diferencia estructural o morfológica tal vez se hace más patente en la segunda acepción, es decir, en las directrices o mandatos de optimización, cuya fragmentariedad afecta a la consecuencia jurídica, unas normas, las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo y con independencia de cómo haya de entenderse la optimización y la gradualidad, lo cierto es que, a mi juicio, las llamadas directrices suponen un caso de vaguedad, aunque esta vez relativa a la conducta prescrita.

Pues, en efecto, recuérdese que un enunciado normativo puede operar bien como regla, bien como principio; con lo cual la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación. Esta acepción no deja de ser también sorprendente desde el punto de vista

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

del lenguaje de los juristas, pues lo que se viene a decir es, no que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios.¹⁶⁸

Referencia individual a la obra de Luis Prieto Sanchís

En el caso de este autor, me parece muy interesante la opinión que expone en relación a que para determinar el sentido de los principios, es necesario la práctica de un juicio de *razonabilidad*, por ejemplo, cuando se refiere al concepto de igualdad previsto por el artículo 14 de la Constitución Española, el cual expresa que los españoles son iguales ante la ley, “en México tenemos un artículo muy parecido, el artículo 4º Constitucional que establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley”. Sin embargo, como lo explica el propio Sanchís, la dificultad se presenta cuando hay que determinar cuáles son los rasgos o elementos determinantes del concepto de igualdad.

En su obra, con relación a los principios como mandatos de optimización, los equipara a las normas de carácter programático, o ciertas directrices políticas, pues en estos casos la indeterminación no pesa tanto sobre el supuesto de hecho, sino sobre “la consecuencia jurídica” y como un ejemplo de ellos, refiere el artículo 49 de la Constitución Española, el cual dispone que, “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. En este supuesto el problema sobreviene cuando hay que determinar cuál es la obligación que corresponde a los poderes públicos.

Lo expuesto es de suma importancia, pues si bien como ya lo hemos visto al examinar la obra de Alexy, cuando éste nos explica justamente que los principios pueden fungir como mandatos de optimización (en contraposición a las reglas que siempre implican mandatos definitivos), lo cual permite que una norma entendida como principio, se pueda cumplir en diferentes grados, de conformidad con las posibilidades reales y jurídicas existentes. Prieto Sanchís las asemeja a aquellas normas con un contenido programático, o sea, a la clase de disposiciones que no en pocas ocasiones pueden ser obedecidas o cumplidas a cabalidad en un solo momento, sino

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 61.

que son una clase de mandatos dirigidos hacia el Estado, que le imponen obligaciones para ser satisfechas de manera gradual.

Además, Prieto Sanchís también hace una aportación importante, al distinguir que una norma-principio, puede identificarse por su estructura, o sea su composición o contenido lingüístico, pero también, por la indeterminación de la consecuencia jurídica o sanción, que es justamente el caso de las normas programáticas.

En el caso mexicano, una norma de carácter programático la tenemos, *verbi gratia*, en lo dispuesto en la fracción V del artículo 3° de la Constitución Federal, la cual establece que “Además de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria señaladas en el primer párrafo, el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos —incluyendo la educación superior—, necesaria para el desarrollo de la nación, apoyará la educación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura”.

Si bien es posible evidenciar una obligación impuesta al Estado al proveer la educación, el precepto regula que se deben promover y atender todos los tipos y modalidades educativos, incluyendo la educación superior; empero, a cuáles modelos se refiere, cuáles son los más óptimos, cuál criterio es permisible para preferir a algún modelo en especial y discriminar a otro; de la misma forma, si bien se impone la necesidad de apoyar a la educación científica y tecnológica, el precepto es impreciso en señalar si ello debe ser en un plazo perentorio, mediano o largo, en realidad, para llegar a descubrir el verdadero sentido del precepto, como se trata de una norma de carácter programático, se requiere como lo dice Prieto Sanchís, de un juicio de razonabilidad.

Otra característica de los principios, según nos explica, está en la observación de una particularidad que está ausente en las normas, o sea, el peso o importancia que cada uno de estos poseen, “aquí parece coincidir con Dworkin”, y en razón de ello cuando existe una interferencia de dos o más principios, cada uno de ellos continúan siendo válidos en su individualidad, aún y cuando en un caso concreto se conceda preferencia a alguno de ellos.

Para él, el conflicto se resuelve bajo la “ley de colisión” que no es otra cosa que la ponderación. Asimismo, resta importancia a la existencia de una distinción ya sea fuerte o débil entre normas y principios, en el caso de la interpretación de los señalados en segundo término, se exige un ma-

yor protagonismo para el intérprete quien cuenta con una especie de delegación constitucional, pues ineludiblemente tendrá que ser él, quien confeccione la premisa mayor de su razonamiento, lo cual representa sin duda un fortalecimiento a la posición del intérprete.

Aquí vale decir, cómo de algún modo ya se adelantó en un apartado precedente de este trabajo, la labor del juez constitucional es una tarea que requiere de una determinada preparación, es decir, una verdadera especialización. Imaginemos, tan sólo, qué clase de *abogado-juez* se requiere para el mejor entendimiento de un conflicto entre derechos fundamentales, tendríamos que delinear un perfil muy concreto. Si se quiere jueces autómatas (quienes están acostumbrados a repetir lo que dice la ley de manera estricta, es decir positivistas), o jueces quienes entiendan que los derechos fundamentales deben ser vistos de manera amplificadora, buscando los límites en la frontera del otro derecho en juego, y sobre todo, quienes busquen la aplicación más de la justicia que del derecho mismo.

Riccardo Guastini

*¿Los principios no son normas?*¹⁶⁹

La distinción entre normas y principios —recurrente en los discursos de los juristas y, también en el discurso de las fuentes normativas—, puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas.

1. En primer lugar, esa distinción puede ser entendida en sentido fuerte (como una oposición), los principios no son normas, son algo distinto de las normas.
2. En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en sentido débil, los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.

Esta tesis, por otra parte, es problemática ya que la noción de principio es, en todo caso, controvertida. Aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos, en otras

¹⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, traducción de Jordi Ferrerí Beltrán, Primera Edición 1999, Barcelona España, p. 143.

palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de “principio”.

“Principios fundamentales”, “principios generales” y “principios” sin ulteriores especificaciones¹⁷⁰

En opinión del autor en comento, en algunos textos normativos vigentes, se encuentran dos expresiones de significado *prima facie* distinto, “principios fundamentales” y “principios generales”.

1. Principios fundamentales y generales del ordenamiento, se denominan así los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación. Se pueden mencionar, como ejemplos, el principio de constitucionalidad (esto es, la rigidez de la constitución), el principio de igualdad, el principio de soberanía popular, el principio de irretroactividad de la leyes, el principio de conservación de los actos, el principio de certeza del derecho, el principio de legalidad, el principio *neminem laedere*, el principio de preferencia de la ley posterior, etcétera.
2. Principios generales de un sector de la disciplina jurídica, son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo el derecho civil (principio de la autonomía privada), el derecho administrativo (principio del debido procedimiento), el derecho procesal civil (principio dispositivo), el derecho penal (principio de *favor rei*), el derecho del trabajo (principio *in dubio pro operario*), y así sucesivamente.¹⁷¹
3. Principios fundamentales de una materia determinada, son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una “materia”, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial, el turismo, la industria hotelera, la artesanía, la floresta, etcétera.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 152.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 153.

Son ejemplos de este tipo los principios fijados en la leyes estatales denominadas “de bases”, sobre una u otra materia de compendio de la ley regional.¹⁷²

4. Principios (sin ulteriores especificaciones), se suele denominar así la ratio, la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada disposición normativa. Es decir, se supone que toda disposición normativa tiene una razón de ser, una finalidad inmanente, susceptible de ser conocida a través de la interpretación. Y esta ratio es precisamente el principio que funda o justifica la disposición en cuestión, no sería adecuado denominar “general” a un principio así, ya que su ámbito de acción está (relativamente) circunscrito.¹⁷³

*Principios expresos y principios implícitos*¹⁷⁴

1. Son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación.

Por ejemplo, pueden considerarse principios expresos en el ordenamiento italiano, el principio de igualdad (artículo 3.1 constitucional), el principio de la irretroactividad de la ley penal (artículo 25.2, constitucional); el principio *neminem laedere* (artículo 2043, del código civil Italiano); el llamado principio de la interpretación estricta de la ley penal (artículo 1 del Código Penal Italiano); el principio de legalidad en la jurisdicción (artículo 101.2, constitución Italiana); etcétera.

2. Son principios implícitos por el contrario, aquellos que están “privados de disposiciones”, es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o “construidos” por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio jurídico implícito, no adoptan la posición de legislador sino que asumen que ese principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 155.

Por ejemplo, son principios implícitos, el principio de tutela de la buena fe, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio de separación de poderes, (quizás) el principio de legalidad en la actuación de la administración, los llamados principios del orden público, el denominado principio *in dubio pro operario* en derecho laboral etcétera.¹⁷⁵

Los principios implícitos no son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la integración del derecho por obra de los intérpretes. Esos principios son derivados por los operadores jurídicos, algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto.

*Disposiciones de principio*¹⁷⁶

El lenguaje legislativo y, más aun, el constitucional están llenos de disposiciones que expresan principios.

La cuestión de si una determinada disposición expresa un principio (y no, en cambio, una simple norma), no es una cuestión de hecho sino que sólo puede ser decidida mediante una valoración, normalmente, a través de una valoración del intérprete.

Sin embargo, se pueden encontrar, en el discurso de las fuentes, disposiciones que explícitamente se autocalifican como “principios” (o “normas de principio” o disposiciones de principio”), no en virtud de una valoración de intérprete sino del propio legislador.

El ejemplo más obvio es constituido por los artículos 1 a 11 de la constitución italiana, que precisamente se autodeterminan “Principios fundamentales”. Pero los ejemplos se pueden multiplicar fácilmente, la ley 382/1978 se titula *Norme di principio sulla disciplina militare*; la ley 335/1979 se titula *Principio fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità dell' Regione*; el art. 1 de la ley 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*) lleva la rúbrica, *I principi*; el artículo 22 de la ley 93/1983 (*Legge-quadro sul pubblico impiego*) lleva la rúbrica *Principi in tema di responsabilità, procedure, e sanzioni disciplinari*, etcétera.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 156.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 158.

*La fuente de los principios*¹⁷⁷

Se puede hablar de “fuente” de los principios en al menos dos sentidos distintos, que dependen del significado que el vocablo “fuente” puede asumir en este contexto.

1. Si por fuente de una norma (o de un principio, poco importa), se entiende el sujeto del que la norma emana, entonces se debe trazar una clara distinción entre los principios expresos y los principios implícitos.
2. Si por fuente de una norma (o de un principio) se entiende, en cambio, el texto o documento normativo en el que la norma encuentra su formulación, entonces se puede decir que los principios expresos sí tienen una fuente, mientras que, por definición, los principios implícitos no la tienen.

*Principios constitucionales, principios legislativos y principios “supremos”*¹⁷⁸

Si se acepta que, al menos en un sentido, todos los principios tienen una fuente, entonces resulta interesante preguntarse, para cada principio, de qué fuente proviene.

Si bien no se puede excluir que un principio encuentre su formulación en una fuente secundaria, o que sea derivable de una fuente secundaria (como por ejemplo, un reglamento),

Parece natural distinguir los principios en dos clases fundamentales, principios constitucionales y principios legislativos.

Naturalmente, son principios de rango constitucional aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en la constitución o en las leyes constitucionales. Son principios de rango legislativo aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las leyes ordinarias estatales (y quizás también en las regionales) y en actos con fuerza de ley.

No es necesario decir que esta distinción, que tendría escasa importancia práctica en un sistema de constitución flexible, reviste en cambio una importancia evidente en un sistema de constitución rígida, como el hoy

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 160.

vigente en Italia. Esto es así por la banal razón de que los principios de rango legislativo, pueden ser fácilmente derogados o subvertidos por leyes ordinarias (en virtud del principio de preferencia de la ley posterior), mientras que los principios de rango constitucional, por un lado, son idóneos para provocar la ilegitimidad constitucional y la consiguiente ineficacia de toda fuente inferior, que esté en contradicción con ellos (artículos 134 y 136.1, constitución italiana) y, por otro lado, no pueden ser modificados o derogados si no es por leyes constitucionales (artículo 138, constitución Italiana).¹⁷⁹

Referencia individual la obra de Riccardo Guastini

En opinión de Guastini, la distinción entre normas y principios puede ser fuerte o débil. El primero de los discursos se fundamenta en que los principios no son normas, son algo distinto de las normas; en cambio la segunda postura se basa en que los principios son una especie dentro del género de las normas; sin embargo, sea que la distinción sea fuerte o débil, desde su punto de vista no existe mucha claridad para observar, qué propiedades debe tener una norma para merecer el nombre de principio.

Según lo analizado, Guastini diferencia entre diversas clasificaciones de principios, ya sea, por el contenido de algunos textos normativos, entre principios fundamentales, generales y principios sin ulteriores especificaciones.

También los conceptúa entre principios expresos y principios implícitos; igualmente distingue entre principios constitucionales, legislativos y supremos.

En el caso de los principios constitucionales, si debe aceptarse que los principios deben tener una fuente, luego, en este caso lo sería la Constitución, y los principios pueden ser expresos o implícitos.

Lo más destacable es que en este autor subsistió la preocupación de aglutinar por categorías a los principios, lo cual constituye una labor ardua y compleja.

Entre los principios fundamentales, se citan, el principio de constitucionalidad o de rigidez de la Constitución; el principio de igualdad, el principio de soberanía popular; el principio de irretroactividad de la ley; el principio de conservación de los actos; el principio de certeza del derecho;

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 161.

el principio de legalidad; y el principio de preferencia de la ley posterior etcétera.

Rodolfo Luis Vigo

El modelo decimonónico

El modelo decimonónico adoptó como estructura típica y específica del derecho a la "norma", de manera que se definía autoritativamente un supuesto o hipótesis fáctica, a la que se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Esta visión normativista se prolongará ya en el siglo XX por autores tan importantes como Kelsen en el continente y Hart en el mundo anglosajón. Los "principios", que podía llegar a tolerarse para la cultura decimonónica, eran aquellos implícitos a las normas positivas y, en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas.¹⁸⁰

Una de las claves para entender el nuevo escenario, es precisamente prestar atención a los "principios jurídicos" y cómo ellos comienzan a ser invocados crecientemente en la jurisprudencia. El "principio" supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias, así por ejemplo, si pensamos en el "principio de buena fe" advertimos que él puede ser aplicado a distintas situaciones; las relaciones entre Estados, el campo laboral, el trámite procesal, el cumplimiento de contratos, etc., y las consecuencias de su violación también pueden ser muy diversas; reparaciones, intimaciones, astreintes, nulidades, etc.¹⁸¹

Por otro lado, mientras las "normas" mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote su exigencia, los "principios" resultan ser "mandatos de optimización" (Alexy), en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los "principios" son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes "normas", y por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas. Además de la constitucionalización del derecho, también la consagración y operatividad de los derechos humanos, han sido una fuente importante para potenciar a los "principios"

¹⁸⁰ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, Primera Edición, México, 2003, p. 4.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

dado que ellos encontraron en su cobertura, el modo del reconocimiento de su vigencia por parte de los juristas.¹⁸²

Hay algunas polémicas sobre este punto que permiten mostrar de manera suficientemente completa, los argumentos que se esgrimen a favor de visiones del derecho “normativistas” o “principialistas”. Estamos pensando en la que se diere entre Kelsen y Esser, y especialmente en el empecinamiento del autor de la “teoría pura del derecho” insistiendo en su libro póstumo (*Allgemeine Theorie der Normen*), en el rechazo a los “principios” dado que el contenido de éstos importaba la introducción en el derecho de la moral o los valores, y con ello, la imposibilidad de un saber jurídico riguroso y verdaderamente científico. También pensamos en la que se diere en el mundo anglosajón entre Hart y Dworkin, éste rechazando que el derecho fuera un “*system of rules*” y postulando un “*system of principles*”, advirtiendo que éstos desbordaban a cualquier regla de reconocimiento” en tanto no se los podía someter a ningún *test de origen o pedigree*.¹⁸³

Comienza nuestra doctrina a reaccionar respecto a esas visiones reductivas desde los distintos ámbitos del derecho, intentando entenderlos y explicarlos desde “aquello” de donde esa realidad se hace, deviene o se conoce como derecho (Aristóteles), con el convencimiento de que si sabemos los “principios”, sabremos más del derecho, en tanto que junto a las respuestas jurídicas derivadas de normas, contaremos con aquellas obtenidas desde los “principios”, y estos pueden ser un instrumento insustituible para ordenar y justificar todas las respuestas. Es que sólo abriéndonos a los “principios” podemos reconocer la juridicidad de fallos, que excepcionan por razones de equidad la aplicación de una ley, o que declaran la antijuridicidad de aquellas soluciones normativas que resultan absurdas axiológicamente; así, con respecto a sentencia, el reproche contra las que han dejado de lado bienes jurídicos de relevante jerarquía, comprometidos en el caso basta con pensar en las causas “Saguir y Dib” y “Amante”, vinculadas con la ausencia de ponderación de las exigencias impuestas por el derecho a la vida; o con relación a normas generales, *v. gr.* “Gauna”, donde la Corte destacara que “las leyes son inconstitucionales cuando se apartan manifiestamente del texto de la Constitución, o cuando consagran una inequidad o irrazonabilidad manifiesta”.¹⁸⁴

¹⁸² *Ibidem*, p. 5.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 6.

Del legalismo al constitucionalismo

El derecho decimonómicamente hablando se definía por el legislador, a través de las leyes y sobre éstas no existía ningún control constitucional. Esta realidad europea cambiará en la segunda mitad del siglo XX, mediante la introducción de tribunales que hablaban desde la Constitución, no sólo como un mero legislador negativo, sino hasta modificando y perfeccionando la obra legislativa (sentencias interpretativas, abrogativas, etcétera). Ese reconocimiento de la Constitución como el “*higer law*” que preside al resto del derecho vigente, implica como lo destacan Zagrebelsky o Ferrajoli, más un cambio cualitativo que cuantitativo, lo que configura no sólo un nuevo Estado, sino que conlleva una peculiar concepción del derecho y de su operatividad.¹⁸⁵

Más que programaticidad hoy entendemos que toda la Constitución sin excluir su preámbulo, opera encomendado a jueces el controlar la constitucionalidad de los actos y normas generados por autoridades o particulares, lo que implica la superación del “paradigma paleopositivista del estado legislativo de derecho” (Ferrajoli), un nuevo desafío al positivismo jurídico (Prieto Sanchís), y un programa a desarrollar por toda la comunidad aunque especialmente por políticos y juristas. La constitucionalización del derecho supone que el especialista de una rama del mismo, está interpelado siempre de manera más directa o indirecta por la norma fundamental, y el jurista debe buscar en ella primariamente la respuesta jurídica que necesita, se trata de tomar en serio a la Constitución, inexorablemente por parte de todos los juristas, y en consecuencia promover su vigencia integral forzando a autoridades y ciudadanos a respetarla.¹⁸⁶

La Constitución es un modo de decir el derecho, diferente no sólo porque es otro el sujeto (el constituyente y no ningún poder constituido) el que habla, sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley, en efecto, el constituyente procura hacer algo más que una mera obra jurídica vigente hasta que se derogue, pues él pretende definir las bases y el plano a seguir por parte de la sociedad estableciendo grandes objetivos, valores y límites para que con sentido de permanencia, se vaya completando ese prometedor edificio. Ese nuevo Estado configurado por el imperio de la constitución, implica afirmar la soberanía de la Constitución más que la propia

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸⁶ *Idem*.

soberanía estatal, y promover un constitucionalismo que supere al de corte liberal y se haga social, un constitucionalismo que además de regir en el derecho público alcance al derecho privado, y un constitucionalismo que se extienda a lo internacional.¹⁸⁷

Del normativismo al principalismo

El modelo dogmático entendía y pregonaba que el derecho se expresaba a través de la estructura típica de normas generales, en las que se definían un supuesto de hecho al que se le imputaban ciertas consecuencias jurídicas. El saber de los juristas reducido a esas normas, garantizaba la solvencia de los mismos, dado que luego venía la aplicación fácil y sin problemas a los casos, que inexorablemente se subsumirían en aquellos supuestos fácticos generales.¹⁸⁸

Perelman señala como uno de los signos de la nueva realidad jurídica, que comienza a perfilarse en el periodo inmediato posterior a la segunda guerra, la invocación y presencia creciente de los “principios generales del derecho” en la jurisprudencia. Cada vez más quedará claro que de los “principios” que hablará la doctrina en la etapa post-decimonónica no serán aquellos obtenidos en clave iuspositivista que los sacaba a la luz desde las “normas”, dadas a través de procesos de generalización creciente; y por eso Rojo Sanz destaca que “una mente formada en el positivismo, le atemorice el solo escuchar la palabra principio” y Zagrebelsky concluye que “hoy sería imposible un positivismo de principios”. Insospechadamente Bobbio en la década de los 80 confesará que “los principios generales del derecho, se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho y Prieto Sanchís, habla de una “nueva edad de oro de los principios”.¹⁸⁹

La presencia en el derecho de los principios junto a las normas supone reconocer, que a la hora de establecer si una determinada conducta está prohibida, obligada o permitida, tenemos esos dos tipos de medidas que se aplican de manera diferente (por lo que serían especies de un mismo género), y así los principios ofrecen un campo para la discreción muy superior que el de las normas, pues ellos no se aplican a todo o nada (*all-or-*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁸⁹ *Idem*.

nothing-fashion) en tanto no definen los supuestos ni tampoco las consecuencias de su aplicación, y se limitan a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección (*Pound*). Los principios son derecho concentrado, y consiguientemente, cuentan con capacidad para expresarse en normas diversas a las que podrán explicar, justificar y controlar. Esa indefinición de los supuestos en los principios, conspira contra su uso directo en la lógica; y su contenido axiológico explícito o implícito exige el recurso de filosofía práctica para su inteligibilidad.¹⁹⁰

Kelsen en el derecho continental se mantendrá fiel a aquella visión normativista, e incluso en su obra póstuma “Allgemeine Theorie de Normen” (1978), polemizando en su capítulo 28 con Esser, rechazará la pretensión de incluir principios en el derecho, en tanto supondría la epistemológicamente inaceptable presencia de la moral en el derecho, otra polémica decisiva y trascendente que se desarrolla en el mundo anglosajón es entre Hart, quien seguirá definiendo al derecho como “system or rules”, y su sucesor en la cátedra en Oxford, Ronald Dworkin, quien levantará la bandera de los principios (principles), para atacar aquel modelo iuspositivista y normativista. Otra cita forzosa a la hora de hablar de los principios es la de Alexy, quien los define como “mandatos de optimización”, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas (o reglas) son mandatos definitivos, en tanto requieren una conducta determinada o definida que agota el cumplimiento pleno de las mismas.¹⁹¹

Los principios jurídicos diferenciados de la ley y controlándola, tienen proyección en toda la teoría jurídica, pero fundamentalmente ponen en crisis al modelo dogmático y su teoría de la interpretación. Pensemos y ejemplifiquemos simplemente la inviabilidad de los métodos savignyanos, si debemos operar con el principio de buena fe, o el “indubio pro operario” o el de “equidad”, y advirtamos también que la determinación de la respuesta correcta en relación a sus supuestos y fácticos y consecuencias jurídicas, exige mucho más que los “seres inanimados” de Montesquieu. Un capítulo importante de la presencia operativa de los principios, refiere a la posibilidad de distinguir diferentes tipos de principios y el referido a las tensiones entre ellos; habiéndose elaborado al respecto distintas propuestas, como la que recurre a la jerarquía, al balanceo concreto o a la

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹¹ *Idem*.

definición de su contenido esencial (así esta teoría niega enfrentamiento de los principios).¹⁹²

Referencia individual a la obra de Vigo

En la obra de Vigo podemos encontrar muy importantes ilustraciones, como cuando se refiere al modelo decimonónico, para ello explica que este modelo acuñó como una estructura típica de la norma a un determinado “supuesto o hipótesis fáctica”, a la cual se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos, que dicha visión normativista sería desarrollada por importantes autores como Kelsen y Hart, asimismo que dentro de la teoría positivista los principios tolerados, eran aquellos derivados de las normas positivas y en consecuencia no entraban en conflicto con ellas.

Para dicho autor, recurrir a los principios significa acudir a un derecho concentrado que tiene indefinidos, tanto la hipótesis como sus consecuencias, por ejemplo, el principio de buena fe, el cual puede encuadrar perfectamente en las relaciones entre Estados; en el campo laboral, el trámite procesal, o el cumplimiento de los contratos, etcétera.

Vigo destaca que en el rechazo de Kelsen a los principios, esencialmente se daba porque la introducción de éstos en el campo del derecho, importaba la entrada de la moral y los valores precisamente en el derecho y con ello se presentaba la imposibilidad de un saber verdaderamente jurídico, riguroso y científico.

Además también nos expresa que dentro del modelo decimonónico el derecho era definido por el legislador, a través de las leyes y sobre éstas no existía ningún control constitucional, lo cual fue modificado a partir de la introducción del Tribunal Constitucional en la segunda mitad del siglo XX en Europa, con la consideración fundamental de que el derecho emanado de la Constitución era un derecho superior.

Desde su punto de vista, la Constitución es un modo de decir el derecho diferente, no sólo porque es otro el sujeto (poder constituyente) el que habla, sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley; así un estado configurado en el imperio de la Constitución, implica una afirmación más allá que la propia soberanía estatal.

Para él, los principios jurídicos son por así decirlo “envolventes”, pues tienen una proyección sobre toda la teoría jurídica pero de manera funda-

¹⁹² *Ibidem*, p. 36.

mental, ponen crisis al modelo dogmático y su teoría de la interpretación. Así también, con sustento en el balanceo o a la jerarquización de los principios, existe una casi nula confrontación entre los principios.

Uno de los puntos más sobresalientes de la obra de Vigo, es el esfuerzo histórico por ilustrar la gestación de los principios, el paso del normativismo al principialismo para utilizar sus propias palabras.

Jaime Cárdenas¹⁹³

Las reglas y los principios

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso, sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).
- b) Muchas son metanormas o normas de segundo grado, que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
- c) Los principios poseen —cuando son formulados— una formulación categórica.

La estructura lógica de los principios, se distingue de las reglas porque no hay hecho condicionante. Los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones *prima facie*, que puede ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios.

*Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:*¹⁹⁴

Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores ético políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación. Ejemplos, el principio de constitucionalidad, el principio de igualdad, de soberanía popular, de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el de certeza, etcétera.

¹⁹³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como Derecho*, publicado por la UNAM, Primera Edición 2005, p. 112.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 113.

Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo, principio del “*favor rei*”, y principio “*in dubio pro operario*”, etcétera).

Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).

Principios sin ulteriores especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.

La crítica a los principios

La estructura normativa de los principios ha despertado críticas, para Kelsen los principios resultan indeseables, pues abren las puertas al decisionismo judicial. En el mundo europeo continental se destacó en el pasado, como ya se dijo, la vaguedad de los principios y el uso político que de los mismos podrían hacer los tribunales.¹⁹⁵

La crítica más fuerte a los principios no está tanto en su vaguedad, o en la multiplicidad de tipologías que sobre los principios existen. La crítica más fuerte tiene que ver con un aspecto central de la teoría del derecho, esto es, con el problema de la conexión entre derecho y moral y su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.¹⁹⁶

La obra de Dworkin que se centra en la existencia de una única solución correcta en los casos difíciles, está comprometida con una crítica a la discrecionalidad judicial, a la retroactividad en la aplicación del derecho, y con una visión respetuosa de la separación de poderes. El juez Hércules, ante el caso difícil, consulta el *ethos* del ordenamiento, y encuentra el principio que ha de ser el que mejor explique y justifique la decisión judicial. En cada sentencia, el juez Hércules desarrolla una teoría adecuada y coherente para encontrar la solución correcta.¹⁹⁷

La búsqueda del principio jurídico en el *ethos* del ordenamiento jurídico implica asumir los presupuestos morales del sistema jurídico. El jurista debe ser capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obligado por ellos. Las reglas jurídicas constituyen la punta de un iceberg, la expresión

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 114.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

¹⁹⁷ *Idem*.

institucionalizada pero parcial de un sistema normativo más complejo, vasto y profundo.¹⁹⁸

La adopción de ese punto de vista interno conecta el derecho con la moral. Sin embargo, la adopción del punto de vista interno por el juez y el funcionario no implica que esa conexión se traslade al ciudadano. En otras palabras, el ciudadano no está obligado a obedecer, en un sentido fuerte, al derecho. Autores como Prieto Sanchís prefieren una visión intermedia, débil o moderadamente interna del derecho a fin de que sea posible la crítica al derecho. El esquema más adecuado es, por ejemplo, el de Ferrajoli, que acentúa por un lado la posibilidad para el funcionario y juez de la crítica interna a su ordenamiento, y por otro, abre de la manera más amplia la crítica al derecho desde un punto de vista externo.¹⁹⁹

*Los principios y el nuevo paradigma del derecho*²⁰⁰

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.

El Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de derecho. Hoy es, ante todo, un Estado constitucional. La Constitución no sólo es la norma superior sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo “quién” y “cómo” se manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales. La Constitución establece el coto vedado por donde nadie, ni aún las mayorías electas democráticamente, pueden aventurarse.²⁰¹

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias, obliga a todas

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 115.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 116.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ *Idem*.

las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto, a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados, se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella.²⁰²

En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado la ley a favor de la interpretación:

Primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuesta a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el derecho no tiene como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la Ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social, que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.²⁰³

Los principios también modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, incluyendo los elementos morales, o sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa al monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y de orígenes normativos.²⁰⁴

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden

²⁰² *Ibidem*, p. 119.

²⁰³ *Ibidem*, p. 120.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 121.

precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. 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.²⁰⁵

El peso que la teoría del derecho concede hoy en día al juez y a la interpretación guiada por principios, produce un modelo de derecho, un modelo argumentativo que supera los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho. El modelo tradicional formal de normas centra el análisis en elementos dados por la ley, que no son capaces de dar noticia de la complejidad e integridad del derecho. Éste no es sólo norma u ordenamiento, es también argumentación. Es decir, los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho, que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, descuidando la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas, al grado que en las facultades de derecho estos aspectos dinámicos, la vida del derecho, a través del conocimiento y análisis de las decisiones, no es objeto de estudio formal.²⁰⁶

Referencia individual a la obra de Jaime Cárdenas

Este autor agrupa los estudios de diversos juristas-filósofos del derecho, quienes han escrito con profundidad acerca de los principios.

Al destacar una de las críticas formulada a la teoría principialista señalada por Kelsen sobre la apertura al "decisionismo judicial", y que el problema más fuerte o crítica a los principios, está en la conexión del derecho con la moral.

También nos comenta que los principios son una de las claves para entender el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional, la asunción de una textura siempre abierta del derecho, el estado ya no debe ser ante

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 122.

todo un estado de derecho sino un estado constitucional, la constitución obliga a todos.

Para este autor, el peso de la teoría del derecho concede hoy en día al juez y a la interpretación guiada por los principios, un modelo de derecho, y un modelo argumentativo que supera a los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas.

La obra de Cárdenas es utilitaria porque concentra los estudios de varios autores importantes sobre el tema de los principios.

Gustavo Zagrebelsky

Derecho por reglas y derecho por principios

Para Zagrebelsky, “Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera”.

Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo, es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse “principio”.²⁰⁷

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley.²⁰⁸

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso, determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez, en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio.²⁰⁹

²⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho Dúctil”, *Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Editada por Trotta, Quinta Edición 2003, p. 109.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 110.

²⁰⁹ *Idem*.

¿Cuáles son las diferencias entre reglas y principios?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.²¹⁰

Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento”, que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica, que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo.²¹¹

Así pues —por lo que aquí interesa—, la distinción esencial parece ser la siguiente, las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, no 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, que *a priori* aparecen indeterminadas.

Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa, hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.²¹²

Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas, no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionará el hecho y nos darían la

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ *Idem*.

²¹² *Ibidem*, p. 111.

respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos, para la aplicación de reglas normativas, el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma.²¹³

La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” en el sentido indicado es una hipótesis, que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.

Principios constitucionales y política

Los principios constitucionales carecen de supuesto de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho”), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término “aplicación”.²¹⁴

Al contrario, es preciso darse cuenta de que el “derecho por reglas” del Estado de derecho decimonónico, era algo cualitativamente distinto al “derecho por principios”, del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho, tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción.²¹⁵

Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad”. Dichas normas tendrían “una importancia exclusivamente política y virtual. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente”.²¹⁶

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Ibidem*, p. 112.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

Derecho positivo o derecho natural

Los principios constitucionales, con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia —es decir, a los temas que durante siglos habían sido el caballo de batalla de las diversas versiones del derecho natural—, parecían constituir una trampa particularmente peligrosa para la autoridad de la ley, en cuanto alguien decidiera tomarlos en serio y, bajándolos de las nubes de las meras declaraciones, intentara extraer de ellos alguna consecuencia concreta para el derecho. Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aún cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural.²¹⁷

En los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común, dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos. Aunque en el proceder de las asambleas constituyentes no falten, claro está, los acentos partidistas, los principios de las constituciones pluralistas, para posibilitar un pacto común en el que cada parte pueda reconocerse (y en vista del cual esté dispuesta a renunciar a algo de sí y a reconocer algo de los otros), se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural. La confirmación política de la naturaleza de estas normas está en el hecho de que, por lo general, las Constituciones se aprueban, si no por unanimidad, al menos por amplísima mayoría. En suma, para volver a nuestro tema, se podría incluso decir que las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico-concreto, de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural. Con fundamento teológico ni racionalista.²¹⁸

Así pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es de derecho natural, sino más bien, la manifestación más alta de derecho positivo. Sin embargo, dado que el derecho constitucional se presenta no como voluntad de una parte que se impone sobre la otra, sino como expresión de un equilibrio objetivo, en el sentido arriba indicado, la relación entre ley (incluida la ley constitucional) y Constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural. El estilo, el modo de argumentar “en derecho consti-

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

tucional” se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar “en derecho natural”, como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los Tribunales constitucionales.²¹⁹

En los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas y iusnaturalistas. No es difícil comprender que justamente sobre los (y, por consiguiente, sobre las declaraciones de los derechos y de la justicia), las grandes concepciones del pensamiento jurídico contemporáneo, hayan podido encontrar compromisos satisfactorios en su conjunto. Y se comprende también que la cuestión de las Constituciones contemporáneas se abre al derecho natural o si, por el contrario, es posible su total comprensión sobre la base de las categorías del iuspositivismo, sea un problema todavía sin resolver y probablemente irresoluble mientras se apoye sobre un rígido aut-aut.²²⁰

El doble alcance normativo de los principios

Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas, no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida.²²¹

Se señala, por ejemplo, que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente —y mucho más en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual—, se producen “colisiones” entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de “antinomias”, que los propios ordenamientos prevén (prevalencia de la norma más reciente, de mayor grado, más especial, etc.).

En estos casos —para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles—, entrarían en

²¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ *Ibidem*, p. 117.

acción los principios del derecho, con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengán recogidos en la Constitución.²²²

Concebidos como perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, los principios desempeñan una función en la práctica del derecho. Sin embargo, esta concepción no sólo es parcial, como se dirá de inmediato, sino que encierra además la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido —los principios—, una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor —las reglas—.

Sin embargo, si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros, a una mera función accesoria de las segundas.

Los principios —ya se ha dicho— no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una “toma de posición” conforme con sus *ethos* en todas las no precisadas, predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una “cuestión de principio”. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.²²³

La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídico—, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias.

El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.²²⁴

²²² *Idem*.

²²³ *Ibidem*, p. 118.

²²⁴ *Idem*.

Referencia individual a la obra de Zagrebelsky

Cuando describe el concepto "norma" se refiere a que algo debe ser o producirse, a una determinada forma de comportamiento; dentro de sus exposiciones señala que si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, luego, las normas legislativas son preferentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre los derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, en su concepto, distinguir entre reglas y principios es distinguir a la Constitución de la ley.

Sobre algunas de las diferencias entre normas y principios, apunta las siguientes, los principios desempeñan un papel constitucional del orden jurídico, en cambio, las normas aunque estén inscritas en la Constitución no dejan de ser una especie de leyes *reforzadas*. Las reglas se agotan a sí mismas, pues no poseen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

La distinción más importante puede provenir del distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a las reglas y principios, sólo a las reglas se aplican los variados métodos de interpretación jurídica, que tiene siempre por objeto el "lenguaje de legislador", en las formulaciones de principios existe poca materia para interpretar de este modo.

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios no nos dicen en forma directa nada a este respecto, pero proporcionan criterios para tomar una posición ante situaciones concretas que inicialmente parecen indeterminadas.

Para Zagrebelsky, si las reglas pueden ser aplicadas y observadas de una manera mecánica y pasiva, o si el derecho estuviera únicamente compuesto de reglas, no sería insensato pensar en la aplicación mecánica de la ley, por medio de autómatas pensantes a quienes se proporcionaría el hecho e inmediatamente de forma automática indicarían la respuesta. Así, en cambio, los principios carecen de un supuesto de hecho y por lo tanto no es posible su utilización en la operación lógico-jurídica (de la subsunción).

En su opinión cuando nos referimos al término principio, "con su apertura a los derechos del hombre y los grandes principios de justicia dentro del derecho natural, sobre los conceptos de textura abierta", constituyen

una trampa muy peligrosa para la autoridad de la ley en cuanto alguien decidiera tomarlos en serio.

De este modo, al momento de crearse la Constitución, los constituyentes tuvieron un objetivo común, dictar principios que estando por encima de los intereses particulares de cada uno, hicieran permisible la convivencia de todos; la Constitución no es simplemente de derecho natural, más bien es la manifestación más alta de derecho positivo.

De acuerdo con los señalamientos de Zagrebelsky, me parece que proporciona puntos de vista "bastante certeros", los cuales permiten hacer una distinción más llana entre lo que debe entenderse por una norma como regla, y entre una norma como principio; y bajo este entendimiento, que, las normas representadas simplemente por el texto de la ley, constituyen una serie de mandatos sobre la conducta de los hombres, las cuales precisan de manera categórica lo que se puede hacer o no hacer, y como de antemano se conoce la hipótesis jurídica comprendida en ellas, así como su sanción, entonces, resulta meridianamente fácil encontrar la solución mediante la operación de subsunción.

Tal forma de proceder no corresponde a los principios de manera absoluta, pues siendo éstos el derecho vivificado en la Constitución, que no define ni hipótesis ni consecuencias plenamente identificadas, corresponde al intérprete u operador del derecho la búsqueda de su exacta dimensión, así como explica el autor en comentario, cuando la realidad se pone en contacto con un principio, se vivifica y adquiere un verdadero valor, en suma, me parece una de las opiniones más destacadas y con mucha claridad, al igual que las ideas de Dworkin y Alexy.

En suma, las ideas de Zagrebelsky constituyen una opinión bastante "fina" sobre la propia forma de concebir el derecho.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Desarrollados por primera vez en Alemania en un congreso de profesores de derecho del Estado en 1961, se han convertido casi en un canon.²²⁵

²²⁵ HABERLE, Peter, "Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor coordinador, Tomo IV, Editorial Porrúa, México 2003, p. 3477.

El principio de la unidad de la Constitución

Con ello se quiere significar una visión integral de los principios constitucionales en lo individual (por ejemplo, en la jurisprudencia del TFCA, E 1, 14 (32); 49, 24 (56). Así, por ejemplo, en la LF hay que considerar en conjunto el Estado de derecho y el Estado social, las normas sobre derechos fundamentales y sobre competencias.²²⁶

El principio de la concordancia práctica

El principio de la concordancia práctica (K. Hesse), o de la compensación menos gravosa para ambas partes (P. Lerche), en caso de conflicto, por ejemplo, entre los derechos fundamentales y la funcionalidad de relaciones de *status* especial (como las fuerzas armadas, la pena de prisión o el funcionariado profesional), la LF debe otorgar una vigencia óptima a ambos valores constitucionales; ambos bienes tienen que ser limitados.²²⁷

El principio de la interpretación conforme a la Constitución

De acuerdo con este principio, una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en armonía con la LF (BVEFG 2, 266 (282), jurisprudencia constante, por último E. 90, 263 (274 y s.), así como E93, 37 (81)).²²⁸

La interpretación constitucional conforme a la Constitución, tiene su base en dos principios establecidos en la jurisprudencia norteamericana, es decir, que todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the constitution*, a lo que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Suprema Federal, sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con la cual, una norma general no debe declararse inválida, aún cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre con el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la declaración produce efectos generales, de acuerdo con el modelo europeo.²²⁹

²²⁶ *Ibidem*, p. 3478.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Lineamientos Esenciales de la Interpretación Constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional* Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 3393.

En el caso Italiano, la interpretación conforme a la constitución, es entendida como una "obligación" o carga impuesta al juez, antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad.²³⁰

Las sentencias interpretativas o de interpretación conforme a la constitución, se fundan en la distinción realizada por la jurisprudencia Italiana entre enunciado normativo o texto normativo y la norma que es aquella que deriva del texto vía interpretación constitucional.²³¹

Los Tribunales Constitucionales para atenuar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, lo que puede producir importantes desajustes del sistema institucional, han desarrollado una modalidad de sentencias denominada de *interpretación conforme* a la Constitución, la que evita declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando pueden tener en algún sentido una interpretación armonizable con el texto constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución, ello es posible gracias a la distinción entre el enunciado normativo y la norma que se deriva del mismo vía interpretación constitucional. Este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución, buscan respetar hasta donde sea posible el principio de conservación de las normas.²³²

El principio de la interpretación favorable

En opinión de Haberle, ya hay que "canonizar" también, como principio de la interpretación constitucional, la idea de la interpretación favorable a Europa y al derecho internacional; aquí corresponde el postulado de la interpretación favorable a los derechos humanos de la LF.²³³

El principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia, en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de

²³⁰ DE LA VEGA, Augusto Martín, *La Sentencia Constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 208.

²³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 2, julio a diciembre 2004, Editorial Porrúa, p. 88.

²³² *Ibidem*, p. 89.

²³³ HABERLE, Peter, *Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional*. *op. cit.*, p. 3478.

control de constitucionalidad, que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.²³⁴ En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²³⁵

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que, la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.²³⁶

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos, un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie*, se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie*, el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho a perpetrar un homicidio.²³⁷ Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de libertad.²³⁸

El principio de proporcionalidad, se forma a su vez, por tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²³⁹

a) El subprincipio de idoneidad.

El subprincipio de idoneidad expresa la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible

²³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tercera Edición, Madrid, 2007, p. 41.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. op. cit, p. 133.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 133 y 134.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficentia Et Perita Iuris, Madrid, 2004, p. 38.

de acuerdo con las posibilidades fácticas. La idea tiene muy poco que ver con “un punto máximo”.²⁴⁰

b) El subprincipio de necesidad.

Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado.²⁴¹

c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio, según lo explica Alexy, es idéntico a la ley de ponderación.²⁴²

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

El principio de proporcionalidad como principio general de derecho

La caracterización jurídica del principio de proporcionalidad como un principio general del derecho, no aparece como una novedad en el derecho español. En tiempos anteriores a la Constitución, E. García de Enterría ya le había atribuido dicho *status* en sus trabajos sobre la interdicción de la arbitrariedad y los principios generales del derecho.²⁴³ Dicha idea se encuentra en consonancia con algunas consideraciones del propio Tribunal Constitucional. Así en la sentencia STC 62/1982 el Alto Tribunal definió el principio de proporcionalidad como “el principio general del derecho, formulado como concepto jurídico indeterminado. Con posterioridad, en la STC 85/1992 este principio fue individualizado como un “principio inherente al Estado de derecho”. Más recientemente en la STC 50/1995, el tribunal lo caracterizó como “un principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad”, opuesto a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos (art.9 CE), y que se ha extrapolado al Derecho Constitucional Español, desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud del mandato contenido en el artículo 10.2 CE.²⁴⁴

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 39.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

²⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, op. cit, pp. 48 y 49.

²⁴³ *Ibidem*, p. 508.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 510.

Esta caracterización del principio de proporcionalidad tiene dos destacables méritos. En primer lugar, conviene recordar que mediante la expresión “principios generales del derecho” se suele hacer referencia a algunos elementos —unos principios—, que forman parte del ordenamiento jurídico, independientemente de que aparezcan tipificados o no en las disposiciones del derecho positivo. Los principios generales del derecho son piezas del orden jurídico, como ha escrito Crisafulli, bien sean ellos explícitos o implícitos.²⁴⁵

Dicho de otro modo, la consideración de la proporcionalidad como un principio general de derecho, constituye una vía relativamente oportuna para afirmar el carácter jurídico de este principio, a pesar de no estar consagrado en un texto constitucional.

El principio de proporcionalidad como límite de los límites a los derechos fundamentales

De acuerdo con un segundo intento de explicación del *status* jurídico y conceptual del principio de proporcionalidad, éste debe ser definido como un límite de los límites a los derechos fundamentales. Las restricciones a la libertad, deben ser a su vez limitadas, lo cual constituye uno de los ejes estructurales del pensamiento político liberal.²⁴⁶ Esta idea se introdujo en el Derecho Constitucional del estado moderno, en donde pronto se aceptó la necesidad de desarrollar, en conceptos calidad de conceptos de la dogmática, un conjunto de barreras tendientes a acotar el ámbito en que las limitaciones, que el poder público impone a los derechos fundamentales podían incidir. La intención de configurar dogmáticamente unos límites de los límites a las libertades, subyace al pensamiento de algunos de los más representativos precursores del derecho público Alemán.²⁴⁷

Esta explicación del *status* del principio de proporcionalidad ha sido pregonada en España, con nitidez por M. Medina Guerrero. De acuerdo con este autor, los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo detallado de mandatos y prohibiciones, destinados a regular la acción política del parlamento. Por

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 522.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 525.

el contrario, el legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos, para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política. Sin embargo, como quiera que el ejercicio de esa libertad pueda implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites.²⁴⁸

Esta visión, de alguna manera coincide con la posición compartida de los juristas alemanes.

Diversos autores germanos la han definido y han intentado elucidar el significado de la expresión “límite de los límites”. F. Schhapp, por ejemplo ha preconizado la opinión de que el principio de proporcionalidad debe definirse básicamente, como un límite para las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. De manera similar A. Bleckmann ha sostenido que la expresión “límites de los límites”, se refiere en concreto a los presupuestos materiales y procesales, que toda intervención en los derechos fundamentales debe observar. De acuerdo con Bleckman, uno de estos presupuestos indeclinables es el principio de proporcionalidad.²⁴⁹

El principio de igualdad

Este principio representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo, que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez este deber se concreta en cuatro mandatos,²⁵⁰

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas.
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común.
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 525.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 526.

²⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, op. cit. p. 257.

4. Un mandato de trato similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).²⁵¹

De los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen generar problemas interpretativos. Ellos se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, los mandatos tercero y cuarto se sitúan en el ojo del huracán; conforman el universo de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer sobre las diferencias, y justifican un trato paritario, o si ocurre lo contrario, es decir que las diferencias deban primar sobre las similitudes y exijan un trato diferenciado.²⁵²

El debido proceso como principio

En la tradición occidental, de corte judeo-cristiana sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas, como por ejemplo, la celeberrima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra,²⁵³ en donde ya aparecen los principios del juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción, y los principios de justicia, legalidad y equidad, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el antiguo testamento, y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al predominio de los principios de legalidad, intermediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia.²⁵⁴

El debido proceso ha adquirido el carácter de un derecho fundamental del Estado democrático; sobre él, existe una tesis que lo fundamenta como de un doble carácter, como derecho fundamental autónomo y como garantía o derecho de fundamental indirecto.

A su vez, el principio del debido proceso legal, se subdivide, entre otros, en el principio de legalidad; y el principio de presunción de inocencia.

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² *Ibidem*, p. 258.

²⁵³ *Ibidem*, p. 333.

²⁵⁴ *Idem.*

Como Derecho Autónomo

El debido proceso debe ser un derecho fundamental, en el sentido de que es el correlativo subjetivo institucional del principio del discurso. En este sentido, el derecho fundamental del debido proceso protege las facultades del individuo, para participar en los procedimientos del Estado Constitucional Democrático y el ejercicio, dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse.²⁵⁵

Como derecho fundamental indirecto o garantía

En segundo lugar, el debido proceso debe ser un derecho fundamental, porque es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado Democrático. El respeto a los debidos procesos garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales.

El objeto del debido proceso

El derecho fundamental del debido proceso es un derecho complejo, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en la Constitución en diversas reglas y principios. El debido proceso, asegura a la persona sometida a cualquier proceso, "una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho."²⁵⁶

El sub-principio de legalidad

La consagración constitucional del principio de legalidad se refiere específicamente al ámbito penal, que, como es bien sabido, es el espectro en el que conoció sus orígenes dentro del Estado de Derecho, aunque luego se amplió a otros múltiples terrenos, señaladamente aquellos que tienen un carácter sancionatorio.

²⁵⁵ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación...*, op. cit. p. 258.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 352.

El principio de legalidad tiene dos dimensiones; una formal y otra material.²⁵⁷ En su dimensión material, relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, este principio exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos, que eventualmente las infrinjan deben aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie. En este sentido el principio de legalidad establece una reserva de ley para las prohibiciones, las penas y las sanciones. En su dimensión formal, en cambio, el principio de legalidad establece que las actuaciones procesales de la jurisdicción, deben estar previstas en una ley anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo. Dicho de otra manera, las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial, debe ajustarse por entero a dichas prescripciones.²⁵⁸

El subprincipio de presunción de inocencia

Es otro de los principios integrantes del “debido proceso”, de conformidad con esa presunción, el sujeto a quien posiblemente deba imponérsele una sanción se presume inocente, a menos que existan pruebas fehacientes que demuestren lo contrario.²⁵⁹

La presunción consiste en un juicio del constituyente o del legislador, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. De esta manera, la presunción de inocencia impone la carga de la prueba a quien acusa, señaladamente a los órganos estatales que cumplen esta función.²⁶⁰

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* o legal, es decir, no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden dar con ella al traste. Sin embargo, sólo puede quedar desvirtuada definitivamente cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 358.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 366.

²⁶⁰ *Idem*.

El principio de legalidad

En México, el principio de legalidad, implica que todo acto de autoridad que afecte a un gobernado, debe tener su apoyo estricto en una norma legal (en sentido material), la que, a su vez, debe estar emitida de conformidad con la Constitución. De esta manera, se limita el poder de la autoridad para impedir que abuse de él, ya que sólo podrá actuar cuando y cómo la ley lo autorice.²⁶¹

En opinión de Hallivis, sin pretender hacer una relación histórica del principio de legalidad, éste se encuentra inspirado en el “debido proceso legal” de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, con algunas reminiscencias de la antigua audiencia judicial hispánica y se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano; asimismo que en palabras de Gabino Fraga “al actuar, las autoridades no sólo deben sujetarse al ordenamiento jurídico que resulte pertinente, sino que el principio de legalidad tiene un alcance mayor, la Ley debe haberse creado por el poder que constitucionalmente está facultado para ello, siguiendo los procedimientos de creación que establecen las leyes”.

Principio de Legalidad Tributaria

Este principio establece que las contribuciones deben estar establecidas en Ley, lo que los autores en la materia han enunciado mediante un aforismo adoptado por analogía del Derecho Penal, “*nullum tributum sine lege*”, que significa que no hay tributo sin ley. Es decir, que es la ley la única que puede establecer tanto las contribuciones como sus elementos esenciales, con lo que se da vida a la idea de certeza en el tributo, ya que sin ley tributaria no hay obligación de contribuir al gasto público.²⁶²

La legalidad tributaria es una garantía esencial, según la cual no sólo se requiere que todo gravamen sea sancionado por una ley material y formalmente entendida, que emane del Poder Legislativo y conforme al procedimiento que la propia Constitución contemple para su formulación, sino que es preciso el que se ostenten con claridad y certeza todos los elementos del tributo, para que, de esta manera, el gobernado tenga certeza jurídica respecto de su obligación constitucional de contribuir al gasto público.

²⁶¹ HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Tratado de Derecho Fiscal y Administración Tributaria de México*, Tax, Editores Unidos, S. A. de C. V., México, Primera Edición 2000, p. 109.

²⁶² *Ibidem*, p. 117.

Según Villegas, este principio se basa en la necesidad de proteger la propiedad de los contribuyentes, ya que los gravámenes significan restricciones a la misma, por virtud de los cuales se sustrae parte del patrimonio de los particulares en favor del Estado y "...ello no es legítimo si no se obtiene por decisión de los órganos representativos de la soberanía popular".²⁶³

De esta manera, con el alcance y fundamento del principio de legalidad tributaria mencionados, podemos afirmar que el mismo da vida plena a la seguridad jurídica en materia tributaria y constituye un límite constitucional a la acción de la Administración Tributaria. Es evidente que este principio protege al gobernado de abusos de la autoridad administrativa, al determinar la obligación de que todo tributo (en sus elementos esenciales), debe ser establecido por una Ley, la cual, a su vez, debe ser expedida conforme a los procedimientos de formación de leyes establecidos por la propia Constitución.²⁶⁴

Principio de Proporcionalidad

Esta garantía radica, en que las contribuciones deben impactar a cada sujeto pasivo en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos, de tal manera que los contribuyentes que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos.²⁶⁵

Por lo que respecta específicamente a proporcionalidad, su definición etimológica nos dice que viene de *proportionálitas*, átis proporción, que a su vez proviene de *proportionális*, proporción y, a su vez de *proportio proportionis*, que significa proporción, relación, respecto de una cosa a otra. *Portio* quiere decir porción, pedazo.

Proporcionalidad, entonces, significa, [p]erteneciente a la proporción o que la incluye en sí... [d]ícese del nombre o del adjetivo numeral que expresa cuántas veces una cantidad contiene en sí otra inferior. Proporcionalmente quiere decir en proporción y proporción significa [d]isposición,

²⁶³ *Ibidem*, p. 118.

²⁶⁴ *Idem*.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 120.

conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.²⁶⁶

Principio de Equidad

Equitativo es sinónimo de justo; por ello, para iniciar la discusión del tema de equidad, requerimos recordar la definición de Ulpiano de lo que es Justicia, "la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo", que en materia tributaria cobra especial significación, desde el momento en que el Estado, en el primer momento de su actividad financiera, obtiene ingresos, entre otros, de los particulares, para allegarse de los recursos necesarios para cumplir con sus fines. Así, en nuestra materia, cuando se habla de igualdad y de justicia, esos conceptos pretenden, e implican, un trato igual a iguales y desigual a desiguales, implicando que al mismo nivel de ingresos o por la realización del mismo hecho generador, el impacto en el sujeto pasivo sea exactamente el mismo.²⁶⁷

Resultaría injusto pretender que los menos favorecidos tributen de igual forma y en igual medida que los que lo están más. Menos aún podemos pensar en que se impongan gravámenes, por insignificantes que sean, a los mínimos de subsistencia, sería como decía Einaudi, como comentaremos, empobrecerlos más. Aristóteles "...ha dejado establecido que "nadie es igual a nadie" y por consiguiente, el gran filósofo concluye que sería injusto tratar igualmente a quienes son desiguales o desigualmente a quienes son iguales". Es por ello que el requisito de "equidad" que establece el artículo 31 fracción IV de nuestra Constitución para los tributos es definitivamente acertado.

Desde el punto de vista etimológico, el término "equidad" viene de *aequitas*, *aequum*, teniendo como sinónimo latino, *rectum*, *justum*. *Aequitas*, *Aequus* significa igual, entonces Equidad significa, igualdad, justicia, rectitud. Su definición española nos dice que significa "Igualdad de ánimo"; 2. Bondadosa templanza habitual... 3. Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva. Equitativo, "...significa que el impacto del tributo sea el mismo para todos los comprendidos en la misma situación". En otras palabras, tratándose de impuestos a la renta, que en cada *nivel de ingresos*

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 123.

el impacto del tributo sea el mismo y tratándose de impuestos al consumo, que los consumos del mismo tipo generen la misma tributación.²⁶⁸

Principio de destino al gasto público

Este principio es muy fácil de expresar, no significa otra cosa, sino que el producto de los gravámenes debe destinarse a cubrir el presupuesto. Lo difícil les corresponde a los estudiosos de la materia presupuestaria, lograr que exista una óptima asignación y un adecuado aprovechamiento de esos recursos.²⁶⁹

La Suprema Corte ha definido en su tesis 541, que "...para la validez constitucional de un impuesto se requiere la satisfacción de tres requisitos fundamentales, primero, que sea proporcional; segundo, que sea equitativo, y tercero, que se destine al pago de los gastos públicos. Si falta alguno de estos requisitos, necesariamente el impuesto será contrario a lo estipulado por la Constitución, ya que ésta no concedió una facultad omnimoda para establecer las exacciones que, a juicio del Estado, fueren convenientes, sino una facultad limitada por esos tres requisitos".²⁷⁰

Este criterio, nos lleva a la necesidad de saber qué es gasto público, para lo cual acudimos a la definición tal vez más utilizada, citada por el maestro De la Garza, en la que se establece que el "[g]asto público doctrinaria y constitucionalmente, tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo; y es y será siempre gasto público, que el importe de lo recaudado por la Federación... se destine a la satisfacción de las atribuciones del Estado relacionadas con las necesidades colectivas o sociales o los servicios públicos..." En este sentido, el principio que nos ocupa se refiere a que los impuestos deben destinarse al gasto público para ser válidos.²⁷¹

Principio de Justicia o de Proporcionalidad

Sobre este principio, Adam Smith, sostenía:

Los vasallos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del Gobierno a proporción de sus respectivas facultades, en cuanto sea posible esta regulación, esto es, a proporción de las rentas o haberes de que gozan bajo la protección de aquel

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 124.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 126.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 127.

²⁷¹ *Idem*.

Estado. Las expensas del Gobierno, con respecto a los individuos de una nación, vienen a ser como los gastos del manejo de una gran hacienda, con respecto a sus varios colonos, los cuales sin excepción están obligados a contribuir, a proporción de sus respectivos intereses, al cultivo de aquel predio. En la observancia o en la omisión de esta máxima consiste lo que llamamos igualdad o desigualdad de imposición. Es necesario tener presente, para todo género de contribución, que cualquier tributo que viene finalmente a pagarse por una sola de aquellas tres fuentes originarias de toda renta, de que hemos hablado más arriba, es esencialmente desigual en toda aquella, parte que deja de obrar sobre las otras dos. En la investigación que acometemos de las diferentes contribuciones, rara vez haremos mención más extensa sobre esta especie de desigualdad, y en la mayoría de los casos ceñiremos nuestras observaciones a aquella que particularmente ocasione el impuesto determinado de que se trate y recaiga en forma desigual sobre aquella renta privada que reciba su inmediata influencia.²⁷²

Este principio, que ha sido llamado de justicia, proporcionalidad o igualdad de los gravámenes, consiste, en suma, en que "...Los habitantes de una nación deben contribuir al sostenimiento del Gobierno, en una proporción lo más cercana posible a sus capacidades económicas..." es decir en proporción a los ingresos de que gozan bajo la protección del Estado.

Principio de Certidumbre

Sobre el mismo, Adam Smith, afirmaba:

El tributo que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y determinado, y en modo alguno arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de pago, la cantidad que deba satisfacerse, todo ha de ser claro, llano e inteligible para el contribuyente y para otra persona. Porque donde se verifique lo contrario estará cada vasallo, que contribuya más o menos, bajo el poder no del Gobierno, sino del recaudador de tributos, quien puede muy bien, con esta libertad, agravar el impuesto sobre cualquier contribuyente que no se atreva a reclamar, o sacar, a impulsos del terror de semejantes gravámenes, regalos, presentes o gratificaciones; inicuas para él. La incertidumbre de la contribución es ocasión para la insolencia, favoreciendo las astucias de algunos, de los empleados en aquellos destinos, quienes suelen ser cuando menos desatentos e intratables. La certeza de lo que cada individuo debe pagar es materia de tanta importancia, que una desigualdad considerable en el modo de contribuir no acarrea, según han experimentado todas las naciones, un mal tan grande como la más leve incertidumbre en la cuantía del tributo.²⁷³

²⁷² *Ibidem*, p. 129.

²⁷³ *Ibidem*, p. 136.

Este principio implica que *toda* contribución debe *contener* fijeza en sus, principales elementos o características, para evitar abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades. Griziotti aclara esto diciendo que “El impuesto que cada individuo tiene que pagar debe ser justo y no arbitrario. El tiempo, el modo, la suma del pago deben establecerse *de manera clara y precisa* ...[n]o sólo el tributo debe ser indicado por una ley ...sino que la ley debe ser clara y precisa”.

De esta forma, siguiendo al maestro Delgadillo, este principio implica que las normas tributarias deben expresar *con* claridad los elementos esenciales de los tributos, objeto, sujeto, base, tasa, tarifas, exenciones, fecha de pago, infracciones, sanciones, etcétera.

En suma, el principio de certidumbre consiste en que todo impuesto debe poseer fijeza *en* sus elementos esenciales para evitar *actos* arbitrarios por parte de la autoridad. Como tales elementos, se han reconocido al objeto; sujeto; exenciones; tasa, cuota o tarifa; época de pago; infracciones y sanciones, y en nuestro derecho, ha sido consignado como principio de legalidad tributaria, consignado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución.²⁷⁴

Principio de Comodidad

Sobre este principio Adam Smith, afirmaba:

Todo tributo o impuesto debe exigirse en el tiempo y modo que sea más cómodo y conveniente a las circunstancias del contribuyente. Un impuesto sobre la renta de la tierra o de las casas, pagadero al mismo tiempo en que el dueño las devenga, es exigido con oportunidad, ya que regularmente debe creerse que tiene entonces de dónde pagar. Los derechos cargados sobre los géneros de consumo, siendo artículos de mero lujo, vienen por último a pagarse por el consumidor, y generalmente del modo menos gravoso que puede ser para él. Los paga, en efecto, poco a poco, a medida que va necesitando de aquellos géneros, y como tiene también la libertad de comprarlos o no, según le parezca, será culpa suya si al tiempo de pagarlos sufre alguna incomodidad.²⁷⁵

Esta máxima, obliga a que el legislador cuide tanto la forma en que se obtendrán los tributos, como la Administración Tributaria la manera en que ejercerá sus funciones. Abarca, como sugiere Adam Smith, buscar

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 137.

que los impuestos sean cómodos “...en el tiempo y en el modo de la exacción o cobranza...”, esto tiene implicaciones muy amplias en todos los aspectos, procedimientos de cobro sencillos, lugares de cobro accesibles a los contribuyentes, oficinas apropiadas, formatos adecuados y simples, etc. Se podría resumir con la palabra “servicio”, y tiene que ver de lleno con nuestro tema, ya que obliga a la administración tributaria a facilitar el cumplimiento a los contribuyentes y a cuidar la forma en que realiza sus funciones, por lo cual será objeto de referencia en el capítulo sexto, por su pertinencia e importancia y evidente necesidad de cumplimiento para toda Administración Tributaria del mundo.²⁷⁶

Principio de Economía

Es una obligación de todas las administraciones Tributarias ser cada vez más eficientes, para evitar caer en que su acción se convierta en antieconómica en detrimento de los ingresos públicos y, en última instancia de localidad de servicios que el Gobierno presta a los ciudadanos. La creación del Servicio de Administración Tributaria, supuestamente, es un esfuerzo del Gobierno Federal en esta dirección.²⁷⁷

V. CONCLUSIONES

Como se acotó al principio de este trabajo, el principal objetivo fue la delimitación del concepto de los principios jurídicos constitucionales y sobre lo que debemos entender por la técnica interpretativa de *la ponderación*.

1. De conformidad con lo visto, existen autores que identifican una distinción “fuerte” entre lo que debe entenderse por principio y una regla, y otros establecen que en realidad la distinción es “débil”. Sin embargo, desde mi punto de vista, estamos en presencia de un principio, cuando la Constitución enuncia un derecho fundamental, como la libertad de expresión, la igualdad, la no discriminación, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, la no irretroactividad; cuya dificultad se localiza de alguna manera en delinear o construir la propia estructura o supuesto de hecho (no tanto en la consecuen-

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 139.

cia), y es a partir de su arquitectura que habremos de obtener su contenido, para el caso que deba resolverse.

2. Los principios jurídicos constitucionales son conceptos de textura abierta, indeterminados, muy amplios, y corresponde al intérprete la edificación de su contenido, pues se deberá erigir la “premisa mayor” para localizar tanto su especificación para un caso, como los límites y fronteras en relación con otros principios.
3. Para la interpretación de los principios, es infructuosa la técnica de la subsunción, pues lo adecuado es el empleo de la ponderación o balanceo de los derechos en juego, y más específicamente la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual consiste en la búsqueda de la máxima realización posible del derecho vencedor (subprincipio de idoneidad), la selección del medio más adecuado para el derecho fundamental afectado (subprincipio de necesidad), y finalmente, la optimización del derecho en relación con los otros principios en juego (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).
4. A la par, cuando la norma por interpretar es la Constitución de un determinado Estado, debemos considerar que su contenido es sustancialmente distinto al de la legislación ordinaria, pues debe recordarse también se conforma con valores y principios, los cuales tienen un matiz distinto al de las reglas.
5. La interpretación de la Constitución tomando en cuenta la existencia de principios, de cierto modo la hace más “flexible”, pero se requiere que el juez constitucional tenga la capacidad y la preparación adecuada para poder distinguir en los casos de su conocimiento, cuándo se está en presencia de un valor, una regla o un principio y proceder en consecuencia.