

## LA FUNDAMENTACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES\*

José Ramón COSSÍO DÍAZ\*\*

*Para don Héctor Fix-Zamudio,  
con todo cariño y gratitud*

SUMARIO: I. *Función normativa de la fundamentación.* II. *Las modalidades de la fundamentación.* III. *El objeto sobre el que se realiza la fundamentación.* IV. *Las fuentes de fundamentación.* V. *Las fuentes de fundamentación de la Suprema Corte.*

En la fracción II del artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional (LR) se establece que la sentencia deberá contener, también, “los preceptos que la fundamenten”. Como se sabe, en nuestro orden jurídico se ha entendido por fundamentación la cita de los artículos de ciertos ordenamientos en los que las correspondientes autoridades estatales sustentan, a su vez, las normas o actos que emiten<sup>1</sup> como parte evidentemente de cualquier proceso de individualización normativa.<sup>2</sup> Esta manera de relacionar los actos emitidos por ciertos órganos con las normas emitidas por otros, plantea algunos problemas a los que desde luego debemos aludir.

\* El presente trabajo forma parte de un libro en preparación sobre el artículo 105 constitucional.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derecho constitucional en el ITAM.

<sup>1</sup> Entre otros muchos ejemplos, *cfr. Semanario Judicial de la Federación*, 6a., 2a. Sala, t. XLVIII, p. 36; 7a., 2a. Sala, 14, p. 37.

<sup>2</sup> Conviene dejar precisado que, provisionalmente, utilizaremos las expresiones preceptos y normas como sinónimos, y los separamos sólo donde ello sea necesario.

## I. FUNCIÓN NORMATIVA DE LA FUNDAMENTACIÓN

El primero de ellos tiene que ver con la función normativa de la fundamentación. A nuestro juicio, no se trata de satisfacer un mero requisito formal, como más de alguno suele suponer, sino de garantizar la estructura del orden jurídico a partir, desde luego, de su fundamento democrático. Es decir, si las normas de mayor generalidad en nuestro orden jurídico vienen determinadas por órganos que cuentan con legitimación democrática, es necesario que los órganos de impartición de justicia asuman plenamente tal sentido y asuman los contenidos normativos que les han sido impuestos.<sup>3</sup> Pensarlo de otra manera sería tanto como suponer que los tribunales constitucionales se encuentran excluidos de algún modo de la aceptación de estas formas a efecto de generar su propia normatividad u operar sin relación alguna con la existente. Por lo mismo, el sentido último de la fundamentación viene a ser el mantenimiento de la visión funcional de las competencias entre la pluralidad de los órganos que actúan en un determinado orden jurídico. Este sentido de la motivación se relaciona comúnmente con el derecho fundamental previsto en el último párrafo del artículo 14 y en la parte inicial del artículo 16 constitucionales, con el cual se da positividad al principio del Estado moderno que determina que las autoridades públicas de cualquier jerarquía únicamente pueden hacer aquello que las normas jurídicas les facultan u obligan, ello con independencia de si la Suprema Corte está o no en posibilidad de violar tales derechos fundamentales o, en general, cualquier precepto constitucional.<sup>4</sup> Debemos hacer notar que la función normativa de la fundamentación se ha transformado de un modo radical en las últimas seis décadas, sea por las diversas funciones que, a su vez, se le han asignado a la Constitución o a los tribunales constitucionales, o por la considera-

<sup>3</sup> Esta afirmación la discutiremos más adelante en relación con la posibilidad de invocar en las sentencias normas diversas a las que comúnmente reciben el nombre de “reglas”.

<sup>4</sup> *SCJ*, 9a., XV, p. 1043. Vale aclarar que aun cuando la Suprema Corte no esté en posibilidad de violar tales derechos fundamentales, lo que finalmente se traduce en la imposibilidad de que otros órganos del Estado realicen controles de regularidad constitucional respecto de sus actos, ello no supone estimar que la propia Corte no debe fundar (ni motivar) la totalidad de los actos procesales que emita, pues ello es un requerimiento formal aplicable a la totalidad de los órganos del Estado.

ción de que las normas jurídicas o pueden identificarse exclusivamente con los preceptos o las reglas que de ellos es posible inferir. Sin embargo, la exposición de este cambio la complementaremos líneas abajo, específicamente al tratar el tema de las fuentes de la fundamentación.

## II. LAS MODALIDADES DE LA FUNDAMENTACIÓN

Dentro de las formas canónicas de construir las sentencias, resulta posible distinguir dos maneras diversas de identificar los preceptos (normas) mediante los cuales se fundamenten las sentencias. La primera de ellas, que podemos denominar genérica (o competencial), suele hacerse en el primer considerando de la propia sentencia con el señalamiento de los artículos constitucionales y legales mediante los cuales la Suprema Corte (Pleno o Sala) resulta competente para conocer del asunto y, consecuentemente con ello, resolverlo. Aun cuando en principio pareciera que se trata de una construcción general en el sentido apuntado, en realidad únicamente se encuentra encaminada a fijar las atribuciones más amplias de la Suprema Corte para llegar a la resolución del caso concreto, en tanto suelen identificarse el inciso específico de la fracción I del artículo 105 constitucional que sustente la posición de las partes actora y demandada, así como la fracción I del artículo 10 de la LR, mismo que únicamente fija la posición de la parte actora.<sup>5</sup>

Por otra parte, la segunda posibilidad tiene lo que podemos llamar una finalidad específica, consistente en identificar los preceptos concretos que a lo largo de la propia sentencia y, especialmente, de su parte considerativa, le dan sustento a la pluralidad de actuaciones que la Corte (*lato sensu*) lleva a cabo. Comúnmente, en una sentencia se analizan diversos temas atendiendo a la división entre procedencia y de fondo. Si inicialmente nos detenemos en los primeros, tenemos que, por ejemplo, en la sentencia es necesario resolver las cuestiones relacionadas con la legitimación o la representación de las partes. En este caso, la Corte debe establecer si los órganos que de manera concreta comparecen como promovedante, demandado o tercero cuentan o no con legitimación en el caso

<sup>5</sup> Por lo demás, es poco usual la cita de los acuerdos generales o de las normas del Reglamento Interior, ello a pesar de que en unos y otro se contienen preceptos que regulan el dictado de la sentencia.

concreto de que se trate, u otros órganos cuentan con la representación de ellos en juicio. Para estar en posibilidad de tomar una determinación en tal sentido, es preciso considerar, al menos, lo dispuesto en los diversos incisos de la fracción I del artículo 105 constitucional, así como en los artículos 10 y 11 de la LR. Si pasamos ahora a las consideraciones relacionadas con el fondo del asunto, la fundamentación consistirá en la identificación de la totalidad de los preceptos necesarios para llevar a cabo la resolución del caso o, primordialmente, la asignación de las atribuciones que se encuentren en disputa. Como en las sentencias suelen confluir diversos conceptos de violación, la fundamentación habrá de darse respecto de cada uno de ellos a efecto de sostener cada una de las líneas argumentales que se “abran”. Esto conduce a que la motivación sea constante y presente una variedad de niveles normativos y posibilidades. En cuanto al primer aspecto, porque puede incorporar normas constitucionales, legales, reglamentarias o, inclusive, individualizadas (sentencias, acuerdos, etcétera); en el segundo porque en algunos casos la fundamentación estará encaminada a sustentar las consideraciones hechas por la Corte y, en otros, a refutar las argumentaciones hechas por las partes.<sup>6</sup>

### III. EL OBJETO SOBRE EL QUE SE REALIZA LA FUNDAMENTACIÓN

Aun cuando pueda parecer una mera curiosidad, conviene señalar que la fundamentación habrá de hacerse respecto de todas aquellas cuestiones que se hayan determinado como relevantes para la resolución del caso concreto. Es decir, a partir de la identificación de los actos y normas impugnados, siguiendo las vías a que aludimos respecto a la suplencia (*lato sensu*): lo dicho por las partes; aquello que la Suprema Corte estableció una vez corregida la cita de preceptos o correcta identificación de

<sup>6</sup> Aun cuando ambas cuestiones pudieran parecer iguales a efecto de motivación o, por otra parte, más un asunto de motivación que de fundamentación en sentido estricto, parece posible distinguir entre ambas en tanto que lo único a que aquí estamos aludiendo es a la identificación de los preceptos invocados con motivo de la resolución, lo cual puede hacerse, aun cuando la línea resulte tenue, tanto al llevar un razonamiento que bien podríamos llamar propio, como al refutar el de alguna de las partes, pues en todo caso lo que interesa es ver los preceptos que sostienen la determinación.

actos resultante de esa corrección; los preceptos que la Corte estimó realmente impugnados de entre todos los señalados en los escritos de demanda y reconvención (por existir respecto de ellos conceptos de invalidez); los actos o normas que se estimaron impugnados una vez establecida la “cuestión efectivamente planteada”. Como ya se dijo, aquello sobre lo cual habrá de resolverse y, por lo mismo, llevarse a cabo la fundamentación (primordialmente la que denominamos específica), habrá de ser sobre las consideraciones relativas a los actos y normas identificados a partir de la aplicación de diversos “filtros” procesales, específicamente los que tienen que ver con la efectiva impugnación de las propias normas y actos, así como con las facultades de ejercicio obligatorio encaminadas a suplir (*lato sensu*) las manifestaciones de las partes.

#### IV. LAS FUENTES DE FUNDAMENTACIÓN

Otro problema tiene que ver con lo que —siguiendo el lenguaje tradicional— podemos denominar las “fuentes” a partir de las cuales la Suprema Corte lleva a cabo la fundamentación.<sup>7</sup> Dicho en otros términos, ¿con base en qué se realiza la fundamentación? Lo primero que puede decirse, para comenzar por lo obvio, es que se hace con base en normas jurídicas,<sup>8</sup> lo cual se explica por las pretensiones de autonomía del derecho a partir de la construcción de una racionalidad social y su correspondiente lenguaje propio.<sup>9</sup> Sin embargo, hablar de normas no significa mucho, pues hoy en día existen diversas tipologías de ellas que, por lo mismo, exigen mayores precisiones. Para resolver éstas, podemos comenzar atendiendo al lenguaje de la fracción en comentario, en tanto alude a la expresión “preceptos”, misma que en el lenguaje jurídico ordina-

<sup>7</sup> Usamos la expresión en el primero de los dos sentidos expuestos por Kelsen en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1989, p. 243.

<sup>8</sup> Lo cual no equivale a sostener que históricamente siempre se haya realizado así. Entre otros muchos ejemplos *cf.* Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, México, Gedisa, 1984, pp. 68-72.

<sup>9</sup> Bourdieu, P., “Elementos para una sociología del campo jurídico”, *La fuerza del derecho*, trad. de C. Morales de Setién, Bogotá, UNIANDES-Pensar-Siglo del Hombre, 2000, pp. 166 y 176, principalmente.

rio suele utilizarse para identificar los artículos o las subdivisiones de éstos (apartados, fracciones, incisos o párrafos, primordialmente) dentro de un determinado ordenamiento de carácter general (Constitución, código, ley, tratado, reglamento, principalmente).<sup>10</sup> El problema de esta determinación legal es que como único criterio de motivación aludiría a los preceptos mismos o a las normas que, en un lenguaje más reciente, suelen considerarse como “reglas”. Por lo mismo, pareciera dejar de lado a otros tipos de normas jurídicas tales como los principios o los valores. Sin embargo, antes de entrar a considerar este tipo de normas bajo los criterios modernos de teoría del derecho, preguntémonos por los alcances de los últimos dos párrafos del artículo 14 constitucional respecto de las posibilidades de fundamentación de las sentencias dictadas en controversias, ello en tanto que la fundamentación a que alude el artículo 16 no es propio de las resoluciones o actuaciones “no-jurisdiccionales”.

A este respecto, es evidente que el penúltimo párrafo del artículo 14 no puede tener ninguna función en la fundamentación de las controversias, en tanto su objetivo se reduce a los procesos del orden “criminal”, esto es, a aquellos en los cuales deba llevarse a cabo la calificación de conductas y la individualización de sanciones del orden penal. De otra parte, el último párrafo sí parece resultar aplicable a las controversias, en tanto que la jurisprudencia nacional ha entendido desde hace tiempo que los mismos rigen a todos los procesos, excepción hecha de los penales.<sup>11</sup> Por lo mismo, la determinación de la fracción II del artículo 41 de la LR debe entenderse en el sentido de que la resolución deberá fundarse no sólo en la letra o en los preceptos legales, sino también en “la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta (la ley) se fundará en los principios generales del derecho”. Si esta determinación constitucional resulta aplicable a las controversias, desde luego que modifica el sentido de lo dispuesto en la citada fracción II, puesto que la fundamentación de una sentencia podrá darse no sólo en un precepto (*stricto sensu*), sino también en los principios generales del derecho.<sup>12</sup> Para avanzar en nuestra

<sup>10</sup> Por vía de ejemplo, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a., Sala Auxiliar, CXX, p. 1856; 6a., 2a. Sala, XLVIII, p. 36; 7a., 2a. Sala, 14, p. 37.

<sup>11</sup> Entre otros, Burgoa, I., *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 580.

<sup>12</sup> Dejamos de lado la alusión a la “interpretación jurídica de la ley”, pues salvo una posición absolutamente literal sustentada en una epistemología jurídica realmente pobre,

respuesta, señalaremos que nuestra Suprema Corte le ha dado a estos principios los siguientes sentidos generales: como elementos consignados en las leyes vigentes y anteriores a la Constitución de 1917, y no así la tradición de los tribunales, las doctrinas o reglas inventadas por los juriconsultos, ni la mera “inventiva de la conciencia privada de un juez”;<sup>13</sup> y

verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiera estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos principios que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos...<sup>14</sup>

A su vez, en torno a su aplicación ha sostenido lo siguiente: que operan como criterio de equidad respecto a las posiciones que pretendía asumir el quejoso en asuntos en los que pretendía hacer valer dos calidades jurídicas distintas;<sup>15</sup> que no se hace necesario acudir a ellos si la fundamentación puede hacerse directamente en la ley (Tercera Sala),<sup>16</sup> o que indistintamente puede hacerse en precepto legal o en principios, cuando así lo autorice expresamente un ordenamiento legal;<sup>17</sup> que en materia laboral pueden aplicarse para resolver casos no previstos en la propia ley, “en los reglamentos o cuando no pueda resolverse conforme a la costumbre o al uso”;<sup>18</sup> que pueden aplicarse de manera supletoria al Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado;<sup>19</sup> o que deben aplicarse para resolver las cuestiones relativas a la remoción de miembros de ayuntamientos ante la falta de determinación de la Ley Orgánica Municipal de Nuevo León.<sup>20</sup>

no es posible considerar que textualidad e interpretación sean, respecto del preciso tema que venimos tratando, separables.

<sup>13</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a., L, p. 283.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 5a., 3a. Sala, LV, p. 2642.

<sup>15</sup> *Informe 1934*, 2a. Sala, p. 30.

<sup>16</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a., 3a. Sala, LXII, p. 2743.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 5a., Sala Auxiliar, CXX, p. 1856.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 5a., 4a. Sala, CXXI, p. 2552.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 6a., 4a. Sala, XIII, p. 245.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 9a., 2a. Sala, XI, p. 299.

Si analizamos con cierto detenimiento el sentido de las tesis citadas, nos parece posible diferenciar dos niveles. En el primero de ellos, que bien podemos denominar de “concepción”, la determinación de los principios generales del derecho oscila entre considerarlos propios de la doctrina o resultado de una labor básicamente jurisdiccional; en el segundo, identificado ya como de “aplicación”, lo común radica en suponer que los principios operan sólo frente a las deficiencias de los textos jurídicos escritos y generales, específicamente cuando de éstos no sea posible extraer la solución para el caso concreto. Con independencia de lo correcto o incorrecto de la comprensión de los principios para los cánones modernos, y habiendo determinado ya la aplicabilidad del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, nos parece que la lógica completa de aquéllos tiene como exclusivo fundamento lo que se ha dado en llamar el “Estado legislativo” o, antes de esa expresión, la primacía de la ley respecto del resto de las fuentes jurídicas.<sup>21</sup> En esta concepción del Estado, imperante en los tiempos de elaboración de la Constitución de 1917, la posición predominante correspondía al legislador ordinario, tal vez por reminiscencia del pensamiento rousseauiano, y por tal virtud los principios generales del derecho tenían una función claramente residual respecto de las determinaciones legislativas expresas. Esta posición puede verse con claridad en los criterios transcritos, y más claramente a partir de la afirmación siguiente: “de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiera estado presente, o habría establecido si hubiere previsto el caso...”<sup>22</sup> La función tenía entonces la condición “intersticial” a que aludía Holmes,<sup>23</sup> dado que estaba encaminada a remediar las ausencias de solución legal o de una posible práctica interpretativa, siempre a condición de las “ausencias” legales.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Por todos, dado lo aceptado de sus criterios, Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, pp. 24-33, principalmente.

<sup>22</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a., 3a. Sala, LV, p. 2642.

<sup>23</sup> Ello en su opinión disidente en *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U. S. 205, (1917). Consecuente, por lo demás, con lo que Sunstein ha denominado la filosofía judicial “mayoritarista” de este *Justice (Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, Nueva York, Basic Books, 2005, pp. 44-48). Igualmente, *cfr.* Grey, T. C., “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review*, 41, abril de 1989, nota 306.

<sup>24</sup> Entre otros autores relevantes entre nosotros de esa época, *cfr.* García, T., *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1938, pp. 150 y 151; García

Desde el momento en el que se abandona el supuesto de la omnipresencia legislativa y se asume la condición material de la Constitución, los principios dejan de cumplir también esa función secundaria para tener otra que bien podemos llamar complementaria, no ya respecto de las leyes, sino de los preceptos (reglas) constitucionales. Es decir, por una parte se actualizó un cambio de la norma de mayor jerarquía al pasar de la ley a la Constitución y, por el otro, de la función de los principios, en tanto dejaron de cumplir un papel de uso residual a otro complementario, siempre respecto de los preceptos “legislados” (que no legislativos).

¿En qué consiste y cómo ha operado el cambio a que aludimos en el párrafo anterior, especialmente para el entendimiento y función de los principios generales del derecho? Sintetizando aquí lo dicho en otra parte,<sup>25</sup> desde el momento en que en el constitucionalismo francés se consagró como máxima autoridad de todo el ordenamiento al legislador y a los productos normativos creados por éste, se produjo la concomitante pérdida de relevancia de los propios supuestos constitucionales. Ello pudo apreciarse en la inexistencia de un órgano facultado para conocer de las violaciones a la Constitución y, de manera aún más perceptible, en la reducción del discurso constitucional a la mera descripción de ciertas instituciones comprendidas en los textos constitucionales, al extremo de que aquél perdió por completo su autonomía. Frente a este vaciamiento constitucional se produjo una situación caracterizada por dos tipos de discursos: por una parte, el de aquellos que exacerbaron las explicaciones institucionalistas en la línea de lo acabado de decir; por otra, la de quienes entendieron que la Constitución había perdido todo sentido, no sólo como texto positivo, sino inclusive como idea. Prácticamente empalmadas con estas ideas, se suscitaron otras en las que a la Constitución en particular, y al orden jurídico en general, se les asignaban diversas funciones, fueran éstas la de la preservación de ciertos valores liberales, la de ins-

Máynez, E., *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1940, p. 381; Vecchio, G. del, *Filosofía del derecho*, trad. de L. Recaséns Siches, México, UTEHA, 1946, t. I, p. 128; García Máynez, E., “Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos”, *Ensayos filosófico jurídicos*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1959, p. 282; Recaséns Siches, L., *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 205; Ovalle Favela, J., *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1996, p. 81.

<sup>25</sup> Cossío, J. R., “La teoría constitucional moderna (lecciones para México)”, *Meta-política*, vol. 4, núm. 15, pp. 108-110.

trumento para mejorar las condiciones materiales de ciertos segmentos de la población o la de, más tardíamente, generación de condiciones de competencia democrática. Esta doble intersección de temas produjo la necesidad de reconfigurar el sentido y las funciones de los textos constitucionales, por una parte, y la disputa por mantener en exclusiva la concepción liberal, o permitir la incorporación de posiciones alternativas como la social o la democrática, por la otra. De un modo que es más el resultado de una narrativa articulada y constitutiva que de precisos y conectados momentos históricos, ha llegado a aceptarse que después de la Segunda Guerra Mundial se produce una labor de síntesis entre las posiciones que con anterioridad habían estado en franca oposición.<sup>26</sup> El término utilizado fue el de “Estado social y democrático de derecho”, y mediante él se buscó comprender, como si fuera una fórmula unitaria, los elementos hasta entonces en pugna, *i. e.*, la libertad, la igualdad material y la democracia, ello con independencia de que nunca se haya dejado de reconocer que los mismos mantenían una constante tensión entre sí. Para llegar a esta solución, el fundamento se hizo descansar en una nueva concepción de la dignidad de la persona, suponiendo que su desarrollo no podía darse a partir de la realización de uno solo de los elementos mencionados, sino necesariamente a partir de su aceptación unificada.<sup>27</sup> Esta idea de la dignidad impedía que el hombre fuera considerado como instrumento de decisiones políticas, de modo que en adelante tendría que ser considerado en condiciones de sustantividad al interior del orden jurídico, lo que finalmente, y en lo que aquí interesa, terminaría determinando el contenido de las normas jurídicas y la comprensión del derecho, especialmente de la Constitución en tanto norma suprema de la que depende la validez formal y material de la totalidad de las normas del orden jurídico. Estos cambios terminaron produciendo consecuencias de importancia, entre las que debemos destacar las siguientes: primera, respecto de la fundamentación, la Constitución no es sólo la manifestación de

<sup>26</sup> Böckenförde, E. W., “Origen y cambio del concepto del Estado de derecho”, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 32.

<sup>27</sup> Por vía de ejemplo, González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986, pp. 69 y ss.; García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 63 y 64, especialmente; Benda, E., “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Benda, E. *et al.* (coords.), *Manual de derecho constitucional*, pp. 117-144.

la voluntad omnímota del Constituyente, sino la manifestación de un conjunto de ideales que le confieren legitimación y determinan el alcance de sus decisiones; segunda, tocante a sus funciones, la Constitución se presenta como la única posibilidad de ejercicio del poder público y de relaciones entre el poder público y los ciudadanos; tercera, concerniente a los contenidos, se entiende constituida por normas, principios y valores, en tanto sólo así resulta posible garantizar plenamente la dignidad de la persona; cuarta, en cuanto objeto de interpretaciones realizadas desde la racionalidad jurídica, la Constitución no puede entenderse más desde su pura textualidad, de modo que es necesario darle cabida a métodos interpretativos que permitan poner de relieve la totalidad de sus elementos y las implicaciones de ellos.

Desde el momento en que la Constitución únicamente puede cumplir sus fines una vez que se ha aceptado su carácter normativo, se hace necesario también establecer un órgano que pueda determinarla o, lo que aquí es igual, declarar la invalidez de todas aquellas normas que resulten contrarias a ella. Es importante destacar que desde el momento en que la Constitución incorpora los contenidos anteriores y, adicionalmente, los mismos son vistos desde la óptica constitucionalista que acabamos de describir,<sup>28</sup> el órgano encargado de mantener su normatividad (tribunal constitucional) no analiza las relaciones normativas entre las normas constitucionales o entre éstas y las que les sean inferiores únicamente desde un plano formal, sino que debe hacerlo en el sustantivo, que es propio de los nuevos contenidos o, al menos, del nuevo entendimiento.<sup>29</sup>

Si ponemos en consonancia los anteriores elementos, lo primero que se advierte es que los supuestos de la fundamentación han cambiado radicalmente en relación con lo que se daba en el Estado legislativo y consagra el último párrafo del artículo 14 constitucional. Ello es así por va-

<sup>28</sup> Frente al conjunto de consideraciones acabadas de hacer, tal vez podría señalarse que únicamente estamos exponiendo aquí una ideología constitucional y en modo alguno consideraciones de derecho positivo. Frente a ello, podemos señalar que, por un lado, ello es cierto y que a tal ideología se le denomina “constitucionalismo” y, por otro lado, que si en todo caso lo único que está sucediendo es la sustitución de una ideología jurídica por otra, en tanto el concepto de Estado liberal o de derecho cumplía una función semejante en el pasado (Cossío, J. R., *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México, IFE, 2002).

<sup>29</sup> Sobre las funciones ideológicas de estas posibilidades, *cfr.* Comanducci, P., “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 102 y 103.

rias razones. La primera, porque la sola cita de los preceptos legales no puede poner de manifiesto la totalidad de los elementos que se supone componen al texto constitucional.<sup>30</sup> Segunda, porque la interpretación de esos preceptos tampoco puede llevarse a cabo a partir de la interpretación puramente legal, ello en virtud de que la perspectiva desde la cual se mira al texto no tiene como origen y destino al texto mismo, sino a una amplia concepción teórica que claramente se diferencia de él. Tercera, porque el sentido de los principios jurídicos que pueden inferirse, identificarse o construirse (luego volveremos sobre este punto), no se agota en la mera supletoriedad de las lagunas jurídicas en que se suponga incurrió el legislador, en tanto cumplen una función diversa consistente en permitir la armonización de un texto cargado de fuertes tensiones en razón de la diversidad de elementos que recoge a partir de la aceptación de la pluralidad social.<sup>31</sup> Cuarta, los principios no son más las vías de solución residual a que deben acogerse los órganos infraconstitucionales al aplicar las reglas, sino deseablemente la totalidad de los órganos jurídicos y, especialmente, los competentes para realizar las funciones de interpretación y salvaguarda de la Constitución.<sup>32</sup> Quinta, la aplicación de reglas o principios constituye la posibilidad de recrear la totalidad de los elementos concernientes al constitucionalismo (del mismo modo que con anterioridad se suponía que la aplicación de la ley era la posibilidad de recrear las determinaciones del legislador, exponente de la voluntad general), de ahí la mayor amplitud de los alcances interpretativos y del juego entre los elementos normativos; sexta, los principios constituyen una condición que se ha hecho necesaria en los procesos argumentativos de aplicación del derecho, especialmente en los llamados “casos difíciles”.<sup>33</sup>

Llegados a este punto, surge una cuestión de la mayor importancia, que en vía de síntesis podemos plantear como disyuntiva: ¿qué debe privile-

<sup>30</sup> Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 34-37.

<sup>31</sup> Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 107 y 108.

<sup>32</sup> En sistemas como el nuestro la posibilidad de esa aplicación por parte de la totalidad de los órganos es de difícil realización, sencillamente por la indebida negación que se ha hecho a la existencia de controles difusos (*Semanario Judicial de la Federación*, 9a., X, p. 5).

<sup>33</sup> García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, cit., nota 27, pp. 96 y 107.

giar la Suprema Corte de Justicia al llevar a cabo la fundamentación de las sentencias dictadas en controversia: el sentido tradicional del último párrafo del artículo 14 constitucional o el conjunto de consideraciones propias del constitucionalismo? Esta respuesta es importante porque, como acabamos de advertir, de ella depende el papel de las fuentes y, lo que es más importante, las posibilidades decisorias de la Suprema Corte al dictar sentencias. Apuntados los alcances de una y otra, nos parece que la posición asignada a la Suprema Corte desde la reforma de 1988, y reiterada con toda claridad en la de 1994,<sup>34</sup> así como la mecánica general de las controversias constitucionales (y, por cierto, también de las acciones de inconstitucionalidad), hacen necesario adoptar la segunda de las posibilidades mencionadas. Las razones que nos llevan a sostener esta posición descansan en las siguientes premisas: el texto constitucional debe entenderse en razón de las funciones que se le asignan a unos preceptos respecto de otros, de manera tal que los concernientes a los procesos de control de regularidad constitucional llevados a cabo por la Suprema Corte de Justicia deben entenderse a partir de las finalidades expresadas por el Constituyente (iniciativa, exposición de motivos, doctrinas subyacentes), lo que implica hacer prevalecer aquellas normas que le den sentido a las funciones que realice en tal sentido, respecto de aquellas normas que sólo indirectamente puedan regularlas.<sup>35</sup>

Como consecuencia de ello, es necesario entender que, entre otras actividades, la fundamentación llevada a cabo por la Suprema Corte deberá ser en el sentido siguiente: partir de la idea de que la Constitución contiene una pluralidad de elementos que no pueden reducirse a la textualidad de los preceptos (en el sentido tradicional apuntado), sino que deben serlo a partir de la totalidad de los elementos propios del Estado constitucional que les dan sentido; interpretar el texto de manera tal que se busquen alcanzar los fines de un sistema estatal que, en las palabras de Rosalyn Higgins respecto del derecho internacional, posibilita la toma de decisiones para alcanzar ciertos valores en él comprendidos;<sup>36</sup> que si bien

<sup>34</sup> Cossío, J. R., *La teoría constitucional de la Suprema Corte*, México, Fontamara, 2002, pp. 58-62 y 62-70, respectivamente.

<sup>35</sup> Rubio Llorente, F., "Prólogo" al libro de Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. XXII y XXIII.

<sup>36</sup> *Problems & Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. VI. Por su importancia, vale la pena reproducir la cita completa: "...I try to show that there is an essential and unavoidable choice to be made between the

la interpretación y funciones del texto constitucional deben desarrollarse por la totalidad de los órganos estatales, le corresponde la determinación final del sentido de sus normas; finalmente, y derivado de todo lo anterior, la fundamentación habrá de ser un complejo proceso de identificación e interrelaciones normativas efectuado desde un texto y sus elementos constitutivos, con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos.

Si la fundamentación que lleve a cabo la Suprema Corte habrá de darse a partir de las normas constitucionales y no de preceptos, cabe preguntarse cuáles sean tales normas. A nuestro juicio, podemos distinguir entre fuentes de fundamentación directa, y dentro de ellas considerar a las reglas, los principios y los valores, y las de fundamentación indirecta, donde podemos identificar los precedentes y la jurisprudencia.<sup>37</sup> En lo que sigue, trataremos de establecer, así sea brevemente, el sentido y función de cada una de estas expresiones, más por el interés de resolver los problemas que aquí nos hemos planteado que como intento de contribución a uno de los más importantes debates jurídicos de nuestro tiempo.

Comenzando por las fuentes de fundamentación directa, y aun cuando en el debate tradicional la principal categoría normativa la constituyeron los preceptos o “artículos” legales, a partir de esfuerzos más recientes, primordialmente de los teóricos del derecho, se ha llegado a reconocer a las reglas como el componente más numeroso de las normas jurídicas, pero no necesariamente el único ni, tal vez, el más importante en términos materiales. En lo que sigue, las expondremos conjuntamente con los principios, pues un buen número de autores suelen entender sus diferencias y semejanzas por *genus et differentiam*. A Dworkin, primer autor que en tiempos recientes planteó las dificultades de acudir a las reglas como único medio de solución de los conflictos por parte de los órganos judiciales,<sup>38</sup> le resultaba absolutamente común acudir también a los prin-

perception of international law as a system of neutral rules, and international law as a system of decision-making directed towards the attainment of certain declared values”.

<sup>37</sup> Esta distinción radica en el hecho de que, como más adelante lo acreditaremos, si bien el precedente y la jurisprudencia son suficientes para fundamentar una sentencia, normalmente ello acontece una vez que en éstos se han utilizado, expresa y generalmente, reglas o principios, de forma tal que la fundamentación originaria, si puede decirse así, radica en ellos.

<sup>38</sup> *Los derechos en serio*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1984. Sobre algunos problemas de aplicación de estas distinciones véase Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, pp. 107 y ss.

cipios.<sup>39</sup> A su juicio, las diferencias entre unas y otros es de tipo lógico: las normas se aplican a la manera de disyuntivas, ya que si los hechos que estipula están dados, “entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”;<sup>40</sup> los principios, por su parte, enuncian una razón que aun cuando discurra en una sola dirección, no exige una decisión en particular, esto porque en ellos concurre la dimensión del peso o importancia.<sup>41</sup>

Llevando a cabo las adecuaciones de esas ideas tanto a los órdenes jurídicos romanistas como a la teoría del derecho, Alexy estimaba que la característica fundamental de las reglas radica en que su cumplimiento no puede ser sino pleno, de manera que las mismas únicamente pueden o no ser cumplidas, de ahí que a diferencia de los principios no puedan implicar la realización de algo en la medida de lo posible (mandatos de optimización).<sup>42</sup> Esta concepción fue puesta en entredicho poco después en el trabajo de Atienza y Ruiz Manero, quienes sostuvieron que si bien las reglas (al igual que los principios) correlacionan los casos con soluciones, lo hacen de manera cerrada (mientras que los principios lo hacen de manera abierta), ello en los siguientes términos:

Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentren siquiera genéricamente determinadas.<sup>43</sup>

Precisando la idea anterior, estos autores estiman que las reglas están encaminadas a que al momento de actualizarse sus condiciones de aplicación, “los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su re-

<sup>39</sup> Dworkin hablaba también de “directrices”, entendidas como estándares “que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado” (*idem*).

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>42</sup> “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, p. 143.

<sup>43</sup> “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, 10, 1991, p. 108. Igualmente *cfr.*, de estos mismos autores, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 6 y 7.

solución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal el contenido de la regla”.<sup>44</sup> Tocante a los principios, distinguen entre “explícitos” e “implícitos” y hacen depender sus diferencias en lo siguiente: los primeros se caracterizan porque, al igual que las reglas, tienen su origen en una determinada fuente, pero a diferencia de ellas están encaminados o provocar la deliberación por parte del órgano jurisdiccional respecto del contenido de la resolución a dictar respecto de otros principios frente a los cuales debe darse una ponderación; los segundos se caracterizan no sólo porque respecto de ellos se realiza el mismo tipo de “operaciones” que acabamos de apuntar, sino también “porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido”.<sup>45</sup>

Una tercera posición sobre las reglas, establecida también respecto de los principios, ha sido establecida por Paolo Comanducci.<sup>46</sup> Para él, la distinción puede darse a partir de lo que denomina una tesis “fuerte” y una tesis “débil”. La diferencia entre una y otra radica en el hecho de si las diferencias tipológicas entre reglas y principios *es condición necesaria y suficiente* en cuanto a las fases de producción, interpretación (argumentación) o aplicación, o si, por el contrario, *es una variable dependiente* de las mismas tres fases acabadas de mencionar. Como bien apunta, la primera posibilidad parece presuponer una ontología normativa, en tanto cada norma es de suyo una regla o un principio, de ahí que la misma sea difícilmente aceptable;<sup>47</sup> en la segunda, la determinación entre regla y principio se realiza de manera funcional,<sup>48</sup> y a partir de una elección valorativa justificada por parte de los órganos de creación o aplicación del derecho.<sup>49</sup> A partir de esta identificación, Comanducci estima que respecto de la fase de interpretación (argumentación), la configuración de la

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 111. Igualmente, *Las piezas del derecho...*, p. 12.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 112. *Las piezas del derecho...*, p. 13.

<sup>46</sup> “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *op. cit.*, nota 29, p. 93.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>48</sup> *Idem*. De ahí que sostenga: “Cada norma es contingente o un principio o una regla (o un *tertium quid*, si se admite que la pareja principios/reglas no agota el universo de las normas), o puede ser un principio, en un tiempo y con referencia a un caso, y una regla en otro tiempo y con referencia a otro caso”.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 95 y 96.

norma como regla o principio depende de la utilización o no de técnicas dotadas de un menor o mayor grado de persuasión, respectivamente; a su vez, respecto de la fase de aplicación, el uso depende de si se desea lograr o no la “ponderación” o “balance” entre normas del mismo tipo, primordialmente.<sup>50</sup> De este modo, podemos concluir que cuando el intérprete u órgano de aplicación requiere utilizar técnicas más persuasivas o que permitan el uso de mayor discrecionalidad, establecerá que la norma tiene el carácter de principio, mientras que si desea encontrar una solución directa y dotada de un menor grado de discrecionalidad, considerará estar frente a una regla.<sup>51</sup>

Tratando de no incurrir en un indebido eclecticismo, nos parece que de todo lo acabado de señalar pueden extraerse algunos elementos comunes, ello sin dejar de reconocer las importantes diferencias teóricas y filosóficas entre cada una de las posiciones mencionadas. Tales notas comunes las podemos hacer consistir, en cuanto a las reglas, en la aceptación (o asignación) por parte de los operadores jurídicos, especialmente los juzgadores, de una función (normativa) constreñida o limitada, en tanto enunciados que a través de su determinación lingüística incorporan un conjunto tal de condiciones de aplicación que resulta posible subsumir y significar hechos o precisar efectos.<sup>52</sup> Los principios “explícitos”, por su parte, serían enunciados respecto de los cuales se acepta (o asigna) por los propios operadores una función normativa amplia o flexible a la hora de, primordialmente, fundamentar, en tanto se encuentran formulados de manera tal que no resulta posible la subsunción de hechos o la identificación de una solución a partir de su mera y directa aplicación. Los principios “implícitos”,<sup>53</sup> finalmente, serían construcciones realizadas por los

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>51</sup> En el mismo sentido, Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 30, pp. 42-48; Tomás y Valiente, F., “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, 15-16, 1994, p. 642.

<sup>52</sup> Zagrebelsky dice que los principios carecen de “supuesto de hecho” (*El derecho dúctil...*, cit., nota 21, pp. 110 y 111), lo cual es correcto siempre que se entienda que los mismos necesariamente habrán de constituirse en parte del supuesto de una norma compleja. En el mismo sentido, Prieto Sanchís, L., “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, F. J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEC, 2003, pp. 224 y 225.

<sup>53</sup> Sobre el uso de los mismos, *cfr.* Van Hoecke, M., “El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales”, trad. de J. Aguiló, *Doxa*, 19, 1996, pp. 421-433.

juzgadores a efecto de aceptar (o asignar) un criterio de solución sin acudir directamente a la base de un enunciado explícito, ello con el fin de que cumplan una función semejante a la acabada de apuntar.<sup>54</sup>

Adicionalmente a las reglas y los principios, algunos autores y textos constitucionales han identificado como tercer tipo normativo a los valores.<sup>55</sup> El profesor Díaz Revorio ha hecho un listado de los criterios con que suelen diferenciarse, fundamentalmente, los principios de los valores, así como la crítica correspondiente. Nos parece oportuno seguir aquí sus consideraciones, en tanto que la identificación de los valores suele hacerse respecto de los principios (y no de las reglas), ello por tener en común diversas funciones normativas.<sup>56</sup> Estima que, para ciertos autores, la diferenciación tiene que ver con la idea de que mientras los valores están dotados de un mayor contenido ético, los principios lo están de uno político, posición que estima inadecuada porque al analizar casos concretos de lo que se estiman unos u otros, ambas dimensiones se encuentran presentes en ellos.<sup>57</sup> Otra posibilidad la identifica en razón de quienes han sostenido la diferencia atendiendo al criterio o dimensión de la eficacia jurídica, en tanto únicamente los principios contarían con ella, consideración que estima inadecuada en tanto unos y otros gozan de la dimensión normativa completa de la Constitución.<sup>58</sup> El siguiente criterio lo hace descansar en la superioridad jerárquica de los valores frente a los principios como resultado de su mayor generalidad o su carácter legitimador, lo que desecha por estimar que tales consideraciones, más que tener un efecto diferenciador, serían una consecuencia de una distinción aún no construida.<sup>59</sup> Una posibilidad adicional deriva del hecho de que cier-

<sup>54</sup> Repetidamente hemos distinguido entre “aceptar” y “asignar”, ya que si bien es cierto que la mayor parte de los autores estiman que los elementos base de la distinción se encuentran comprendidos en elementos normativos dotados de ciertas características, nos parece sumamente sugerente la propuesta de Comanducci en el sentido de que las diversidades se construyen de manera *ex post* y a partir de las necesidades operacionales que deban enfrentar los juzgadores (Comanducci, P., “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *op. cit.*, nota 29, p. 103).

<sup>55</sup> Entre estos últimos, el más conocido se encuentra contenido en la segunda parte del artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978.

<sup>56</sup> Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEC, 1997.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 104.

tos autores estiman que los valores tienen una mayor generalidad que los principios, lo cual le parece que no en todos los casos permitiría distinguir entre dos tipos diversos de normas.<sup>60</sup> La siguiente diferenciación, en la cual adscribe a Alexy, identifica principios y valores por la relación de estos últimos con el ámbito de lo axiológico, lo que le resulta extraño a Díaz Revorio por la clara adscripción de los principios a ese ámbito.<sup>61</sup>

Frente a lo endeble de los criterios de distinción planteados, coincidimos con Díaz Revorio en que resulta difícil diferenciar entre unos y otros por las razones apuntadas, ello con independencia de que a diversos contenidos normativos se asignen distintos nombres, y por meras razones de consistencia los aplicadores les den un trato nominativo diverso. La razón última para no lograr la diferenciación apuntada descansa en el hecho de que, y a diferencia de las reglas, los principios y los valores cumplen una función normativa semejante, por lo que atendiendo a ellas resulta prácticamente imposible introducir la esperada distinción. Esta misma razón conduce a tratar de establecer las razones en elementos materiales diversos a las funciones normativas, con lo cual se genera un enorme grado de confusión, en tanto las posibilidades de sustentación se hacen depender en los más variados criterios. Por lo mismo, y con independencia de la consistencia terminológica antes aludida, en el tratamiento jurisprudencial y en una parte importante del académico no suelen hacerse diferencias entre unos y otros.

Identificadas las fuentes que hemos denominado “directas”, ahora analizaremos las “indirectas”, esto es, los precedentes y la jurisprudencia. Lo primero que a este respecto vale la pena señalar, es que exclusivamente habremos de aludir a aquellos aspectos que nos permitan identificar su carácter de fuente de fundamentación de las resoluciones dictadas en las controversias. En lo que ve a los precedentes, el artículo 43 de la LR establece que “(L)as razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para...” la totalidad de los órganos jurisdiccionales del país, excepción hecha del Pleno de la Suprema Corte. A su vez, en el Acuerdo Plenario dispone que en las controversias (y en las

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 107. Lo anterior con independencia de que, a juicio del mismo autor, el Tribunal Constitucional español haya usado de manera indistinta los términos “principios” y “valores” (pp. 110 y 111).

acciones) se elaborará jurisprudencia en los términos previstos en los artículos 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los que componen, en lo conducente, el título cuarto del libro primero de la Ley de Amparo.

Con independencia de las evidentes contradicciones que surgen de la simultánea asignación de fuentes a los precedentes y a la jurisprudencia, lo que ahora queremos dejar en claro es que si unos y otra se producen como resultado de la resolución dictada por la Suprema Corte (Pleno o Salas), en ella se habrá realizado una fundamentación en reglas o principios, mientras que en aquellas en las que se aplique el precedente o la jurisprudencia, uno u otra serán sus fundamentos directos, mientras que los principios o las reglas los indirectos, en tanto están reflejados en la sentencia segunda sólo por medio de esa jurisprudencia o ese precedente. En efecto, supóngase un caso en el que en una resolución se hubiere establecido que con fundamento en determinado artículo o principio, cierto caso debía resolverse en tal sentido, y que ello hubiere sido consignado en su parte considerativa (precedentes) o hubiera sido establecido en cierta tesis jurisprudencial. Al resolverse un segundo asunto con cierta semejanza, sería posible encontrar que la fundamentación no se hiciera ya con base en la regla o principio originalmente invocado, sino en el precedente o tesis. En esta segunda posibilidad nos parece posible hablar de fundamentación indirecta en los términos apuntados.

Precisados los elementos fundamentales y las funciones individualizadas de cada una de las normas apuntadas, corresponde determinar las relaciones que mantienen. En este sentido, y para estar en posibilidad de adelantar una respuesta, es necesario introducir una distinción adicional, relativa a la jerarquía de los ordenamientos o, en todo caso, de cada uno de los tipos normativos mencionados. En este sentido, y como ya lo apuntamos, conviene distinguir entre reglas y principios (valores), de jerarquía constitucional e infra constitucional (*i. e.*, previstos en leyes, reglamentos, etcétera).<sup>62</sup> A partir de lo anterior, estamos en posibilidad de resolver el siguiente problema: ¿cómo se actualizan las relaciones de fun-

<sup>62</sup> Por lo que ve a las fuentes que hemos denominado de fundamentación “indirecta”, no nos parece necesario introducir las distinciones apuntadas puesto que, en todo caso, las mismas sólo vendrían a reproducir las relaciones establecidas entre las fuentes originarias al invocarse o utilizarse los precedentes o la jurisprudencia.

damentación (directa e indirecta) entre normas (*lato sensu*) de igual jerarquía?<sup>63</sup>

Por lo que aquí interesa, podemos constreñir las relaciones entre normas constitucionales (de la misma jerarquía). Lo primero que habría que advertir es que en nuestro orden jurídico no se admite la diferencia jerárquica entre tales normas, de manera que unas no pueden servir de criterios de validez respecto de otras.<sup>64</sup> En este sentido, las posibilidades de relación normativa pueden darse de dos maneras: la primera de ellas, cuando la fundamentación habrá de hacerse a partir de una norma (regla o principio) claramente identificable, caso en el cual la determinación final de la fundamentación dependerá de la interpretación que de ella se lleve a cabo (“caso fácil”). De modo adicional, sin embargo, podemos advertir la existencia de casos en los cuales la solución dependa del modo de relacionar diversas normas entre sí, lo cual puede dar lugar a tres modalidades de cuya resolución dependerá, finalmente, la identificación de las normas (*lato sensu*) mediante las cuales deba llevarse a cabo la fundamentación de la sentencia: reglas/reglas, reglas/principios y principios/principios. Lo que ahora interesa determinar, así sea brevemente, son las reales posibilidades de conflicto normativo entre ellas, de una parte, y la manera en que habrán de ser solucionadas, de la otra, pues, como ya se dijo, de ello dependerá la fundamentación de la sentencia. Tratándose del primer supuesto, el conflicto entre dos o más reglas, estamos ante un caso lo suficientemente común como para no tener que introducir un criterio adicional a lo que cotidianamente sucede en los órganos de justicia, incluidos en ellos los tribunales constitucionales (“casos fáciles”). Sin embargo, tratándose de los dos restantes, se hace necesario considerar algunas cuestiones adicionales.

Si se parte de la distinción ya apuntada entre “aceptar” y “asignar”, *i. e.*, entre las diferencias ontológicas o funcionales mencionadas por Comanducci, las consecuencias en la relación entre reglas y principios marca algunas diferencias en la forma en que interpretan y resuelven los ór-

<sup>63</sup> Por lo que ve a las relaciones entre normas de diversa jerarquía, las posibilidades de reducción normativa a efecto de establecer la norma de fundamentación son cuatro (regla constitucional/regla no constitucional; regla constitucional/principio no constitucional; principio constitucional/regla no constitucional y principio constitucional/principio no constitucional) y todas ellas se resuelven a partir del criterio de jerarquía normativa.

<sup>64</sup> En este sentido, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a., V, p. 17; 9a., 2a. Sala, XVIII, p. 51.

ganos jurisdiccionales aun cuando, finalmente, se llegue al mismo fin. En efecto, si el punto de partida es la primera posibilidad, ello significa que a los principios se les ha asignado una cualificación importante y ello debido a las conexiones que tienen con criterios éticos o políticos considerados también relevantes.<sup>65</sup> Desde esta perspectiva, en el enfrentamiento entre principios, la solución común es considerar que habrá de construirse a partir de la “ponderación” o “balance” entre ellos con respecto al caso concreto, ello debido a que al ser sustantivamente relevantes, ninguno puede sin más ceder ante el otro.<sup>66</sup> La solución que habrá de darse es, en palabras de Guastini, instituyendo entre los principios en conflicto una “jerarquía axiológica móvil”, lo cual significa dotar a ambos principios de “peso”, a efecto de establecer cuál de ellos debe prevalecer, lo cual habrá de hacerse en los diversos casos en los que el órgano jurisdiccional deba actuar.<sup>67</sup> Por su parte, en el enfrentamiento entre reglas y principios necesariamente habrán de prevalecer los segundos, ello debido a la función material que comportan. En este sentido, poco importará si en lo que se supone tal afectación las reglas contienen una solución específica de aplicación al caso concreto, puesto que aun esta posibilidad habrá de verse “desplazada” por una solución considerada materialmente “superior”. A su vez, si desde un punto de vista funcional se asigna a una norma el carácter de principio, este último también habrá de prevalecer sobre la regla debido a que la razón para haber llegado a calificarlo como tal tiene que ver con el intento de lograr una mayor permisión en la aplicación de “técnicas interpretativas y argumentativas”, precisamente en favor del principio respecto de la regla.<sup>68</sup> La razón de tal

<sup>65</sup> Por vía de ejemplo, Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, cit., nota 21, pp. 117-119. Una solución semejante en cuanto al efecto, aun cuando con diversa base teórica, es la postulada por Riccardo Guastini al sostener que los principios vienen en realidad a generar soluciones “de adecuación” respecto de las normas (*Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 459 y 460).

<sup>66</sup> Una muy clara discusión del tema se encuentra contenida en Prieto Sanchís, L., “El juicio de ponderación constitucional”, *op. cit.*, nota 52, pp. 221-251.

<sup>67</sup> Guastini, R., “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 145-147.

<sup>68</sup> “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *op. cit.*, nota 29, p. 97. Para un análisis crítico de los fundamentos y alcances de este atributo general, *cfr.* Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000; para un análisis de los sentidos de la expresión, Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 24-68.

prevalencia no es en este caso material sino funcional, así sea a partir de la pretensión de construir mejores condiciones para la fundamentación y, con ello, construcción de toda la sentencia.

## V. LAS FUENTES DE FUNDAMENTACIÓN DE LA SUPREMA CORTE

A partir de lo sostenido en el apartado anterior, en el presente llevaremos a cabo un intento de identificación del uso que la Suprema Corte ha hecho de la distinción reglas/principios al resolver las controversias constitucionales. A este respecto, lo primero que puede decirse es que la inmensa mayoría de las sentencias se fundamenta directamente en reglas, de manera que no resulta de interés, para efectos de este estudio, llevar a cabo un análisis de la manera en que las mismas son utilizadas en las controversias. Lo que sí puede resultar importante es atender a la manera en la que los principios han sido incorporados a la fundamentación, de ahí que más que intentar una exposición o clasificación exhaustivas de las diversas formas de uso, vayamos a presentar algunos ejemplos característicos.<sup>69</sup>

Si atendemos a un criterio funcional, la Suprema Corte sostuvo, al resolver en octubre de 2005 por mayoría de seis votos la controversia 1/2005, dos cosas diversas según se atienda al rubro o al cuerpo de la tesis: que al determinar el alcance de un determinado precepto de la Constitución, “debe atenderse a los principios establecidos en ella, arribando a una conclusión congruente y sistemática”, y que debía reconocerse como principio general propio de la Constitución, que el sentido de las normas interpretadas debe llevar a la congruencia de todas ellas.<sup>70</sup> Si se estima que lo sostenido es el primer concepto, la Suprema Corte está reconociendo de manera explícita que la Constitución se compone tanto de principios como de reglas, y que a efecto de llevar a cabo una interpreta-

<sup>69</sup> Un importante intento de reconstrucción como el que aquí intentaremos fue llevado a cabo por José de Jesús Orozco en materia electoral, especialmente a través de dos trabajos (“Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano” y “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”) recogidos en *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, pp. 255-280 y 281-320, respectivamente.

<sup>70</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 9a., XXIII, p. 25.

ción correcta, ambos debían armonizarse. Este entendimiento choca, desde luego, con lo que suele entenderse como propio de los principios, *i. e.*, su supremacía respecto de las reglas, de ahí que nos parece que no puede ser aceptado como el criterio de la tesis mencionada. Por lo mismo, y por estar contenidas las razones en el cuerpo mismo de ésta, nos parece que el criterio de interpretación es que la Constitución debe regirse por un criterio de interpretación general (formulado aquí en la forma de “principio”), en el sentido de que el entendimiento de los preceptos constitucionales debe ser congruente con el sentido del sistema constitucional en su conjunto. Otro ejemplo que aquí cabe señalar es lo resuelto por la Primera Sala, así sea en un amparo en revisión,<sup>71</sup> ya que a los derechos fundamentales se les dio tratamiento, si cabe decirlo así, de “principios”:

Los derechos fundamentales son normas jurídicas que tienen una estructura interna principal en virtud de la cual, cuando el ejercicio de uno entra en conflicto con el ejercicio de otros, se hace necesario atender a su peso relativo en el caso concreto (esto es, a la luz de la totalidad de intereses y bienes relevantes en una particular categoría de casos) para determinar cuál debe considerarse prevaleciente —sin que ello afecte la validez del o de los que no lo hacen— a los efectos de evaluar la razonabilidad constitucional del acto o norma reclamados.

Atendiendo ahora a un criterio puramente material, la Suprema Corte le ha dado a la expresión “principios” diversos usos, algunos de los cuales nos sirven de ejemplificación. En primer lugar, y siguiendo una larga tradición constitucional, ha establecido que la división de poderes tiene tal carácter normativo, pues así se encuentra expresamente mencionado en los artículos 49 y 116 constitucionales respecto de la Federación y los estados. En la mayor parte de las interpretaciones, el principio se asume como dado o, lo que aquí es igual, su existencia no resulta de una suerte de inducción a partir de lo previsto en diversas reglas. Las funciones normativas resultantes pueden ser diversas, tales como lograr la sistematiza-

<sup>71</sup> El 1595/2006, promovido por Stephen Orla Searfoss y resuelto el 29 de noviembre de 2006 (*Semanario Judicial de la Federación*, 9a., 1a. Sala, LVIII/2007, t. XXV, febrero de 2007, p. 655; 9a., 1a. Sala, LIX/2007, t. XXV, febrero de 2007, p. 632; 9a., 1a. Sala, LXI/2007, t. XXV, febrero de 2007, p. 654 y 9a., 1a. Sala, LVIII/2007, t. XXV, febrero de 2007, p. 655).

ción de diversas reglas legales a efecto de dotarlas de un sentido “unitario”, primordialmente por razones teleológicas;<sup>72</sup> modalizar las propias condiciones de aplicación del principio,<sup>73</sup> o precisar sus formas de aplicación.<sup>74</sup> En segundo lugar, se ha utilizado para caracterizar de manera unitaria a la garantía individual de impartición de justicia prevista en el artículo 17 constitucional, específicamente para darle el alcance de un principio material que tiene como función servir de parámetro en el análisis de constitucionalidad de preceptos legales,<sup>75</sup> como los que prevén los recursos administrativos ordinarios,<sup>76</sup> o las formas de resolución de conflictos ante la Procuraduría del Consumidor.<sup>77</sup> En tercer lugar, la expresión principios se ha utilizado para construir algunos contenidos respecto de los municipios, tales como los así denominados de “integridad de sus recursos económicos” y “de ejercicio directo”, entendiendo que ambos se encontraban “implícitos” en los enunciados resultantes de la reforma constitucional de 1999.<sup>78</sup> En cuarto lugar, le ha dado el carácter de principio a la determinación de anualidad de revisión de la cuenta pública, ello a efecto de sistematizar un conjunto de disposiciones constitucionales y legales.<sup>79</sup> En quinto lugar, la Corte estableció, al resolver la controversia 38/2003 en junio de 2005, que las condiciones de acceso a empleos o comisiones públicos a que alude el artículo 35 constitucional, en su fracción II, debe realizarse a partir de los principios de “eficiencia, mérito y capacidad”. Por lo mismo, podemos decir que en este caso la expresión “principio” se utiliza a fin de incorporar determinados contenidos a un precepto constitucional, ello a partir de lo que estima contenido en otros (artículos 113 y 123 constitucionales).<sup>80</sup> En sexto lugar, la Corte le ha dado una amplia interpretación al artículo 116 constitucional a efecto de construir las garantías jurisdiccionales de los juzgadores estatales, especialmente de los magistrados. En tal sentido, se ha dado conteni-

<sup>72</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 9a., XII, p. 568; XXII, p. 921.

<sup>73</sup> *Ibidem*, 9a., XXII, p. 954.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 9a., XXIII, p. 1533.

<sup>75</sup> Respecto del contenido de tal principio, *ibidem*, 9a., 1a. Sala, XXII, p. 697.

<sup>76</sup> *Ibidem*, 9a., 2a. Sala, XV, p. 303.

<sup>77</sup> *Ibidem*, 9a., XXII, p. 19.

<sup>78</sup> *Ibidem*, 9a., XIX, p. 883 y XXI, p. 814, respectivamente.

<sup>79</sup> *Ibidem*, 9a., XXII, p. 889.

<sup>80</sup> *Ibidem*, 9a., XXII, p. 1874.

do a los de “independencia”, “carrera judicial”, “ratificación o reelección” y “seguridad económica”,<sup>81</sup> ello a efecto de permitir el establecimiento de un parámetro de contraste de la validez de las normas infraconstitucionales.<sup>82</sup> Finalmente, lo resuelto en la controversia 31/97, promovida por el municipio de Temixco, Morelos, fallada el 9 de agosto de 1999 por mayoría de ocho votos, en la cual se sustentó e identificó como principio implícito de nuestro orden constitucional el “bienestar de la persona humana” (que no su dignidad), cuya función se hizo consistir en determinar el alcance protector de la Suprema Corte en materia de controversias constitucionales.<sup>83</sup>

Si analizamos en conjunto los ejemplos acabados de mencionar, podemos extraer seis conclusiones generales y una particular en relación con el tema de la fundamentación de las sentencias dictadas en materia de controversias constitucionales:

- Primera, que la Suprema Corte ha hecho un uso creciente de los principios constitucionales de manera complementaria a las reglas.
- Segunda, que los principios se han identificado tanto de manera “explícita” como “implícita”.
- Tercera, que algunos principios tienen el sentido de “estructurales” y otros de “ideológicos”, en la relación hecha por Van Hoecke.<sup>84</sup>
- Cuarta, que los principios no son el resultado de inducciones respecto de reglas, sino que se les ha conferido un estatus normativo propio.
- Quinta, que la función normativa de los principios radica en crear un estándar para analizar la constitucionalidad de las normas sometidas al control de regularidad de la Suprema Corte o en lograr la armonización de diversos preceptos constitucionales y legales, y no sólo en resolver cuestiones menores o “intersticiales”.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 9a., XXI, p. 1389; XXIII, pp. 1250, 1447 y 1449, respectivamente.

<sup>82</sup> Otras menciones a los principios de jerarquía constitucional podemos encontrarlas en el carácter de la prohibición de aplicar de manera retroactiva disposiciones en perjuicio de las personas (*ibidem*, 9a., XX, p. 967; 1a. Sala, XIX, p. 513), mientras que legales, entre muchas otras, respecto del de “idoneidad de la prueba” (*ibidem*, 9a., XIII, p. 157; 2a. Sala, XVI, p. 246) o al de “legalidad” (*ibidem*, 9a., 2a. Sala, XVI, p. 246).

<sup>83</sup> *Ibidem*, 9a., X, p. 709.

<sup>84</sup> “El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales”, *op. cit.*, nota 53, pp. 424-426.

- Sexta, que no es claro de qué manera se han resuelto los conflictos entre reglas y principios, aun cuando puede suponerse la prevalencia de los segundos, dado que su función radica, precisamente, en lograr las apuntadas “armonizaciones”.

La conclusión particular es que, y con independencia de las cuestiones a que dé lugar el uso de principios, la Suprema Corte ha utilizado de manera reiterada a los principios como único criterio de fundamentación. Es decir, que tal como acontece con las reglas, el sentido normativo determinante, que no el fáctico (hechos) o el argumental (motivación), ha recaído en tal tipo de normas. Esto, desde luego, implica un reconsideración total respecto de lo apuntado en la fracción II del artículo 41 que venimos analizando. Nuestra Suprema Corte fundamenta sus resoluciones, de manera directa, primordialmente en reglas y en ocasiones en principios (al parecer crecientemente), e indirectamente en precedentes o jurisprudencia.