



ESTUDIOS SOBRE
LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA PRINCIPALISTA

BASES PARA LA TOMA
DE DECISIONES JUDICIALES

JUAN MANUEL ROMERO MARTÍNEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
PRINCIPALISTA. BASES PARA LA TOMA
DE DECISIONES JUDICIALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 720

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Cristopher Raúl Martínez Santana
Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Amyn Jovany Rivera Lázaro
Formación en computadora

Arturo de Jesús Flores Ávalos
Elaboración de portada

JUAN MANUEL ROMERO MARTÍNEZ

ESTUDIOS SOBRE
LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA PRINCIPALISTA.
BASES PARA LA TOMA
DE DECISIONES JUDICIALES



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2017

Primera edición: 3 de septiembre de 2015
Primera reimpresión: 27 de abril de 2016
Segunda reimpresión: 27 de octubre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6315-6

CONTENIDO

Prólogo	XV
Santiago NIETO CASTILLO	
Introducción	1
CAPÍTULO PRIMERO	
EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO .	5
I. Preámbulo	5
II. Marco histórico, filosófico y teórico del neoconstitucionalismo. . .	5
1. Marco histórico	5
2. Marco filosófico	8
3. Marco teórico.	9
A. La Constitución como verdadera norma jurídica	10
B. La creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes.	13
C. La novedad de la interpretación de la Constitución.	15
III. Generalidades del neoconstitucionalismo	17
1. Concepto	17
2. Tipos	20
A. Teórico.	21
B. Ideológico	23
C. Metodológico	25
IV. Partidarios y postulados	27
1. Gustavo Zagrebelsky	27
A. Heterogeneidad del derecho	27
B. Principios de justicia	28
C. Distinción entre reglas y principios.	28

D. El pluralismo de los principios	29
E. La crisis de la certeza del derecho.	30
F. El puesto del legislador en el Estado constitucional	31
2. Luigi Ferrajoli.	31
A. Sistema artificial de garantías	32
B. Paradigma garantista de validez y vigencia.	33
C. Democracia formal y democracia sustancial	34
D. El nuevo papel del juez en el sistema garantista	35
E. Consideraciones generales	35
3. Paolo Comanducci.	36
A. Neoconstitucionalismo teórico	36
B. Neoconstitucionalismo ideológico.	37
C. Neoconstitucionalismo metodológico	38
4. Luis Prieto Sanchís.	39
5. Ronald Dworkin.	41
A. Reglas, directrices y principios	42
B. Los casos difíciles.	43
C. La tesis de los derechos	45
D. Modelo de la respuesta correcta	45
V. Los principios en el derecho.	47
1. A manera de introducción	47
2. Consideraciones generales sobre los principios jurídicos.	48
3. Los principios y la estructura de las reglas jurídicas	49
4. Los derechos fundamentales como principios	50
5. Principios constitucionales.	53
6. Principios de la Constitución y principios generales del derecho	54
7. A modo de epílogo.	56

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON ENFOQUE PRINCIPALISTA	59
Epígrafe.	59

I. Una aproximación general a la argumentación jurídica	61
1. Racionalidad y razonabilidad en el contexto amplio y del derecho	61
2. El discurso argumentativo	66
3. Contexto de aparición	67
4. Análisis conceptual.	69
5. Utilidad	71
II. Teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman	73
1. ¿Por qué se dice que su teoría tiene un enfoque principalista?	73
Ideas generales en torno a los valores y principios.	74
2. La lógica jurídica y la nueva retórica	75
3. El papel de la sociología jurídica en la argumentación	76
4. Imperio retórico	78
III. Teoría de la argumentación jurídica de Neil MacCormick	80
1. Planteamientos generales.	80
2. Las funciones y el concepto de los principios.	84
3. El silogismo judicial	86
IV. Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy	87
1. Un primer acercamiento	87
2. Una teoría de los principios	88
A. La tesis de la optimización.	88
B. Ley de la colisión	89
C. Ley de ponderación.	89
3. Los principios y la única respuesta correcta.	90
A. Justificación del tema.	90
B. Contexto	90
C. Teorías fuertes y débiles de los principios	90
D. Orden estricto	91
E. Orden débil	91
F. La conexión entre la teoría de los principios y la teoría de la argumentación.	93
4. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas	93

5. Ideas fundamentales de la teoría de Alexy.	95
6. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico . .	96
A. La tesis del caso especial	96
B. La justificación interna	99
C. Justificación externa	100
V. La teoría de la argumentación jurídica de Aleksander Peczenick .	102
1. Punto de partida.	102
2. La moralidad y la argumentación jurídica.	103
3. La ponderación en el razonamiento jurídico.	104
4. La teoría de la argumentación jurídica coherente	105
5. Los principios jurídicos	107
6. Seguridad jurídica formal y material.	108
VI. Algunos puntos sobresalientes de las investigaciones de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas a propósito de la argumentación con principios constitucionales	109
1. Introducción.	109
2. Funciones de los principios	111
3. Método de argumentación con principios.	111
VII. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza.	113
1. Una acotación preliminar	113
2. El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica	113
A. El objeto	114
B. El método	116
C. Las funciones.	119
3. El derecho como argumentación	119
4. Análisis de los principios en la argumentación jurídica	122
VIII. La argumentación jurídica en Jaime Cárdenas Gracia	124
1. Exordio.	124
2. El principio de proporcionalidad	125
3. Ideas centrales	127
IX. Consideraciones sobre la argumentación con una orientación no principalista.	128

CAPÍTULO TERCERO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.	131
I. La argumentación jurídica principalista en el sistema judicial mexicano.	131
1. El caso Armando Ovando Gallegos (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-393/2005)	131
A. Descripción del caso	131
B. Principios en colisión.	132
C. Argumentación y sentencia.	134
D. Comentarios	139
2. El caso Iridia Salazar Blanco (juicio de inconformidad, expediente: ST-JIN-7/2009).	141
A. Descripción del caso	141
B. Principios en colisión.	143
C. Argumentación y sentencia.	144
D. Comentarios	153
3. El caso Witz Rodríguez (amparo en revisión 2676/2003)	154
A. Una precisión	154
B. Descripción del caso	155
C. Principios en colisión.	156
D. Argumentación y sentencia.	158
E. Comentarios	162
F. Voto de minoría de los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza	164
II. La argumentación jurídica principalista en el Tribunal Constitucional Federal Alemán	165
1. Caso “Crucifijo” (BVerfGE 93, 1)	165
A. Descripción del caso	165
B. Principios en colisión.	167
C. Argumentación y sentencia.	169
D. Opinión divergente de algunos jueces constitucionales	175

E. Comentarios	177
2. Caso Benetton-publicidad ofensiva (BVerfGE 102,347)	178
A. Descripción del caso	178
B. Principios en colisión.	179
C. Argumentación y sentencia.	180
D. Comentarios	187
3. Caso expulsión de extranjeros (BVerfGE 35,382)	188
A. Descripción del caso	188
B. Principios en colisión.	189
C. Argumentación y sentencia.	190
D. Comentarios	194
III. Las tendencias actuales sobre convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	196

CAPÍTULO CUARTO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. PRINCIPALES CRÍTICAS Y ALGUNAS RESPUESTAS DESDE LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL	203
I. Recapitulación	203
II. La importancia teórica en la atención a las críticas y objeciones a la argumentación jurídica principalista	204
1. La importancia en el campo de la teoría jurídica	204
2. Algunas diferencias entre los postulados del positivismo jurídico con relación a los postulados del constitucionalismo	206
A. Sobre el tipo de deliberación.	206
B. Sobre las formas de discurso	206
C. Sobre la validez de las normas	207
D. Sobre el papel del científico del derecho	208
E. Sobre la enseñanza del derecho.	208
3. A manera de epílogo	209
III. Elementos de la estructura de la ponderación materia de las críticas a la argumentación jurídica principalista	210
1. Preludio	210

2. La ley de ponderación	211
3. La fórmula del peso	213
La ponderación numérica	216
4. Las cargas de la argumentación	219
IV. Principales objeciones al método de ponderación que se utiliza en la argumentación jurídica principalista	221
1. La irracionalidad de la ponderación	221
A. La indeterminación conceptual	222
B. La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan	222
C. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación	223
2. Los límites de la ponderación	223
3. La afectación del principio democrático	225
V. Algunas respuestas prácticas a las principales críticas del método de ponderación	227
1. Sobre las objeciones generales a la subjetividad y arbitrariedad en la ponderación	227
2. Ejemplificación de condiciones de prioridad de principios jurídicos primordialmente en materia electoral	230
3. Control o test de razonabilidad	236
Conclusiones	241
Bibliografía	251

INTRODUCCIÓN

La argumentación jurídica principalista como forma de razonamiento abierto o maximalista no ha sido ajena a la práctica justificativa que efectúan los jueces constitucionales mexicanos. La base de dicha argumentación está constituida por la distinción entre reglas y principios; esto es, las reglas se aplican a través de la operación de subsunción, a diferencia de los principios, en donde opera la optimización. Por ello, en un modelo de argumentación de corte principalista los intérpretes y los aplicadores del derecho tienen que recurrir necesariamente al método de ponderación para resolver las colisiones entre principios que se presentan en los casos jurídicos que tienen entre sus manos.

En este sentido, la expresión “argumentación jurídica principalista” ha cobrado significativa importancia a partir de la configuración de la teoría del neoconstitucionalismo. Esta corriente de pensamiento viene a explicar la conformación de los Estados constitucionales de derecho; esto es, aquellos Estados que, entre otras cosas, cuentan con Constituciones concebidas no como programas políticos de buenas intenciones, sino como verdaderas normas jurídicas que incorporan ideales morales en forma de principios, situación que se traduce en una relación necesaria entre el derecho y la moral.

Bajo este contexto, resulta innegable que la argumentación principalista presenta nuevos retos que no se manifestaban en un sistema de razonamiento jurídico basado sólo en reglas, como el que comporta el formalismo jurídico, en donde la justificación de las decisiones es de tipo interna; es decir, sustentada únicamente en un silogismo jurídico.

Por otro lado, la argumentación jurídica principalista ha propiciado diversas críticas en el ámbito teórico, las cuales han encontrado su máxima manifestación en la práctica de los juzgadores, quienes viven la complejidad de la aplicación optimizada de los principios. Estas críticas se dirigen especialmente al método de ponderación que se utiliza para resolver las tensiones entre principios jurídicos.

De esta manera, las principales objeciones que se han formulado por los críticos del método de ponderación se resumen en los siguientes pun-

tos: *i*) el que los jueces no cuenten con parámetros mínimos o estructuras jurídicas que los guíen en la ponderación y argumentación con principios jurídicos; *ii*) la falta de una jerarquía de principios que determine la medida o peso que deba corresponderle a los principios que se ponderan; *iii*) que no existe un nivel de previsibilidad en los resultados de la ponderación; *iv*) la ausencia de objetividad en el establecimiento del grado de afectación e importancia de los principios en tensión, y *v*) la afectación al principio democrático que comporta la ponderación. Por ello, el objetivo de la presente investigación es proponer algunas respuestas a los mencionados inconvenientes, las cuales se obtendrán desde la práctica jurisdiccional, a fin de contribuir con el desarrollo de la argumentación jurídica, ya que se reconoce el papel que ésta tiene para acercar el derecho a la sociedad, pues una decisión principalista no sólo tiene relevancia para las partes en conflicto, sino que repercute en el comportamiento de los individuos que integran la sociedad y en la manera en que éstos perciben el derecho. En este sentido, no se debe olvidar que la argumentación jurídica principalista se caracteriza por tener un enfoque maximalista; es decir, no se contenta con una justificación que sólo discurra en el discurso jurídico, sino que la misma se abre a otros escenarios discursivos, como son el moral, el social y el político.

La hipótesis de esta investigación es que del análisis de algunos casos judiciales paradigmáticos se obtienen determinadas condiciones de prioridad de principios, principalmente en materia electoral, las cuales contribuyen a generar previsibilidad en la ponderación; asimismo, que con el establecimiento de un control de razonabilidad se garantiza una mayor objetividad en la ponderación, y además se logra legitimar las decisiones principalistas.

Cabe precisar que no se pretende que las respuestas prácticas que se construyan en esta investigación se asuman como verdades absolutas y acabadas, sino simplemente como respuestas viables a la problemática observada, las que desde luego se sujetan al diálogo académico y social, a fin de generar la convergencia o divergencia de ideas y enriquecer o mejorar los resultados obtenidos con la presente investigación.

Para desarrollar la presente investigación se ha decidido dividirla en cuatro capítulos, en los términos siguientes:

El capítulo primero se centra en explicar el neoconstitucionalismo. Por ello, se presenta su marco histórico, filosófico, teórico; sus generalidades, su concepto y sus tipos; asimismo, se esbozan los principales postulados de los precursores más representativos de esta corriente de pensamiento, como son los de Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Luis Prieto y Ronald Dworkin. Por otro lado, se describen los principios jurídicos, se

presentan sus divergencias con la estructura de las reglas jurídicas; además, se equiparan los derechos fundamentales con los principios jurídicos, distinguiéndolos de los derechos humanos, de los principios constitucionales, de los principios de la Constitución, de los principios generales del derecho.

En el capítulo segundo se integra un epígrafe en el que se expone, de forma general, el pensamiento de Aulis Aarnio en torno a la práctica argumentativa. En el cuerpo del capítulo se efectúa una aproximación general a la argumentación jurídica. Para ello se distingue entre racionalidad y razonabilidad en el derecho, se menciona su contexto de aparición, se efectúa un estudio conceptual y se detalla la utilidad de dicha argumentación jurídica; por otro lado, se desarrollan las principales teorías en torno a la argumentación con enfoque principalista, como son las construidas por Chaïm Perelman, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza; además, se precisan las investigaciones y aportaciones realizadas por Francisco Javier Ezquiaga y Jaime Cárdenas en torno a esta argumentación. Al final de este capítulo se detalla la teoría de la argumentación con orientación no principalista elaborada por Stephen Toulmin, con la finalidad de contrastarla con las teorías que sí tienen esa naturaleza.

El capítulo tercero es de naturaleza práctica, ya que en él se analizan diversos casos jurídicos paradigmáticos de corte principalista decididos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, para lo cual se presenta la descripción general de los mismos, se ubican los principios en colisión y se examina la argumentación desplegada en cada asunto, además de referir comentarios generales y puntos a rescatar sobre los casos jurídicos analizados. Por otra parte, se detalla la doctrina del control de convencionalidad que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se resalta su relevancia en la argumentación jurídica de corte principalista.

En el capítulo cuarto se relata la importancia teórica que comporta la atención de las principales críticas que se han formulado en contra del método de ponderación, para lo cual se detallan los elementos de la estructura de la ponderación; esto es, la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, los cuales fungen como materia de las críticas a la argumentación jurídica principalista. De esta forma, se presentan las principales objeciones al método de ponderación en los bloques identificados como la irracionalidad de la ponderación, los límites de la ponderación y la afectación al principio democrático, efectuadas por autores como Habermas, Schlink y Javier Jiménez. Por tal motivo, se presentan algunas consideraciones y respuestas prácticas a las objeciones y críticas, las cua-

les se desarrollan en tres partes. En la primera se precisa la imposibilidad de una hiperracionalidad en la ponderación; en la segunda se ejemplifican determinadas condiciones de prioridad de principios primordialmente en materia electoral, y en la tercera se esquematiza un control o test de razonabilidad. En la última parte del presente estudio se exponen las conclusiones, que contienen los puntos más relevantes de la investigación, los resultados obtenidos de ésta, así como las explicaciones y soluciones prácticas a los problemas señalados en esta parte introductoria.

Por último, se da cuenta de todas las fuentes bibliográficas y hemerográficas nacionales e internacionales consultadas que apoyan y sustentan algunas de las reflexiones, aseveraciones y propuestas contenidas en el presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

I. PREÁMBULO

Entraña cierta dificultad el intentar desarrollar una investigación sobre argumentación jurídica de corte principalista sin hacer referencia a la corriente de pensamiento que se ha manifestado en diversos países de Europa bajo el rótulo de neoconstitucionalismo, la cual ha propiciado una transformación en la forma de entender el derecho. La dificultad surge porque la argumentación jurídica principalista encuentra su fundamento dentro del contexto del neoconstitucionalismo. Así se puede decir que todo estudio sobre razonamiento jurídico con principios conlleva hacer referencia a esa corriente de pensamiento, por lo que no debe resultar extraño que el presente capítulo se centre en explicar su origen, sus generalidades y sus postulados.

En otro sentido, cabe mencionar que en el desarrollo de la argumentación jurídica de corte principalista surgirán necesariamente diversas interrogantes sobre los principios jurídicos; por ejemplo, ¿qué son?, ¿cómo operan?, ¿cómo se distinguen de las reglas?, y ¿cuáles son sus principales características? Tales preguntas adquieren relevancia en las sociedades pluralistas como la mexicana, en la cual coexisten diversos principios en el sistema jurídico. Es así como en este capítulo se buscará responder estas cuestiones y otras más que surjan en el transcurso de la investigación.

II. MARCO HISTÓRICO, FILOSÓFICO Y TEÓRICO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. *Marco histórico*

Sin tratar de formular una reseña de todos los sucesos que propiciaron el surgimiento del neoconstitucionalismo, sí cabría mencionar el contexto principal en el que surgió esta corriente teórica, a fin de que se ubique en el tiempo

y en el espacio. De esta manera, el nuevo constitucionalismo tiene su espacio en Europa y su tiempo en el período posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial (posguerra); esto es, a partir de 1945.

La reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial se dio también en el terreno jurídico, derivado en parte a que la sociedad estaba asombrada ante algunas atrocidades cometidas con base en el derecho vigente de países europeos (piénsese en el caso de Alemania). Por ello, se hizo necesario modificar el esquema jurídico, en particular el papel y la posición de la Constitución. Bajo esta premisa se fue desarrollando un constitucionalismo más sensible a ciertos ideales morales, lo que resultó en una nueva manera de concebir a la organización estatal; esto es, de un Estado de derecho a un Estado constitucional o democrático de derecho.

El antecedente histórico sobre este nuevo constitucionalismo se tiene en Italia con la Constitución de 1947, la cual se enmarca dentro de esa ola de pensamiento; asimismo, se tiene a Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, país que sobresale por el agrio contexto social que sufrió bajo regímenes formalistas, de ahí que haya sido de las primeras naciones de tradición romano-germánica (los otros son Austria y la escindida República de Checoslovaquia) en donde fue instaurado un Tribunal Constitucional;¹ esto es, en 1951, a diferencia de Italia, en donde se instauró en 1956. Por tal razón, Alemania bien puede considerarse como el primer país del continente europeo que logró la difusión y generalización de la justicia constitucional entendida en términos extensivos; es decir, Constituciones con contenidos morales.²

De esta manera, no resulta extraño que en el período de la posguerra se haya generado una especial transformación teórica y práctica del derecho constitucional en países con sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, especialmente del continente europeo.³

¹ Para un panorama general sobre el surgimiento de los tribunales constitucionales en el continente europeo puede consultarse el capítulo I, denominado *The rise of Constitutional Courts*, de la reciente obra de Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Yale University Press, 2009, pp. 3-5. Este autor recuerda que Kelsen tuvo un relevante papel en el establecimiento de los tribunales constitucionales, así señala que el filósofo austriaco escribió de forma abundante a favor de someter las leyes a algún tipo de control judicial y a favor del modelo centralizado, frente a la alternativa americana. También existe una versión en castellano de la citada obra: Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 25-29.

² Para una reconstrucción histórica sobre el nuevo constitucionalismo, véase Barroso, Luís Roberto, *El neconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 1-3.

³ *Ibidem*, p. 2.

Con mucho, lo característico de la corriente teórica del neoconstitucionalismo es que describe la manera en que se concibe la Constitución en los Estados democráticos; esto es, como una norma jurídica que no sólo establece las funciones de los entes públicos, sino que además reconoce un sistema de principios que funcionan como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado.⁴

Por otro lado, cabe resaltar que además de concebir un denso contenido material en las Constituciones de la posguerra, también se reconoce su supremacía, a fin de que funcionen como instrumentos de garantía y realización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar de que el surgimiento y desarrollo del neoconstitucionalismo se dio principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, conviene señalar que también se relaciona con la caída de los regímenes totalitarios o represores del siglo XX, como el de Italia, bajo el fascismo de Mussolini. De ahí que, por ejemplo, existan diversas investigaciones de autores italianos sobre temas relacionados con el neoconstitucionalismo (piénsese en Fioravanti, quien hace hincapié en la insuficiencia solemne de protección constitucional de los derechos frente a las posibles transgresiones de los poderes públicos; por ello, él mismo pugna por comprender a la Constitución como la gran norma directiva que comprometa a todos en la realización de valores constitucionales).⁵

Partiendo de estas ideas, se debe entender que la importancia que se le otorga a la Constitución en la corriente filosófica neoconstitucionalista como norma directiva fundamental debe contraponerse frente al modelo decimonónico del Estado de derecho. Ello es así, porque siendo la Constitución una verdadera norma jurídica que funcione como un elemento de fundación de los derechos esenciales de los individuos y no como un mero manifiesto de buenas intenciones, se tiene entonces que las leyes emitidas siguiendo el proceso legislativo previamente establecido pudieran constituirse como ilegítimas, por ser opuestas a tales derechos. De ahí la contraposición entre el citado Estado de derecho de corte legalista con el Estado constitucional de derecho que la teoría del neoconstitucionalismo busca explicar.⁶

⁴ En este sentido, para algunos autores españoles, la Constitución encarnaría un *proyecto político bien articulado* por no limitarse a fijar las reglas del juego, sino por participar directamente en éste. Véase Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, p. 22.

⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p. 128.

⁶ Para la redacción de este párrafo han resultado de gran utilidad las opiniones presentadas por Fioravanti. *Idem*.

Bajo este sendero se configura la idea de un control de constitucionalidad de las leyes, el cual operaría como un examen de conformidad de tales leyes con la Constitución, con lo que se posibilita la inaplicación a casos concretos de normas jurídicas emanadas formalmente, pero ilegítimas en el ámbito material, lo que pondría en duda el valor incondicional de la fuerza de la ley en el terreno del legalismo.

Resumiendo, el neoconstitucionalismo aparece después de la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania e Italia; principalmente, la realidad constitucional o, si se quiere, cultura de los derechos y libertades, se formó en oposición a la teoría legalista, en la cual no se juzgaba la validez de las leyes en atención a su congruencia con los valores y principios que se contienen en la norma directiva fundamental.

2. *Marco filosófico*

En teoría del derecho se ha querido ubicar al neoconstitucionalismo en alguna de las corrientes filosóficas dominantes. Así, algunos autores prefieren hablar de postpositivismo o positivismo de nuestros días. Se considera que más que ubicar al neoconstitucionalismo en alguna tradición jurídica particular se debe comprender y reconocer que éste se desenvuelve dentro de los postulados del iusnaturalismo y del iuspositivismo. Con mucho, en la tradición constitucionalista existen criterios de legalidad, y además sustanciales o morales, si se quiere ser más preciso.

Bajo esta idea, conviene hacer un paréntesis a fin de presentar una lectura muy general sobre los postulados opuestos del iuspositivismo y del iusnaturalismo, lo que permitirá vislumbrar la ubicación filosófica del neoconstitucionalismo sin comprometerlo con alguno de estos escenarios.

Se debe recordar que bajo los postulados del iusnaturalismo *racionalista* existían principios con validez universal (como lo es la justicia) fundados en la naturaleza humana. Estos principios universales del derecho natural calificarían a las leyes positivas como legítimas o no; en otras palabras, el iusnaturalismo intentó equiparar las leyes positivas con las leyes naturales; esto es, con la razón. De ahí que bajo esta corriente de pensamiento se pensara que tales leyes del derecho positivo deberían estar acordes con las leyes naturales, si se querían considerar como derecho; ello porque estas últimas se percibían como anteriores y superiores al derecho positivo.

Por su parte, el iuspositivismo surgió en el contexto de la idea de objetividad en la ciencia, la cual se transmitió al campo jurídico. Así, la legitimidad en el derecho pasó a segundo término, y los principios de legalidad y de validez procedimental se impusieron como criterios rectores del positivismo

jurídico; por ello, bajo esa corriente se identificó al derecho con la ley, olvidándose de las cuestiones materiales; por ejemplo, la justicia.

Así las cosas entre las posturas antagónicas en el derecho, por lo que no parece difícil ubicar el marco filosófico del neoconstitucionalismo, el cual se considera que no se ubica en el positivismo jurídico, pues bajo el constitucionalismo se percibe el derecho en un contexto más amplio que el de la simple legalidad; tampoco se encuentra en el campo del iusnaturalismo, ya que el neoconstitucionalismo, si bien hace una lectura del derecho desde el terreno de la moral, no parte de principios o leyes naturales superiores al derecho; esto es, no se ubica en el campo de la metafísica, sino más bien parte de ideales morales reconocidos en las propias Constituciones, los cuales, al ser plasmados en esos instrumentos fundamentales, se hacen exigibles en el terreno jurídico; es decir, se juridifican.⁷

Con todo, si bien el neoconstitucionalismo no se ubica en alguna de las posiciones señaladas como antagónicas del derecho, sí utiliza sus postulados, por lo que se considera que éste se encuentra en una posición de desarrollo del positivismo y del iusnaturalismo, puesto que promueve la vinculación del derecho y la moral, pero sin menospreciar los parámetros positivistas, como son los referentes a la legalidad y a la validez jurídica.

En síntesis, se puede decir que el marco filosófico del neoconstitucionalismo se desprende de las dos tradiciones jurídicas prevaletentes. Así, el neoconstitucionalismo parte tanto de la oposición al legalismo estricto del iuspositivismo como del idealismo metafísico del iusnaturalismo. No obstante lo anterior, se piensa que el marco filosófico del nuevo constitucionalismo no se circunscribe a un postpositivismo como han llegado a afirmar algunos autores, como Luís Roberto Barroso,⁸ pues si así fuera, también se podría decir que se trata de un postiusnaturalismo.

3. *Marco teórico*

En el terreno teórico son tres los estadios que cambiaron la forma de entender el constitucionalismo, los cuales se pueden agrupar en los siguientes

⁷ Sobre la juridificación de los ideales morales en la doctrina española se ha entendido que una vez recibidos los valores y principios por la Constitución, son derecho positivo, por lo que han de tratarse en su vertiente de prescripciones jurídicas. Véase Tomás Puig, Petra María, “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, España, núm. 5, 2001, p. 134, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=102560>.

⁸ Este autor habla de un *postpositivismo* que intenta ir más allá de la legalidad estricta y hacer una lectura moral del derecho, con lo cual se está de acuerdo; sin embargo, se considera que no se debería encasillar el neoconstitucionalismo en un postpositivismo como pretende el mismo Luís Roberto Barroso. Sobre esto, véase Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 5.

puntos: a) la Constitución como verdadera norma jurídica; b) la creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) la novedad de la interpretación de la Constitución.⁹

A. *La Constitución como verdadera norma jurídica*

Parece evidente que a mediados del siglo XX hubo un cambio respecto al carácter de las Constituciones políticas de diversos países de Europa; esto es, se empezó a reconocer el carácter jurídico y, por lo tanto, obligatorio de éstas. De esta forma, ya no sólo serían concebidas como un documento político de buenas intenciones de los gobernantes, sino como verdaderas normas jurídicas vinculantes tanto para los poderes públicos como para los particulares.¹⁰

Por otro lado, cabe notar que existen diversos autores disconformes con el carácter normativo de la Constitución. Ellos consideran que en las Constituciones contemporáneas se tienen algunos preceptos que podrían catalogarse como demagógicos, derivado de su imposibilidad de cumplimiento; por ende, desconocen el nivel jurídico de la Constitución.¹¹ En este sentido, se considera que al margen de que pueda verse como un problema el carác-

⁹ Por supuesto que aquí se está siguiendo, con algunos matices, la clasificación que sobre el marco teórico del neoconstitucionalismo efectuara Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 5-17. En ese libro, el autor habla de tres grandes transformaciones sobre el conocimiento del derecho constitucional, bajo los siguientes rótulos: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución, b) la expansión de la jurisdicción constitucional y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional.

¹⁰ De aquí que, por ejemplo, Cecilia Mora-Donatto, al abordar algunos problemas sobre interpretación constitucional, haya señalado que en los siglos XIX y parte del XX no existía propiamente un derecho constitucional, sino político. Por ello, refiere que la Constitución quedó fuera del derecho y, por lo tanto, sólo era susceptible de interpretación política, en aras de respetar el principio de soberanía parlamentaria. Pese a estas afirmaciones, cabría hacer una aclaración; esto es, que la ausencia de derecho constitucional en tales periodos sólo debe circunscribirse en el contexto de la mayoría de los países del continente europeo y en algunos del americano, no así en el contexto del constitucionalismo desarrollado en los Estados Unidos de América, en el cual, como se verá más adelante, sí existió un derecho constitucional y un entendimiento de la Constitución como norma jurídica antes de las dos grandes guerras mundiales. Sobre las afirmaciones efectuadas en esta nota, véase Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 59 y 60.

¹¹ Por ejemplo, Rodolfo Vigo relata que autores como Troper niegan que la Constitución sea un conjunto de normas, o como Garrido Falla, quien califica a ciertos artículos de la Constitución Española como retórica constitucional, y Forsthoof, quien alerta sobre los peligros de una interpretación constitucional que privilegie los valores. Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2004, p. 61.

ter normativo de la Constitución, lo que sí es evidente es que en la práctica judicial la Constitución opera como una verdadera regla jurídica.

Pero cabría detenerse un poco y apuntar algunos antecedentes relevantes sobre los que se enmarca la fuerza normativa de la Constitución. Así, se debe comenzar en el continente americano, en la época en que se gestó la independencia de los Estados Unidos de América, la cual en parte acaeció por los abusos legislativos del Parlamento inglés en materia impositiva; de ahí que los americanos revolucionarios confiaran más en los jueces que en los legisladores. En este sentido, recuérdese que la independencia fue reconocida por Inglaterra en 1783, por lo que la Constitución de los Estados Unidos data de 1787, constituyéndose entonces como una de las cartas constitucionales escritas más antiguas en el mundo, la cual en 1791 integró mediante diez enmiendas un catálogo de derechos fundamentales, formalmente conocidos como *Bill of rights*.¹²

Bajo este contexto, es como se debe comprender la doctrina Marshall del caso *Marbury vs. Madison* (1803), en la cual en términos generales se establece un control *judicial* de constitucionalidad de carácter *difuso*; esto es, en el que todos los tribunales judiciales de los Estados Unidos tienen la posibilidad de efectuar un examen de la conformidad de las leyes con la Constitución, y, en todo caso, inaplicar las que estimen contrarias a la norma suprema.

Por otro lado, en Europa las cosas se enmarcaron en un trasfondo diferente, aunque conectado al contexto americano. Así, tras la Revolución francesa de 1789, los revolucionarios (identificados con la clase burguesa y las clases populares) confiaron en el Poder Legislativo, que representaría la voluntad general, para liberarse de las desigualdades ocasionadas por los privilegios establecidos en el régimen monárquico y clérigo conocido como *antiguo régimen*, y que los jueces de aquella época vinieron a confirmar bajo el estigma de *las leyes fundamentales del reino*. De ahí que después de la Revolución francesa los jueces hayan tenido un papel limitado, si no es que mecánico, pues ellos estaban obligados a resolver los casos al tenor literal de la ley, y, en caso de duda debían recurrir a la interpretación legislativa, por lo que su actividad era completamente disconforme con la posibilidad de ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual por supuesto

¹² Un panorama general del proceso histórico de creación y ratificación de la Constitución americana se encuentra en Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 79-81. También puede resultar interesante a este respecto el trabajo de Friedman, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, trad. de Pablo Jiménez Zorrilla, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 32 y 33.

se fue transformando a lo largo del tiempo hasta culminar con la creación de tribunales especiales denominados *constitucionales*.¹³

Hay que recordar además que tras la Revolución francesa se emitió en 1789 uno de los documentos más relevantes para el desarrollo de los derechos humanos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que a su vez fue incorporada a la Constitución francesa de 1791, la cual tuvo el carácter de norma suprema, aunque con un mínimo de obligatoriedad jurídica, ya que ésta se proyectaba como un ideal de organización política que confiaba en la lealtad de las instituciones públicas y de los ciudadanos como el mejor mecanismo para garantizar su cumplimiento y respeto.¹⁴

En este sentido, cabe señalar que a pesar de que los franceses sustentaran su nuevo régimen en una Constitución escrita, ésta quedó reducida en el mejor de los escenarios al cumplimiento de su parte orgánica, pues la parte referente a los derechos fundamentales no gozaba de efectividad jurídica. Así, el activismo dado al Parlamento francés como garante de las libertades individuales en contra del yugo monárquico y como poder público capaz de darle operatividad a la Constitución, minimizaba la obligatoriedad de ésta, reduciéndola a un programa de corte político que era necesario concretar a través de las leyes.¹⁵

¹³ El contexto histórico del modelo francés se describe ampliamente en Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 1, pp. 39-49.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 42 y 43. Por otro lado, resulta necesario referir que la eficacia de la Constitución sin un mecanismo de coacción nos traslada al terreno del constitucionalismo liberal, en el cual la fuerza normativa de la Constitución se sustenta en la aceptación social, por lo que ni siquiera es necesario contar con Constituciones escritas. En ese contexto liberal, la Constitución se entiende como un instrumento político, por lo que la soberanía parlamentaria cobra gran importancia. La contrapartida de este pensamiento es el constitucionalismo democrático, en el cual la Constitución se constituye como una verdadera norma jurídica y escrita, en donde la eficacia se asegura mediante mecanismos formales y directos, como el control constitucional de las leyes. En esta vertiente, la soberanía popular tiene mayor trascendencia frente al Parlamento. Así, el derecho surge en la Constitución y no en las leyes. En resumen, se puede decir que las Constituciones del siglo XIX fueron de naturaleza liberalista, y las del siglo XX de corte democrático. Para la redacción de este párrafo han resultado muy provechosas, aunque no muy iluminadoras, las ideas plasmadas en el trabajo de Mora-Donatto, Cecilia, *op. cit.*, pp. 10-17.

¹⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, pp. 62 y 63. El autor precisa, sin embargo, que existió un cambio en la forma de concebir la Constitución francesa, cuando en una decisión de 1971 el Consejo Constitucional francés declaró operativos el preámbulo y las declaraciones revolucionarias, con lo que se reconocía la fuerza normativa de éstas. Pese a ello, hay que recordar, como se ha venido afirmando, que la consideración de la Constitución como norma jurídica se estableció en la mayoría de los países europeos a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial; esto es, de 1945.

Con este recorrido histórico del constitucionalismo americano y francés (recuérdese que este último vino a marcar el esquema establecido por la mayoría de los países del continente europeo), lo que se puede desprender son dos reflexiones que contribuyen a que se comprenda en su justa dimensión el reconocimiento de las Constituciones como normas jurídicas a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La primera es que parece razonable pensar que el protagonismo de algunos jueces americanos,¹⁶ desplegado previamente al surgimiento de las guerras mundiales, propició, en una forma importante, la eficacia constitucional a partir de la primera mitad del siglo XX en los países de tradición jurídica pertenecientes al *civil law*, principalmente de Europa, pero que también se expandió a los países del continente americano con esa tradición. La segunda es que la Constitución americana como norma absolutamente operativa se constituyó como el talón de Aquiles del constitucionalismo continental, derivado de lo cual se afirmó como un parámetro para que diversos países europeos postularan la función prescriptiva que en todas sus partes comporta la Constitución.

B. *La creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes*

Muy conectado con el punto anterior, se tiene la ola de justicia constitucional que marcó a la mayoría de los países de Europa en el periodo de la posguerra con la creación de tribunales constitucionales, los cuales, en términos generales, cumplen con una función de defensa jurisdiccional de la norma suprema en todas sus partes, lo que se identifica con el control de constitucionalidad de las leyes.

De esta manera, recuérdese que en el siglo XIX y en las primeras décadas del XX en la Europa continental operaba el modelo de supremacía del Poder Legislativo; ello por la muy difundida doctrina inglesa de soberanía parlamentaria, así como de la doctrina francesa que concebía a la ley como la expresión de la voluntad general. Pese a esto, a partir de 1945 las cosas comenzaron a cambiar en gran medida por la inclusión de los derechos humanos (antes sólo consagrados en declaraciones políticas universales) en las Constituciones, quedando por ello su protección en manos de la justicia constitucional, de ahí que se comenzaran a formar tribunales especiales para atender esa tarea.¹⁷

¹⁶ Por supuesto que se está pensando en la célebre sentencia del *caso Marbury vs. Madison* dictada por el juez John Marshall.

¹⁷ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 8.

Así las cosas, después de la Segunda Guerra Mundial el panorama general en el terreno jurídico, al menos en los países de la familia del *civil law*, fue invadido por una teoría del neoconstitucionalismo; primero, por el establecimiento de la supremacía constitucional; segundo, por la inclusión de principios como derechos fundamentales en las Constituciones políticas; tercero, por su reconocimiento como normas jurídicas, y cuarto, por la creación de tribunales especiales; esto es, constitucionales. Así, por ejemplo, en la actualidad es impensable un Estado constitucional de derecho sin instrumentos para hacer efectivos los ideales morales contenidos en las Constituciones.¹⁸

Por otro lado, sobre el carácter de los tribunales constitucionales como tribunales especiales, cabe hacer mención que ello obedeció a la preocupación (principalmente en Francia) de que un poder; esto es, el Judicial, tuviera que revisar y calificar de válido o no el trabajo de otro poder; esto es, el Legislativo (el cual por cierto es elegido democráticamente). Por ello, la solución a esto fue crear tribunales independientes del Poder Judicial; es decir, especiales, los cuales no debían atender a las tareas comúnmente asignadas a los jueces ordinarios o a las cortes supremas, y más bien centrarse en examinar la constitucionalidad de las leyes.¹⁹

Actualmente existe discusión sobre la naturaleza de los tribunales constitucionales, así como de las tareas que deben efectuar y de los mecanismos de elección de los jueces que los integran. En este sentido, en algunos países europeos, como Francia, se tiene actualmente un órgano especial que no forma parte del Poder Judicial; esto es, el Consejo Constitucional, que controla la validez constitucional de las leyes.²⁰

¹⁸ A este respecto, Tania Groppi ha señalado que la justicia constitucional es un elemento cardinal del Estado democrático que en su ausencia cabe dudar del carácter democrático de un ordenamiento jurídico. Véase Groppi, Tania, “Introducción: a la búsqueda de un modelo europeo de justicia constitucional”, en Groppi, Tania *et al.* (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración Pública y Política, 2004, p. 21.

¹⁹ Sobre este tema, Marian Ahumada ha señalado que la función que los jueces constitucionales desarrollan en los periodos de transición difícilmente podría encomendarse a jueces ordinarios o a un tribunal supremo, ya que sobre esos juzgadores pesa el lastre del régimen anterior, por lo que manifestarán resistencia al cambio que implica la justicia constitucional, la cual se distancia de los esquemas tradicionales. *Cfr.* Ahumada, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 89.

²⁰ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 1, p. 43. El autor, en una postura un tanto desconcertante, refiere que dado que el Consejo Constitucional francés no forma parte del Poder Judicial ordinario, en Francia no existe un control *judicial* de las leyes.

En síntesis, por lo que hace a la creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, se puede decir que si bien la expansión de esa jurisdicción es un fenómeno que se dio principalmente en Europa, ésta no fue extraña a nuestro país. Así, cabe afirmar que algunas de sus manifestaciones tienen plena vigencia en el sistema jurídico mexicano, en el cual si bien no se cuenta con un tribunal constitucional especial e independiente del Poder Judicial, sí se tiene una Suprema Corte de Justicia, la cual, al igual que el tribunal constitucional alemán y español, por mencionar algunos ejemplos, puede conocer de recursos de amparo, fungiendo así como tribunal de última instancia, y además efectuar un examen de constitucionalidad de las leyes.

C. *La novedad de la interpretación de la Constitución*

Es innegable que la interpretación jurídica como instrumento necesario para la aplicación de las normas jurídicas surgió paralelamente con el derecho; sin embargo, no se debe pasar por alto que por largo tiempo la Constitución fue concebida como un documento político sin efectividad jurídica; por ello, al otorgarle fuerza normativa a ésta, se tuvo la necesidad de instituir un nuevo parámetro en la interpretación jurídica; esto es, la interpretación constitucional, derivado de las nuevas piezas del derecho con las que tenían que operar los juzgadores.

Bajo esta premisa, la interpretación constitucional actualmente se asume como una de las operaciones más complejas para los juzgadores, pues se trata de llevar a cabo una mediación entre el mundo formal y el mundo fáctico, tarea nada sencilla si se entiende que en el mundo material conviven un sinnúmero de ideales morales, los cuales de forma ordinaria se contraponen. Con todo, la interpretación constitucional es una operación que contribuye de forma importante a materializar el mundo formal; es decir, los ideales morales consagrados en las cartas constitucionales.

Ahora bien, cabe precisar que a pesar de la existencia de diversos métodos de interpretación jurídica, y que también se pueden utilizar en la aplicación de la Constitución, se percibió la necesidad de concebir otros parámetros que permitieran de mejor forma la concreción de la norma constitucional. Así, se hizo necesario tomar en cuenta el *telos* de la propia Constitución, el cual, como expresa Francisco Rubio,²¹ permite la creación y el mantenimiento de una sociedad abierta en la que se posibilite la alter-

²¹ Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 175 y 176.

nativa, la cual es sumamente importante en las sociedades pluralistas a fin de generar una coexistencia entre la mayoría y los disidentes, pues ¿no acaso los derechos fundamentales son instrumentos de triunfo de las minorías y los tribunales constitucionales los protectores de la disidencia?

Así las cosas, con la interpretación constitucional se abrió en el campo de la interpretación jurídica en general una toma de conciencia sobre la necesidad de elaborar nuevos parámetros útiles para lograr la correcta comprensión y consecuente aplicación de la Constitución, necesidad que en la actualidad no se ha cubierto del todo. Simplemente piénsese en la relación que existe entre la argumentación jurídica y la propia interpretación constitucional, por lo que los inconvenientes de la primera se pueden ubicar como los desafíos de la segunda, ya que es innegable que los jueces constitucionales en el proceso argumentativo deben interpretar los ideales establecidos en las Constituciones.

Una primera reflexión que se puede desprender de lo hasta ahora señalado es que el papel de los juzgadores constitucionales se torna más complejo al momento de interpretar la Constitución, pues los contenidos de ésta presentan una fuerte carga valorativa. Así, la interpretación que efectúen los jueces no sólo debe develar la finalidad o el sentido de la norma, sino que más bien debe ubicar el fundamento del propio derecho.

En este sentido, se puede afirmar que existe una verdadera transformación en la manera de aplicar las normas jurídicas, que se circunscribe en la interpretación constitucional, pero que genera un efecto dominó en el derecho, pues ¿no acaso los principios irradian todo el sistema jurídico? Así, es evidente que en teoría constitucional y de la argumentación jurídica ahora se reflexiona con base en los derechos fundamentales.

Con mucho, para efectos expositivos se puede decir que la novedad en la interpretación constitucional, en contraposición a la interpretación jurídica general (si se permite este antagonismo), es que la función de la primera no puede simplemente limitarse a la revelación del significado que expresa la norma jurídica, en este caso la Constitución, mediante la utilización de los conocidos métodos de interpretación jurídica, como son el gramatical, histórico, teleológico o sistemático, sino que debe optar por desplegar un análisis y evaluación más profundo de los ideales contenidos en ésta, a fin de comprender su alcance en el contexto de las realidades vigentes notoriamente pluralistas o, mejor, en constante tensión.

En síntesis, la novedad de la interpretación de la Constitución es una imagen del neoconstitucionalismo, la cual se genera, porque los jueces constitucionales no operan con normas que describen conductas que se conectan con consecuencias jurídicas, sino con normas que consagran ideales

morales en forma de principios que deben ser cumplidos de forma optimizada dentro de los márgenes posible. Así, los principios no pueden contradecirse, como las reglas jurídicas, sino en todo caso colisionar, lo que jamás implicará su autoexclusión del sistema jurídico.

De esta manera, en el contexto del neoconstitucionalismo es un fenómeno común la existencia de colisiones entre principios catalogados como derechos fundamentales. Por ello, autores como Luís Roberto Barroso²² han afirmado, con gran razón, que las Constituciones modernas son nada menos que documentos dialécticos que promueven bienes jurídicos que se contraponen; esto es, que viven en una tensión continua.

Hasta aquí con lo señalado sobre la novedad de la interpretación de la Constitución. En lo que sigue se presentarán algunas ideas generales a retener a propósito de los marcos de acción del neoconstitucionalismo.

Como marco histórico, se caracteriza como respuesta a las violaciones cometidas por regímenes jurídicos vigentes en contra de la dignidad humana y con la consecuente formación de los Estados constitucionales de derecho.

Como marco filosófico, se establece una renovada vertiente en la teoría del derecho, que sin ubicarse en alguna corriente jurídica específica, si busca un replanteamiento sobre la relación entre el derecho y la moral.

Como marco teórico, se modifica la naturaleza de la Constitución, se crea una justicia constitucional y se desarrolla una compleja interpretación jurídica.

III. GENERALIDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. *Concepto*

Si como expresa Alfredo García Avilés²³ por “concepto” entendemos un pensamiento acerca de las propiedades del objeto, es evidente que con éste se consigue caracterizar y distinguir objetos similares. Bajo esta premisa, en adelante se delinearán las propiedades del neoconstitucionalismo, pero sin la intención de delimitar los alcances del concepto “neoconstitucionalismo”; esto es, sin el ánimo de definirlo,²⁴ pues no se considera adecuado encasillar pen-

²² Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²³ García Avilés, Alfredo, *Introducción a la metodología de la investigación científica*, 2a. ed., México, Plaza y Valdes editores, 1997, p. 136.

²⁴ Se debe recordar que la operación lógica denominada *definición* tiene como función delimitar los alcances del concepto o, mejor, efectuar un análisis de éste. Piénsese en la célebre

samientos. Con todo, tal vez sea más adecuado decir que a continuación se presentarán algunas ideas generales acerca de esa corriente de pensamiento.

En primer lugar, cabe decir que el neoconstitucionalismo puede ser entendido como aquel esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan todo el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades.

De ahí que, por ejemplo, las actuales investigaciones en teoría constitucional desarrolladas en México se hayan sumergido en el estudio de los principios jurídicos catalogados como derechos fundamentales y su proyección en todo el sistema jurídico, investigaciones que de alguna forma ponen en tensión a las concepciones formalistas del derecho, que en este país están muy bien arraigadas.²⁵

En este sentido, el neoconstitucionalismo en particular busca explicar los textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial y de la caída de los regímenes dictatoriales de los años setenta, como el de la España franquista. Como ya se ha referido, se trata de Constituciones que no sólo precisan la separación de los poderes o sus competencias, sino que integran normas con contenido sustantivo que guían la actuación pública.²⁶

Una de las particulares más representativas del multicitado neoconstitucionalismo es que éste se centra en gran medida en explicar la forma de operar de las Constituciones materiales, las cuales comportan un efecto expansivo que permea todo el sistema jurídico. Así hoy en día es muy improbable atender algún conflicto jurídico en toda su extensión sin mirar los ideales morales que nos marca la Constitución bajo el epígrafe de derechos fundamentales, tanto en su vertiente vertical; esto es, conflictos entre los gobernados y el gobierno, como en su vertiente horizontal; es decir, problemas jurídicos entre los propios gobernados, como son las recurrentes colisiones

definición del hombre *como animal racional*, lo que constituye el tipo de definición de género próximo y diferencia específica.

²⁵ De hecho, en México Pedro Serna ha manifestado que con el neoconstitucionalismo cabe hacer referencia a una superación de la concepción formal del Estado de derecho y su sustitución por un Estado de derecho rematerializado a partir de una comprensión de la Constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional. *Cfr.* Serna Bermúdez, Pedro, “Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, p. 213.

²⁶ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9 y 10.

entre principios que los jueces constitucionales tienen que atender de forma relativamente cotidiana.²⁷

Por otra parte, cabe precisar que el neoconstitucionalismo se constituyó como un esquema que equiparó dos tradiciones constitucionales que han transitado por senderos diferentes; esto es, la europea, en donde ya existían Constituciones catalogadas en algún sentido como materiales (por ejemplo, la francesa de 1791 que incorporó contenidos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), pero sin eficacia jurídica, y la tradición americana, que cuenta con una Constitución sumamente garantizada (piénsese en el control judicial *difuso* de constitucionalidad de leyes que está vigente desde 1803), aunque con menos contenido material. Así, el neoconstitucionalismo implicó un modelo de conjunción de realidades distantes, pero conectadas por un objetivo común; esto es, el respeto de la dignidad humana, que como bandera mundial emergió con gran énfasis después de la Segunda Guerra Mundial.

Con lo dicho hasta este momento se puede vislumbrar que el neoconstitucionalismo se convierte en una plataforma de conocimiento para describir diversos fenómenos, como son las Constituciones con contenidos, el control de constitucionalidad, la relación entre el derecho y la moral,²⁸ la eficacia jurídica de las Constituciones, por mencionar los más relevantes. De esta manera, bien se pudiera ubicar la concepción presentada sobre esa corriente filosófica en un solo tipo de neoconstitucionalismo (como se verá en puntos posteriores existen diversos tipos); esto es, el teórico.

Pese a ello, existen otras maneras de acercarse al neoconstitucionalismo sin hacer referencia a su aspecto teórico; por ejemplo, Paolo Comanducci²⁹ expresa que el neoconstitucionalismo comporta un conjunto de mecanismos normativos concernientes a un sistema jurídico particular, que vienen a resguardar los derechos fundamentales. Sin embargo, esta conceptualización no la compartimos, pues delimita el alcance del neoconstitucionalismo

²⁷ Bajo este esquema, el propio Luis M. Cruz ha referido que en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuye a configurar el orden social en su conjunto. *Cfr.* Cruz, Luis M., *op. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁸ Sobre esa relación, el mismo Fernando Atria ha aludido que el derecho neoconstitucionalista incluye normas constitucionales que hacen referencia a principios morales, las cuales son aplicables, como las leyes ordinarias, aunque interpretadas a través de un proceso de ponderación. *Cfr.* Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004, p. 119, en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search="neoconstitucionalismo"&page=39](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search=).

²⁹ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta, 2006, p. 75.

a uno de sus aspectos de estudio; esto es, de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales.

Con todo, no se debe olvidar que la concepción teórica del neoconstitucionalismo busca describir y explicar *todas* las consecuencias que presenta una de las últimas transformaciones jurídicas del presente siglo XXI, derivado del reconocimiento de las Constituciones como verdaderas normas jurídicas y cargadas de un amplio contenido moral.³⁰

2. Tipos

La idea de tipos de neoconstitucionalismo surge como una analogía sobre la conocida distinción que Norberto Bobbio formuló del positivismo jurídico, distinción que generó cierto impacto en la teoría del derecho, o más precisamente en la manera de explicar y confrontar el positivismo jurídico, al menos en los países de las lenguas romances.³¹

Por ello, antes de presentar los tipos de neoconstitucionalismo cabría, a modo de resumen, señalar la caracterización del positivismo jurídico que este filósofo italiano efectuó desde tres aspectos diferentes; esto es, como un modo de acercarse al estudio del derecho, como una determinada teoría del derecho y como una ideología específica de lo que se considera como justo.³²

Por el modo de acercarse al derecho, Norberto Bobbio no entiende los métodos o técnicas empleados en la investigación, sino más bien la delimitación del objeto de estudio. Por “teoría” entiende un agregado de asevera-

³⁰ Ha resultado muy útil para este comentario la idea que Juan Bautista tiene sobre el neoconstitucionalismo. Para este autor, el neoconstitucionalismo es un proceso de transformación de los sistemas jurídicos por obra de un cambio operado en el modelo de comprensión de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, que pasan a verla como un orden valorativo. Véase Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. XVII y XVIII.

³¹ Para una explicación del positivismo jurídico utilizando la tipología de Bobbio, véase Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 32-43. Este autor buscó ubicar a los representantes más característicos del positivismo jurídico (Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen y el propio Bobbio) en alguna de las tipologías, concluyendo que ellos se ubicaban en la vertiente del positivismo metodológico. Para una confrontación entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo utilizando las distinciones del primero formuladas por Bobbio, véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 25-58.

³² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 1991, p. 44.

ciones relacionadas entre sí, con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, generalizados y unificados en un sistema coherente, y por “ideología” comprende una toma de posición fundada en valores frente a una realidad.³³

Con estas preliminares ideas, se está en posición de señalar que el positivismo, como una forma de acercarse al derecho (metodológico), se centraría en el derecho real, el derecho positivo, en oposición al derecho ideal. Así, la posición sobre el derecho es avalorativa; esto es, se trata de no emitir juicios de valor sobre éste, y por lo tanto admitir la separación entre el derecho y moral, ya que el primero es estudiado como un hecho social. Por su parte, el positivismo teórico entiende al derecho como un conjunto de reglas jurídicas formuladas por el Estado (teoría estatal del derecho). Aquí cobra relevancia el monopolio de la producción jurídica y la consideración del sistema jurídico como completo y coherente. Por último, el positivismo ideológico se enfoca en considerar que el derecho, por haber emanado de un procedimiento previamente establecido, es considerado valioso, adecuado y justo. Por ello hay una obligación moral de obedecerlo, con independencia del derecho ideal. El criterio de justicia aquí se relaciona con el de vigencia. Así, no interesa cuál sea el contenido de las leyes si no el proceso para su surgimiento.³⁴

Bajo esta tipología del positivismo jurídico, Paolo Comanducci ha instituido una clasificación similar para representar el neoconstitucionalismo, a fin de hacer más fácil la confrontación entre esta corriente y el propio positivismo; no obstante, en este trabajo de investigación se pretende abordar esa clasificación con un objetivo diverso; esto es, examinar el neoconstitucionalismo mediante el método de clasificación, con la intención de que se comprenda de mejor forma.

A. *Teórico*

El neoconstitucionalismo teórico se puede concebir como aquel conjunto de ideas ordenadas que tienen como objetivo el describir e interpretar de manera generalizada el proceso de transformación de un sistema jurídico legalista y centralista a un sistema jurídico no formalista y de textura abierto, característico de los Estados constitucionales de derecho.

³³ *Ibidem*, p. 45.

³⁴ Sobre estos puntos clave para identificar la tipología del positivismo jurídico véase Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, pp. 32-43. En el mismo sentido, véase Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 44-57.

Se trata de identificar en un modelo teórico los principales postulados de aquel sistema de derecho constitucionalizado o rematerializado en contenidos,³⁵ a fin de que pueda ser expuesto y organizado de forma general. De ahí su particular relevancia en el ámbito de la enseñanza del derecho, en la cual se pueden ir generando nuevos partidarios a esa corriente. Con mucho, lo relevante del neoconstitucionalismo en este contexto pedagógico es que no sólo se centra en la teoría constitucional, sino que además tiene influencia en la teoría del derecho; por ello, la existencia de investigaciones sobre neoconstitucionalismo efectuadas tanto por constitucionalistas como por filósofos del derecho.

Por otro lado, cabe destacar que la identificación o caracterización teórica del neoconstitucionalismo puede aludir a dos objetos de investigación diversos; es decir, tanto al estudio de la Constitución como norma jurídica fundante de todo el sistema jurídico (modelo descriptivo) como al estudio de la referida Constitución, pero con contenidos sustantivos (modelo axiológico), lo que se considera impráctico, pues en una posición maximalista del derecho se debería buscar agrupar más que dividir todas las realidades que se puedan presentar en el fenómeno observable. Así, se estima que no resulta muy útil hablar de un neoconstitucionalismo que adopte como objeto de investigación dos distintas realidades. Con todo, para los efectos de la presente investigación el tipo de constitucionalismo teórico se concentrará en un modelo integral, en el cual se estudie la Constitución como norma jurídica fundante y con contenidos valorativos.³⁶

Con independencia de lo hasta ahora señalado, surgiría la siguiente interrogante: ¿cuál es la importancia del neoconstitucionalismo teórico? Se piensa que su mérito radica en poner de relieve las dificultades actuales del positivismo jurídico (si se quiere ser más exactos, del metodológico), reformulando los criterios teóricos dominantes, a fin de generar una nueva concepción del derecho acorde con el pluralismo y con el dinamismo social. De ahí que, como se ha referido anteriormente al presentar un concepto de neoconstitucionalismo, se circunscriba esta vertiente teórica del constitucionalismo, la cual representa una visión general y ordenada de los sistemas

³⁵ Tal sistema de derecho ha sido concretizado por Paolo Comanducci con una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales. Véase Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ Para un análisis general del modelo descriptivo y axiológico de la Constitución, véase *ibidem*, pp. 83 y 84.

jurídicos contemporáneos, lo que además resulta muy útil en el ámbito de la docencia y enseñanza del derecho.

Bajo esta premisa, podrían algunos juristas prácticos tildar las precedentes aseveraciones de simple dogmática jurídica, a lo cual se les diría que tal apreciación sólo miraría una cara de la moneda. Es cierto que un acercamiento al fenómeno jurídico desde el campo exclusivamente académico sería por demás infructuoso; no obstante, cabría identificar que la preferencia al tipo de neoconstitucionalismo teórico que se ha manifestado no implica marcar una *exclusión*, sino más bien reconocer el papel de la teoría para la comprensión de los fenómenos prácticos. La cuestión, con todo, es observar las realidades actuales, describirlas, explicarlas y agruparlas en modelos teóricos susceptibles de ser presentados para contribuir al desarrollo del derecho.

De esta manera, se es consciente de que el neoconstitucionalismo está impulsando y apostando por un nuevo marco epistemológico³⁷ que profundice y reconozca el mundo ideal del derecho, sin desconocer el mundo real de éste, pues la profundización y reconocimiento no implica en ningún sentido supresión.

En resumen, se puede afirmar que desde el campo teórico, el neoconstitucionalismo busca caracterizar el funcionamiento actual de los sistemas jurídicos. Así, el neoconstitucionalismo viene a presentar nuevos planteamiento epistemológicos sobre la manera de estudiar el fenómeno jurídico; por ejemplo, en el campo de las fuentes del derecho, en la forma de concebir a la Constitución, y sobre todo en la manera de interpretar y argumentar con ideales morales positivizados. Por ello, es evidente que el neoconstitucionalismo teórico reclamaría la revisión del pensamiento jurídico dominante a fin de ajustarlo a las vigentes realidades; ello si quiere atender en alguna medida el carácter maximalista que permea el derecho.

B. Ideológico

Si se recuerda que la caracterización del positivismo ideológico se representa con la obligación (moral) de obedecer el derecho por emanar éste

³⁷ En este sentido, Luis Prieto Sanchís ha identificado en varios puntos algunos rasgos relevantes de la nueva teoría del derecho que está impulsando el constitucionalismo; por ejemplo, más principios y ponderación que reglas y subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y conflictos jurídicos; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador, y coexistencia de una constelación plural de valores en vez de homogeneidad ideológica. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 120 y 121.

de un procedimiento preestablecido y por ello de su estimación como valioso, entonces el neoconstitucionalismo ideológico se asemeja en mucho a aquél, porque desde el constitucionalismo existe una estimación positivamente valiosa de la Constitución por contener derechos fundamentales y además por emanar de un poder constituyente, por lo que se considera moralmente bueno el obedecerla.

Por tal circunstancia, en la doctrina existe cierta crítica al neoconstitucionalismo en esta vertiente, al considerar que éste se comprende muy bien desde el aspecto positivista, pues sólo opera un cambio en el nivel de la norma jurídica a obedecer, en el formalismo lo son las leyes, en el constitucionalismo lo es la norma fundamental, así se ha concluido que el neoconstitucionalismo ideológico se muestra muy proclive a ser entendido como una variante actual nada menos que del positivismo ideológico.³⁸

Pese a ello, se considera que si bien la estructura es la misma tanto en el positivismo ideológico como en el neoconstitucionalismo (obedecer las normas jurídicas), la esencia es muy diferente, ya que mientras que en el primero la obligación moral surge por el solo hecho de la existencia de leyes emitidas mediante un proceso legislativo sin importar el contenido de éstas, desde el neoconstitucionalismo las cosas son muy diferentes, pues aquí no sólo se trata de cumplir la Constitución por la simple circunstancia de que ésta emana de un poder constituyente, sino que cobra relevancia su obediencia, porque esa norma integra un contenido sustancial.

En este contexto, el rasgo más representativo del neoconstitucionalismo ideológico es que desde éste se emiten valoraciones positivas sobre el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el objetivo de apoyarlo e, incluso, defenderlo frente a otras realidades. Se trata, en otras palabras, de emitir un juicio de valor (positivo) sobre dicha corriente, más que de describir y explicar los procesos de constitucionalización, como sí se hace desde la vertiente teórica del neoconstitucionalismo.³⁹

Es evidente que la anterior representación del neoconstitucionalismo no es la única posible. Así, algunos autores señalan que con el neoconstitucionalismo ideológico particularmente se subraya la relevancia de los mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, a fin de que los poderes públicos sujeten sus actividades a la concretización de éstos;⁴⁰ sin embargo, se piensa que dicha concepción estaría presentando una de las características generales del modelo neoconstitucionalista, más

³⁸ Esta conclusión puede verse en Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 86.

³⁹ Para la redacción de este párrafo han resultado muy útiles las afirmaciones hechas por Comanducci. *Ibidem*, p. 85.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

que mostrando éste en su vertiente ideológica; por ello, se considera que el elemento relevante para la comprensión del constitucionalismo ideológico es el valorativo; esto es, la estimación positiva que como sujetos cognoscentes efectuamos sobre esta corriente jurídico-filosófica.

C. Metodológico

El neoconstitucionalismo metodológico no tiene que ver con el método para estudiar dicho fenómeno, sino más bien con la precisión en el objeto de estudio,⁴¹ si en el positivismo metodológico el objeto lo era el derecho positivo; esto es, el derecho real y, por lo mismo, la negación de la relación entre el derecho y la moral, en el neoconstitucionalismo metodológico ocurre ciertamente lo opuesto; es decir, aquí se mantiene al derecho como un fenómeno sujeto de valoración e identificable en el mundo del deber ser, y no sólo en el del ser, como defiende el positivismo metodológico.

Bajo este esquema, se tiene que el neoconstitucionalismo en su vertiente metodológica es completamente antagónico con el positivismo conceptual o metodológico,⁴² pues cuando éste defiende la separación entre el derecho y la moral, al tener como criterios verificables del fenómeno jurídico únicamente los hechos sociales y centrarse por ello en el estudio del derecho positivo (tesis de las fuentes sociales); es decir, del derecho que existe, no del derecho que debería ser, excluye por completo cualquier lectura moral de las normas jurídicas.

Por su parte, el neoconstitucionalismo metodológico, al defender la idea de que el fenómeno jurídico no puede ser entendido en su totalidad sin relacionarlo e identificarlo con el derecho ideal, con el derecho que debería ser, está reconociendo explícitamente la *necesaria* relación entre el discurso jurídico y el discurso moral, de ahí el marcado antagonismo entre ambas concepciones del derecho, antagonismo que, como se recordará, no estuvo tan marcado en las tipologías de positivismo teórico e ideológico con sus equivalentes del neoconstitucionalismo.

Bajo este contexto, se puede observar que con el neoconstitucionalismo metodológico resurgen los grandes problemas de teoría del derecho que el propio Hart (quien dedicó parte de sus investigaciones en examinar la esen-

⁴¹ Aquí se están siguiendo las ideas de Norberto Bobbio sobre el modo de acercarse al derecho, que refiere como uno de los aspectos para la caracterización del positivismo jurídico.

⁴² Dicha circunstancia reviste importancia, si como sugiere Carlos Santiago Nino, el positivismo que sostuvieron filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Hans Kelsen o Hart fue nada menos que el metodológico. Sobre esto, véase Nino Carlos, Santiago, *op. cit.*, p. 37.

cia o naturaleza del derecho) no pudo pasar por alto; por ejemplo, cuando hablaba de la existencia de afirmaciones generales teóricas de que entre el derecho y la moral hay una conexión en algún sentido *necesaria*, y que ello debe ser estimado en cualquier elucidación de la noción de derecho.⁴³

Partiendo de las reflexiones hasta aquí presentadas, es apropiado detenerse en el análisis de las posturas que surgen bajo el neoconstitucionalismo metodológico. Así, cabe referir que la relación necesaria entre derecho y moral es una de las discusiones más recurrentes en teoría jurídica; por ejemplo, entre positivistas incluyentes y positivistas excluyentes.⁴⁴

En este sentido, la relación moral-derecho se enmarca en la misma interpretación de la Constitución, derivado de que esta norma consigna derechos que representan algún tipo de moral que es importante reconocer jurídicamente, por lo que los juzgadores se ven obligados a transitar por el terreno de la moral. Por ello, como señala Wilfrid Waluchow para el caso de Canadá, pero que es aplicable al contexto mexicano, es entendible que la argumentación moral figure a menudo en los casos constitucionales.⁴⁵

Paradójicamente, este tipo de interpretación abierta ya había sido esbozada de alguna manera por Lon Fuller,⁴⁶ quien partiendo del carácter obtuso de las disposiciones constitucionales, infirió que el papel de los intérpretes de éstas debía ser creativo, lo que no se traduce en activismo judicial, pues como precisó dicho autor, debe fundarse (la interpretación) en las necesidades del gobierno democrático y en la misma naturaleza humana, necesidades que se considera deben guiar en todo momento la interpretación constitucional, ya que actualmente un gobierno democrático sólo es entendido bajo un marco de derechos fundamentales con eficacia jurídica.

Con todo lo dicho para entender el neoconstitucionalismo metodológico, el cual no es más que la posición adversaria del positivismo conceptual, pues aquél reconoce una toma de posición valorativa del fenómeno jurídico y, por lo tanto, la negación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral impulsada desde el positivismo metodológico.

⁴³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 193 y 194.

⁴⁴ Recuérdese que en los últimos años ha surgido una controversia en las líneas del positivismo sobre la posibilidad de una conexión particular entre el derecho y la moral, que algunos positivistas reconocidos aceptan como posible e, incluso, característica de los sistemas jurídicos modernos; pero que otros rechazan por considerarla inconsistente con la naturaleza misma del derecho.

⁴⁵ Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2007, pp. 159 y 160.

⁴⁶ Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 116.

IV. PARTIDARIOS Y POSTULADOS

1. *Gustavo Zagrebelsky*

La ubicación de Zagrebelsky como partidario del neoconstitucionalismo obedece a que sus principales reflexiones sobre el derecho y el Estado se circunscriben en un contexto antiformalista; en específico llama la atención el reconocimiento que dicho autor efectúa sobre el carácter abierto, activo y sociológico del derecho, así como la importancia que le confiere al estudio de los principios contenidos en las Constituciones democráticas.

A continuación se presentan a modo de resumen las principales ideas de Zagrebelsky relevantes para esta investigación:

A. *Heterogeneidad del derecho*

La falta de homogeneidad en el derecho surge en mayor medida por los principios contenidos en las Constituciones, los cuales se perciben como conflictivos. Por ello, parece difícil intentar explicar a los principios sin abordar la heterogeneidad del derecho, la cual se explica por la pluralidad de realidades que viven y se desarrollan en un mismo espacio.

Zagrebelsky expone dicha situación tomando como referencia las leyes, lo que, sin embargo, puede extenderse a las normas fundamentales. Así, para este autor, el mismo pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.⁴⁷ De esta manera, es entendible cómo las normas jurídicas no pueden ser actualmente la expresión pacífica de los ideales de las sociedades, los cuales son instrumentos y manifestaciones de conflicto y enfrentamiento social.⁴⁸

Por ello, se puede afirmar que el papel conflictivo, divergente, cambiante e inacabado del derecho surge por las características de las actuales piezas que lo integran, principalmente los principios, los cuales no son la expresión de un solo objetivo convergente con los demás intereses existentes en las sociedades pluralistas, sino más bien expresiones que representan la misma heterogeneidad.

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 38.

B. *Principios de justicia*

Existen en la Constitución principios de justicia, como los denomina Zagrebelsky, los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos. Estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales.

Los principios de justicia guardan estrecha relación con la existencia de Constituciones pluralistas, derivado de que éstas contienen un cúmulo de aquéllos; por ello, el surgimiento de las normas fundamentales pluralistas podría equipararse con la creación de convenios jurídicos, en los cuales cada una de las partes involucradas introduce sus intereses. Así, tales normas pueden entenderse como pactos en los que a lo largo del tiempo se han ido integrando los ideales de justicia de las sociedades, que han adquirido la cualidad de jurídicos, por lo que se consideran plenamente alcanzables, como los intereses que se integran en los convenios jurídicos.⁴⁹

C. *Distinción entre reglas y principios*

La distinción entre las normas consideradas reglas y las consideradas principios es un tema que ha sido ampliamente abordado por diversos autores en teoría del derecho; sin embargo, se considera relevante señalar la posición sobre la distinción entre ambas normas que el profesor Zagrebelsky ha presentado de forma relativamente sencilla, lo que no le resta seriedad a sus reflexiones. Para dicho filósofo, las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos. Así, distinguir los principios de las reglas implica distinguir las Constituciones políticas de las leyes, por aquello del contenido sustantivo de las primeras, ausente en las segundas. He aquí una simple, pero esclarecedora distinción.⁵⁰

⁴⁹ Para redactar este párrafo ha sido de gran utilidad la explicación que Zagrebelsky efectúa sobre la Constitución pluralista. *Ibidem*, p. 97. Para una ilustración sobre el carácter alcanzable de los ideales que han sido positivizados, resulta relevante la distinción que efectuó recientemente el profesor español Alfonso García Figueroa sobre la dimensión utópica y tópica de los principios. Para dicho autor, en los principios confluye una dimensión profundamente utópica, pero también profundamente tópica, ya que éstos expresan ideales quizá inalcanzables, pero que también nos obligan efectivamente a aproximarnos a ellos lo más posible, lo cual es un objetivo alcanzable por razones conceptuales. Véase García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 122.

⁵⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

En un sentido más detallado, para Zagrebelsky, la distinción entre reglas y principios se entiende de la siguiente forma:

las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas... Puesto que carecen de supuestos de hecho, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndolos reaccionar ante algún caso concreto.⁵¹

De dicha distinción se pueden desprender tres elementos relevantes sobre los principios: el primero se refiere a la ausencia de supuestos y consecuencias jurídicas en éstos, lo cual genera su amplia indeterminación; el segundo se relaciona con la comprensión de los principios como criterios rectores generales de actuación y no como operadores deónticos, como sería el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión, y el tercero se refiere a la posibilidad de coexistencia en el orden jurídico de principios opuestos, sin que puedan catalogarse como excluyentes o como una excepción a alguno de ellos.

D. *El pluralismo de los principios*

La realidad es que en las sociedades actuales, aun en las fragmentadas, existen principios que los individuos viven, reconocen y de alguna forma comparten. Por ello, si el derecho pretende ser consciente de su alcance material o sustantivo, debe considerar el contexto cultural en el cual pretende operar.

Ahora bien, la relativa homogeneidad que puede existir entre los ideales morales que tienen los individuos no elimina el pluralismo cultural actual, el cual genera un escenario persuasivo, ya que cada individuo pretende oponer sus ideales frente a los de sus semejantes; ello mediante la exigencia del respeto y tolerancia de su forma de concebir su vida y su entorno.

Bajo este escenario, se puede desprender la función de la argumentación jurídica en el contexto pluralista, función que no pocos han calificado de desconcertante y problemática. Así, el pluralismo de los principios presenta un desafío en la actividad de los jueces constitucionales, los cuales deben tomar posición frente a colisiones entre principios, de manera que se

⁵¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

permita la realización de la diversidad de los principios; en otras palabras, el pluralismo de los principios ha desplazado el conformismo y simplismo del razonamiento jurídico.

Por ello, el pluralismo de principios exige una actitud prudente por parte de los operadores jurídicos, ya que al no existir una jerarquía de principios, los juzgadores tienen que dar las mejores razones al momento de optar por alguno de ellos en caso de tensiones. Aquí cabría decir que dichas razones deben ser tanto *buenas* desde el punto de vista ético como *correctas o válidas* desde el punto de vista intelectual.

En síntesis, se puede decir que existe un pluralismo de principios por la simple razón de que éstos surgen de la sociedad y su cultura, derivado de lo cual comparten las características de heterogeneidad que se da en la comunidad, por lo que la importancia del derecho será determinada por el reconocimiento o no de los principios.

En este sentido, para Zagreblesky,⁵² el derecho por principios determina de alguna forma la existencia de una sociedad pluralista. Sobre ello se considera que más bien determina su supervivencia formal, pues con independencia de lo que diga el derecho, las sociedades pluralistas existirían.

E. *La crisis de la certeza del derecho*

La pregunta que a varios formalistas les inquieta a propósito de la amplia indeterminación de los principios es ¿qué pasa con la certeza del derecho? Zagrebelsky no es indiferente a esta aparente problemática, misma que al decir de dicho autor se centra en señalar que los principios, ya sean del derecho natural o del constitucional, abren el camino al arbitrio de los juzgadores, pues les permite utilizar puntos de vista inestables en la aplicación del derecho.⁵³

En este sentido, y pese a que el mismo Zagrebelsky⁵⁴ acepta los efectos negativos que conllevan los principios para la certeza del derecho, los que además entiende como una consecuencia de los sistemas jurídicos actuales y no como una anomalía, la idea que se tiene sobre la supuesta afectación a la certeza del derecho es que ésta no es del todo evidente, ya que, por ejemplo, en el derecho operan tanto principios como reglas, por lo que siguen siendo vigentes los criterios de interpretación de las reglas.

⁵² En particular, este autor señala que no resulta difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. *Ibidem*, p. 125.

⁵³ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 146.

En todo caso, se piensa que los principios en el derecho generan un escenario propicio para mejorar la certidumbre jurídica, ya que los juzgadores deben presentar un amplio cúmulo de razones para sustentar sus decisiones judiciales sobre principios, razones que pueden referir tanto criterios jurídicos como sustantivos o morales; además, estas decisiones que no están exentas de la crítica libre por parte de la sociedad. De ahí que se estime que se pueda hablar de un mejoramiento o fortalecimiento de la certeza en el derecho, la cual no sólo debe relacionarse con el conocimiento a priori de los alcances y consecuencias del derecho, sino con el esquema de argumentación y justificación maximalista en el derecho.

F. *El puesto del legislador en el Estado constitucional*

Es criterio general referir que en los Estados democráticos el legislador ha perdido su papel de amo y señor del derecho. Así, en el contexto constitucionalista se entiende que el principio de legalidad no es el todo, sino una parte del derecho; éste es más complejo y exige, por lo tanto, una actitud sumamente creativa y activa por parte de los operadores jurídicos.

Bajo esta senda, se ha referido un cambio de protagonista en el derecho, antes en manos de los legisladores, ahora en poder de los jueces. Pese a ello, Zagrebelsky ha considerado que hoy en día los jueces no tienen el camino fácil como lo tenían en el contexto de los ordenamientos del Estado legislativo. Para este autor, los jueces no deben mirarse como los amos del derecho en el sentido en que lo fueron los legisladores, sino más bien como garantes de la integración y coexistencia entre las leyes, los derechos fundamentales y la misma justicia.⁵⁵

Con base en lo anterior, la reflexión final que se podría desprender es que no se trata de definir qué poder público ejerce el control sobre el derecho; eso no es relevante ni necesario para el contexto vigente. Lo que importa aquí es identificar que hoy en día los jueces tienen una función notable sobre la efectividad y materialización del fenómeno jurídico, por lo que más bien ellos deben comprender dicho papel, a fin de que, en la medida de sus posibilidades, contribuyan a mejorarlo.

2. *Luigi Ferrajoli*

Tal vez parecería arbitrario ubicar a Ferrajoli como partidario del neoconstitucionalismo, ya que este autor formula su propia teoría del garan-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 153.

tismo; no obstante, se observa que algunos puntos del garantismo se identifican con el nuevo constitucionalismo, por lo que bien se podría decir que Ferrajoli al presentar una crítica del positivismo y al centrar su interés en los sistemas de garantías de los derechos fundamentales, es un partidario, si se quiere moderado, del neoconstitucionalismo.

A este respecto, resulta adecuado señalar que a pesar de que las investigaciones de Ferrajoli no se colocan en el estudio del papel de los principios en los actuales Estados constitucionales, y de que este autor ha sido catalogado como un positivista crítico, con todas las implicaciones que ello comporta, estas circunstancias no eliminan la disposición de los trabajos de Ferrajoli en apoyo a ciertos postulados de la teoría del neoconstitucionalismo, como son los mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales en el terreno jurídico.

Ahora bien, dejando a un lado el contexto de ubicación de Ferrajoli como partidario del neoconstitucionalismo, resulta necesario desarrollar algunas ideas que propone este autor en su teoría del garantismo, a fin de ubicar los puntos de contacto o convergencias entre dicha teoría y la del neoconstitucionalismo. Así, cabría iniciar con la pregunta ¿qué es el garantismo? De forma general se puede decir que “garantismo” significa asegurar y proteger los derechos básicos de individuos o de grupos sociales específicos frente a posibles transgresiones por parte de otros individuos o de poderes públicos. En otras palabras, el garantismo implica el establecimiento de medios de defensa de los derechos fundamentales contra agresiones de los sujetos señalados, a fin de maximizar su realización y minimizar su afectación, por aquello de la inevitable limitación temporal de los derechos en caso de colisiones entre ellos.⁵⁶

Pero cabe precisar los postulados más sobresalientes de la teoría garantista de Ferrajoli, en los siguientes puntos:

A. *Sistema artificial de garantías*

El sistema artificial de garantías que se proyecta en la teoría garantista de Ferrajoli ofrece un interesante punto de encuentro entre los postulados de dicha teoría y los del neoconstitucionalismo, en adelante se observará cómo entiende este autor el referido sistema artificial de garantías.

⁵⁶ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009, p. 21.

Para Ferrajoli, en los Estados constitucionales de derecho la producción jurídica se encuentra dirigida tanto por normas de carácter formal como de corte material. Así, en el derecho se tiene una vertiente del *ser* (es decir, el derecho que *es*, el puesto por los hombres, sin que sea necesario que derive de la moral) y otra del *deber ser* (esto es, el derecho proyectado, informado y pensado bajo ciertos valores éticos).⁵⁷

Por ello, refiere este autor que derivado de la doble artificialidad del ser y del deber que se manifiesta en la producción jurídica, la misma legalidad ha cambiado de naturaleza en los Estados constitucionales, pues las leyes no sólo son condicionantes para la sociedad, sino que además están condicionadas por vínculos sustanciales y formales. Así, el sistema de garantías se da porque la doble artificialidad del derecho le confiere a dicho sistema una función de tutela en contra del derecho ilegítimo; en otras palabras, gracias al sistema artificial de garantías el mismo derecho es protegido, tomando en cuenta sus vínculos formales y sustanciales.⁵⁸

En este sentido, es evidente que la comprensión que tiene Ferrajoli sobre la producción jurídica desde sus dos vertientes lo acercan mucho a los postulados del neoconstitucionalismo, en el cual cobra importancia el aspecto material del derecho, que tiene como centro de detonación la inclusión de principios en las Constituciones. Pese a ello, cabría notar que la teoría del garantismo de Ferrajoli, al menos por lo que se refiere al sistema artificial de garantías, se centra más en el análisis de la creación de las leyes, lo que, sin embargo, no diluye la conexión de sus postulados con el pensamiento que se desenvuelve dentro del neoconstitucionalismo.

B. *Paradigma garantista de validez y vigencia*

Ferrajoli señala que hay dos dimensiones de las normas: una relativa a la existencia o vigencia, y que se refiere al cumplimiento con un proceso legislativo para la formación de éstas, y otra referente a la validez, que se preocupa por el contenido material de las normas; es decir, por el reconocimiento de los principios en el derecho.⁵⁹

Si se parte de dicha idea, se puede entender que es muy posible que se tengan normas vigentes, pero inválidas, en los sistemas jurídicos actuales, situación que ha cobrado preocupación, principalmente a partir de la cul-

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, p. 19.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 21.

minación de la Segunda Guerra Mundial y de la abolición de algunos regímenes autoritarios europeos. De ahí que, por ejemplo, Ferrajoli, derivado de su contexto cultural, se haya preocupado por el aspecto material de las normas jurídicas, mediante la formulación de modelos garantistas enfocados en la tutela de los derechos individuales.

El paradigma garantista de vigencia y validez en el derecho pone de relieve la trascendencia de mirar hacia los ideales contenidos en las Constituciones en la formación de las normas jurídicas, y no solamente al procedimiento formal para la creación de éstas. Así, la aportación de dicho esquema bifocal es nada menos que la moralización del derecho, lo que se traduce en la continua efectividad de los ideales compartidos en las sociedades contemporáneas.

Por todo ello, Ferrajoli entiende que el esquema garantista se explica por la complementación entre la forma y la sustancia indispensable para la creación y, se agregaría, para la aplicación del derecho.⁶⁰

C. *Democracia formal y democracia sustancial*

De las dos dimensiones de las normas jurídicas que se han señalado en el punto anterior se pueden desprender algunas clasificaciones para los elementos de conformación y desarrollo de los Estados democráticos de derecho; por ejemplo, Ferrajoli sitúa a la democracia en dimensiones similares a las formuladas para las normas jurídicas. Así, él precisa la existencia de una democracia de corte formal y material, lo cual no es una ociosidad intelectual, sino un elemento representativo y garantizador del funcionamiento de los mismos Estados constitucionales.

En este sentido, cabe precisar que bajo la dimensión de la democracia formal se disciplinan las formas del cómo y quién formula las decisiones; esto es, se asegura la expresión de la voluntad de la mayoría. Por su parte, mediante la dimensión de la democracia sustancial queda señalado que es lo que no puede ser decidido por cualquier mayoría, la cual se encuentra delimitada por los derechos contenidos en la norma fundamental, los cuales vinculan a todas las decisiones que se formulen en la dimensión formal de la democracia.⁶¹

Bajo esta senda, se puede apreciar de nueva cuenta el papel que para Ferrajoli tienen los derechos fundamentales en la conformación de las normas jurídicas y de los mismos Estados constitucionales. Por esta situación se

⁶⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

estima que el modelo garantista contribuye en gran forma (al igual que el neoconstitucionalismo) a poner de relieve las debilidades de una visión de tipo formalista del derecho.

D. El nuevo papel del juez en el sistema garantista

Tanto en el modelo garantista como en el neoconstitucionalista el papel del juez ha sido revalorado, pues ahora ya no es suficiente hablar de una simple sujeción del juez a la ley, sino de una sujeción a la ley en cuanto sea coherente con los valores y principios prevalecientes en la sociedad. En el modelo garantista de Ferrajoli, la validez de la ley ya no es sólo formal, sino, como se ha venido señalando, también material; es decir, coherente con la Constitución, la cual rescata la pluralidad cultural de significados.⁶²

De esta forma, la actividad del juez retoma un aspecto material, ya que sus decisiones deben mirar y respetar primordialmente los principios que han ido construyendo los individuos, institucionalizados ahora en derechos fundamentales, por lo que el juez es un sujeto relevante para la realización de dichos derechos, y en caso de que exista una afectación ilegítima de éstos, los individuos que integran las sociedades cubiertas con esquemas garantistas cuentan con vías de protección que les funcionan como herramientas para controlar el respeto de sus ideales básicos. De ahí, el nuevo y difícil papel de los juzgadores en los sistemas garantistas como el descrito por Ferrajoli.

E. Consideraciones generales

En resumen, se puede decir que la teoría del garantismo de Ferrajoli comparte el postulado del neoconstitucionalismo referente a la necesidad de transformar el modelo formalista por un modelo de corte material, lo que además implica la confrontación constante del derecho con la realidad, revalorando la dimensión de eficacia jurídica. Así, para ambas teorías el sistema jurídico no es sólo una estructura creada por el hombre con carácter independiente, sino un orden jurídico con fines valiosos para la sociedad; de ahí, la importancia de los principios para el neoconstitucionalismo y de las garantías constitucionales para la teoría propuesta por Ferrajoli.

⁶² *Ibidem*, p. 26.

Por otro lado, cabe enfatizar que el garantismo tiene bien merecido su lugar en el terreno de la eficacia jurídica, pues de poco sirve tener el mejor catálogo de derechos fundamentales si no se cuenta con mecanismos que propicien su efectividad o respeto ante posibles afectaciones injustificadas. Así, el modelo de Ferrajoli no hace más que reducir las distancias existentes entre las cuestiones teóricas y prácticas del derecho. Por ello, parece que la idea rectora del garantismo es comprimir la tasa de ineficacia de los derechos comprendidos en la norma suprema.

3. *Paolo Comanducci*

De este autor resulta relevante resaltar las críticas que formula a los tipos de neoconstitucionalismo (teórico, ideológico y metodológico). Lo anterior, a fin de desprender su postura, que según se considera, sería convergente con el neoconstitucionalismo.

A. Neoconstitucionalismo teórico

Comanducci piensa que se puede mirar favorablemente la teoría del derecho neoconstitucionalista, y aquí nos parece que se encuentra el principal elemento para considerarlo como partidario del neoconstitucionalismo, con independencia de que, como se verá más adelante, no está de acuerdo con algunos postulados de esta corriente.

En este sentido, Comanducci⁶³ señala que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho da mejor cuenta que la tradición positivista de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales; es decir, de aquellos que integran tanto reglas como principios, por lo que sería válido y necesario contar con una teoría que explique dicha situación en el derecho.

Pese a lo anterior, extrañamente la crítica de Comanducci sobre el neoconstitucionalismo teórico versa sobre la identificación de éste con el positivismo metodológico. Para justificar esta crítica, el citado autor parte de la hipótesis de la aceptación de una conexión sólo *contingente* entre el derecho y la moral. En sus términos, se trataría nada menos que de su *hijo legítimo*. En particular, Comanducci estima que los cambios en la concepción del derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX han sido parciales; por ello, el neoconstitucionalismo teórico paradójicamente es el positivismo jurídico actual.⁶⁴

⁶³ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

Sobre dicha crítica, se considera que ésta es en algún sentido débil, por las siguientes razones: primera, porque Comanducci parte de una hipótesis de que en todo caso tendría que intentar corroborar o al menos ejemplificar; segunda, porque no explica por qué considera que los cambios sobre la concepción del derecho han sido parciales; tercera, derivado de que genera cierta confusión el cambio de perspectiva sobre el apoyo y no de la teoría del derecho neoconstitucionalista con respecto al positivismo jurídico, y cuarta, porque su crítica sería en todo caso particular, ya que se centra en relacionar el neoconstitucionalismo teórico únicamente con el positivismo metodológico y no con el teórico, lo que la haría más general.

B. *Neoconstitucionalismo ideológico*

La principal crítica de Comanducci se refiere a la disminución del grado de certeza del derecho que la ponderación de principios forjaría. A dicho autor le preocupa la indeterminación *ex ante* que podrían generar los principios en el derecho.

Sobre esta crítica cabe resaltar que la inconformidad de Comanducci con el neoconstitucionalismo ideológico no se concentra en sus postulados (que se refieren a la obligación moral de obedecer la Constitución o a la emisión de un juicio de valor positivo sobre el proceso de constitucionalización), sino más bien en los elementos generales que describen el propio neoconstitucionalismo, como son la inclusión y la aplicación de principios en el derecho. De ahí que Comanducci se aleje de las principales críticas formuladas al neoconstitucionalismo ideológico.

Bajo este contexto, en adelante se presentará la objeción formulada a los principios, por ser este el esquema que Comanducci eligió para criticar el neoconstitucionalismo ideológico. Con todo, se considera que más que ser una crítica a este tipo de constitucionalismo, es una crítica general a los elementos más representativos del proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos actuales.

Para Comanducci, el principal problema del neoconstitucionalismo ideológico es que con los principios se maximiza la indeterminación *ex ante* del derecho, por tres razones fundamentales: la primera, por la excesiva vaguedad de los principios; la segunda, por el aumento de la discrecionalidad judicial al operar con principios, los cuales no se ubican en una moral común, y la tercera, por la falta de criterios de jerarquización de los principios.⁶⁵

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

No obstante lo anterior, Comanducci reconoce que sí existen buenas razones para aplicar los principios mediante la ponderación. Así, se encamina a considerar que los objetivos de los principios no son mejorar la certeza del derecho, sino adecuarlos a los cambios sociales.⁶⁶

La reflexión final que se puede desprender es que, a pesar de los posibles inconvenientes del neoconstitucionalismo ideológico, dicho modelo tiene futuro en el contexto pluralista actual, en el cual por cierto la actividad judicial debe buscar que los ideales morales sean alcanzables.

C. *Neoconstitucionalismo metodológico*

Respecto del neoconstitucionalismo metodológico, Comanducci ha centrado su crítica en el tipo de norma moral que se conecta con el derecho en la justificación judicial; ello, en virtud de que como se recordará el neoconstitucionalismo identifica al derecho como un fenómeno tanto del mundo del *ser* como del *deber ser*, lo que conlleva un puente o relación necesaria entre el derecho y la moral.

Comanducci parte de la premisa de que los neoconstitucionalistas asumen que toda decisión judicial se justifica si ésta deriva de una norma moral,⁶⁷ la pregunta que entonces se formula es ¿cuál debe ser la norma moral? Así, para este autor, la norma moral que debería justificar la decisión podría ser de cuatro tipos: *a*) una norma moral objetiva verdadera; *b*) una norma moral objetiva racional; *c*) una norma moral subjetivamente escogida, y *d*) una norma moral intersubjetivamente aceptada.⁶⁸

Bajo dicho escenario, Comanducci concluye que elegir cualquier tipo de las normas morales descritas comporta serios problemas en la justificación de las decisiones judiciales, ya que los tipos *a* y *b* conducen irremediablemente a una moral subjetivamente escogida; esto es, al tipo *c*. Asimismo, el tipo *d* puede conducir también al tipo *c*, y si no es así, se puede caer en la inutilidad, ya que las normas morales compartidas a que se refiere el tipo *d* pueden estar ya incorporadas en el derecho.⁶⁹ En este sentido, Comanducci entiende que no hay razones para privilegiar el tipo de justificación moral sobre otros tipos de justificación posibles, ya que la primera genera mayor indeterminación en el derecho.⁷⁰

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁷ Aquí, por supuesto, cabría dudar sobre la aceptación de dicha premisa. Así, para los fines de este apartado se debe tomar con toda reserva dicha afirmación.

⁶⁸ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 95-97.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 96.

Con todo, se considera que la conexión necesaria entre el derecho y la moral (que reconoce el neoconstitucionalismo metodológico como su objeto de estudio) no se relaciona con que toda decisión judicial deba fundarse en una norma moral, la conexión es más directa y simple; ésta se genera porque los principios que contienen ideales han sido incorporados en las Constituciones, por lo que es difícil aplicarlos sin recurrir a un discurso moral; sin embargo, ello no significa que el discurso jurídico haya sido excluido; por el contrario, éste se imbrica con el moral, lo que conlleva una argumentación de tipo maximalista.

Por otro lado, a modo de síntesis, se puede decir que Comaducci es partidario (un tanto escéptico) del neoconstitucionalismo teórico, aunque critica severamente dos de las formas de éste; esto es, el ideológico y el metodológico; sin embargo, reconoce en la versión ideológica que hay buenas razones para operar con principios en el derecho. Es así como se puede afirmar que Comaducci contribuye con sus tipologías y críticas del neoconstitucionalismo al desarrollo de éste, por lo que cabe ubicarlo como un precursor en todo caso rebelde de la citada teoría.

4. *Luis Prieto Sanchís*

En primer lugar cabe señalar que Prieto Sanchís se centra en describir el neoconstitucionalismo desde el contexto de un modelo institucional de organización; esto es, desde el modelo de Estado constitucional de derecho. De esta forma, para este autor, el neoconstitucionalismo hace posible la unión de dos tradiciones constitucionales: una que ve a la Constitución como una regla de juego de las atribuciones políticas y que goza de una garantía jurisdiccional, y la otra, que la concibe como el proyecto o programa directivo de carácter social; esto es, con un alto contenido normativo que condiciona lo que debe mandarse, aunque sin una vigorosa garantía jurisdiccional.⁷¹

Bajo esta premisa, Prieto Sanchís se pregunta si es posible o no que el neoconstitucionalismo haya generado una nueva teoría de la interpretación jurídica. Su respuesta es que no se puede hablar de una *nueva* teoría de la interpretación jurídica en el contexto del neoconstitucionalismo, porque no ha existido una sola teoría de la interpretación generada dentro del positivismo jurídico, sino una diversidad; por ejemplo, la tesis de la única respuesta correcta y de la discrecionalidad judicial que coexisten en el esquema positivista.⁷²

⁷¹ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 111-114.

⁷² *Ibidem*, p. 126.

Pese a ello, se estima que la diversidad en las tesis sobre interpretación jurídica no elimina la posibilidad de construir nuevos métodos de interpretación que consideren las características particulares de los derechos fundamentales, a fin de lograr su adecuada aplicación.

En otro sentido, el autor español ha entendido que no se puede asumir una divergencia entre la manera de interpretar los principios y las reglas jurídicas, derivado de que las reglas tienen referencias y se fundamentan en los principios.⁷³ Más allá de esto, se considera que la interpretación jurídica en el modelo neoconstitucionalista sí difiere de la interpretación de las reglas, ya que la interpretación constitucional posibilita la referencia a principios en un primer nivel del discurso, lo que en la interpretación jurídica de las reglas se da en un segundo momento.

Con todo, Prieto Sanchís, en un trabajo posterior, estimó que el constitucionalismo hace insostenible el positivismo jurídico, entre otras cosas porque la teoría de la interpretación ya no puede defender la tesis mecanicista ni de la discrecionalidad, como lo hace el positivismo.⁷⁴

Como se puede observar, bajo la determinación última de Prieto Sanchís es posible pensar en una nueva teoría de la interpretación jurídica; sin embargo, cabe dejar constancia del cambio de postura, así como de los postulados que utilizaba dicho autor para defender la continuidad de la interpretación jurídica, por ello de que pudieran resurgir en una ocasión futura los mismos postulados, pero sostenidos por otros autores renuentes en aceptar la transformación que genera el neoconstitucionalismo en los métodos de interpretación.

Por otro lado, a pesar del optimismo actual de Prieto Sanchís sobre el neoconstitucionalismo, se debe recordar que él mantiene una posición neutral entre el constitucionalismo y el positivismo, si se quiere más inclinada al constitucionalismo. Así, de hecho él critica el relativismo que desarrolla Zagrebelsky, y nos recuerda que el postulado positivista de que *no existe* una relación necesaria entre el derecho y la moral, no es eliminado por la circunstancia de que ocasionalmente surja dicha relación.⁷⁵

⁷³ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

⁷⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 28. De hecho, cabe advertir que pese a que en algún momento tal autor fue renuente en aceptar el surgimiento de una nueva teoría de la interpretación jurídica, ya en obras anteriores a la referida, pensaba en algunas otras consecuencias para el modelo formalista que generaba el constitucionalismo. Sobre esto, véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, *cit.*, pp. 93 y 94.

⁷⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, *cit.*, p. 96.

De esta manera, Prieto Sanchís ha formulado algunas críticas a Zagrebelsky, a fin de poner en balance el tipo de positivismo jurídico que los formalistas sostienen en la actualidad. En ellas, el autor español refiere que el positivismo jurídico que ataca Zagrebelsky es un positivismo muerto, y esto es así, porque los positivistas contemporáneos no creen en el monopolio de la ley como fuente del derecho ni en la aplicación de éste de forma mecanicista, ni mucho menos en la identificación de la ley con la justicia.⁷⁶

La reflexión que se puede desprender sobre estos embates de Prieto Sanchís a algunos neoconstitucionalista es que tal vez existan ciertos positivistas que ya no vean el derecho de forma tan cerrada o formal como bien refiere dicho autor; sin embargo, cabría considerar si esto ocurre en todos los países; por ejemplo, en el caso de México alguien podría desconocer la prevalencia que los juristas le dan a las leyes sobre las cuestiones materiales, como lo es la justicia, o el cuidado de muchos juristas en no utilizar términos con una carga axiológica al momento de explicar, interpretar y aplicar el derecho, lo que es deseable si perseguimos una objetividad jurídica ordinaria,⁷⁷ pero demasiado ingenuo en términos de la complejidad de la realidad.

En síntesis, se puede decir que Prieto Sanchís ha contribuido al desarrollo del constitucionalismo, ya que sus investigaciones han descrito los postulados que permiten comprender dicha corriente de pensamiento, ya sea criticándolos, pero fundamentalmente asumiéndolos. Así, hoy en día en muchos (si no es que la mayoría) de los trabajos académicos de este autor se encuentran de forma explícita o implícita su posición y vocación de precursor del neoconstitucionalismo, situación que pocos encontrarían razón para negar.

5. *Ronald Dworkin*

Sería inoportuno decir que el profesor norteamericano es un neoconstitucionalista, ya que como se ha visto esta corriente filosófica se desarrolló principalmente en el continente europeo a consecuencia de la realidad histórica de países como Alemania e Italia; sin embargo, también sería inadecuado omitir el estudio de la teoría elaborada por Ronald Dworkin, que bien podría coincidir con los postulados del neoconstitucionalismo, en específico con la idea de un constitucionalismo de principios. Así, se conside-

⁷⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 214.

⁷⁷ Como se verá en la última parte de la investigación, la objetividad en el derecho no implica el desconocimiento de las cuestiones materiales o sustanciales que de hecho se manifiestan en éste.

ra que sí se podrían ubicar las ideas de Ronald Dworkin dentro de dicha corriente o, mejor dicho, se deberían utilizar los postulados de la teoría del derecho de Dworkin para entender el neoconstitucionalismo.

Se debe comenzar por señalar que Ronald Dworkin critica las doctrinas positivistas que han venido controlando el pensamiento jurídico. La principal razón en que se sustenta su crítica es que las concepciones del derecho formalistas desconocen la práctica jurídica, en la cual no existe una separación absoluta entre el derecho y la moral. De hecho, las críticas de Dworkin toman como referencia los postulados del positivismo jurídico asumido por Hart.⁷⁸

Pero cabe desarrollar las ideas primordiales de Dworkin a propósito del constitucionalismo contemporáneo:

A. Reglas, directrices y principios

El punto de partida que Dworkin utiliza para criticar al positivismo jurídico se sustenta en una clasificación que dicho autor efectúa sobre el tipo de normas que integran el derecho. Así, él habla de que en el derecho figuran principalmente reglas, pero también principios y directrices, situación que desconoce la teoría positivista, pues ésta se concentra en el análisis de la aplicación de las reglas jurídicas, dejando fuera el estudio de otras normas, como son las descritas por Dworkin.

En este sentido, y tomando como contexto que las críticas de Dworkin se dirigen principalmente al positivismo de Hart, el profesor estadounidense entiende que los criterios de identificación de las normas jurídicas válidas, en los que se puede basar una regla de reconocimiento (como son el que hayan sido emitidas por un grupo de personas elegidas democráticamente) que Dworkin denomina *test de pedigree*, no es útil para identificar principios, ya que éstos se explican por su contenido sustancial y no por su origen.

Antes de continuar, se debe precisar qué entiende Dworkin por principio y directriz. De forma general, para dicho autor una directriz es una norma que propone un objetivo a alcanzar de tipo económico, social o político; por su parte, un principio es una exigencia de justicia que debe ser cumplida, de ahí el peso de moralidad que tienen los principios.⁷⁹

⁷⁸ Para la redacción de este párrafo han sido de gran utilidad algunas de las ideas plasmadas en el ensayo que sobre Dworkin elaboró A. Calsamiglia en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 8.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 72 y 73. Como ejemplo de directriz, Dworkin refiere la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil, y como ejemplo de principio señala la máxima de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia.

Por otro lado, si se recuerda que las reglas jurídicas son proposiciones que obligan, prohíben o permiten determinada conducta, se puede afirmar que la diferencia entre aquéllas y los principios es de tipo aplicativo, ya que las reglas tienen una orientación silogística: si se cumplen las circunstancias estatuidas por ésta, debe aplicarse la consecuencia prevista. Pero no es así como operan los principios, ya que ellos no establecen consecuencias que se alcancen necesariamente cuando se cumplan determinadas condiciones.

De ahí que Dworkin ponga como ejemplo el principio de que “nadie puede beneficiarse de su propio delito”, el cual no establece condiciones necesarias para su aplicación, pues sólo enuncia un parámetro directivo, pero no exige una particular determinación. Así, es muy posible que dicho principio y en general los principios no se apliquen en determinadas circunstancias; pero ello no comporta que no sean principios del sistema jurídico (recuérdese que muchos principios pueden ser limitados temporalmente por prevalencia de otros principios con base en consideraciones particulares, las cuales pueden ser superadas en otros contextos).⁸⁰

En resumen, se puede afirmar que los principios tienen una “dimensión de peso o importancia”⁸¹ que no poseen las reglas que utilizan el método de exclusión; en este sentido, la pregunta en la aplicación de los principios es ¿qué importancia tiene este principio en relación con aquél?, y en el caso de las normas, es una afirmación del tipo: si se cumple la hipótesis prevista, aplíquese su consecuencia jurídica. De ahí, la relevancia en la distinción de Dworkin entre los diversos tipos de normas jurídicas, pues es evidente que no se puede aplicar de igual forma el principio de libertad de expresión, la regla jurídica que prohíbe estacionar un automóvil en determinado lugar y la directriz que señala que deben otorgarse créditos a la producción agrícola con tasas preferenciales.

B. *Los casos difíciles*

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles ha funcionado como un criterio compartido en teoría del derecho y de la argumentación jurídica para enmarcar las diferencias sustanciales entre las reglas y los principios. Así, es evidente que el análisis de los casos considerados como difíciles presenta una herramienta útil de ataque al positivismo jurídico.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

⁸¹ La expresión “dimensión de peso o importancia” es de Ronald Dworkin. *Ibidem*, p. 77.

La cuestión es ¿qué debe considerarse como caso difícil? Una respuesta cauta diría que un caso tiene tal connotación cuando no existe una regla jurídica aplicable a una causa. Una respuesta menos cauta precisaría que se está ante un caso difícil cuando se presenta una tensión entre diversos principios que exigen simultánea aplicación. Dworkin, aludiendo al positivismo, asumiría la primera respuesta; pese a ello, en este trabajo de investigación se asumirá la segunda respuesta.

Para Dworkin, los casos difíciles siempre presentan una respuesta correcta, ya que en los supuestos de que no se tenga una regla jurídica, se tiene la posibilidad de aplicar los principios que la sustentan. De esta forma, Dworkin entiende que el material jurídico existente es suficiente para atacar la posible incertidumbre jurídica que generan los casos difíciles.⁸²

La idea que asume Dworkin es que los jueces no necesitan recurrir a la discrecionalidad judicial para resolver los casos difíciles, pues el derecho compuesto por diversas normas brinda respuestas correctas para todas las cuestiones. La enorme tarea que tienen que desdoblarse dichos jueces es buscar en el mismo derecho la solución al problema planteado; esto es, los decisores deben convertirse en localizadores de los principios que funden sus decisiones, más que en creadores de normas jurídicas aplicables a las causas difíciles. Con tales anotaciones, lo que estaría planteando Dworkin es un esquema de juez casi perfecto (juez Hércules) que sea capaz de ubicar todas las respuestas correctas.⁸³

Bajo este escenario, se estima que el criterio de Dworkin se circunscribe primordialmente a la aplicación de reglas jurídicas, por lo que quedaría pendiente la cuestión de cómo resolver correctamente los casos difíciles considerados así por tratarse de tensiones entre principios, pues no parece muy adecuado recurrir a la solución que nos presenta Dworkin; esto es, buscar principios que sustenten a los principios o derechos. En todo caso se debería mirar hacia los valores, pero ello nos podría generar mayores complicaciones.

En resumen, se observa que para Dworkin en los casos difíciles el juez no debe recurrir a la discrecionalidad, pues para dicho autor existiría el peligro de que se crearan normas o, peor aún, que se dejaran al arbitrio de

⁸² Para la redacción de este párrafo ha resultado muy provechoso lo apuntado por A. Calsamiglia en el prólogo de Dworkin. *Ibidem*, p. 13.

⁸³ Cabe advertir que no se comparte el rechazo de Dworkin hacia la discrecionalidad judicial, pues es evidente que ésta es necesaria en la operación de aplicación del derecho. Así, no se debe confundir aquélla con la arbitrariedad judicial. Con todo, si Dworkin lo que pretende es rechazar esta última circunstancia, por supuesto que se estaría de acuerdo con su planteamiento; en otro sentido, el desacuerdo es completo; esto es, sin importar si alude a una discrecionalidad judicial de tipo fuerte o débil.

los jueces los derechos de los individuos, y eso sería en sus términos *no tomarse en serio los derechos*. Así, Dworkin propone optar por un modelo judicial descubridor de principios, en el cual el criterio de elección de los principios estaría guiado por el razonamiento y la ponderación, lo cual fornecería la justificación y eliminaría la arbitrariedad judicial.

C. *La tesis de los derechos*

La filosofía de Dworkin se basa en los derechos individuales, que son cartas de triunfo frente a cualquier mayoría. Así, cualquier objetivo social o político no tiene prevalencia sobre los derechos individuales. Dicha circunstancia cobra relevancia en el terreno de las decisiones judiciales, en las cuales se tienen que decidir conflictos que en mayor medida involucran derechos fundamentales de diversa índole; por ejemplo, individuales o de determinados grupos sociales.

En este sentido, en toda controversia jurídica o, mejor, colisión de principios, los jueces deben justificar la prevalencia de determinado principio en el caso particular. Así, ellos no se pueden excusar de resolver la cuestión; más aún, para Dworkin, el juez debe buscar e indagar, tratándose, por ejemplo, de conflictos entre reglas, el principio preexistente que resolverá la controversia, sin poder crear ningún derecho, a efecto de evitar caer en esquemas de aplicación retroactiva. Así, el juez debe garantizar los derechos ya existentes y no idearlos, más aún si se trata de derechos individuales, pues éstos deben prevalecer sobre los objetivos sociales, ya que estos últimos están subordinados a los mismos derechos.⁸⁴

Con todo, el problema que emerge es cómo resolver las tensiones entre derechos fundamentales de individuos y de determinados grupos sociales, cuestión que no precisa Dworkin. A pesar de ello parece adecuado decir que no debería existir alguna jerarquía entre los mismos, en todo caso se prefiere la utilización de “criterios de preferencia” temporal que se podrían obtener del análisis de casos judiciales particulares. En síntesis, se puede afirmar que Dworkin es un no utilitarista, pues para él los objetivos generales o sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos.

D. *Modelo de la respuesta correcta*

El modelo de la respuesta correcta señala que tratándose de la solución de los casos considerados difíciles el juez (considerado como un *Hércules* por

⁸⁴ Sobre estas afirmaciones, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*, pp. 18, 37 y 146.

Dworkin) puede encontrar la respuesta correcta en el mismo material jurídico previamente establecido. De esta manera, el juez no tiene discrecionalidad ni mucho menos poder político para inventar derechos.⁸⁵

De esta forma, para Calsamiglia, el modelo de Dworkin evitaría diversos problemas, como son el que el juez se convierta en legislador o que funde sus decisiones en objetivos políticos, respetando así el principio de separación de poderes.⁸⁶

A pesar de las bondades del esquema de Dworkin y de las consideraciones que sobre el mismo efectúa Calsamiglia, se estima que el modelo de respuesta correcta podría abrirse a consideraciones de otro tipo; esto es, no sólo jurídicas o morales, sino también políticas y sociales, ya que como se mostrará en el capítulo tercero la práctica judicial fluye en el discurso jurídico, moral, social y político, lo que no conlleva una invasión de las funciones de los poderes públicos, en especial la del Poder Legislativo, sino más bien una combinación de contextos necesarios para la adecuada argumentación con principios, pues ¿acaso un juez podría justificar una decisión referente al principio de libertad de expresión sin considerar las cuestiones políticas y sociales relacionadas con éste?

Con mucho, se estima que el modelo que propone Dworkin es de corte principalista, ya que plantea una función garantizadora de los derechos individuales a cargo de los jueces, además de que precisa que los mismos jueces deben argumentar sobre la elección de los principios involucrados, los cuales de hecho sustentan las reglas jurídicas.

En otro sentido, a modo de conclusión general se puede decir que los principales postulados del referido autor convergen con la teoría del neoconstitucionalismo en los siguientes puntos:

- Se defiende una postura contraria a la forma de argumentar del modelo positivista.
- Se reconoce la existencia de más de una realidad en el derecho, ya que se señala que éste no sólo se integra por reglas, sino también por principios y directrices.
- Se acepta el sistema de ponderación ante colisiones o elecciones entre principios.
- Se privilegia la función de las Constituciones como instrumentos de defensa de los derechos individuales ante violaciones del Estado; por ejemplo, las efectuadas por mayorías legislativas. Aquí cabría precisar que también converge con el sistema garantista de Ferrajoli.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 21, 146, 147 y 148.

⁸⁶ Sobre ello, véase lo apuntado por A. Calsamiglia en el prólogo a Dworkin, *ibidem*, p. 21.

- Se acepta un razonamiento judicial moral; esto es, se reconoce la relación necesaria entre el derecho y la moral, ya que para Dworkin los principios son exigencias de justicia, y por consiguiente de moralidad.
- Se presenta un papel más creativo y menos simplista de los jueces (recuérdese al juez Hércules), ya que ellos deben buscar en el derecho los principios aplicables, y no sólo basarse en la discrecionalidad judicial ante la ausencia de reglas aplicables al caso concreto.
- Se reconoce que los jueces deben guiarse por principios, como el de justicia, al aplicar las leyes positivas.⁸⁷

V. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

1. *A manera de introducción*

El título que se ha elegido para el presente punto puede generar ciertas dificultades a consecuencia de su amplitud. Así, podría correctamente alguien esperar que se efectúe un análisis tanto de los principios que rigen la estructura de la Constitución como de los principios generales del derecho. A fin de evitar confusiones tanto en este punto como en toda la investigación, es momento de precisar a qué tipo de principios jurídicos nos estaremos refiriendo.

El presente trabajo se circunscribe principalmente a los principios considerados derechos fundamentales, así como a los principios constitucionales que sin ser derechos fundamentales pueden entrar en tensión con éstos. Bajo esta premisa, cabe advertir que al referir principios o principios jurídicos en la investigación no se estará pensando en los principios generales del derecho; sin embargo, ello no implica que al momento de analizar el tema de argumentación jurídica principalista se pueda aludir a principios fundacionales del propio derecho (piénsese en la justicia), en donde se podría caer en el terreno de los principios generales del derecho bajo la función directiva de éstos. Pese a ello, el hilo conductor de la presente investigación será dentro del terreno de los derechos fundamentales.

⁸⁷ En particular, Dworkin ha señalado que un mal juez es aquel juez rígido y mecánico que hace cumplir las leyes para beneficio de éstas, sin importarle la injusticia que ello comporte. Así, el buen juez opta por la justicia en vez de la ley. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 20.

2. Consideraciones generales sobre los principios jurídicos

El tema de los principios jurídicos (los contenidos en las Constituciones como derechos fundamentales) ha generado gran polémica en la teoría del derecho, ya que reviven la confrontación entre dos tradiciones jurídicas; esto es, la positivista y la iusnaturalista. Así, se podría decir que muchos de los juristas en nuestro país con una tradición formalista se quedan perplejos ante los retos que presenta el derecho por principios. El problema es que los positivistas creen que los principios han desestabilizado el derecho, derivado de la amplia vaguedad que presentan dichas normas, lo que propicia su imprevisibilidad.

La polémica ha sido tan notoria que incluso hoy en día es muy improbable que un formalista intente explicar el derecho sin aludir a consideraciones sobre legitimidad; a su vez, un iusnaturalista difícilmente puede tratar el derecho sin apuntar a mecanismos (formales) que hagan efectivos los ideales morales positivizados.⁸⁸

Ahora bien, cabría precisar qué se debe entender por principios. Así, se puede decir que son aquellas guías o normas fundamentales del sistema jurídico, impregnadas de un denso contenido moral, que representan la cultura y valores construidos por la sociedad. Así, los principios no se asumen como supuestos de hecho, sino como ideales generales de dichas construcciones, por lo cual su aplicabilidad a casos concretos siempre presenta un carácter de amplia indeterminación.

Bajo este sendero, autores como Riccardo Guastini han centrado el análisis de los principios en sus cualidades, a fin de distinguirlos de otras normas. En términos generales, este autor ha señalado (siguiendo a los juristas contemporáneos) que los principios tienen las siguientes cualidades: *a*) el ser normas fundamentales en tanto que caracterizan al sistema jurídico y le dan fundamento ético; así, los principios no requieren de justificación, porque la cultura jurídica los percibe como correctos, y *b*) el constituirse como normas estructuralmente indeterminadas, lo que genera su carácter defeasible al no establecer las condiciones particulares para su concretización.⁸⁹

⁸⁸ Sobre este tema en España se ha dicho que los principios generan un conflicto de ideologías entre los dogmáticos, los cuales bien pueden ser catalogados como positivistas en su ejercicio, aunque iusnaturalistas de convicción. Véase García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 42.

⁸⁹ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta-UNAM, 2008, pp. 74-76.

Como se puede observar, en esta caracterización de los principios tendrían cabida los derechos fundamentales, ya que éstos operan como elementos esenciales de la fisonomía de los sistemas jurídicos y se perciben en la cultura jurídica como ideales que merecen ser respetados; sin embargo, también se puede decir que dicha caracterización puede contener a los principios generales del derecho, entendidos en su función directiva. Con todo, es interesante para los fines de la presente investigación la representación que retoma dicho autor sobre los principios.

3. *Los principios y la estructura de las reglas jurídicas*

Los principios y las reglas jurídicas no tienen igual fisonomía; por ello, los primeros han sido objeto de diversas críticas, por la supuesta ausencia de su valor normativo derivado de la amplia elasticidad y ambigüedad con que se caracterizan, lo que al decir de algunos críticos del derecho por principios, generaría un activismo judicial.⁹⁰

Así, en la doctrina se han presentado recurrentes distinciones entre los principios y las reglas, por lo que cabría resaltar las más relevantes, a efecto de ubicar las divergencias estructurales entre dichas normas jurídicas. En el siguiente cuadro se esquematizarán los elementos distintivos de éstas.⁹¹

	<i>Reglas</i>	<i>Principios</i>
Cualidades	Se constituyen bajo la fórmula del todo o nada; esto es, o resuelve o no el caso.	Se constituyen como pautas no definitivas; es decir, orientadoras. Su elemento identificativo es su peso o relevancia para cada caso judicial.
Caracteres	Es cerrado, ya que fijan supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica. Así, se conocen de antemano las condiciones de aplicación y de excepción.	Es abierto, porque no se fijan como tal supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica. Así, no se puede conocer a priori la forma de aplicación de éstos.

⁹⁰ Para la redacción de este párrafo se han utilizado las ideas plasmadas por Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 176.

⁹¹ Para la elaboración del esquema distintivo entre reglas y principios ha resultado muy enriquecedor el resumen que sobre las ideas de Zagrebelsky elaboró el profesor español Luis Prieto Sanchís. *Ibidem*, pp. 177 y 178.

	<i>Reglas</i>	<i>Principios</i>
Esquemas de cumplimiento	Tienen un cumplimiento pleno, si se dan los supuesto de hecho, debe aplicarse la consecuencia jurídica.	Desarrollan un cumplimiento cambiante; esto es, es susceptible de cumplirse de forma variable, dependiendo del contexto particular.
Forma de resolución del conflicto (entre reglas) o colisión (entre principios).	Se resuelve a través de la declaración de invalidez de una de las reglas (lo que implica que ésta sea expulsada del sistema jurídico) o percibiéndola como una excepción de la otra regla.	Se resuelve mediante la operación de ponderación, lo que no significa que uno de los principios tenga que ser expulsado del sistema jurídico, sino que sólo es inaplicable para el caso concreto.

Bajo esta realidad, se puede decir que los principios y las reglas, a pesar de ser ambas catalogadas como normas jurídicas imprecisas y ambiguas (aunque en mayor medida las primeras), comportan diferencias estructurales que modifican en gran escala su forma de aplicación y cumplimiento. Así, un derecho fundamental no puede conectarse a una consecuencia jurídica preestablecida como sí acontece con las reglas, en las cuales existe un modelo tradicional de aplicación causal. Por ello, cabe afirmar que un elemento sumamente distintivo entre las reglas y los principios es que estos últimos mantienen una estructura intensamente flexible a aplicaciones completamente divergentes. Así, es posible que en un caso constitucional los jueces privilegien el derecho de libertad de expresión frente al derecho de intimidad, y en otro posterior los mismos jueces garanticen este último derecho frente al primero, sin que con ello se contradigan.

4. *Los derechos fundamentales como principios*

Antes de señalar las peculiaridades de los derechos fundamentales como principios cabría eliminar algunos fantasmas conceptuales ya muy difundidos en la literatura especializada⁹² sobre los criterios generales de distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. En nuestro país, el pro-

⁹² Por ejemplo, en Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1998; Häberle, Peter y Kotzur, Marcos, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, y Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

fesor José Luis Caballero ha tratado de eliminar dichos fantasmas, al referir que los derechos humanos se circunscriben al ámbito internacional; es decir, se trata de prerrogativas personales que se integran en instrumentos de la comunidad internacional; por el contrario, los derechos fundamentales se relacionan con el ámbito constitucional de cada Estado, por lo que estos derechos tienen una protección particular por cada país.⁹³

De esta forma, se puede indicar que la distinción se centra en que los derechos humanos tienen un carácter universal, y los derechos fundamentales, a pesar de que primordialmente devienen de los primeros, tienen un perfil regional; pese a ello, no se comparte la idea de que la principal diferencia sea una cuestión del nivel de tutela o protección de los derechos, pues como se sabe, en la mayoría de las convenciones sobre derechos humanos se establecen mecanismos de control (si se quiere menos vinculantes, por ello del principio *pacta sunt servanda* que rige en la comunidad internacional) a fin de que se respeten los derechos humanos (piénsese, por ejemplo, en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que está sujeta nuestro país desde 1998).⁹⁴

Aunado a lo anterior, no se debe olvidar que en nuestro contexto el criterio de distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos referente al nivel de tutela jurídica de ellos (fuerte o débil) ha perdido significado, en virtud de la marcada reforma constitucional de junio de 2011, en la cual se equipara la protección a un mismo rango tanto de los derechos humanos (fundamentales para nuestros fines) contenidos en la Constitución

⁹³ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 5. Con mucho, parece que la distinción que elaboró este autor ha sido superada por las modificaciones a la Constitución de junio de 2011 en materia de protección de los derechos humanos, en la cual se concibe a los derechos individuales como derechos humanos y se les brinda una protección a aquellos contenidos en tratados internacionales; con todo, no debemos olvidar que aún se reconoce la existencia de ciertos derechos contenidos en instrumentos jurídicos internacionales; esto es, fuera de la Constitución, los cuales se busca proteger con controles regionales, como el juicio de amparo. La duda que ahora nos surgiría es si el cambio de denominación de garantías individuales a derechos humanos no hizo más que realimentar la incomprensión sobre los criterios de distinción entre los derechos fundamentales y los derechos humanos.

⁹⁴ De la misma idea fue el doctor Héctor Gros Espiell, el cual manifestó interés en el problema doctrinario sobre las distinciones entre las expresiones de derechos humanos y derechos fundamentales. Dicho autor refirió que le resultaba preocupante que con la expresión “derechos fundamentales” se quisiera significar que existían otros derechos (los humanos) que estaban al margen de cualquier protección nacional e internacional. Véase Gros Espiell, Héctor, *La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, diciembre de 2003, p. 17, en <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/europea/HectorGros.pdf>.

como de los reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, ahora toda persona en el territorio nacional que estime que alguno de sus derechos contenidos en la Constitución o reconocidos en tratados internacionales ha sido violado puede recurrir a la institución del amparo, a fin de que se le restituya y preserve su derecho afectado.

Con mucho, no se puede concluir que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” están desconectadas; por el contrario, éstas se retroalimentan. Así, se debe entender que todo derecho (humano o fundamental) encuentra su fundamento en la dignidad humana, por lo que la distinción es de forma, y no de fondo; esto es, en unos casos los derechos se encuentran establecidos en cartas constitucionales y, en otros, en instrumentos internacionales, lo que desde luego no restringe su importancia.⁹⁵

Hasta aquí con lo dicho sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. En adelante se precisará el porqué de la comprensión de los derechos fundamentales como principios.

En términos generales, si se recuerda que los principios jurídicos son aquellos que comparten, entre otras características, la de ser indeterminados, inconmensurables, imprevisibles en su concretización y que invitan necesariamente a consideraciones morales, bien se podría decir que los derechos fundamentales; esto es, aquellos ideales que han sido expresamente integrados a una carta constitucional, no son otra cosa que principios, ya que dichos derechos, con independencia de su positivización, comparten las características esenciales señaladas para los principios.

En este sentido, cabe recordar que en los Estados constitucionales democráticos que surgieron en el periodo de la posguerra se proyectaron las Constituciones políticas como instrumentos compuestos primordialmente por *principios*, los cuales, al formar parte de un documento jurídico, se fueron identificando como *derechos fundamentales*, ya que éstos fungieron como parámetros, guías o límites últimos de la actividad de los poderes públicos y de los particulares, y porque al integrarse a la Constitución adquirieron tutela efectiva, sin que con ello perdieran sus cualidades de principios como las anteriormente señaladas. De esta manera, el criterio de identificación de los principios con los derechos fundamentales será el que se asumirá a lo largo de toda la presente investigación.

⁹⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 9. De hecho, este autor ha sido más contundente al afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados. Dicha afirmación cobra relevancia y actualidad en el contexto del derecho constitucional mexicano del siglo XXI, en el cual se habla de derechos humanos positivizados a partir de 2011.

5. *Principios constitucionales*

Hasta donde se tiene conocimiento, la mayoría de los estudios sobre argumentación jurídica principalista se centran en analizar colisiones entre derechos fundamentales; por ejemplo, la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad; no obstante, como se verá en el capítulo tercero del presente trabajo, cabe la posibilidad de que colisionen principios de diversa naturaleza. Así, piénsese en la tensión entre un derecho fundamental como la libertad de asociación política de un individuo con el principio constitucional referente a la autorregulación de los partidos políticos.

Se debe partir entonces de la idea de que si bien todos los derechos fundamentales son principios constitucionales, también existen otro tipo de principios constitucionales que no tienen esa naturaleza de derechos de los individuos o grupos sociales, pero que al igual que éstos constituyen pilares indispensables para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho. Así, es criterio difundido entre los juristas que la Constitución no sólo se integra de una parte dogmática, sino también de una parte orgánica, en la cual existen diversos principios constitucionales que sin ser derechos de los individuos operan como decisiones políticas fundamentales para el sostenimiento del Estado democrático.

Sin ánimo de definir, se puede señalar que los principios constitucionales desde una perspectiva reducida⁹⁶ son todas aquellas cláusulas, directrices o bases que estructuran la conformación, funcionamiento, organización, desarrollo y permanencia del Estado democrático, los cuales se contienen en diversas disposiciones de la Constitución tanto de su parte orgánica como dogmática.

En este sentido, cabría apuntar algunos principios constitucionales como son los siguientes: sistema federal como forma de Estado; república representativa y democrática como forma de gobierno; división de poderes; soberanía nacional; renovación de poderes mediante elecciones libres, auténticas y periódicas; autorregulación de los partidos políticos; protección de la paz pública; control estatal de los programas de educación básica, y la separación del Estado y la Iglesia.

Bajo este sendero, algunos constitucionalistas del país han afirmado que de hecho los pilares de la Constitución de 1917 (que bien se pueden identi-

⁹⁶ Se dice reducida, ya que desde una óptica extensiva los derechos fundamentales son también presupuestos indispensables para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho. No obstante, para los fines de la investigación se hará dicha distinción para enmarcar la posibilidad de tensión entre los diversos principios constitucionales.

ficar con los principios constitucionales para los fines del presente trabajo) son básicamente siete; esto es, soberanía, derechos humanos, separación entre los poderes públicos, sistema representativo, régimen federal, juicio de garantías y la supremacía del Estado sobre las iglesias.⁹⁷

En síntesis, se puede afirmar que los mencionados principios constitucionales u otros más que no viene al caso detallar pudieran entrar en colisión con los derechos fundamentales. De este modo, en la presente investigación, además de analizar las tradicionales tensiones entre derechos fundamentales, será también de interés el abordar otro tipo de colisiones; de ahí, la razón por la que se ha considerado necesario precisar algunos puntos esenciales de los principios constitucionales.

6. *Principios de la Constitución y principios generales del derecho*

En primer lugar, cabe apuntar que los principios de la Constitución son aquellas directrices elementales para mantener la vigencia de ésta. De forma más precisa, en teoría constitucional se tienen como principios de la Constitución a los siguientes: supremacía, fundamentabilidad, inviolabilidad, permanencia y reformabilidad, los cuales tienen como función el estructurar a la Constitución.⁹⁸

En el mismo sentido, se han definido a los principios de la Constitución como aquellas reglas elementales que dirigen el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de las Constituciones de los Estados.⁹⁹

Más allá de las anteriores consideraciones sobre la vigencia y estabilidad de la Constitución que le imprimen sus principios, cabe notar que para los fines de la presente investigación dichos principios no serán objeto de análisis, no obstante que se reconoce el papel y la relevancia de los principios de la Constitución para mantener viva dicha norma jurídica.

Por otro lado, sobre el tema de los principios generales del derecho, se debe recordar que en la doctrina existe una pluralidad de enfoques y significados sobre ellos, lo que propicia gran desconcierto al momento de aplicarlos o estudiarlos.

Así, por ejemplo, los principios generales del derecho pueden ser entendidos como reglas orientadoras para el conocimiento, interpretación y

⁹⁷ Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006, p. 56.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁹⁹ Quisbert, Ermo, *Principios constitucionales*, Bolivia, s.e., 2006, p. 28, en <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>.

concretización de las normas jurídicas, o en ocasiones tiene un sentido ontológico; es decir, como directrices que los operadores pueden inducir a partir de las normas positivas. Asimismo, los principios pueden comprenderse en el contexto axiológico; esto es, como postulados éticos que guían todo el ordenamiento jurídico; por ejemplo, la justicia, el bien común, la moralidad o el *ethos* social.¹⁰⁰

Con todo, se puede afirmar que los principios generales del derecho, a pesar de que no están instituidos en alguna norma jurídica, son percibidos como los fundamentos del mismo derecho, así tienen que deducirse de los mismos valores constituidos y generalmente admitidos en las sociedades.¹⁰¹

De ahí que en los círculos del formalismo jurídico los principios generales del derecho no hayan sido muy bien recibidos, a pesar de que las legislaciones de diversos países los reconocen. El principal problema que se ha manifestado a propósito de su utilización es que ellos contribuyen a generar espacios de oscuridad en la aplicación del derecho; esto es, un esquema que posibilita la fundamentación de las decisiones judiciales fuera del contexto jurídico.

En otro sentido, a los principios generales del derecho se les han reconocido diversas funciones, como son el constituirse como criterios aptos para interpretar la ley (función interpretativa), para integrarla, ofreciendo a los juzgadores elementos para resolver un caso no regulado (función integradora) y para dirigir la actividad legislativa y judicial (función directiva).¹⁰²

Sobre la función integradora, cabe recordar que en México, así como en la mayoría de las legislaciones de los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, se dispone que cuando no se pueda resolver alguna cuestión conforme a las reglas establecidas o por analogía, debe recurrirse a los principios generales del derecho. De esta forma, es evidente el alcance limitado de dichos principios, los cuales operan por vacíos de la ley y por referencia expresa en las reglas.¹⁰³

¹⁰⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Principios generales del derecho ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 98, octubre-diciembre de 1997, pp. 16-18, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27480>.

¹⁰¹ Para la redacción de este párrafo ha resultado muy útil la idea que Coviello tiene sobre los principios generales del derecho (citado por García Maynez). Véase García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 60a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 370.

¹⁰² Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 5a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 110.

¹⁰³ De ahí que, por ejemplo, algunos cataloguen a los principios generales del derecho como un mito jurídico, ya que éstos permiten explicar que pese a las lagunas de las leyes existen instrumentos para asegurar la plenitud del ordenamiento jurídico; el carácter mítico consiste en suponer que el derecho cuenta con los procedimientos para garantizar soluciones

Bajo estas anotaciones, se puede apreciar que los principios generales del derecho no son los principios en los que se centrará la presente investigación, ya que los primeros principalmente operan como mecanismos para completar el derecho en caso de lagunas o vacíos de la ley, lo que no guarda relación con los principios considerados como derechos fundamentales, pues éstos no buscan sellar las lagunas de las leyes ni garantizar completitud del ordenamiento jurídico; su campo de acción es en otro sentido y mucho más amplio.

Pese a ello, tratándose de la función directiva de los principios generales del derecho, se entiende que la argumentación abierta o maximalista pudiera relacionarse con ésta, ya que bajo tal argumentación se busca considerar el extenso bloque que dirige el derecho, lo que incluye a valores como la justicia, así se piensa que en este supuesto se pudiera caer en el terreno de los principios generales del derecho.

7. *A modo de epílogo*

Del análisis de los derechos fundamentales, de los principios constitucionales y de los principios generales del derecho se pueden desprender las siguientes ideas:

Los derechos fundamentales conforman los principios, los ideales, los valores y la cultura de las sociedades actuales, por lo que su apego o desapego a ellos puede generar un descontento entre la sociedad y su derecho.

Los derechos fundamentales representan a la vez principios que han sido positivizados en normas fundamentales, como lo es una Constitución.

Los principios constitucionales, entendidos en un sentido extensivo; es decir, incluyendo a los derechos fundamentales, son las piezas esenciales para la conformación y el desarrollo de los Estados constitucionales de derecho.

Los principios constitucionales, en un sentido restringido, como el que se utiliza en la presente investigación, son elementos indispensables para el funcionamiento y el sostenimiento de los Estados democráticos, pero éstos no se identifican con un derecho de algún individuo o de un grupo social.

Es muy común que las colisiones entre principios se den en el mundo de los derechos fundamentales; sin embargo, también es muy posible que existan colisiones entre dichos derechos y los principios constitucionales entendidos en sentido reducido.

a todas las controversias. Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, “Principios generales del derecho...”, *cit.*, pp. 19 y 20.

La función directiva que tienen los principios generales del derecho se puede identificar en algún sentido con la argumentación jurídica de corte maximalista, ya que dicha argumentación mira hacia todos los postulados que dirigen y sustentan el derecho.

Los principios jurídicos, al abrir el diálogo a consideraciones de otra naturaleza, como pudieran ser las morales, propician el fortalecimiento y la validez del derecho y no su muerte por la falta de objetividad.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON ENFOQUE PRINCIPALISTA

EPÍGRAFE

Cualquier estudio que busque abordar temas referentes a los procesos argumentativos desdoblados en el contexto jurisdiccional debe en cierto sentido mostrar el pensamiento de Aulis Aarnio, quien es un autor que con diligencia se preocupó por explicar y analizar el modelo de justificación de las decisiones jurídicas. Sin el ánimo de relatar todas las ideas desarrolladas por dicho autor, en el presente epígrafe se buscará identificar las peculiaridades relevantes del pensamiento de Aarnio para comprender el proceso justificativo. Así, debemos comenzar por señalar que a pesar de que las investigaciones de dicho autor se centran más en la justificación y racionalidad de la decisión jurídica interpretativa; esto es, en la interpretación del derecho, ello no le resta utilidad a sus ideas para comprender la forma en que se podrían generar decisiones racionales que resuelvan tensiones entre principios.

Como punto de partida, hay que señalar que para Aarnio la expectativa de certeza jurídica se explica bajo las exigencias de evitar la arbitrariedad y que las decisiones sean correctas. En este caso, el aspecto sustancial de la certeza se contiene en la idea de que toda determinación jurídica sea conforme a derecho y en concordancia con otras normas sociales, no jurídicas. Así, no sólo basta que las decisiones sean (muy) previsibles. El punto es que, como refiere Aarnio, los decisores ya no pueden apoyarse en una mera autoridad formal para justificar sus decisiones, ya que en las sociedades actuales las personas no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino también piden que éstas se sustenten con razones; de esta manera, la presentación de argumentos es siempre un medio para asegurar la existencia de la misma certeza jurídica en la sociedad.¹⁰⁴

Para cubrir semejante tarea de dar razones se debe recurrir a un procedimiento de justificación, en el cual ante una disputa entre intereses jurídi-

¹⁰⁴ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 26, 27 y 29.

cos, se genera, siguiendo a Aarnio, una constante competencia en el discurso entre dos alternativas divergentes; esto es, sobre dos grupos de argumentos, así se tendrán los proargumentos considerados como razones para justificar una interpretación o posición y, además, los contraargumentos, que fungen como argumentos que se oponen a ella.¹⁰⁵

Dicho procedimiento de justificación, que desde luego se basa en un discurso práctico, puede ser descrito en términos de la justificación interna y externa, ya que puede ser tanto de naturaleza silogística (un argumento independiente) como no serlo en modo alguno, por el hecho de que en la justificación externa no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos de una cadena de argumentos. Por eso es correcto afirmar, como lo hace Aarnio, que la justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos, a fin de apoyar una premisa ya formulada.¹⁰⁶

De ahí que, por ejemplo, Aarnio elabore ciertas reglas básicas del discurso racional, las cuales se desenvuelven en donde no es posible argumentar mediante un esquema deductivo (silogístico); es decir, en donde se argumente bajo el modo de la llamada justificación externa. Estas reglas son las siguientes:¹⁰⁷

Reglas de consistencia. Buscan que no se dé una contradicción interna y se respete la ley del tercero excluido (opera cuando una proposición es verdadera o falsa y no existe una tercera posibilidad), así como la regla de transitividad (de acuerdo con la cual si una persona acepta: si p entonces q y si q entonces r, tiene que aceptar también que si p entonces r).

Reglas de eficiencia. Se refieren a que el discurso tiene que resultar en una conclusión, lo que implica que entre los participantes no exista desacuerdo lingüístico manifiesto entre las expresiones usadas.

Reglas de sinceridad: Se refieren a la eliminación de la persuasión autoritativa. Así, bajo estas reglas la discusión perdería su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad. Asimismo, la exigencia de la honestidad implica que se deben invocar justificaciones válidas.

Reglas de generalización. Se refiere a que un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir casos semejantes. Dichas reglas buscan, por así decirlo, eliminar los conocidos argumentos *ad hoc*, cuya fuerza justificatoria no puede

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 163.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 168-170.

¹⁰⁷ Para el desarrollo y explicación de estas reglas nos hemos basado en la ideas plasmadas por Aarnio. *Ibidem*, pp. 254-261.

invocarse fuera de una situación particular, rompiendo con ello el requisito de universalidad y, por lo tanto, de racionalidad.

Reglas de apoyo. Dichas reglas se refieren a que toda proposición debe ser justificada. Así, cuando se da un cuestionamiento en el discurso jurídico, se genera la obligación de responder a tal crítica; esto es, apoyar nuestro punto de vista mediante argumentos. En este apoyo, el concepto clave es la coherencia, ya que nuestro enunciado interpretativo o postura tiene que ser coherente con todo el material utilizado como razones. Por lo tanto, el concepto mismo de coherencia está conectado con la totalidad de los argumentos utilizados en el discurso jurídico. De esta manera, una conclusión está justificada si y sólo si la cadena de argumentos satisface los criterios de coherencia; esto es, si y sólo si los argumentos (A, B, C... Z), junto con el punto de vista defendido, forman una totalidad homogénea parte-todo.¹⁰⁸

Reglas de la carga de la prueba. Estas reglas pueden ser divididas en dos grupos: las reglas procedimentales de justificación, que señalan que la persona que formula la justificación está obligada a presentar pruebas, cualquiera que sea el tipo de justificación; el segundo grupo se representa con las reglas materiales de la carga de la prueba, las cuales se refieren al contenido de la justificación.

Sobre la base de lo descrito en este epígrafe del capítulo segundo, será más fructífero el análisis del proceso de justificación de las decisiones judiciales, el cual, como hemos visto, se puede desenvolver bajo ciertas reglas o condiciones generales de la racionalidad, a fin lograr una base coherente de la argumentación que sustenta cierta postura o posición, lo que permite identificar la complejidad del trabajo argumentativo; por ejemplo, cuando nos encontramos frente a una argumentación con enfoque principalista.

I. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Racionalidad y razonabilidad en el contexto amplio y del derecho

Racionalidad y razonabilidad no son nociones sinónimas. La lógica, por ejemplo, se desarrolla en el campo de la racionalidad y no en el de la razo-

¹⁰⁸ En la materialización de estas reglas creemos que se centraría uno de los elementos centrales de todo proceso justificativo, ya que si asumimos, como Aarnio lo hace, que el objetivo de la justificación es lograr la coherencia y, a través de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica, tendríamos que reconocer que los medios que sirven para lograr ese objetivo son esencialmente el aplicar las reglas generales de la racionalidad, entre las que se encuentran las reglas de apoyo. *Ibidem*, p. 260.

nabilidad. En la doctrina existen autores que hablan de racionalidad y razonabilidad de manera indistinta, situación que se entiende obedece a la posible conexión que existe entre ambas nociones y al carácter polisémico de la palabra “racionalidad”. No se tiene la intención de desarrollar a profundidad dichas nociones, sino precisar en qué campo se desarrolla propiamente la argumentación jurídica.

Así, se debe comenzar por señalar que la racionalidad tiene diversos conceptos. Algunos hablan hasta de doce. Los que aquí interesan son el de sentido lógico y dialéctico. En el primero, la racionalidad se refiere al esfuerzo por la consistencia; es decir, evitar la contradicción, y en el segundo sentido, el dialéctico, la racionalidad se refiere a comprobar la validez de las inferencias o, mejor, la conformidad con las reglas de la inferencia deductiva.¹⁰⁹

Por tal motivo, se puede decir que la racionalidad es un esquema que permite estructurar ideas de manera consistente, así como verificar la validez de las inferencias dadas entre un grupo de proposiciones que forman un argumento.

Por su parte, la razonabilidad no se identifica con la consistencia o no contradicción de una proposición, sino más bien se relaciona con los procesos discursivos que buscan el convencimiento de una determinada postura mediante la presentación de argumentos, por lo cual ésta se desarrolla en la praxis. Así, lo razonable es una posición que es aceptada mediante el consenso, en donde no son relevantes los criterios de validación lógica, como es la prueba de consistencia¹¹⁰ o el principio de universalidad, que son fundamentales en la racionalidad.

Con la razonabilidad no se intenta comprobar la validez de las inferencias, sino el dar razones sustentadas en otros criterios de naturaleza no formal, como aludir a valores. De esta forma, es muy probable que un razonamiento desarrollado en algún contexto particular pueda no ser validado desde su aspecto lógico. Aquí una importante distinción entre racionalidad y razonabilidad; sin embargo, no se debe confundir y pensar que no existe conexión entre ambas nociones, pues también se podría caer en un razonamiento desarrollado sobre una base racional. Ilustrando a Aulis Aarnio, es posible hablar de “lo racional como razonable”. Estas cuestiones serán precisadas en adelante.

¹⁰⁹ Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed., trad. de María Dolores González Rodríguez, México, Siglo Veintiuno Editores, 2007, p. 178.

¹¹⁰ En relación con dicha prueba, se ha establecido que un conjunto de axiomas es consistente si no es posible derivar de él una contradicción por razonamiento lógico. *Cf.* Honderich, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, trad. de Carmen García Trevijano, Madrid, Tecnos, 2001, p. 206.

Se estima de importancia para el estudio de la racionalidad y la razonabilidad el *Tratado sobre la justificación jurídica* que elaboró el ya citado profesor de la Universidad de Helsinki, Aulis Aarnio. Si bien dicha obra se interesa, como se ha precisado en el epígrafe de este capítulo, en la interpretación jurídica, es evidente que se pueden desprender algunos puntos sobresalientes para la presente investigación, pues la interpretación es una herramienta de utilidad en la argumentación jurídica, donde esta última se constituye como más general e integral.

Es evidente que el profesor Aarnio parte de la idea de que razonabilidad y racionalidad no son términos similares, por lo cual se ocupa de señalar que ambas pueden jugar un papel conjunto en la justificación jurídica, pues de no existir diferencia sería impropio tratar, como lo hace el propio Aarnio, a lo racional como razonable.

Un punto clave para ello es que Aarnio piensa que la argumentación debe ser racional, y además tiene que existir una base material para ésta; más aún, la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional. Así, por ejemplo, una ley puede relacionarse con consecuencias razonables, pero ¿qué es lo razonable? Esto sin duda es algo que no puede ser definido independientemente de los valores sociales o culturales, y de nuevo ¿cómo decir que ello es racional?¹¹¹

Un paralelismo entre racionalidad y razonabilidad con las concepciones de justificación interna y externa de una proposición interpretativa sobre las que ya han hablado Jezy Wróblewski y Robert Alexy nos puede ayudar a entender mejor las primeras nociones.

Una justificación interna significa, según Wróblewski, la derivación de la interpretación a partir de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencia. Por su parte, una justificación externa se puede identificar cuando una decisión está justificada si sus premisas son calificadas como buenas de acuerdo con los parámetros seguidos por el sujeto que efectúa la calificación. En otras palabras, la justificación externa es una cuestión sobre la validez de las premisas y las reglas de inferencia.¹¹²

Ahora bien, cabe decir que tanto la justificación interna como la racionalidad se representan a través de la inferencia deductiva y la validación del argumento mediante reglas de la lógica; por ejemplo, la no contradicción o la consistencia. En cambio, cuando nos referimos a la justificación externa estamos en otro terreno; esto es, en el del discurso en oposición al silogístico. Así, tanto en este tipo de justificación como en el campo de la razonabili-

¹¹¹ Aarnio, Aulis, *op. cit.*, pp. 154, 155 y 160.

¹¹² *Ibidem*, pp. 166 y 167.

dad, lo que se busca es el convencimiento del destinatario de la interpretación o de los argumentos.

Ya lo ha señalado Aarnio, siguiendo a J. R. Lucas, que, por ejemplo: “en el inglés contemporáneo existe una ligera diferencia entre las palabras «reasonable» (razonable) y «rational» (racional), la primera tiene un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a los demás, mientras que la segunda es austeramente egoísta en la connotación”.¹¹³

De hecho, parece que se podría representar la distinción y hablar de razonabilidad como aceptación y de racionalidad como deducción o inferencia, pero cabe aclarar más los puntos, para lo cual se utilizaran las caracterizaciones efectuadas por Aarnio sobre la noción de racionalidad. Así, es apropiado adoptar el siguiente esquema para representar a la racionalidad:

- (1) Racionalidad *sensu stricto*: racionalidad –L.
- (2) Racionalidad *sensu largo*: racionalidad –L & racionalidad –D.

Aarnio centra su análisis en la racionalidad en el sentido 2, que en el contexto de la investigación sería la conjugación de la racionalidad y la razonabilidad, pues la racionalidad *sensu largo* abarca tanto la forma lógica del razonamiento como el discurso que justifica las premisas.¹¹⁴

Con base en el anterior esquema, para Aarnio, la mera racionalidad –L es una forma muy limitada de racionalidad. Por ello, él refiere que un individuo puede elaborar inferencias perfectas y a la vez ser incapaz de participar en un discurso en el que se presenten razones, lo que se identifica con la razonabilidad, para un tipo de personas que sólo se contentan con la racionalidad como concepto lógico, no tiene cabida un discurso racional (si se piensa como Aarnio), ya sea social, político, moral o jurídico. Se ve aquí el punto de conflicto que algunos manifiestan entre la racionalidad y la razonabilidad; por ejemplo, en nuestro país muchos teóricos prefieren no tratar conceptos materiales en el derecho, como son la justicia o cualquier otro tipo de valores. Así, se conforman con la certeza jurídica, que según ellos sólo arroja la racionalidad. Aarnio no es de esta opinión, y más bien piensa que la racionalidad –L no es la única forma de racionalidad, pues para él la comunicación humana también se puede juzgar a través de la racionalidad –D, es decir, mediante la razonabilidad.¹¹⁵

Así, para Aarnio, el discurso debe ser racional, lo que implica una conexión entre la racionalidad y la razonabilidad, a tal punto que dicho filósofo ha señalado que existen reglas básicas de la racionalidad –D que implican

¹¹³ *Ibidem*, p. 240.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 247.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 252.

las reglas de consistencia, eficiencia, sinceridad, generalización, apoyo y de la carga de la prueba, las cuales ya han sido expuestas en el epígrafe del presente capítulo segundo.¹¹⁶

En otro sentido, cabría recurrir a los estudios clásicos sobre el tema. Así, en Weber se observa que existe la idea de tipos de racionalidad, lo que significaría el reconocimiento de la diferencia entre racionalidad y razonabilidad. En el ámbito económico, Weber ha tratado, entre otras, de la racionalidad formal y la sustantiva; la primera, relativa a la calculabilidad de medios y procedimientos, y la segunda, referente a postulados o valores que orientan y dan significado a la acción. El mismo contraste se tiene en el derecho. Así, los rasgos de la racionalidad formal permiten que el sistema jurídico opere como un esquema racional que garantiza la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas; no obstante, se debe ser cauteloso con el diseño de la racionalidad formal-instrumental orientada al control y el cálculo, pues hay una racionalidad sustancial que se equipararía a la razonabilidad, que no se ocupa de aspectos aritméticos, sino de postulados éticos, como son la libertad o la fraternidad.¹¹⁷

Por otro lado, también se ha entendido que la razonabilidad se diferencia de la racionalidad, ya que esta última se desenvuelve en la idea de lo absoluto que permea la filosofía; por su parte, la razonabilidad se percibe como lo aceptable socialmente.¹¹⁸

Con base en todas las anteriores consideraciones generales quedaría aún por resolver la siguiente cuestión: ¿dónde se desarrolla y manifiesta la argumentación? Si se entiende que ésta es una cuestión práctica, se debe ubicar por supuesto en la razonabilidad. Ahora bien, si esto es así, ¿qué se debe entender como razonable en el ámbito jurídico? Parece que al ser una posición que se desarrolla en el consenso, la respuesta no puede presentarse de forma previa. Como se aprecia, la razonabilidad se puede manifestar en situaciones particulares, en las cuales se dan razones o, mejor dicho, las mejores razones para justificar alguna cuestión ante los receptores del mensaje (para no recurrir a la arbitrariedad), lo cual también se puede basar en parámetros racionales (entendida dicha racionalidad como la consistencia

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 253 y 254.

¹¹⁷ Rabotnikof, Nora, “Racionalidad y decisión política en Max Weber”, en Olivé, León (comp.), *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2010, pp. 101 y 102.

¹¹⁸ Bazán L., José Luis y Madrid R., Raúl, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, 1991, pp. 184 y 185, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649765>.

entre diversos factores), de ahí la relación que existe entre la racionalidad y la razonabilidad.

En este sentido, en el ámbito del derecho bien cabe decir que una decisión judicial podría ser tanto racional como razonable; racional, porque busca la consistencia interna (por ejemplo, entre la decisión, las normas jurídicas, los principios y las circunstancias del caso), y razonable, porque se basa en un discurso a través del cual se ofrecen razones para justificar la toma de posición de una cuestión discutible.

En síntesis, y siguiendo al profesor Aarnio, se puede concluir señalando que la teoría de la argumentación jurídica se sustenta en dos puntos principales: la exigencia de racionalidad y la exigencia de aceptabilidad de los contenidos; este último implicaría, desde luego, la noción de razonabilidad.¹¹⁹

2. *El discurso argumentativo*

Es evidente que las palabras “argumento”, “argumentación” o “argumentativo” son muy utilizadas en el lenguaje común. Se piensa que ello obedece a una cuestión. En todo mensaje que es emitido se busca un tipo de apoyo o reconocimiento por parte del receptor de éste, para lo cual se utiliza la capacidad de dar razones a fin de generar algún tipo de aceptación sobre los mensajes emitidos. De esta manera, la referencia a la argumentación es palpable, pues ésta equivale al razonamiento, o más bien a la manifestación del razonamiento.

Si se parte de la idea de que dar argumentos sobre los dichos equivale a presentar razones, se debe señalar que el instrumento lingüístico que utiliza la argumentación es el discurso, el cual siempre se dirige a un auditorio con el ánimo de generar adhesión respecto de lo que se piensa, recurriendo a la justificación; es decir, no se trata de imponer lo que se quiere, sino de crear su aceptación razonada.

El discurso se distingue, entonces, de la narración o de la descripción, aunque puede y suele contener elementos narrativos y descriptivos, pero su base está constituida por argumentos o razones: es un discurso argumentativo. Por otra parte, si se argumenta, es porque la cuestión debatida no resulta evidente, sino opinable, *res dubia*, según la expresión ciceroniana.¹²⁰

¹¹⁹ Aarnio, Aulis, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁰ Bandieri, Luis María, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, p. 19.

Es indudable que el discurso argumentativo no es individual, ya que se argumenta frente a alguien. Por ello, la tendencia es utilizar el diálogo, en el cual se pueden expresar diversas razones que contribuyan a generar la adhesión del oyente respecto de lo pensado.

En resumen, el discurso argumentativo sólo se puede desarrollar a través de la razonabilidad, por lo que el discurso se contrapone a la imposición de premisas carentes de justificación. Así, no se debe olvidar que:

Los seres racionales son tales porque resultan capaces de acordar o de discordar a través del intercambio de discursos argumentativos. Donde impera como forma de comunicación pura y simplemente la imposición por amenaza o ejercicio de la violencia braquial, esto es, donde la argumentación ya no tiene lugar, se ha derogado por el momento la ratio.¹²¹

Aclarado de manera general lo que es el discurso argumentativo, que como se observó funciona como base de toda argumentación y, desde luego, de la que se desarrolla primordialmente en el ámbito jurídico, se procederá a precisar en el siguiente punto cómo y por qué surgieron las teorías sobre la argumentación jurídica.

3. Contexto de aparición

Las teorías en torno a la argumentación jurídica son relativamente recientes, pues éstas parten de los años posteriores a la posguerra; su surgimiento se conecta con el abuso acaecido en determinados regímenes bajo los estandartes del legalismo o Estado de derecho, lo que generó un descontento social con el derecho; por ello, muchas de las teorías buscaron mediante el razonamiento acercar el fenómeno jurídico al hombre; es decir, no sólo se interesaron por la aplicación lógica del derecho, sino más bien por cuestiones valiosas para la sociedad, como lo es justicia o los derechos mínimos de los individuos.

De esta manera, algunos autores han afirmado que el abuso del derecho dio pie a dos grandes guerras mundiales, por lo que se tenía que cambiar el modelo de pensamiento dominante positivista y matematizado, lo cual en gran medida se cristalizó con el surgimiento de las teorías de la argumentación jurídica.¹²²

¹²¹ *Ibidem*, p. 20.

¹²² Puy Muñoz, Francisco, “La expresión argumentación jurídica y sinónimas. Un análisis tópic”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 117.

Bajo este escenario, Santiago Nieto ha señalado que “la teoría en torno a la argumentación jurídica es una disciplina reciente en el contexto histórico jurídico. Prácticamente parte de la revolución jurídica iniciada en el mundo a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial”.¹²³

Por su parte, Manuel Segura Ortega, de la Universidad de Santiago de Compostela, entiende que las teorías de la argumentación jurídica han supuesto un cambio importante en el pensamiento jurídico tradicional por lo que hace a la manera de interpretar y aplicar el derecho.¹²⁴

No obstante lo anterior, no se debe pensar que antes del surgimiento de la argumentación jurídica no existía algún tipo de razonamiento judicial; es evidente que si lo había, pero era un razonamiento basado en la lógica formal, el cual armonizaba con los postulados prevalecientes del formalismo y del silogismo jurídico, por lo que el cambio en la forma de razonar se dio como respuesta a dicha lógica formal y por el abandono del aspecto ontológico del derecho, y se optó entonces por una argumentación jurídica que utiliza la razonabilidad, la cual se inclina por el aspecto sustancial o material del derecho.

Queda sentado que los postulados de la argumentación jurídica rompen con el paradigma de interpretación cerrada del positivismo, ya que como lo han señalado diversos autores españoles:

La concepción objetivista de la interpretación es propia del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, que concebía la tarea judicial como puramente mecánica. Naturalmente lo que pretendían los pensadores clásicos al configurar al juez como un autómatas y a la actividad judicial como un silogismo perfecto era subrayar que el único criterio que los jueces debían manejar al resolver los casos era la ley, dejando al margen otros criterios posibles.¹²⁵

Parece evidente que la teoría de la argumentación ha supuesto una crítica a las ideas defendidas por las doctrinas tradicionales del derecho que establecían la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico, así como al razonamiento judicial puramente lógico. Dicha crítica pone en evidencia las ficciones jurídicas de coherencia, plenitud, unidad, certeza y seguridad en el derecho, que cabe reestructurar con base en un razonamiento jurídico que busque tanto la unidad formal como la material.

¹²³ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 88.

¹²⁴ Segura Ortega, Manuel, “Argumentación jurídica y racionalidad”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica...*, cit., p. 238.

¹²⁵ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra editores, 2005, pp. 110 y 111.

4. *Análisis conceptual*

La expresión “razonamiento jurídico” no nace con la noción de argumentación jurídica, pues como se sabe figura desde la retórica de Aristóteles; no obstante, como se ha señalado, la expresión o concepto de argumentación jurídica es reciente, prácticamente se puede afirmar que se fue consolidando desde tres nociones desarrolladas en el continente europeo a partir de 1950, bajo los nombres de “retórica jurídica”, “tópica jurídica” y “teoría de la argumentación jurídica”.¹²⁶

Ahora bien, ¿qué se debe entender por argumentación jurídica? Como se ha señalado en el presente trabajo de investigación, no se es partidario de definir o dar conceptos acerca de fenómenos; no obstante, se considera que para comprender el objeto de estudio es preciso dar algunas aproximaciones sobre éste. Así, las imágenes que ofrecen los estudios jurídicos sobre la definición de argumentación jurídica son muchas, lo cual dificulta su entendimiento.

De hecho, desde las teorías del razonamiento jurídico se han presentado varias definiciones sobre el significado técnico de la expresión “argumentación jurídica”; por ejemplo, desde la nueva visión lógico-retórica del razonamiento para Toulmin la argumentación jurídica es la actividad unitaria de plantear pretensiones respaldadas con razones, a fin de ponerlas en cuestión.¹²⁷

En un sentido sociológico, característico de Perelman, para dicho autor el razonamiento jurídico debe considerar que los resultados que la decisión arroje en el contexto social sean aceptables. Así, un razonamiento que sólo se ocupe de cuestiones puramente formales sin considerar los juicios que sobre el valor de las decisiones se hagan, será insuficiente.¹²⁸

Manuel Atienza, al hablar de los ámbitos de la argumentación jurídica (producción, aplicación y dogmática jurídica), refiere a propósito del ámbito de aplicación de las normas algunos inconvenientes actuales de la argumentación. Así, para dicho autor existe el inconveniente de que la teoría de la argumentación predominante se concentra en cuestiones relativas a la interpretación jurídica, dejando fuera la atención de los problemas referentes a cuestiones de hecho sobre lo que los jueces deben decir en diversos casos.

¹²⁶ Puy Muñoz, Francisco, “La expresión argumentación jurídica...”, *cit.*, p. 116.

¹²⁷ Citado por Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 119.

¹²⁸ Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 20.

Así, el razonamiento efectuado en los mismos excede los umbrales de estudio de las conocidas teorías de la argumentación.¹²⁹

Por otro lado, no se debe olvidar la relación que existe entre la argumentación jurídica y el discurso práctico general. Así, por ejemplo, para el filósofo alemán Robert Alexy, la argumentación jurídica es una actividad lingüística generada mediante un discurso que busca la corrección de los enunciados normativos. De esta manera, se trata de un discurso práctico; en otras palabras, el discurso jurídico no es más que un caso especial del discurso práctico general.¹³⁰

En este sentido, bien se podría decir que Alexy concibe a la argumentación jurídica como un discurso práctico e institucionalizado que se desarrolla bajo una pretensión de corrección. Así pues, el discurso es de naturaleza práctica, porque las discusiones buscan tener una repercusión en el comportamiento habitual de los sujetos enjuiciados; por su parte, es institucionalizado, ya que la discusión tiene lugar bajo condiciones de limitación (piénsese en las reglas procesales y el tiempo reducido para resolver los conflictos) y opera bajo la pretensión de corrección, puesto que se busca presentar razones que justifiquen determinada toma de postura.

Con todo, es evidente que para la mayoría de los autores la argumentación jurídica se da en el campo dialógico, lo cual parece relevante, pues se reafirma la idea de que el convencimiento es por medio de la razonabilidad y no por la simple imposición o arbitrariedad judicial.

De este pensamiento son autores nacionales, como Gerardo Ribeiro, el cual entiende a la argumentación jurídica como un instrumento a través del cual los aplicadores de las proposiciones jurídicas presentan razonamientos pertinentes con la comunidad, su cultura y el derecho, los cuales vienen a sustentar los Estados democráticos desde una perspectiva dialógica en oposición a la autoritaria.¹³¹

Como se ha podido apreciar, existen diversas ideas sobre la noción de argumentación jurídica; sin embargo, parece que todas hacen referencia a la razonabilidad, lo cual es imprescindible, pues ¿no acaso la justificación comporta el ofrecer razones para demostrar o convencer a otro sobre una aseveración?

¹²⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 4a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2.

¹³⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 44.

¹³¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdes, 2003, p. 26.

Si para ciertos teóricos argumentar en el derecho es proponer una conducta determinada, o si se trata de una pretensión de convencer al oyente de la corrección de una proposición, o si argumentar es conseguir la admisión de una conclusión por parte de los oyentes, se puede decir que la argumentación jurídica generalmente se identifica con el dar razones que justifiquen una postura o premisa en el ámbito jurídico.

Pero si se detalla más sobre dicha identificación, sería apropiado elaborar una particular concepción sobre lo que se entiende por argumentación jurídica. Así, se podría señalar que es un proceso práctico en el cual a través del uso del discurso se presentan o plantean ante un auditorio diversas pretensiones o posiciones respecto de un asunto opinable, las cuales se respaldan mediante varias razones jurídicas y de cualquier otro tipo, como son las morales o políticas; ello, a fin de generar el convencimiento y la adhesión del auditorio sobre las pretensiones formuladas, el cual resulta de la razón y no de la simple persuasión. Dicho discurso práctico se manifiesta principalmente en casos jurídicos conocidos como paradigmáticos o difíciles, aunque no sólo en éstos.

5. *Utilidad*

Es lugar común decir que algunos fenómenos tienen aplicabilidad en la teoría, pero no así en la práctica. De la teoría de la argumentación jurídica se podría señalar lo mismo. Es más, algunos podrían cuestionar la importancia de esta teoría, pues ¿no acaso han existido jueces que resuelven controversias desde hace tiempo sin conocer sobre teoría de la argumentación jurídica? Aquí cabría responder con otras preguntas: ¿cómo han resuelto dichos casos?, y ¿cómo resolverían si tuvieran conocimientos sobre teoría de la argumentación jurídica?

Así, parece muy atrevido afirmar que la teoría de la argumentación jurídica es sólo un entretenimiento intelectual loable o un simple análisis conceptual, pero sin ninguna utilidad, ya que como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación, existió un cambio real de la forma de argumentar en el derecho a partir del periodo de la posguerra, aunque, claro, principalmente en el continente europeo.

Ahora bien, conforme a las investigaciones de los profesores españoles Marina Gascón y Alfonso García, se puede afirmar que la teoría de la argumentación jurídica sirve en la práctica en dos sentidos: el descriptivo y el prescriptivo.

En el aspecto descriptivo, la teoría de la argumentación puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su quehacer diario; es decir, el aspecto descriptivo juega un papel en la práctica como una medida o ayuda para mejorar la comprensión de la actividad judicial, a fin de propiciar una pretensión de corrección de dicha labor en busca de su perfeccionamiento.¹³²

En otro sentido, el conocimiento del propio quehacer de los jueces resulta útil para conformar un sistema de legitimidad de sus funciones, ya que mediante la teoría de la argumentación se puede explicar y comprender mejor cómo trabajan los jueces.¹³³

Por lo que hace al sentido prescriptivo de la teoría de la argumentación, cabría decir que esta teoría también se interesa en decir cómo deberían juzgar los jueces en los casos complejos.¹³⁴

Ahora bien, ello no quiere significar que la teoría de la argumentación deba ser vista como una receta de cómo juzgar en el derecho para obtener una sentencia correcta. Si ello fuera así no tendría sentido argumentar, pues bastaría con conocer dicha receta y aplicarla para obtener el resultado deseado. Lo que más bien se pretende es reconocer un criterio prescriptivo débil de la teoría de la argumentación; esto es, un tipo de esquema con pretensión de universalidad sobre qué parámetros deben guiar al juez en la justificación de la decisión judicial.

El aspecto prescriptivo de la teoría de la argumentación se manifiesta en el conjunto de criterios que deberían observar los jueces en la toma de decisiones particulares. Estos criterios no tienen las características de un operador modal; por ejemplo, el de una obligación, sino más bien fungen como consejos o guías en la actividad judicial; de ahí que se hable del carácter débil del sentido prescriptivo.

No obstante lo anterior, se tiene que precisar que el sentido prescriptivo de la teoría de argumentación jurídica encuentra una dificultad en su realización práctica; esto es, el que en virtud del grado de abstracción o generalidad de los criterios a seguir es difícil guiar todas las decisiones, derivado del carácter extremadamente particular de los casos que juzgan los jueces. Pese al citado problema de casuística, cabe recordar que la teoría de la argumentación en su sentido prescriptivo no busca presentar respuestas, sino únicamente ser un código-guía que contribuya a lograr decisiones correctas.¹³⁵

¹³² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación...*, cit., p. 60.

¹³³ *Ibidem*, p. 63.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹³⁵ Para la redacción de este párrafo han sido de mucha utilidad las ideas expuestas sobre estos temas por Marina Gascón y Alfonso Figueroa. *Ibidem*, pp. 60, 64 y 65.

Ejemplos de algunas prescripciones de la teoría de la argumentación podrían ser las siguientes:

- Privilegiar siempre el diálogo judicial sobre la imposición y el autoritarismo.
- Buscar en la medida de lo posible la realización de ambos principios en conflicto.
- Si no se puede llevar a cabo el punto anterior, justificar con todas las razones posibles, esto es, no sólo jurídicas, la afectación temporal del principio que se enjuicia.
- Pasar la decisión final por el filtro del tiempo.¹³⁶

Parece que con un tipo de guías como las señaladas se podría contribuir al mejoramiento de la toma de decisiones en el ámbito jurídico, por lo que valdría la pena considerar este aspecto o sentido de la teoría de la argumentación jurídica. Con todo, un esquema similar será desarrollado en el último capítulo de la presente investigación. Por ahora basta con señalar que dicho control fungirá como un mecanismo que permita el paso únicamente de decisiones razonables, y por lo tanto correctas.

En resumen, se debe decir que la teoría de la argumentación jurídica tiene en términos generales gran utilidad en la actividad judicial, ya que, por un lado, contribuye a impulsar el conocimiento de dicha labor (sentido descriptivo), y por el otro, propone criterios para la toma de decisiones, a fin de mejorar la razonabilidad en la función jurisdiccional (sentido prescriptivo).

II. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN

1. *¿Por qué se dice que su teoría tiene un enfoque principalista?*

Las teorías de la argumentación principalista se ocupan de analizar la forma en que los jueces podrían justificar sus decisiones en casos límite; esto es, en casos en donde el conflicto no involucre contradicción entre reglas, sino tensión entre principios. Ahora bien, es claro que cuando se habla de principios se quiere referir principalmente a los principios que han sido incorporados al derecho; por ejemplo, los derechos fundamentales. Así, la deliberación moral, donde el conflicto es entre valores abstractos, no representa como tal la argumentación jurídica.

¹³⁶ El filtro del tiempo buscaría matar el sentimentalismo en la decisión.

Bajo este escenario, se debe precisar que los principios, a diferencia de los valores, no son abstractos, sino generales. De esta forma, aunque éstos pueden dar diversos sentidos a una cuestión, son definibles. Pese a dicha afirmación, es evidente que existe una relación entre los principios y valores, ya que si bien los primeros tienen una función normativa, los segundos son fundantes, por lo que su función es constitutiva. Así, se debe señalar que las reglas (como primer nivel del discurso) se basan en principios (segundo nivel del discurso) y éstos a su vez se sustentan en valores (tercer nivel del discurso), por lo que si Perelman en sus principales obras sobre lógica y retórica trata el problema de la tragedia de valores y a veces de manera indiscriminada combina aquéllos con los principios como si se tratara del mismo nivel de discurso, se considera que es adecuado ubicar su teoría de la argumentación como una teoría de corte principalista.

Ideas generales en torno a los valores y principios

Perelman es consciente de que en la mayoría de las sociedades los valores admitidos por todos son la libertad y la justicia, pero ¿no acaso éstos pueden ser integrados o, mejor este, han sido integrados como derechos fundamentales? Dejando a un lado dicho cuestionamiento, se debe decir que para el referido autor la libertad y la justicia en casos particulares pueden enfrentarse entre sí; es decir, la adhesión de valores puede traducirse en incompatibilidades.

Para resolver dicha cuestión se tendría que sacrificar uno de los dos valores (hecho que se conoce en el ámbito moral como la tragedia de valores). Perelman se preocupa por encontrar una respuesta a esta problemática moral, la que bien se podría trasladar al ámbito jurídico, ya que como se ha señalado, los valores de los que habla Perelman son perfectamente identificables como principios constitucionales o, mejor dicho, como derechos fundamentales del actual sistema jurídico mexicano.

En este sentido, en la búsqueda de soluciones para casos difíciles se establece como obligación el reinterpretar los principios. En palabras de Perelman, se debe contraponer el espíritu a la letra de la ley o, lo que es lo mismo, el punto de vista práctico.¹³⁷

De forma general, se puede afirmar que la teoría de la argumentación jurídica de Perelman aborda el tema de la colisión entre principios desde un enfoque sociológico, ya que se preocupa por la convergencia de lo social con lo jurídico. Así, es enfático en considerar que los axiomas de un sistema

¹³⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica...*, cit., p. 160.

lógico-formal hacen abstracción del pasaje cultural, a diferencia de la argumentación que se inserta necesariamente en un contexto social, la cual no se puede separar enteramente de las fuerzas subyacentes, como son las económicas, las ideológicas o las institucionales. De esta manera, a diferencia de las teorías puras del derecho, para Perelman hablar de una argumentación ajena del contexto es olvidar los elementos esenciales, sin los cuales el razonamiento práctico funcionaría en el vacío.

De dichas consideraciones se puede desprender el sentido de la argumentación jurídica de Perelman, la cual se encamina a considerar que en todo conflicto entre principios se opte por un razonamiento de tipo práctico y, por lo tanto, social; dicho de otro modo, se debe apostar por una legitimación de la decisión judicial, lo cual se estima adecuado, pues en el caso extremo de que se tenga que limitar un principio en aras de proteger otro, se debe hacer con base en una justificación contextual.

Así, para Perelman no bastaría tener los principios como punto de partida en la argumentación, sino más bien hay que elegirlos de manera tal que sean admitidos por el auditorio y formularlos, presentarlos e interpretarlos de modo que puedan adaptarse al caso correspondiente.

Todas estas consideraciones generales permiten apuntar que la argumentación jurídica principalista de Perelman suministra un arsenal de bases para pensar que la misma noción de argumentación se opone a la pretensión de demostración en el derecho, ya que esta pretensión deja fuera elementos importantes para la toma de decisiones en casos jurídicos considerados como paradigmáticos.

2. *La lógica jurídica y la nueva retórica*

Uno de los problemas centrales para Perelman es saber si existe una lógica de los juicios de valor, ya que éstos no son eliminables del derecho, pues guían todo el proceso de aplicación de la ley. Los lógicos dirían que los juicios de valor son irracionales y subjetivos, pues representan las pulsiones, emociones e intereses de cada individuo.

Para Perelman, está justificado el punto de vista positivista, y si se permite la expresión lógico, de que derivado de la experiencia y demostración se puede establecer la verdad de algunos hechos y de algunas proposiciones lógicas y matemáticas, mientras que el juicio de valor es controvertido, pues no hay un método racional que establezca un acuerdo sobre esta materia.

A la conclusión a la que llega Perelman es que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino que en los campos en donde existen

opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera, se recurre a las técnicas de la argumentación. Estas técnicas, recuerda Perelman, han sido examinadas desde la antigüedad por los filósofos interesados en los discursos encaminados a convencer o persuadir, se está hablando por supuesto de la dialéctica y de la retórica.

Aquí cabría aclarar que para Perelman la nueva retórica posibilita el que la argumentación, a diferencia de la retórica clásica, pueda dirigirse a diversos auditorios; más aún, la misma utiliza el diálogo a fin de defender tesis o postulados. De esta manera, se hace palpable que la argumentación va más allá de la simple demostración y de la prueba inferencial; esto es, de los elementos que estudia la lógica formal.¹³⁸

En este sentido, lo que resulta relevante en el pensamiento de Perelman es la idea de una nueva retórica como instrumento de la razón práctica, dejando a un lado el silogismo formal. Así, a través de la argumentación se tiene un conjunto de razones sobre la estructura de lo real.

En resumen, se estima que el punto fino de la nueva retórica de Perelman se centra en la crítica a la lógica formal, pues si se parte del pensamiento que tiene dicho autor respecto de que la nueva retórica es el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a la tesis presentada a un auditorio,¹³⁹ parece evidente que nos apartamos de la simple demostración de las premisas. Así, la nueva retórica enseña que la argumentación no contempla exclusivamente la adhesión a una tesis porque sea válida, sino más bien se habla del poder preferir una tesis sobre otra porque se concibe más equitativa, oportuna, actual, razonable o mejor adaptada a la situación.

Con mucho, dichas concepciones de la argumentación permiten que se pueda apreciar un espectro integral o maximalista de la justificación formulada en las decisiones judiciales, en donde se revive el aspecto social de la decisión. En el punto siguiente se centrará la atención en analizar ese espectro.

3. *El papel de la sociología jurídica en la argumentación*

En la presente investigación se han esbozado los puntos relevantes de la teoría de la argumentación jurídica de Perelman, que permiten inferir su aspecto principalista, lo cual se ha encontrado en la relación que hace dicho autor de los valores con los principios. Ahora bien, podría llamar la atención la inclusión del tema de sociología jurídica en relación con los fines del pre-

¹³⁸ *Ibidem*, p. 142.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 151.

sente trabajo. La justificación es simple: se considera que de la circunstancia de que dicho autor reconozca un carácter maximalista de la argumentación jurídica, lo cual le permite hablar de valores y principios “como miembros de un mismo cuerpo”,¹⁴⁰ induce a reflexionar sobre el papel de la sociología jurídica en la argumentación, papel que desde luego Perelman enmarca al presentar sus investigaciones sobre una justificación jurídica.

Bajo este sendero, se piensa que la teoría de la argumentación de Perelman se preocupa por conciliar los valores o principios con el derecho y sus instituciones, de ahí que, como se ha dicho, se pueda afirmar que su teoría es de corte principalista, y ahora además sociológica. Así, recuérdese que para Perelman el derecho es una herramienta flexible que puede adaptarse a los valores que los juzgadores estimen prioritarios y dominantes en la sociedad. De esta manera, la actividad judicial es una actividad conciliadora entre valores y leyes; en otras palabras, para Perelman, los jueces no sólo deben mirar hacia la legalidad, sino también al horizonte de aceptabilidad social que comportan sus decisiones.¹⁴¹

La anterior consideración entrañaría cierta dificultad para un positivista, ya que éste podría aludir que la pretendida conciliación generaría incertidumbre jurídica, pues se privilegiaría la interpretación y la subjetividad del juez respecto de qué valores son prioritarios para la sociedad.

Sobre esto se considera que podría tener cierta razón dicho positivista, ya que se tiene conciencia del problema que generaría una visión tan abierta como la que señala Perelman; no obstante, se estima que ésta sí se podría implementar en sociedades pluralistas, en donde a pesar de la diversidad se tenga un cierto tipo de denominador común entre los principios; es decir, mayor claridad y consenso respecto de los mismos. Por lo que hace a la sociedad mexicana, se piensa que la idea de Perelman debe ser vista con cautela, ya que antes de partir de una argumentación con dicho alcance se debería empezar con formar operadores jurídicos que entiendan este tipo de enfoque, así como por buscar, dentro de la pluralidad de principios, un tipo de unidad de los mismos, a fin de que los juzgadores puedan identificarlos y conciliarlos con el derecho, como sugiere Perelman.

Pese a los posibles inconvenientes de la teoría de Perelman, el papel del juez con la nueva retórica propuesta por dicho filósofo será el descubrir una solución razonable y aceptable; es decir, ni subjetiva ni arbitraria, contrario a los peligros que señalaban los positivistas respecto a utilizar los juicios de valor, pues motivar es justificar que la decisión no es una cuestión arbitraria.

¹⁴⁰ La expresión no es propia. La misma fue tomada de Vara Martín, Julián, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo*, Madrid, Tecnos, 2007.

¹⁴¹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica...*, cit., p. 193.

De la misma manera, las opiniones tienen un papel importante, ya que eliminan la formalidad del derecho y lo aproximan a la realidad social.

Es evidente que lo que intentó resaltar Perelman es que el derecho no debe verse como una simple aplicación deductiva, pues el fenómeno jurídico es algo más que leyes. En este sentido, dicho fenómeno debe representar y posibilitar los ideales que se han ido conformando en las sociedades. Así, se pretende establecer un derecho más flexible, que busque un orden equitativo, realista y maximalista. Sólo de esta manera se respetarán la estructura, las necesidades y las aspiraciones de las sociedades heterogéneas actuales.

Por lo anterior, la nueva retórica de Perelman buscaría presentar soluciones judiciales aceptables por ser justas y razonables. La lógica jurídica que propone Perelman se centra en la idea de adhesión del auditorio y no de la verdad de las premisas. Con mucho se trata de una visión del derecho más integral, ya que para justificar las decisiones se debe utilizar todo el arsenal que nos presenta la realidad; esto es, la ley, los principios y los valores. Así, el discurso jurídico se abriría a discursos morales y políticos.

Bajo este sendero, Perelman entendió que la lógica formal es distinta a la lógica jurídica, ya que el papel de la primera es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la segunda es mostrar la aceptabilidad de las premisas, derivado de lo cual la lógica del derecho es una argumentación, no un silogismo.

En síntesis, se puede decir que en la nueva retórica de Perelman la sociología jurídica recobra importancia, ya que bajo este esquema se busca flexibilizar las normas jurídicas a las realidades sociales, lo cual se logra de mejor manera al momento de su aplicación, más que en la producción legal.

4. *Imperio retórico*

Se debe recordar que las investigaciones de Perelman se enfocan en analizar el papel de los valores en la argumentación, que si bien no son lo mismo que los principios, sí son el sustento de éstos. Así, también cabe decir que los valores pueden adquirir la connotación de jurídicos al integrarse al derecho, lo que no implica que pierdan su contenido axiológico ni que obtengan un carácter deontológico. Bajo estas preliminares ideas, la obra *Imperio retórico* no es la excepción en abordar dichos temas, por lo que ésta parece contener algunos puntos relevantes para la presente investigación, como se verá en las siguientes líneas.

Para Perelman, existen valores universales y valores particulares. Los primeros tienen un rol relevante en la argumentación, pues permiten repre-

sentar a los segundos en casos específicos. Más allá de esto, se considera que la distinción obedece al reconocimiento que dicho autor hace sobre la universalización de los valores, que vendría a superar los acuerdos de grupos particulares sobre una ética pública.¹⁴²

Me parece que la distinción de valores universales y valores particulares funge como respuesta de Perelman a las críticas de los filósofos positivistas sobre la falta de objetividad de los juicios de valor, contrariamente a lo que sucede con los juicios de realidad, en donde existe un acuerdo posible basado en la experiencia y la verificabilidad. Así, se hablaría de que existen valores universales admitidos por todo el mundo, como el bien, lo bello, lo justo, y de los cuales no se podría hablar de falta de consenso u objetividad, y valores concretos que se dan particularmente a un ser, a un objeto o a un grupo concebidos en su unicidad, en donde efectivamente no cabría hablar de objetividad.

Perelman concluye que en la argumentación no podemos prescindir ni de los valores abstractos ni de los valores concretos, pero según el caso subordinamos los unos a los otros. Es así como el amor a la verdad, valor abstracto, es superior a la amistad debida a Platón, valor concreto.¹⁴³

De una lectura general de la obra *Imperio retórico* de Perelman se podría decir que ésta se centra en poner de manifiesto la relevancia de la retórica en la búsqueda de la mejor opinión y su adhesión por parte del auditorio, es por lo que el papel de los razonamientos dialécticos y de los discursos retóricos son inevitables para introducir alguna racionalidad en el ejercicio de la voluntad individual y colectiva. Para Perelman, en todos los dominios, ya sea religión, filosofía, moral, derecho, el pluralismo es la regla, por lo que dichos dominios derivan su racionalidad del aparato argumentativo, de las buenas razones, pues en el pluralismo de ideas encontradas es donde se muestra la racionalidad de las técnicas argumentativas y de la retórica como teoría del discurso persuasivo.

En síntesis, se puede afirmar que el esquema de imperio retórico propuesto por Perelman tiene una conexión con la argumentación jurídica principalista, pues ambos modelos son conscientes del papel del razonamiento jurídico para lograr la legitimidad o adhesión de las decisiones dentro de los contextos culturales pluralistas.

¹⁴² Perelman, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santafé de Bogotá, Norma, 1997, p. 50.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 51.

III. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

1. *Planteamientos generales*

En primer lugar, cabe decir que la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick busca evitar los extremos, por lo que se estima que tiene su base en la ética aristotélica del término medio,¹⁴⁴ ya que su teoría plantea que las decisiones judiciales busquen tanto la racionalidad como la afectividad.

MacCormick reconoce la importancia de la justificación deductiva con algunos matices, como se apuntará en el punto siguiente. Así, él habla de casos fáciles, en donde opera muy bien el silogismo jurídico, y de casos difíciles, donde encuentra sus mayores dificultades.

La lógica deductiva es la regla general para resolver los casos judiciales. Así lo demuestra MacCormick al citar diversos casos prácticos en sus investigaciones; por ejemplo, la controversia Daniels and Daniels *versus* R. White & Sons and Tarbard (1938):¹⁴⁵

1. Tarbard ha vendido una mercancía en mal estado a Daniels.
2. Daniels resulta perjudicado.
3. Tarbard debe indemnizar a Daniels.¹⁴⁶

Ahora bien, cabe aclarar que el carácter lógico no es la resolución del juez como tal, sino la obligación del juez es resolver en el sentido indicado. En otras palabras, la determinación judicial que condena a la señora Tarbard a indemnizar a Daniels no es ya un producto lógico, a pesar de que la justificación de dicha decisión sea un razonamiento lógico-deductivo.¹⁴⁷

Más allá de esto, para MacCormick es evidente que la justificación deductiva tiene límites. Tan es así que una de las principales cuestiones que se

¹⁴⁴ Recuérdese que para Aristóteles en las acciones hay exceso, defecto y término medio, siendo este último propio de la virtud. *Cfr.* Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Éxodo, 2005, pp. 38 y 39.

¹⁴⁵ MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 19 y 20. Hasta donde se tiene noticia no existe traducción al castellano de dicha obra, por lo que para los fines de la presente investigación se utilizará la propia; con todo, el lector puede en caso de considerarlo conveniente, dirigirse al texto citado.

¹⁴⁶ De hecho, Neil MacCormick hace un análisis detallado del caso en comento en el capítulo II de su *Legal reasoning and legal theory*. Para los efectos del presente trabajo basta con mencionar la estructura del silogismo; no obstante, para mayor interés sobre la justificación deductiva véase *ibidem*, pp. 19-33.

¹⁴⁷ Aienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.* p. 110.

plantea en su obra es ¿cómo pueden justificarse las decisiones cuando no es suficiente el argumento deductivo para ello?¹⁴⁸

Así, MacCormick es consciente de que la lógica deductiva encuentra sus límites en los casos difíciles, ya que para dicho autor existen cuatro supuestos o fuentes en los que se pueden presentar dichos casos; éstos son: *i*) problema de interpretación (*problem of interpretation*); *ii*) problema de relevancia (*problem of relevancy*); *iii*) problema de prueba (*problem of proof*), y *iv*) problema de categoría¹⁴⁹ (*problem of classification*).

Dichos problemas se pueden desarrollar en los siguientes puntos:¹⁵⁰

- 1) Problemas de interpretación (afecta premisa normativa). Se da cuando el juzgador conoce la norma aplicable, pero ésta presenta varias lecturas posibles. Así, es una verdad muy obvia que no todas las reglas jurídicas en sus diversas formas verbales pueden siempre darnos una respuesta clara para todas las cuestiones prácticas que puedan presentarse. Casi cualquier regla puede probar ser ambigua o imprecisa en relación con determinada discusión o disputable en el contexto del litigio. Las reglas están formuladas en lenguaje; ellas son (como Hart señaló) de textura abierta y vagas en relación con algún contexto por lo menos.¹⁵¹
- 2) Problemas de relevancia (afecta premisa normativa). El juez desconoce si existen normas relevantes aplicables al caso.
- 3) Problemas de prueba (afecta premisa fáctica). Se refiere al desconocimiento de lo que sucedió en el pasado; es decir, no existe acuerdo sobre la realidad o el hecho, por lo que sólo cabe hablar de un test de coherencia en el presente. De hecho, MacCormick propone que el test de coherencia es el único tipo de prueba que tenemos disponible para la verificación de las aserciones debatidas sobre el pasado.¹⁵²
- 4) Problemas de calificación (afecta premisa fáctica). Surgen cuando se desconoce si los hechos pueden encuadrar en la hipótesis señalada por la norma.

¹⁴⁸ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, p. 53.

¹⁴⁹ En la obra *Las razones del derecho* de Manuel Atienza a este problema se le denomina “de calificación” o “de hechos secundarios”. Se considera que es más adecuada la referencia como problema de categoría; no obstante, en la investigación, y derivado de que algunas veces se citará el trabajo de Manuel Atienza, cuando se haga referencia al problema de calificación se entiende que se identificará con el problema de categoría al que aludía Neil MacCormick.

¹⁵⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, pp. 112 y 113.

¹⁵¹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁵² *Ibidem*, p. 90.

Derivado de lo anterior, para MacCormick la argumentación jurídica surgiría en los casos difíciles; es decir, en donde la justificación deductiva no tenga cabida. Dicho de otra forma, la tesis básica de MacCormick es que justificar o argumentar una decisión judicial en tales casos representa cumplir con el requisito de universalidad, y también que la decisión guarde sentido en relación con el sistema jurídico; es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia,¹⁵³ y en relación con el mundo; esto es, que el argumento decisivo sea consecuencialista.

En los términos de MacCormick, primero la justificación de la decisión puede ser alcanzada por la simple deducción del establecimiento de reglas claras; segundo, desde que nos encontramos con problemas de interpretación, clasificación o relevancia tenemos que tener el recurso del segundo orden de justificación.¹⁵⁴

Pero cabe desarrollar más dichas ideas; en primer lugar, para atender las cuatro posibles fuentes de problemas, MacCormick presenta cuatro principios (universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias), que servirán para justificar las decisiones judiciales en casos complejos. Así, el segundo orden de justificación envuelve dos elementos: el argumento consecuencialista y el argumento de prueba de los fallos; esto es, su consistencia y coherencia con la existencia del sistema jurídico.¹⁵⁵

¹⁵³ Cabe recordar que en el campo de la lógica, la coherencia y la consistencia no son expresiones sinónimas. Así, por ejemplo, José Ferrater ha precisado que para que exista consistencia en la relación de dos enunciados es necesario que la conjunción de éstos no sea contradictoria; por su parte, sobre el término “coherencia” dicho autor ha señalado que dos cosas son coherentes cuando están relacionadas entre sí de acuerdo con algún patrón o modelo. Así, él entiende que las cosas coherentes son compatibles, ya que la coherencia expresa conformidad de proposiciones a una regla o criterio. En el mismo sentido, Eli de Gortari ha precisado que coherencia es una conexión o unión de unas cosas con otras de acuerdo con algún patrón, y sobre la consistencia entiende que un sistema de axiomas es consistente cuando no contiene axiomas que se contradigan mutuamente. En el campo del derecho sobre los significados diversos entre los términos “coherencia” y “consistencia” se ha esbozado que la coherencia se refiere al funcionamiento integral o sistemático de las normas en determinado sistema jurídico, lo que posibilita la aplicación de las mismas al evitar la incompatibilidad entre sus contenidos; por su parte, la consistencia se relaciona con la ausencia de contradicciones entre las normas jurídicas. Con todo, los términos no están desconectados, ya que la consistencia es una condición para la coherencia del sistema jurídico. Sobre lo expresado en esta nota, véanse Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, t. I (A-D), pp. 587 y 668; Gortari, Eli de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 1988, pp. 76 y 101, y Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 123 y 124.

¹⁵⁴ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, p. 197.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 107.

El requisito de universalidad (justificación interna) exige que para justificar una decisión se tenga como sustento por lo menos una norma general. Así, cuando se justifica, por ejemplo, una determinada decisión, p, hay que ofrecer las razones x, y, z, a favor de ésta, pero tales razones no son suficientes, por lo que se requiere una regla general que indique ello; es decir, siempre que se materialicen las circunstancias x, y, z, debe tomarse la decisión p.¹⁵⁶

Este requisito es lo que se conoce comúnmente como justicia formal. Si tratamos a Pedro de determinada manera, entonces todos los casos iguales a Pedro deben ser tratados de igual forma.

Después de justificar desde el aspecto interno surge ahora la cuestión de justificar la elección de una u otra norma general, lo que da lugar a la justificación externa. Por lo que MacCormick distingue, como se ha señalado, entre el ajuste de las decisiones judiciales en relación con el sistema jurídico y con el mundo. Para que una decisión tenga sentido con el sistema, aquélla ha de ser coherente y consistente con éste. Como dice el filósofo escocés: las decisiones legales tienen que hacer sentido en el mundo, y ellas además tienen que hacer sentido en el contexto del sistema legal.¹⁵⁷

Se cumple con el requisito de consistencia cuando una decisión judicial se fundamenta en normas jurídicas que no entran en contradicción con otras normas. La coherencia es un término más amplio. MacCormick distingue entre coherencia normativa (se refiere a que una norma es coherente si puede subsumirse bajo ciertos principios o valores aceptables por disponer una forma de vida satisfactoria)¹⁵⁸ y coherencia narrativa (que implica la adopción de creencias en relación con cuestiones del pasado cuando no existe una prueba de verificación).

Por último, como ya se mencionó, una decisión debe tener sentido no sólo con el sistema jurídico, sino también con el mundo. Así, respecto de este último sentido se tendría que explicar el argumento consecuencialista que señala que en la argumentación se deben tomar en cuenta los efec-

¹⁵⁶ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 115.

¹⁵⁷ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 103.

¹⁵⁸ MacCormick no precisa qué debe entenderse por “forma de vida satisfactoria”; por ello, la coherencia normativa presentaría problemas, ya que al exigir que los principios y valores configuren dicha forma de vida podrían existir decisiones coherentes-contradictorias, pues si nos ubicamos en el contexto del pluralismo cultural, cada sociedad ante un mismo caso jurídico podría generar decisiones divergentes, recuérdese el ejemplo que refiere Atienza sobre que la coherencia puede ser satisfecha por el derecho nazi que parte de la pureza de la raza como principio supremo; ello en definitiva, como señala el autor español, convierte al criterio de coherencia normativa en una justificación débil. Sobre esto véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 119.

tos que proyectaría la decisión judicial hacia el futuro. Para MacCormick, un modo de argumento consecuencialista considera las consecuencias de realizar una decisión en un camino o en otro, para la extensión por lo menos de la revisión de los tipos de decisión que tendrían que ser dados en otros casos hipotéticos, los cuales podrían ocurrir y los cuales vendrían dentro de los términos de la decisión.¹⁵⁹

En este contexto, hay que distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la decisión judicial consiste en generar una norma. Dicho resultado formaría parte del mismo concepto de decisión. Las consecuencias son los estados de cosas dados en el futuro; es decir, posteriores a la decisión judicial, pero conectadas a ésta.¹⁶⁰

En otro sentido, se debe aclarar que si bien MacCormick aborda el tema de los principios en su teoría de la argumentación al explicar el requisito de coherencia normativa, lo hace de manera distinta al enfoque que se ha desarrollado en el presente trabajo de investigación; esto es, como derechos fundamentales. No obstante, se considera que su teoría de la argumentación tiene importancia para los fines de esta investigación, ya que dicha teoría da cuenta del papel de los principios, si se quiere generales, que deben ser tomados en cuenta en la justificación de las decisiones, de ahí que esta teoría pueda ser catalogada bastante bien como teoría de corte principalista.

El entendimiento que MacCormick tiene sobre los principios desde su función explicativa no es relevante para esta investigación, pues en dicha concepción los principios cubren una función de colmar las lagunas de las leyes, lo que no se debe confundir con la argumentación principalista. Así, el desarrollo de la teoría de la argumentación de MacCormick es relevante por lo que se refiere a la función justificativa de los principios, que es en donde se observa el enfoque principalista de su teoría. En lo que sigue se presentará un análisis más detallado sobre estos temas.

2. *Las funciones y el concepto de los principios*

Como se ha referido, los principios en la teoría de la argumentación de MacCormick surgen con el requisito de coherencia normativa, el cual se contiene en la idea de justificación externa de las decisiones judiciales.

En este contexto, respecto de la función de los principios, MacCormick ha señalado que cuando se está en duda sobre el significado propio que

¹⁵⁹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 105.

¹⁶⁰ Aienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 123.

deba tener una regla en algún contexto, la referencia a los principios puede ayudar a comprenderla. Para dicho autor, llamar a una norma como principio implica que ésta es relativamente general y de un valor positivo.¹⁶¹ De ahí que se pueda afirmar que los principios en la teoría de la argumentación jurídica del filósofo escocés tienen una función tanto explicativa como valorativa. Una función explicativa, porque como refiere Atienza aclaran el sentido de una norma, y valorativa, porque si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello quiere decir que la norma es valiosa.¹⁶²

Con base en dicha distinción se podría extraer una nueva distinción entre las reglas y los principios como sigue: las reglas tienen como tarea asegurar un fin valioso de la ética pública, mientras que los principios expresan el fin por alcanzar. Es así como los principios son necesarios para justificar una acción judicial en casos límite; no obstante, una argumentación basada en principios no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en una regla jurídica, pues el sentido se determina con base en las particularidades del problema planteado; es así como se puede hablar de que los principios pueden jugar en sentido contrario.

Bajo esta premisa, el propio MacCormick señaló que el principio determina el rango de legitimidad de las consideraciones justificatorias, el principio no puede estar representándose como la producción de una respuesta conclusiva.¹⁶³

Por otro lado, a fin de englobar las anteriores funciones y características de los principios, cabría señalar que para MacCormick un principio es una norma relativamente general, la cual desde el punto de vista de una persona que la sostiene como un principio es considerada como una norma general a la que es deseable adherirse, y la cual, por lo tanto, tiene fuerza explicativa y justificatoria en relación con una decisión particular o con una regla particular para la decisión.¹⁶⁴

Con todo, una concepción más sencilla de MacCormick sobre los principios es la que los considera como normas relativamente generales, las cuales son concebidas para la racionalización de las reglas jurídicas o de escenarios de reglas.¹⁶⁵

¹⁶¹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 152.

¹⁶² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 120.

¹⁶³ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 177.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 260.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 232.

3. *El silogismo judicial*

Más allá de la importancia que MacCormick le asigna a los principios en el razonamiento judicial, no se debe perder de vista que para dicho autor el silogismo judicial sigue jugando un papel en la aplicación del derecho. Su tesis es que el razonamiento sobre reglas o normas jurídicas puede ser estrictamente lógico en casos considerados fáciles.

En este sentido, este autor entiende que las reglas jurídicas contienen hechos posibles del mundo, los cuales se relacionan con determinadas consecuencias jurídicas. Así, siempre que se den los hechos regulados debe seguirse la consecuencia prevista. Por ello, para MacCormick, la aplicación del derecho en muchos casos es un proceso simple. En palabras de los lógicos habituales, dicha operación se identifica nada menos que con un silogismo hipotético.¹⁶⁶

MacCormick piensa que pese a todas las críticas que pudieran existir sobre un razonamiento silogístico, existen bases sólidas para una visión diferente. Para él, el silogismo juega un papel fundamental como estructura en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agota en la lógica formal.

Es claro así que para MacCormick la deducción lógica es importante para el derecho, pero ello no implica desconocer que existen otras formas de razonamiento, como podría ser la argumentación por principios; en este sentido, MacCormick bien podría ser considerado un filósofo analítico, pues lejos de negar la existencia de principios en la argumentación parte de un contexto jurídico integral, de ahí que su teoría de la argumentación sea catalogada como integradora, pues se interesa tanto de la lógica formal-deductiva como de cualquier otro tipo de razonamiento.

En síntesis, MacCormick defiende un papel central del silogismo judicial como estructura del razonamiento, sin desconocer la relevancia del razonamiento no formalista, probabilístico o retórico. El análisis del silogismo parte de que en todo sistema jurídico válido para iniciar alguna actuación sobre determinado asunto, primero se deben identificar y citar las leyes en las que sustenta una postura y relacionar los hechos con dichas disposiciones a fin de derivar una conclusión vinculante para las partes. De esta manera, para dicho autor, la justificación jurídica puede ser sencilla, pues

¹⁶⁶ MacCormick, Neil, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 322, en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12476288760181621132679/035341.pdf?incr=1>.

implica invocar premisas mayores y premisas menores, siendo la decisión la conclusión del silogismo.¹⁶⁷

No obstante lo anterior, pueden surgir problemas en los casos difíciles que impidan resolver conforme a un simple silogismo, por lo que es completamente adecuado, aun si se considera uno mismo como lógico-formal, justificar más allá del contexto de la lógica deductiva. Ahora bien, si se es más escrupuloso sobre el pensamiento de MacCormick cabría preguntarse si es adecuado concluir que “syllogism is what provide the framework in which the other arguments make sense as legal arguments”.¹⁶⁸ Se considera que dicha afirmación es adecuada si se entiende por marco el hecho de que no todas las cuestiones pueden resolverse por medio de la deducción, por lo que derivado de la identificación de los límites lógicos surgen entonces otros tipos de razonamientos, como es la argumentación de tipo principalista.

IV. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

1. *Un primer acercamiento*

Es opinión general que se hable de Robert Alexy como uno de los representantes más férreos de la argumentación jurídica por principios, lo cual, si bien es adecuado, debe tomarse con cierta cautela, pues como se verá en este punto de la investigación, Alexy es un filósofo analítico que a pesar de generar debate sobre la cuestión de los principios en el razonamiento judicial, nunca se aparta de un análisis racional del derecho; es más, cualquier persona que se acerque por primera vez a su teoría se quedaría perpleja si piensa encontrar una argumentación jurídica no formalista.

A pesar de la anterior observación, se estima que sus estudios sobre la forma de operar de los principios arrojan buenas bases para pensar en una teoría de corte principalista, en la cual, si bien la racionalidad reviste un papel relevante, también se hace hincapié en la importancia que comporta la razonabilidad para las decisiones judiciales.

En este sentido, como primer acercamiento a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se puede decir que ésta se sustenta en una estructura de fundamentación lógica, pues bajo dicha teoría se estudian las condiciones en las que una decisión jurídica puede ser discutida racionalmente.

Con todo, en su teoría de la argumentación jurídica los principios juegan un papel trascendente, pues ésta se complementa o se explica de mejor

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 321.

¹⁶⁸ *Idem*.

forma con una teoría de los principios, la cual Alexy desarrolló en una de sus obras más conocidas en castellano.¹⁶⁹

2. *Una teoría de los principios*

En Alemania parece que Josef Esser es uno de los primeros filósofos preocupados por establecer la distinción entre reglas y principios; sin embargo, para Alexy es Ronald Dworkin quien generó el debate internacional en torno a dicha cuestión, por lo que hoy en día existen un sinnúmero de investigaciones que se ocupan de las implicaciones que genera tal distinción en la aplicación del derecho.

Alexy identifica en dichas investigaciones dos posturas fundamentales y opuestas:

En la primera postura los principios expresan la idea de optimización, lo que no acontece con las reglas, pensamiento que se contiene en una teoría de los principios. La otra postura señala que la concepción que entiende a los principios como mandatos de optimización es exagerada y falsa.¹⁷⁰

En adelante se centrará el esfuerzo en señalar los tres puntos que Alexy considera fundamentales para la teoría de los principios desde la óptica de la primera postura.

A. *La tesis de la optimización*

Surge de la definición de principios propuesta por Alexy. Así, “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho en que pueden ser cumplidos en diferentes grados”.¹⁷¹ La referencia a las posibilidades fácticas nos llevaría a los principios de idoneidad y necesidad,¹⁷² y la cita a las posibilidades jurídicas implicaría la ley de ponderación.

¹⁶⁹ Este trabajo fue publicado en Colombia bajo el título de *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*.

¹⁷⁰ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 94.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁷² Alexy esquematiza la explicación de dichos subprincipios del principio de proporcionalidad como sigue: si se adopta una medida M, que representa una intervención en la libertad de profesión (P1), para favorecer la protección a los consumidores (P2), pero ella no es idónea para ello, entonces puede omitirse M sin originar costos para la protección de los consumido-

La anterior definición podría esquematizarse de la siguiente manera:

<i>Tesis de optimización: principios</i>		
Posibilidades fácticas	Principio de idoneidad	Principio de necesidad
Posibilidades jurídicas	Ley de ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto.	
Teoría de los principios implica	El principio de proporcionalidad en el cual se integran los tres anteriores subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación.	

B. *Ley de la colisión*

Es rasgo distintivo entre principios y reglas la forma en que se confrontan dichas normas. Así, los principios colisionan, y las reglas entran en conflicto. Ya se sabe que un conflicto entre dos reglas sólo puede ser solucionado si introducimos una cláusula de excepción a una de las normas. Pero en la colisión de principios no pasa lo mismo, aquí los jueces deben resolver el problema mediante el establecimiento de una relación de precedencia entre los principios relevantes, condicionada a las características del caso concreto.

En resumen, la ley de colisión señala el hecho de que entre los principios de un sistema jurídico no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada al caso concreto. Por lo que la tarea de la optimización consiste en encontrar y fijar dichas reglas de la mejor manera.¹⁷³

C. *Ley de ponderación*

De la definición de Alexy sobre los principios surge la idea de posibilidades jurídicas, las cuales implican la ley de ponderación (que no es otra cosa

res P2. La optimización de P1 y P2 exige entonces que no se adopte M. Eso es exactamente el contenido del principio de idoneidad. Por su parte, el principio de necesidad establece que una medida M1 está prohibida en relación con los principios P1 y P2, si existe una medida alternativa a ella; por ejemplo, M2, que interviene menos intensamente en los principios; es decir, M1 está prohibida por ser un medio no necesario en relación con los principios P1 y P2. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 100.

que el principio de proporcionalidad en sentido estricto), que se entiende de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.¹⁷⁴

3. *Los principios y la única respuesta correcta*

A. *Justificación del tema*

La inclusión de este punto obedece a que derivado de la crítica que Alexy formula a la tesis de la única respuesta de Dworkin se pueden desprender varios elementos que conforman la teoría de la argumentación jurídica del filósofo alemán; es más, se podría afirmar que dichas críticas representan un primer paso que debe ser dado antes de adentrarse al estudio del razonamiento jurídico que propone Alexy.

B. *Contexto*

En teoría del derecho, al menos la proyectada en este país, todavía es posible una discusión académica acerca de si existe para toda controversia judicial una única respuesta correcta. Ya se conoce que la cuestión la generó Dworkin, para el cual sí existe una única respuesta jurídica que el juzgador debe develar del propio sistema jurídico (recuérdese la concepción del juez Hércules). En este sentido, Alexy se ocupó de desentrañar las cuestiones que plantea la tesis de Dworkin. Aquí sólo será de interés resaltar los puntos dominantes de dicha investigación, a fin de contar con mayores elementos para el análisis adecuado de la argumentación jurídica de Alexy.

C. *Teorías fuertes y débiles de los principios*

Alexy se pregunta si se pudiera generar una lista completa de principios de un sistema jurídico, en la cual no se diga nada sobre el peso de los mismos; esto es, sobre la relación de prioridad entre ellos. Dicha lista no sería más que un catálogo *topoi*, y ésta representaría la versión más débil de una teoría de los principios.

Sin embargo, la variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de la lista de los principios, todas las relaciones de prioridad abs-

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 103.

tractas y concretas entre ellos; así se sabría de antemano la decisión judicial en cada uno de los casos. Para Alexy, si y sólo si fuera posible una teoría de los principios fuerte, sería válida la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin.¹⁷⁵

D. Orden estricto

Existe abundante literatura sobre los problemas de una jerarquía de valores; por ejemplo, en materia de bioética, Diego Gracia ha llegado a afirmar un orden en los principios clásicos de dicha materia.¹⁷⁶

No obstante lo anterior, se debe considerar que no es posible un orden o prelación que conduzca en cada caso precisamente a un resultado (a tal orden habría que llamarlo orden estricto). Un orden tal sólo es posible en términos de Alexy si el peso de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en términos numéricos.¹⁷⁷

E. Orden débil

La imposibilidad de órdenes estrictos no nos permite afirmar que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo *topoi*. Para Alexy, es posible un orden débil, el cual consta de tres elementos: *a*) un sistema de condiciones de prioridad, *b*) un sistema de estructuras de ponderación, y *c*) un sistema de prioridades *prima facie*.

a. Un sistema de condiciones de prioridad

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante la ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea

¹⁷⁵ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 145, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf.

¹⁷⁶ Para Diego Gracia, los cuatro principios clásicos de la bioética no tienen la misma categoría, porque su fundamentación es distinta: la no maleficencia y la justicia se diferencian de la autonomía y de la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y de la voluntad de las personas implicadas, y por tanto tienen un rango superior a los otros dos. Los principios del primer nivel, la no maleficencia y la justicia, son, además, expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto. Citado en Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, núm. 8, abril de 1998, p. 78, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/35706177436793617422202/isonomia08/isonomia08_05.pdf.

¹⁷⁷ Alexy, Robert, “Sistema jurídico..”, *cit.*, pp. 145 y 146.

solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión para la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.¹⁷⁸

Dicha consideración pone de relieve un peso relativo de los principios; no obstante, no se debe olvidar que como consecuencia de nuevos casos con nuevas características no se puede afirmar de manera general que las condiciones de prioridad como teoría determinan para cada caso una decisión unívoca.

b. Un sistema de estructuras de ponderación

En virtud de que no todos podrían estar de acuerdo con las condiciones de prioridad, pues éstas equipararían a los principios con las reglas, Alexy formula un segundo elemento a considerar para una teoría débil de los principios. Esto se resume en la ley de ponderación, la cual ya ha sido explicada; por ello, sólo se debe señalar que una teoría de principios conduce a estructuras de argumentación racional, hecho que no vale para un simple catálogo *topoi*.

El punto fino en este sistema de estructuras de ponderación se refleja en que a pesar del carácter racional que se puede tener en el mismo sistema, la teoría de los principios necesita un complemento; esto es, requiere de la argumentación jurídica para cerrar su intención.

c. Un sistema de prioridades *prima facie*

El carácter de *prima facie* parte de la noción de que los principios son de igual jerarquía; sin embargo, es posible establecer un tipo de cargas en la argumentación, que se traducen en prioridades no definitivas entre los principios. Alexy ejemplifica la cuestión en los siguientes términos: “en una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad”.¹⁷⁹

Desde luego, el sistema de prioridades *prima facie* no es un absoluto, ya que si son más fuertes los argumentos a favor de un principio que juegue en sentido contrario se desvanece la prioridad. Aquí tiene otra vez un papel importante la argumentación jurídica.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 148.

F. *La conexión entre la teoría de los principios y la teoría de la argumentación*

Bajo el pasaje que se ha venido dibujando en líneas anteriores se puede decir ahora que es insostenible una teoría fuerte de los principios, que muestre para cada caso una respuesta precisa. Por otro lado, es posible una teoría débil de los principios, aunque debe quedar claro que ésta no determina para cada caso una única respuesta correcta.¹⁸⁰

Ahora bien, si como sugiere Alexy los principios y las reglas no regulan por sí mismos su aplicación, si se quiere presentar un modelo adecuado de sistema jurídico se debería añadir a los niveles pasivos del sistema (es decir, a las reglas y a los principios) un lado activo; es decir, la argumentación jurídica que señala cómo, sobre la base de las reglas y principios, es posible una decisión racionalmente fundamentada; así, se entiende que una respuesta a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible con base en esos tres niveles: reglas, principios y argumentación jurídica.¹⁸¹

Por ello, se piensa que no existen únicas respuestas correctas; sin embargo, racionalmente se puede decir que la respuesta acordada en el discurso jurídico es la mejor y la correcta.

Esquemáticamente, y siguiendo las enseñanzas de Alexy, cabría representar dichas ideas en el siguiente cuadro:

<i>Decisión racionalmente fundamentada incluye</i>		
Lado pasivo	<ul style="list-style-type: none">• Reglas• Principios	Modo de respuesta correcta
Lado activo	<ul style="list-style-type: none">• Argumentación jurídica	

4. *El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas*

Para Alexy, el análisis sobre la argumentación jurídica se ubica en el problema de la justificación de las decisiones judiciales; así para él, al igual que para Karl Larenz, ya nadie puede afirmar felizmente que la aplicación de las normas es una simple subsunción lógica bajo premisas mayores.

Ello es así, porque existen al menos cuatro razones que no permiten que la decisión jurídica sea expresable en un enunciado normativo que se siga lógicamente.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

Las cuatro causas son:¹⁸²

- La vaguedad del lenguaje jurídico.
- La posibilidad de conflictos de normas.
- El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente.
- La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

La cuestión se complica más si se parte de determinado sistema que integre principios. Dicho sistema, en términos de Canaris, podría ser considerado un sistema axiológico-teleológico. Si esto es así, surgiría el problema de cómo obtenerse los principios, ya que éstos no se siguen lógicamente de las normas jurídicas.

En otro sentido, el problema en torno a la fundamentación de las decisiones con base en los principios se dificulta aún más, derivado de sus propias cualidades, pues:

Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente.¹⁸³

Pese a lo anterior, Alexy señala que esto no significa que se anule la argumentación en un sistema axiológico, que bien podría describirse como un sistema que contiene principios y valores.

Ahora bien, se considera, al igual que Larenz, Kriele, Hart y el propio Alexy en algún punto, que no se puede desconocer el sentido valorativo contenido en la aplicación del derecho.¹⁸⁴

Así, para Kriele, la aplicación del derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales, y en otro lugar para Larenz la aplicación de la ley no

¹⁸² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 28.

¹⁸³ Canaris, C. W., *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*, Berlin, 1969, pp. 52 y ss. (original no consultado, citado por Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 32).

¹⁸⁴ De estas ideas son también Wright, para el cual la expresión “valoración” puede ser utilizada tanto para designar la acción de preferir como el enjuiciamiento de una alternativa como mejor, o también para referirse a las reglas de preferencia que están en la base de este enjuiciamiento. En similar sentido, para Wieacker fuera del núcleo de la ley susceptible de subsunción, y especialmente en la integración del derecho, todos los problemas de aplicación del derecho pueden ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas.

se agota en la subsunción, sino que requiere en gran medida de valoraciones del aplicador. Alexy no desconoce dichas situaciones; sin embargo, aclara que éstas no se dan con carácter absoluto, pues la tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no exista ninguna duda sobre cómo decir, sea por razón de las mismas normas vigentes en el sistema.¹⁸⁵

Para evitar el campo libre de las convicciones morales subjetivistas de los aplicadores del derecho, Alexy propone que los juzgadores se ajusten a los valores de la colectividad o de círculos determinados; esto implicaría apelar a un orden valorativo objetivo, ya sea que exista fuera del derecho, o bien esté recogido en la Constitución.

Dicha solución representa, sin embargo, algunos inconvenientes; por ejemplo, el que las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos, y que en las sociedades actuales existen diferentes concepciones para la mayoría de los problemas prácticos.

5. *Ideas fundamentales de la teoría de Alexy*

Se debe comenzar por señalar que en su teoría del razonamiento judicial el filósofo alemán presenta su propio concepto de argumentación jurídica, el cual ya se ha referido en el presente trabajo de investigación. Por ahora bastaría desglosarlo en los siguientes puntos:¹⁸⁶

- Es una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones diferentes.
- Busca la corrección de los enunciados normativos, por lo que se trata de un discurso práctico.
- El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

Alexy intenta fundar su teoría de la argumentación en criterios de racionalidad, por lo que su postura es analítica y además normativa, ya que para él el discurso jurídico es una forma de discurso que trata de la correlación de enunciados normativos.

En este sentido, una de las ideas centrales en la teoría de la argumentación de Alexy es que la pretensión planteada por un enunciado jurídico es racionalmente fundamentable bajo la consideración de determinados parámetros del discurso del derecho, los cuales se detallarán más adelante.

¹⁸⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 34 y 36.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 44.

Por otro lado, para desentrañar el problema de la relación entre la argumentación jurídica con la argumentación práctica general, Alexy refiere que la primera se caracteriza por la vinculatoriedad al derecho vigente. Pese a la distinción, dicho autor reconoce las conexiones entre estas teorías. Así, parte de la tesis de la integración, la cual se explica en el sentido de que el uso de argumentos jurídicos debe unirse en todos los niveles con los argumentos prácticos generales.¹⁸⁷

Por último, cabe recordar que para la creación de su teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza diversas fuentes, como las teorías éticas analíticas de Hare, Toulmin y Baier; la teoría del discurso de Habermas; la teoría de Perelman. No obstante, la influencia principal es la de Habermas. Así, la teoría de Alexy representa una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas y su extensión al campo del derecho.¹⁸⁸

6. *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico*

A. *La tesis del caso especial*

En páginas anteriores ya se ha señalado que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. La pregunta que ahora surgiría es ¿por qué es así? La respuesta parece encontrarse en la pretensión de corrección¹⁸⁹ que permea en los discursos. Así, lo que tienen en común tanto

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

¹⁸⁸ Atizena, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 150.

¹⁸⁹ Se considera que la “pretensión de corrección” es un elemento de interés en cualquier teoría de la argumentación jurídica; de hecho, Alexy le da mucha importancia a dicho elemento cuando presenta en su teoría ciertas reglas y formas del discurso práctico y jurídico que funguen como esquema de corrección de las decisiones, las cuales en términos de Alexy son útiles para la generación de decisiones racionales. En otras páginas de la presente investigación ya se han apuntado algunos elementos importantes para explicar la difundida pretensión de corrección; ahora bastaría decir en expresiones generales que ésta se refiere a que toda proposición, afirmación o postura dada en el ámbito jurídico o práctico debe estar fundamentada; es decir, se deben indicar las razones para nuestras afirmaciones enunciadas; ello, por supuesto, si se quiere que la afirmación o postura sea acertada y a la vez correcta. En el campo del derecho, por ejemplo, los abogados de las partes en juicio plantean con sus intervenciones pretensiones de corrección; es decir, exponen razones para defender sus posturas. Pese al papel de la pretensión de corrección en la argumentación, es perfectamente posible, aunque lamentable, el que se presente cierta ausencia del criterio de corrección en una decisión. Lo anterior queda más claro, por ejemplo, en el ámbito del discurso jurídico, en el cual la falta de pretensión de corrección de una determinación judicial no elimina su carácter de decisión válida en el ámbito del derecho positivo. Pese a ello, no se podría afirmar que la misma decisión fuera correcta y aceptable desde otros ámbitos relevantes. Sobre estas

los enunciados prácticos generales como los enunciados pronunciados en el ámbito jurídico son el plantear dicha pretensión; de ahí que se pueda afirmar que el discurso jurídico, antes de ser tal, es un discurso práctico general. Pero parece que las cosas siguen igual y aún no se comprende por qué es un caso especial el discurso jurídico. Para sustentar dicha especialidad se tendría que encontrar un elemento distintivo entre estos discursos, lo que no parece difícil. Así, para Alexy: “En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras”.¹⁹⁰

Conforme Alexy, las condiciones limitadoras de la libertad del discurso jurídico serían la sujeción a la ley, la consideración obligada de los precedentes (jurisprudencia), el encuadre o citación de la dogmática jurídica y, por supuesto, las limitaciones de las reglas procedimentales, las cuales incluirían las condiciones temporales en el que se debe dar el discurso jurídico.¹⁹¹

Con dichas consideraciones ya se ha resuelto la interrogante anteriormente planteada, y ahora se entiende mejor la distinción entre el discurso práctico general y el discurso jurídico, como caso especial del primero. Así, en forma concisa se puede señalar que el discurso general no comparte ni se desarrolla bajo las restricciones que pesan sobre el discurso jurídico, aunque ambos sean simétricos en su visión de pretensión de corrección, la cual, como se ha dicho, se explica en el dar razones para sustentar determinada postura, y además de ello, se debe decir que para que se pueda plantear en la argumentación una pretensión de corrección en el resultado fundamentado es necesario la adopción de un cierto grupo de reglas y formas,¹⁹² como son las del discurso práctico general y del jurídico en particular.¹⁹³ Alexy en

afirmaciones y posturas véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 297-304 y 342.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² De hecho, en la explicación de una teoría de la argumentación racional, Alexy ha recurrido a la presentación y descripción de una serie de reglas y formas a seguir en la discusión, a fin de alcanzar con ésta un resultado que pueda considerarse como correcto; de ahí que, por ejemplo, como ya se ha pronunciado, “las reglas y formas del discurso jurídico constituyan ni más ni menos que un criterio de corrección para las decisiones judiciales”. Con todo, no se aprecia alguna objeción seria en contra de aceptar que el seguimiento de ciertas reglas o formas constituyen el parámetro para la calificación de una argumentación jurídica como racional; sin embargo, ello no prueba la ausencia de determinada problemática para considerar sin mayor análisis una serie de reglas o formas para el discurso jurídico. *Ibidem*, pp. 400-402.

¹⁹³ Describir todas las reglas y formas del discurso práctico general y del discurso jurídico no es tarea de esta investigación; sin embargo, se considera necesario recordar que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy presenta de manera detallada una tabla con tales

este tema es muy preciso al abordar la teoría del discurso y su relación con la teoría de la argumentación jurídica. Así, por ejemplo, no se debe pasar por alto que las reglas y las formas del discurso puedan indicar cómo conseguir enunciados fundamentados.

De esta forma, en los términos de Alexy, el que el discurso jurídico sea entendido como un caso especial del discurso práctico general se fundamenta en los siguientes puntos:

(1) en que las discusiones se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación...¹⁹⁴

En este orden, se debe aclarar que a pesar de la referida coincidencia entre la pretensión de corrección que se plantea tanto en los discursos prácticos generales como en los jurídicos, en la doctrina se ha dicho que la coincidencia es parcial. Sin el ánimo de tratar a profundidad este aspecto, cabría precisar cuáles son los puntos distinguibles que permiten pensar en una coincidencia parcial como de forma inextricable refiere el propio Alexy; sin embargo, ello no elimina el carácter del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico.

Bajo este contexto, el filósofo alemán entiende que la pretensión de corrección que se formula en el discurso jurídico se diferencia de la del discurso práctico general, porque en el primero la pretensión de corrección no se refiere a que las proposiciones normativas sean simplemente racionales, sino que éstas tienen que ser racionalmente fundamentadas en el marco del sistema jurídico vigente; de ahí su identificación en la doctrina como la tesis del caso especial.¹⁹⁵

reglas y formas ciertamente elaboradas, que vienen a resumir uno de los resultados de sus investigaciones en la materia; por ejemplo, la racionalidad de los procesos de decisión y de las decisiones producidas con ellas. Entre las reglas fundamentales del discurso práctico general se tienen de manera limitativa las siguientes: a) ningún hablante puede contradecirse, y b) todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree. Por su parte, como reglas del discurso jurídico se tienen en el contexto de la justificación internas las siguientes: a) para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos a una norma universal, y b) en la decisión debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Con todo, para un estudio más detallado de dichas reglas y formas, véase el apéndice en *ibidem*, pp. 405-412.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 295.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 305.

Surge entonces la cuestión sobre qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta parece que se relaciona con la pretensión de corrección o, mejor, con las razones dadas para fundamentar una proposición planteada como enunciado jurídico, las cuales deben tomar como referencia las condiciones limitadoras que se han referido para el discurso jurídico; esto es, deben sujetarse o fundamentarse teniendo en cuenta la ley, los precedentes, la dogmática y, desde luego, las reglas procesales; pero aclaremos, dicha sujeción no es sin más a cualquier norma jurídica válida, sino específicamente a normas racionales o justas, de ahí que se busque la validez y la corrección de las decisiones judiciales con la pretensión de corrección y con ello una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente; más aún, se estima que una fundamentación tal implicaría sujetarse al derecho entendido en un contexto amplio; por ello de la existencia de leyes injustas o, peor, de decisiones jurídicas válidas que aplican tales leyes.

Entonces, las posibilidades de decisiones jurídicas válidas y correctas surgen del perfeccionamiento del discurso jurídico, el cual busca desarrollarse bajo parámetros de racionalidad y justicia, o lo que es lo mismo, fundamentarse en el marco del orden jurídico entendido en términos maximalistas.

Más allá de lo que se ha referido sobre qué debe entenderse por fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente, se considera que de alguna manera para desentrañar dicha cuestión Alexy distingue y explica dos aspectos de justificación en su teoría de la argumentación jurídica; esto es, el interno y el externo, los cuales se analizarán en los siguientes incisos.

B. La justificación interna

En la misma se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación.

En el derecho existen sin duda muchos casos considerados fáciles que pueden ser resueltos mediante la justificación interna o, mejor dicho, mediante un silogismo. Un ejemplo de ello nos los presenta el propio Alexy:

El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

El señor M es un soldado.

El señor M debe decir la verdad en asuntos de servicio (1 y 2).

Aquí se debe precisar que el anterior silogismo cumple la justificación mediante reglas universales. Pues como se recordará, el principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal.¹⁹⁶

Las reglas de la justificación interna como concreción del principio de universalidad serían las siguientes:¹⁹⁷

- Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos a una norma universal.
- La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos una norma universal, junto con otras proposiciones.

Por otro lado, como ya se ha venido afirmando, el esquema del silogismo es insuficiente para tratar los casos complicados, por lo que en dichos asuntos —señala Alexy— se necesitan para la fundamentación de las decisiones jurídicas otra serie de premisas que no pueden ser deducidas lógicamente de ninguna ley. Así, este autor piensa que en muchos casos la norma con que se comienza la argumentación no es una norma del derecho positivo. En dicho supuesto surgiría la parte creativa de la aplicación de normas. De esta forma, concluye Alexy que el justificar las premisas no extraídas del terreno jurídico es ya tarea de la justificación externa.¹⁹⁸

Con mucho, el punto relevante que se puede encontrar en la justificación interna, es que ésta facilita la consistencia de la decisión, y por lo tanto contribuye a generar certeza jurídica. Sin embargo, no se debe perder de vista que la racionalidad que compone es limitada, pues sólo se refiere a la racionalidad de las premisas.

C. *Justificación externa*

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir: (1) reglas de derecho positivo, (2) enunciados empíricos, (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo.¹⁹⁹

¹⁹⁶ En este punto Alexy retoma a Perelman y señala que el principio de justicia formal exige observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría. *Ibidem*, p. 308.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 308.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 315 y 316.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 318.

El tema central en esta clasificación es que para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo sirve la argumentación jurídica. Así, se observa que la argumentación jurídica puede ser de gran importancia no sólo en la interpretación y en la aplicación del derecho, sino también en el establecimiento de la validez de una norma, por lo que el alcance de la justificación externa es general, ya que puede partir de otro nivel de discurso; esto es, el de los principios no positivizados que sustentan la reglas o normas que integran el sistema jurídico.

Derivado de la importancia que tiene la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo, Alexy propone seis grupos de reglas y formas para la justificación externa de dichas premisas, en los siguientes términos:²⁰⁰

- De interpretación (*ley*).
- De la argumentación dogmática (dogmática en estricto sentido).
- Del uso de precedentes (precedente).
- De la argumentación práctica general (*razón*).
- De la argumentación empírica (*empirie*).
- De las formas especiales de argumentos jurídicos.

En términos generales se puede decir que para Alexy la función principal de una teoría de la justificación externa es el estudio lógico de las formas de argumentación que se reúnen en los citados grupos.²⁰¹

Con lo dicho hasta aquí se considera concluido el estudio de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy; no obstante, se aclara que sólo se desarrollaron los puntos que se estiman más relevantes para entender el aspecto principalista de dicha teoría, por lo que se es consciente de que pudieran existir temas centrales de la tesis de Alexy, como es el caso de la teoría del discurso práctico racional general, así como las reglas y formas de ese discurso; pero se piensa que su examen excedería los objetivos de la presente investigación. Con todo, cabe precisar que en el capítulo cuarto se especificarán algunos otros puntos de la teoría de la argumentación de Alexy, como son la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, a fin de relacionarlos de forma directa con las críticas que en ese capítulo se presentarán.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 320.

²⁰¹ *Idem*.

V. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEKSANDER PECZENICK

1. *Punto de partida*

En primer término, cabría referir que la teoría del profesor polaco Peczenick fue influenciada por Jerzy Wróblewski, Aulis Aarnio, Robert Alexy y posteriormente por Jaap Hage. Así, el interés central de Peczenick es la construcción coherente del razonamiento legal. El punto central de dicho filósofo polaco es que casi todo lo jurídico es justificable por el recurso de la coherencia. De hecho, él mismo señala que sólo siguiendo los requerimientos de la racionalidad, el razonamiento legal puede generar armonía y justicia. Así, la racionalidad sería en su opinión el único camino que puede promover la estabilidad social, la cual es una condición necesaria de progreso y crecimiento económico.²⁰²

Ahora bien, si para Peczenick el razonamiento legal debe ser racional, cabe decir que su idea de lo racional no es sólo analizable bajo métodos lógicos; es decir, la racionalidad del razonamiento jurídico es no formal; en este sentido, Peczenick reconoce que los abogados y juristas realizan pasos en su razonamiento que no poseen un carácter lógicamente vinculantes y que no obstante son razonables. Así, la categoría central de tales pasos es la ponderación de razones.²⁰³

La anterior apreciación respecto de lo racional y lo razonable parece confirmar lo que ya se ha referido en esta investigación; esto es, que tales términos no representan la misma idea. Así, parece que para Peczenick, al igual que para otros autores, dichas expresiones no se comprenden como sinónimos. Con base en esta precisión, lo que se puede decir es que el profesor polaco concede mucha importancia a la razonabilidad, pero sin abandonar la racionalidad en la argumentación jurídica, cuestión que no es ajena a las principales ideas referidas en esta investigación.

Por último, como punto de partida también cabe decir que el filósofo polaco concede relevancia al estudio de la ponderación en sus ideas sobre el razonamiento legal. Así, él parte del criterio de que no existe una teoría general de la ponderación, ya que es razonable que no hay y que no debería haber algoritmos para ponderar. Lo que sí es evidente es que todos los que

²⁰² Peczenick, Aleksander, “Kinds of theory of legal argumentation”, *Draft*, 2005, pp. 4 y 5, en <http://peczenik.iwr2003.net/>.

²⁰³ Peczenick, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, p. 7.

tengan capacidad de juicio pueden ponderar. Para este profesor, lo realmente importante en la ponderación es la coherencia de las razones que apoyen una determinada postura; de hecho, la mejor ponderación (en palabras Peczenick) sería la más coherente, y si no se puede decir cuál alternativa es la más coherente, por lo menos se puede señalar cuál es la que mejor satisface las pautas del Estado democrático.²⁰⁴

2. *La moralidad y la argumentación jurídica*

De suma importancia resulta el papel de la moral o, mejor dicho, de los valores morales en el análisis de la argumentación jurídica que desarrolla Peczenick. Así, no obstante que dicho autor se interesa por la coherencia en el razonamiento jurídico, no por ello desconoce el papel que tiene la moral en éste, ya que es evidente que los valores morales permiten que el razonamiento jurídico no sea una imposición limitada a las reglas jurídicas, sino una interpretación y una argumentación más abierta a los ideales de los individuos.

Como muestra de lo anterior, nos refiere el profesor polaco que un juez no puede dejar de realizar una evaluación moral, ya que no puede negarse a decidir el caso, tampoco si la ley es oscura.

En otro campo, para Peczenick, con la argumentación jurídica se da respuesta a cuestiones prácticas, ya que se decide lo que uno hará, pero de manera correcta; es decir, la argumentación jurídica pretende ser correcta y recta, al estar basada en razones coherentes. Para Peczenick, y, esto siguiendo a Alexy, en los casos difíciles, esto significa ponderar principios, por lo que si se intenta decir qué se debe hacer, sin conformarse con la ley o el criterio autoritativo, hay que mirar hacia todos los principios morales relevantes.²⁰⁵

Es así como en un caso difícil se requiere una ponderación que pueda, por ejemplo, justificar un alejamiento de la ley; no obstante, cabe precisar que para Peczenick, en la solución de casos rutinarios o fáciles no es necesario ponderar, ya que en ellos la decisión se obtiene de una regla jurídica conjuntamente con la descripción del asunto.²⁰⁶

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁰⁶ *Idem*.

3. *La ponderación en el razonamiento jurídico*

Para poder hablar de ponderación en el razonamiento jurídico se debe partir de la idea de que una parte del derecho está constituido por principios. Ahora bien, a pesar de que la palabra “principio” es vaga y ambigua, se puede tomar la noción que Peczenick señala para los principios valorativos; ello, a fin de contextualizar y comprender su teoría del razonamiento judicial.

Para Peczenick, un principio valorativo fija un ideal, el cual puede ser realizado en diversos grados. Así, tanto mayor sea el grado de realización del ideal, tanto mejor desde el punto de vista del principio. El citado filósofo toma como referencia para explicar dichos principios valorativos el capítulo 1, sección 2, de la Constitución sueca, el cual establece que “el poder público será ejercido respetando el valor igual de todos los seres humanos y la libertad y dignidad personales de cada individuo”. Dicho precepto, en palabras de Peczenick, expresaría los principios de igualdad, libertad y dignidad.²⁰⁷

Sin embargo, se estima que la dignidad no debe considerarse como un principio, sino más bien como la base de todo valor y, por consiguiente, de todo principio. Pese a lo anterior, lo que sí es cierto es que cada principio expresa un valor, ya sea individual o colectivo, por lo que a pesar del interesante acercamiento a los valores en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick, cabe recordar que este trabajo se centra principalmente en el papel de los principios dentro del campo de la argumentación, más que de los valores, los cuales se desenvuelven dentro del contexto de la deliberación moral. Con todo, el filósofo polaco relaciona los principios con los valores mediante sus características; esto es, el carácter *prima facie* de ambos.

Así, Peczenick señala que los principios y valores tienen tal carácter, porque éstos no determinan juicios definitivos, pues un tal juicio debe surgir de la ponderación, lo que propicia su estado condicionante a argumentos y contraargumentos que justifiquen el mayor peso de los principios y valores.²⁰⁸

Por otro lado, como consecuencia de la relevancia que guardan los principios en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick, es evidente que el método de ponderación comparte dicha importancia. Así, este autor ha explicado tal método en lo que denomina la “ponderación definitiva”, la cual es correcta sólo si es una ponderación que toma en cuenta todas las cosas; es decir, todo enunciado normativo y valorativo relevante para el caso

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 31.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 32.

en cuestión. Así, un deber definitivo es un deber basado en la ponderación de todas las cosas relevantes.²⁰⁹

En otras palabras, la ponderación implicaría un deber jurídico a cargo del juzgador, el cual se desarrolla en los casos límite o difíciles, en donde los jueces deben tomar en cuenta todas las cosas relevantes antes de emitir su resolución vinculativa. Ello implica una razonabilidad, que se funda en las características peculiares del caso real y en el escenario general en el cual surge el caso; es decir, se trata de una razonabilidad de corte maximalista.

Por ello, Peczenick señala como una de las propiedades de la ponderación definitiva su carácter contextual, por lo que la misma depende del contexto total del caso en análisis, incluso de las consideraciones morales aplicables. Así, la ponderación definitiva no podría ser determinada por un cálculo matemático, ni siquiera cuando éste termina en una regla, como se sabe puede acontecer.²¹⁰

La crítica que presenta Peczenick al proceso de ponderación se centra en su etapa final. Así, dicho autor entiende que el acto último de la ponderación está basado en preferencias personales. Por ello, a pesar de que los elementos que son ponderados están guiados por el contexto cultural, el mejor equilibrio, señala dicho filósofo, lo decide libremente en última instancia el juzgador.²¹¹

Se considera que esta crítica es cierta, pero débil, pues es adecuado afirmar que existe un subjetivismo e ideología que marca las resoluciones judiciales. Negar ello sería como negar la naturaleza de todo ser humano; no obstante, las preferencias no surgen o nacen con la ponderación, sino que las mismas están presentes en todo proceso de razonabilidad jurídica; más aún, lo que la ponderación genera es la mejor razón dentro de todas las posibles de cara a las partes y a la sociedad, la cual por supuesto lleva implícito un cierto subjetivismo, pero éste es controlado por la razonabilidad; es decir, no se trata de resolver un caso con base en determinadas creencias personales, sino partiendo y reconociendo que existe un contexto cultural previo, el cual se somete al discurso racional; en otro sentido, se estaría hablando de una moral crítica.

4. *La teoría de la argumentación jurídica coherente*

El punto de partida de la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick es la coherencia, la cual puede ser representada de la siguiente forma: “Cuanto más se aproximen a una estructura perfecta de apoyo o confirma-

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 35.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 38.

²¹¹ *Ibidem*, p. 49

ción los enunciados que pertenecen a una teoría dada, tanto más coherente es la teoría”.²¹²

Se puede decir entonces que existe una conexión entre la racionalidad y la coherencia, pues la primera depende de las exigencias de la segunda; más aún, la racionalidad también depende de las relaciones entre las distintas personas que participan en un discurso que se representa en un consenso. El discurso —refiere Peczenick— tendrá el carácter de racional si su resultado está determinando por razones coherentes; esto es, razones que se sustenten en el mayor número de enunciados y conceptos que justifiquen una teoría.

Dicho de otro modo, en la argumentación jurídica el grado de coherencia dependerá del mayor número de elementos y ámbitos de la realidad que abarque. Así, tal grado es determinado en última instancia por medio de la ponderación de dichos ámbitos (piénsese en los principios, los cuales abarcan aspectos sociales, morales y culturales).

Es así como la coherencia puede ser vista en la teoría de Peczenick como un criterio de corrección, el cual indica que un razonamiento jurídico es correcto o incorrecto, completo o incompleto, pues cuanto más coherente es el proceso justificativo, más se acerca al ideal de corrección; es decir, a una argumentación jurídica estable y racional por coherente.²¹³ De esta manera, para el autor polaco, la coherencia y la razonabilidad tienden a disminuir el riesgo de que un enunciado normativo o valorativo represente un mero sentimiento pasajero.²¹⁴

Cabe aclarar que derivado de la importancia que tiene la coherencia en el razonamiento jurídico, para Peczenick no resultaría extraño que algunos lo catalogarán como un autor lógico del derecho, lo cual se observa inadecuado, ya que su teoría de la argumentación jurídica representa criterios lógicos, pero desde un aspecto dinámico; es decir, toma como referencia los principios, la ponderación y el contexto social, consideraciones que escapan al entendimiento de un autor que parte de la lógica formal del derecho; es más, se podría decir que Peczenick es un autor que tiene en parte una visión sociológica del derecho. Así, recuérdese que para él un juez, cuando pondera, armoniza diversos factores, como son las normas sociales establecidas y las consuetudinarias.²¹⁵

²¹² *Ibidem*, p. 41.

²¹³ De ahí que la coherencia para Peczenick sea un elemento central de un concepto pleno de justificación, racionalidad y corrección. Por ejemplo, señala dicho autor, si el sistema normativo o valorativo en cuestión es más coherente que cualquier otro sistema alternativo, entonces es correcto, está mejor justificado y es más racional que cualquier otro concepto alternativo. *Ibidem*, p. 69.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 74.

5. *Los principios jurídicos*

En los ensayos de Peczenick que integran su obra *Derecho y razón* se aprecian dos puntos convergentes: uno, relativo a los principios valorativos, los cuales ya han sido esbozados en la presente investigación, y otro referido a los principios jurídicos. Se cree que la distinción obedece a la diferencia cronológica de los ensayos, ya que los principios valorativos bien podrían entenderse como principios jurídicos. En adelante se centrará la atención en presentar las características de estos últimos y su función en la argumentación jurídica.

El contexto del que parte Peczenick es la situación de que en la actualidad los teóricos del derecho no son iuspostivistas radicales. Así, es lugar común en los diversos foros académicos y en las aulas de las universidades, referir que el derecho ya no se reduce a la ley, sino que también lo representan los principios jurídicos.

El filósofo polaco no fue indiferente a dicha situación mostrada principalmente en el continente europeo por Alexy y en América por Dworkin con sus teorías de los principios. De esta forma, Peczenick fue consciente de que los principios son sólo ideales morales, los cuales tienen un carácter *prima facie*, no hay definitividad, ya que en todo caso la posible definitividad resulta sólo para determinado caso en concreto. Parece entonces que para Peczenick existe una relación necesaria entre la moral y el derecho por vía argumentativa.²¹⁶

Más aún, Peczenick comprende que en los casos difíciles las consideraciones morales tienen que ser integradas en la justificación jurídica que busque generar una decisión coherente; por ello, en los casos fáciles el derecho puede ser aplicado sin justificación moral explícita.²¹⁷

De ahí que se pueda hablar de saltos en el derecho,²¹⁸ los cuales, al decir de Peczenick, se manifiestan cuando uno tiene premisas, la conclusión y una laguna en medio, por lo que la deducción no es concluyente; así, se recurre, por ejemplo, a la ponderación a fin de conocer el peso específico de los prin-

²¹⁶ Aquí cabría recordar que para otros autores, como Prieto Sanchís, la conexión entre el derecho y la moral que se genera con los principios no es con cualquier moral, como podría ser la considerada buena o correcta, sino con la moral positiva o mayoritaria, la cual, según dicho autor, está presente en el orden jurídico. *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 68.

²¹⁷ Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, *cit.*, p. 132.

²¹⁸ Para Peczenick, la lógica resulta insuficiente cuando estamos en presencia de saltos en el derecho, pues aquí se requiere hacer y justificar elecciones entre premisas inconsistentes. *Ibidem*, p. 83, en particular los comentarios en la nota 3.

cipios. Por ello, para dicho autor, la ponderación siempre será contextual; esto es, dependiente de las características del caso a resolver.²¹⁹

Con todo, no se debe olvidar que en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick continúa latente la posibilidad de establecer órdenes de prioridad entre los principios, los cuales cambian de caso en caso. Se piensa que dicho autor estaría de acuerdo en establecer un tipo de prioridad, pues él mismo entiende que toda regla jurídica puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios; es decir, se podría encontrar como consecuencia de la argumentación, un tipo de regla para casos futuros. Dicha idea se percibe adecuada, la cual será desarrollada en el último capítulo de la presente investigación.

De esta manera, la situación relevante con la colisión de principios no es cuál principio tiene que ser eliminado del sistema, sino cómo optimizar ambos principios dentro del sistema. La respuesta que formula Peczenick apoyándose en las investigaciones de Alexy es establecer relaciones definitivas de prioridad en un caso particular y órdenes de prioridad *prima facie* de los principios generales utilizados.

6. Seguridad jurídica formal y material

Resulta interesante la distinción que hace Peczenick sobre la seguridad jurídica; ello, por las críticas que los positivistas han formulado a la argumentación principalista, al decir que la misma afectaría la seguridad y certeza en el derecho. De hecho, tal distinción se debería adoptar como defensa al método de ponderación. Aquí las notas relevantes de tal clasificación.

Los iuspositivistas conocen y defienden muy bien el principio central de las relaciones entre el Estado y los gobernados: la seguridad jurídica, el cual se entiende como la predecibilidad del ejercicio del poder público sobre la base de reglas jurídicas previamente conocidas. Para Peczenick, esto sería el principio de la seguridad jurídica en sentido formal.²²⁰

Pese a las anotaciones que los positivistas hacen sobre la seguridad jurídica como una simple regla que debe cumplirse de forma cerrada, si se es más consciente del papel que juega el derecho en la época actual, se tendría que hablar de una seguridad jurídica de corte material.

La seguridad jurídica, en un contexto más amplio, es una seguridad que como principio jurídico no sólo se aplica, sino que se pondera, lo que nos da como resultado una seguridad jurídica en sentido material. En palabras

²¹⁹ *Ibidem*, p. 80.

²²⁰ *Ibidem*, p. 133.

de Peczenick, la seguridad jurídica material resulta en una ponderación de la predecibilidad de las decisiones judiciales sobre el contexto del derecho y de otros elementos morales de las decisiones.²²¹

Se trata entonces (recordando a Dworkin) de tomarse en serio la seguridad jurídica y su papel en el derecho, la cual no se explica sólo desde el punto de vista positivista o, mejor dicho, desde una visión limitada, sino en todo el contexto normativo; esto es, tanto del derecho como de la moral.

Ahora bien, debe aclararse que no se trata de una visualización de la seguridad jurídica desde una postura en particular; por ejemplo, del liberalismo o del colectivismo, sino más bien de un equilibrio y entendimiento de la seguridad jurídica material con base en ambas perspectivas; es decir, desde una visión de integración.

De hecho, partiendo de las enseñanzas griegas (filosofía platónica y aristotélica),²²² Peczenick pugna por una ponderación óptima de la predicibilidad y la aceptabilidad moral que le ayude al individuo a planificar una *vida buena*, pues en cualquier sociedad contemporánea los ciudadanos esperan que el ejercicio de poder público sea predecible y aceptable desde escenarios morales.²²³

A modo de síntesis, siguiendo a Peczenick se puede decir que la seguridad jurídica material es el fin supremo del razonamiento jurídico, ya que el mismo se asume como correctivo y creativo, pues la decisión tomada debe buscar la coherencia, la cual se consigue al considerar un espectro más amplio y profundo en el mismo razonamiento (un mayor número de enunciados normativos y valorativos que justifiquen la teoría o la resolución adoptada).²²⁴

VI. ALGUNOS PUNTOS SOBRESALIENTES DE LAS INVESTIGACIONES DE FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS A PROPÓSITO DE LA ARGUMENTACIÓN CON PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. *Introducción*

A pesar de que Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas no formula una teoría de la argumentación jurídica, sí se considera apropiado destacar algunos puntos

²²¹ *Ibidem*, p. 134.

²²² Esto es, la idea del hombre virtuoso y de plenitud socrática, así como la noción de felicidad aristotélica que se explica con el vivir bien y el obrar bien del hombre. Para mayor abundamiento, véase la apología de Sócrates y la ética nicomaquea de Aristóteles.

²²³ Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, *cit.*, p. 134.

²²⁴ *Ibidem*, p. 136.

de sus investigaciones sobre la formación y función de los principios en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español, ya que los mismos nos pueden ayudar a comprender mejor la aplicación judicial de los derechos fundamentales en casos límite.

Para dicho autor, el problema de la argumentación con principios surge en España con gran ímpetu con la promulgación de la Constitución de 1978, ya que ésta introduce una serie de preceptos reconocidos como principios constitucionales.

Cabe señalar que a Ezquiaga le preocupa que derivado de la existencia tanto de los principios constitucionales como de los antiguos principios generales del derecho no se pueda crear una teoría general de los principios.²²⁵

Bajo este contexto, conviene señalar que para los propósitos de la presente investigación sólo se analizarán los postulados concernientes a los principios constitucionales, ya que como se ha aludido en este trabajo, la argumentación principalista que se desarrolla no se contiene en los argumentos a partir de principios generales del derecho, los que si bien son relevantes para la toma de decisiones ante la presencia de lagunas legales, no son materia de la presente investigación.

Así, los puntos centrales que intenta resolver Ezquiaga los muestra bajo las siguientes preguntas: ¿qué es lo que efectivamente invocan los jueces cuando apelan a un principio?, ¿qué funciones cumplen los principios en las decisiones de los jueces?, y ¿qué relaciones existen entre los diversos principios enunciados por los jueces?²²⁶

Para resolver dichas cuestiones, Ezquiaga parte de las sentencias e interpretaciones del Tribunal Constitucional español, en las cuales identifica que cuando se apela a principios lo que se hace es aplicar preceptos constitucionales fundamentales.²²⁷ Así, es criterio general el que los principios constitucionales sean expresados en preceptos concretos de la Constitución.²²⁸ Sin embargo, ello no elimina el problema de su aplicación, pues los mismos, a pesar de ser constitucionalizados, tienen un contenido indeterminado, que sólo puede conocerse en los casos concretos. La cuestión se agrava más cuando se trata de principios no positivizados, pues ¿cómo argumentamos con dichas piezas? Piénsese, por ejemplo, en determinados ideales morales,

²²⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 41.

²²⁶ *Ibidem*, p. 44.

²²⁷ *Ibidem*, p. 49.

²²⁸ Dicha consideración puede entenderse en el contexto jurídico mexicano, ya que en éste prevalece una tradición positivista.

como la justicia. Lo anterior es relevante si se parte de la idea de que existen principios reconocidos de manera general por la sociedad (moral positiva) que tienen una función constructiva del sistema jurídico.²²⁹

2. *Funciones de los principios*

Del estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional español, Ezquiaga aprecia dos funciones en los principios: la función integradora y la función interpretativa.

De la función integradora (que no es la que interesa para los fines de la investigación) sólo se dirá que la misma se refiere a la situación en que los tribunales utilizan los principios para llenar las lagunas legales.

Por su parte, con la función interpretativa cuando se recurre a los principios se está justificando ante la pluralidad de significados de un enunciado, la elección del significado que mejor se ajusta a lo establecido por el principio.²³⁰

En ese sentido, Ezquiaga señala que los principios constitucionales han servido en las decisiones del Tribunal Constitucional para interpretar tanto otros enunciados de la Constitución como enunciados de la legislación ordinaria. En este último sentido primordialmente para adaptar la legislación a los principios proclamados en la Constitución.²³¹

3. *Método de argumentación con principios*

Ezquiaga reconoce que los jueces constitucionales se enfrentan en repetidas veces con casos en donde existen choques o, mejor dicho, tensión entre principios; por ejemplo, entre los principios de seguridad jurídica y de justicia. A fin de tratar de resolver el problema de la argumentación con principios, Ezquiaga efectúa un análisis de diversas sentencias del Tribunal Constitucional español, del cual desprende una idea preliminar sobre la cuestión; esto es, que la forma que tienen los jueces para solucionar conflictos entre principios es la de su armonización.²³²

²²⁹ En similar sentido para el Tribunal Constitucional español toda ley está informada por unos principios que servirían como criterios identificadores de la misma y como instrumentos para su interpretación. Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 54.

²³⁰ *Ibidem*, p. 60.

²³¹ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

²³² *Ibidem*, p. 65.

Bajo este sendero, Ezquiaga señala que el Tribunal Constitucional ha comprendido, por ejemplo, que el principio de igualdad debe cohonestarse con el de independencia de los órganos jurisdiccionales y con el de seguridad, y éste a su vez debe armonizarse con el de legalidad presupuestaria. Por su parte, el derecho a la defensa con el de un proceso sin dilaciones. Con todo, el único criterio límite impuesto por dicho Tribunal para la armonización de principios es que ninguno de ellos quede sin contenido.²³³

Dichas ideas parecen integrar un elemento adecuado para la conformación de una teoría de la argumentación principalista, ya que partiendo de un esquema de armonización es posible eliminar la afectación o sacrificio de algún principio; sin embargo, se observa que este método sólo tendría cabida cuando se trate de principios que se fundamentan o que se relacionan de forma considerable; pero dicho escenario no siempre es posible. Así, puede acontecer que la colisión se dé entre principios materialmente opuestos. Ante tal situación, la armonización se haría imposible.

El mismo Ezquiaga refiere que la armonización entre principios no es absoluta. Así, él opina que a pesar de que todos los principios constitucionales están interrelacionados; esto es, se entienden unos en función de los otros, es posible detectar en las sentencias del Tribunal Constitucional un específica jerarquía entre los principios; en otras palabras, unos principios superiores a los que deben acoplarse los de rango inferior.²³⁴

De esta manera, de la serie de declaraciones y afirmaciones de dicho tribunal, Ezquiaga desprende el siguiente orden jerárquico entre los principios contenidos en la Constitución Española:²³⁵

- El principio del Estado social y democrático de derecho, y el principio de legitimidad democrática.
- Los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.²³⁶
- El principio de seguridad jurídica.
- Los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y de interdicción (prohibición) de la arbitrariedad de los poderes públicos.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Ibidem*, p. 66.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

²³⁶ Con mucho, el mantener una igualdad jerárquica entre algunos principios generaría inutilidad para los casos en los que se presentarán colisiones entre los mismos.

Se considera que pese a la afirmación que hace Ezquiaga para el caso español sobre una jerarquización de los principios constitucionales²³⁷ no parece correcto eliminar una de las características de los principios; esto es, su carácter de optimizables, pues de ello depende la existencia de una argumentación, ya que si se tuviera un orden o prelación estricta como la descrita por Ezquiaga no se podría incluso hablar de ponderación de principios.

VII. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

1. *Una acotación preliminar*

En España parece que uno de los principales representantes de la argumentación jurídica es el doctor Atienza, el cual en uno de sus trabajos más representativos sobre las teorías de la argumentación jurídica presenta a modo de propuesta un proyecto de teoría de la argumentación jurídica, en la cual, si bien no se vislumbra con claridad el alcance principalista, sí se enmarcan algunas problemáticas de las actuales teorías de la argumentación con un enfoque del tipo mencionado y se desarrolla un esquema que opera como guía del razonamiento jurídico, que recientemente ha sido completado con más detalle por el propio Atienza en una de sus últimas obras intitulada *Curso de argumentación jurídica*, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, a pesar de que en el proyecto de teoría de la argumentación jurídica de Atienza no existe un análisis detallado sobre el papel de los principios en el razonamiento, es evidente que en otros de sus trabajos²³⁸ se encuentran posturas relevantes que permiten sensatamente incluir al doctor Atienza como un partidario, si se quiere moderado, de las teorías de la argumentación jurídica de corte principalista.

2. *El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica*

En la obra de Atienza intitulada *Las razones del derecho* se presenta una amplia descripción de las principales teorías de la argumentación jurídica; pese

²³⁷ Recuérdese que para Ezquiaga de las afirmaciones del Tribunal Constitucional se puede entender que la Constitución de España está jerarquizada en lo que respecta a los principios que contiene. Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 66.

²³⁸ Básicamente se pueden citar las siguientes: a) *Las piezas del derecho*; b) *El sentido del derecho*, y c) *Bioética, derecho y argumentación*.

a ello, se estima que el punto fuerte de dicho trabajo se encuentra en las críticas a las actuales teorías, las cuales, al decir de Atienza, son en términos generales deficitarias en alguna medida en tres dimensiones: su objeto, su método y su función. Aquí no se resaltarán dichas insuficiencias, sino más bien se detallará la propuesta de teoría de la argumentación de Atienza, la cual, al decir de dicho autor, no tendría las deficiencias de las existentes teorías, y operaría como una teoría plenamente desarrollada, al poder evaluarse.

A. *El objeto*

El objeto de la teoría debe ser de alcance general; es decir, que cubra diversos ámbitos. Así, debe formularse con base en cuatro dimensiones:

i) La primera dimensión se refiere a que la teoría cubra no sólo argumentaciones de tipo normativo, sino también argumentaciones sobre los hechos;²³⁹ ello, en palabras de Atienza, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo deba desarrollarse en contacto con la teoría moral y con la del derecho, sino también con la sociología del derecho.²⁴⁰

ii) La segunda dimensión significa que la teoría de la argumentación jurídica debe dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho.

iii) La tercera dimensión se relaciona con el alcance de la teoría de la argumentación jurídica en procesos de resolución de conflictos mediante la mediación o la negociación.

iv) La última dimensión tiene que ver con la ampliación de la argumentación jurídica al campo descriptivo y no sólo prescriptivo. Sin embargo, cabe decir que Atienza no es muy preciso en cuál es el carácter descriptivo. Así, Atienza refiere que el mismo debe ser capaz de dar cuenta de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica.²⁴¹

Se considera adecuado detenerse aquí a fin de tratar de explicar la distinción entre el carácter descriptivo y prescriptivo. De esta manera, siguiendo a Atienza, en primer lugar se debe partir de que en filosofía de la ciencia se diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. El primero, referido a enunciar y describir

²³⁹ Una de las críticas de Atienza a las teorías estándar, como la de Alexy y la de MacCormick, es que las mismas se ocupan casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo.

²⁴⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 205.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 207.

una teoría; es decir, mostrar cómo se genera un conocimiento, y el segundo (justificación) consiste en justificar la teoría; esto es, mostrar su validez utilizando, por ejemplo, el método científico. El citado autor español lo resume muy bien al decir que una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión (contexto de descubrimiento) y otra el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión (contexto de justificación).²⁴²

Partiendo de dichas ideas generales, se debe precisar que para Atienza los contextos de descubrimiento y de justificación de la ciencia pueden ser trasladados al campo de la argumentación jurídica; no obstante, tales contextos no son coincidentes con el carácter o discurso descriptivo y prescriptivo, respectivamente, sino que más bien dichos discursos se pueden dar en cada contexto. Lo anterior lo ha explicado muy bien dicho autor, explicación que se puede representar como sigue:²⁴³

Contexto de descubrimiento	{	<ul style="list-style-type: none">— Discurso descriptivo: explicar los parámetros que llevaron al juez a dictar una sentencia en determinado sentido, lo que significa explicar su conducta.— Discurso prescriptivo: recomendar acciones para evitar el excesivo alcance de las ideologías de los jueces en las decisiones.
Contexto de justificación	{	<ul style="list-style-type: none">— Discurso descriptivo: describir cómo el juez fundamentó su decisión.— Discurso prescriptivo: sugerir o prescribir cómo debiera haber fundamentado el juez su decisión.

Con lo dicho hasta ahora se entiende que con la ampliación de la argumentación jurídica a un carácter descriptivo se buscarían dos cosas; la primera es que dentro del contexto de justificación se utilice también el carácter descriptivo, lo que conllevaría a contar con un esquema para describir cómo se fundamentan las decisiones judiciales, y en segundo lugar, que la argumentación no sólo se limite a dicho contexto, sino que también se extienda al del descubrimiento, el cual abarcaría tanto el carácter descriptivo

²⁴² *Ibidem*, p. 4.

²⁴³ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

como el prescriptivo. Ello iría más allá de lo que proponen las teorías de la argumentación de Alexy y MacCormick, si partimos, como Atienza lo hace, de que las mismas se sitúan en el contexto de justificación de los argumentos, aunque con un carácter dual; es decir, con pretensiones descriptivas y prescriptivas.²⁴⁴

B. *El método*

Atienza pugna por el establecimiento de un método en la teoría de la argumentación jurídica, el cual debe permitir representar adecuadamente el proceso real de razonamiento. El principal problema que observa Atienza es la falta de un procedimiento que permita mostrar cómo los operadores jurídicos fundamentan sus decisiones. Así, resulta interesante el diagrama de argumentación que elabora Atienza para representar el caso Grapo²⁴⁵ en los siguientes términos:²⁴⁶

- Planteamiento del problema: se debe o no alimentar por la fuerza a los presos amenazados en su salud como resultado de la prolongación de la huelga de hambre.
- Formulación de una pregunta: ¿cuál es la norma aplicable?, se tiene tanto el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 15 de la Constitución Española.
- Operadores deónticos implicados: obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los internos, el cual se interpreta en relación con el principio constitucional español del derecho a la vida e integridad física.
- Adopción de un enunciado normativo: es obligación de la administración alimentar a los internos incluso por la fuerza, si se da la circunstancia de riesgo para la salud.
- El paso del operador deóntico preestablecido al enunciado normativo que surge o se formula para resolver el problema se justifica de

²⁴⁴ Para la redacción de este párrafo se han utilizado varios de los pronunciamientos presentados por Atienza. *Ibidem*, pp. 6 y 207.

²⁴⁵ Se trataba de varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (Grapo) que se habían declarado en huelga de hambre como medio para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria. Derivado de la duración de la huelga, el punto era si se debía o no alimentar por la fuerza a los reclusos cuando su salud estuviera amenazada. *Ibidem*, p. 3.

²⁴⁶ El presente esquema es una reproducción sintetizada del diagrama que dicho autor reconstruye para representar la argumentación del Tribunal Constitucional español. *Ibidem*, pp. 209-211.

manera externa, en los siguientes términos: *a*) el derecho a la vida es una protección de tipo positiva, por lo que no incluye un derecho de libertad que converja con el derecho a causarse la muerte; *b*) los reclusos tiene una relación de sujeción especial a la administración penitenciaria, y *c*) es posible imponer limitaciones a los derechos de los reclusos que no estarían justificadas si se tratara de ciudadanos libres. Así, parece complicado que la argumentación anterior pueda representarse en términos de la lógica deductiva.

- Sin embargo, el fragmento final de la argumentación es a la vez un argumento deductivo. Esto quiere decir que utiliza también un esquema de justificación interna, ya que una vez que se determina con base en la justificación de tipo externa la prevalencia de un principio (en este caso el principio del derecho a la vida sobre el principio de autonomía personal), se formula un enunciado normativo que debe aplicarse al caso en cuestión mediante la utilización de la inferencia deductiva.

A partir de dicho esquema, Atienza presenta un modelo que buscaría reconstruir todo el proceso de argumentación que se daría frente a un caso difícil, el cual se resume en los siguientes cuatro pasos:²⁴⁷

1. Identificación del problema a resolver: aquí se tendría que descubrir si nos encontramos frente a un caso difícil.
2. Determinación del alcance o contexto del problema: por ejemplo, si ya se conoce que se trata de un problema de interpretación, se tendría que determinar si el mismo surge por exceso o defecto de información.
3. Construir hipótesis para la solución del problema: es decir, construir nuevas premisas para crear una nueva situación que tenga la información suficiente en relación con la conclusión.
4. Justificación de la hipótesis de solución: presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta.

Como se ha referido, dicho modelo ha sido actualizado, aunque no del todo modificado ni mucho menos abandonado, en investigaciones recientes (2013) por el propio Atienza, el cual piensa que para argumentar (resolver un problema argumentativo en el derecho) se deben distinguir las siguientes etapas o fases, las cuales, como podemos apreciar, se pueden contener en las fases señaladas anteriormente: *a*) identificación y análisis del problema;

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 211-213.

b) propuesta de una solución; c) comprobación y revisión de la solución, y d) redacción de un texto.²⁴⁸

Sobre dichas etapas, cabría marcar respecto a la fase *propuesta de una solución* que para Atienza resulta necesario que el juez (con base en su experiencia e ideas de lo justo) comience por dar una respuesta al problema general, para luego ir resolviendo todas las cuestiones particulares; sobre la fase *comprobación y revisión de la solución*, se señala que el juez tendría que plantearse todos los contraargumentos que pudieran esgrimirse sobre sus argumentos en cada una de las etapas del esquema; sobre la fase *redacción de un texto*, Atienza estima que la misma es la etapa fundamental de la argumentación, ya que todas las demás etapas cumplen una función preparatoria en relación con ésta, la cual se puede distinguir en dos aspectos: uno referente a las partes del discurso, y el otro a la forma de exponer el discurso; es decir, al estilo.²⁴⁹

Aquí cabría detenernos en la explicación de dichas distinciones de la etapa *redacción de un texto*, por ser ésta, según el autor español, la etapa esencial de la argumentación. Así, retomando la tradición retórica de la *dispositio* (organización de un discurso en partes), la distinción de las partes del discurso serían esencialmente las siguientes: *exordium*, *narratio*, *divisio*, *argumentatio* y *peroratio*. La función del exordio es identificar el problema sobre el que hay que argumentar, con todos sus puntos positivos y negativos; en la narración se precisan de forma clara y breve los hechos de la causa; en la *divisio* se efectúa una división de los puntos que tratar y se distinguen aquéllos de los que existe acuerdo de los controvertidos; luego, en la *argumentatio* se presentan los argumentos y se refutan los contrarios, aquí se recomienda comenzar con un argumento fuerte y agrupar los débiles para que así ganen fuerza; finalmente, se instituye la *peroratio*, en donde se recapitulan los argumentos elaborados y se apela a la emoción o sentimientos del auditorio.²⁵⁰

Por otra parte, se tiene la distinción referente a la “forma de exponer el discurso”, la cual, bajo la tradición retórica, se ubicaría en la *elocutio*. Sobre este aspecto, Atienza señala que la misma se basa en un lenguaje jurídico-funcional, que busca resolver cierto problema jurídico a través de una decisión que resulte clara, precisa, concisa y persuasiva.²⁵¹

Como se puede apreciar, con la reformulación del método de argumentación Atienza buscó perfeccionar el mismo, a efecto de posibilitarlo en los diversos escenarios jurídicos en los que se deben presentar argumentos. Por ello, se tiene que reconocer que dicho modelo contribuye a enriquecer

²⁴⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 647.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 648 y 649.

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 649 y 650.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 651.

su proyecto de teoría de la argumentación jurídica, que según se piensa se constituye como uno de los más importantes, por ser de los más actuales en el contexto de los existentes métodos del razonamiento jurídico.

C. *Las funciones*

Un tema central, que no ha sido del todo desarrollado por otros autores al presentar sus teorías del razonamiento judicial, es el referente a las funciones de las teorías. Aquí se concede ventaja a Atienza, por situar su teoría con base en tres funciones u objetivos; esto es, el teórico, el práctico o técnico, y el político o moral.²⁵²

Teórico: que se refiere a las posibles contribuciones de la teoría de la argumentación al desarrollo y comprensión de las disciplinas jurídicas o no, y de la práctica de argumentar.

Práctico o técnico: que se centra en ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, lo cual debe incluir el aspecto didáctico o de enseñanza referente a la forma de razonar en lo jurídico. Para cumplir dicho objetivo práctico, la teoría de la argumentación tendría que ofrecer un método para reconstruir el proceso de argumentación y criterios para juzgar su corrección.

Político o moral: que se relaciona con la ideología jurídica que está presente en determinada concepción de la argumentación.²⁵³ Así, para Atienza, la teoría de la argumentación tendría que comprometerse con una ideología más crítica y realista del derecho de los Estados constitucionales; es decir, una ideología que asuma que no siempre es posible hacer justicia de acuerdo con las normas jurídicas de tales Estados.

3. *El derecho como argumentación*

Es evidente que el derecho puede tratarse desde diversos enfoques. Así, por ejemplo, el mismo puede ser visto como una técnica o instrumento para la resolución de conflictos en el ámbito legal y práctico, lo que siguiendo a Atienza se denominaría el enfoque argumentativo. Así, para dicho autor, el

²⁵² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., pp. 216-219.

²⁵³ Por ejemplo, Atienza refiere que MacCormick y Alexy parten de una valoración esencialmente positiva de lo que es el derecho de los Estados democráticos. Así, los mismos aceptarían que para todo caso, si bien no existe una única respuesta correcta, sí consideran que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta. *Ibidem*, p. 218.

derecho interviene en la resolución de conflictos sociales mediante el uso de diversos instrumentos jurídicos. Aquí cobra especial relevancia el papel que tienen los jueces en dicha tarea, ya que éstos no pueden o no deberían resolver las disputas en el ámbito jurídico de manera arbitraria, pues más bien deben mostrar las mejores razones que permiten justificar su decisión; es decir, deben argumentar, de ahí la complejidad del razonamiento jurídico.²⁵⁴

Pero acaso ¿todo en el derecho es argumentación? Por supuesto que no. Simplemente recuérdese que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla. Aquí cabría decir que la argumentación jurídica se desarrolla en el campo de la justificación. La distinción es la siguiente: “explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar la decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión”.²⁵⁵

Por otro lado, se considera necesario precisar las tres concepciones que Atienza elabora sobre la argumentación en general, a fin de tratar de ubicar el razonamiento jurídico de corte principalista en alguna de ellas. Así, dicho autor distingue entre la concepción formal, material y dialéctica.

La primera es característica de la lógica deductiva, por lo que a primera vista parecería incomoda para la argumentación jurídica principalista. En esta concepción formal de la argumentación, la pregunta a resolver en términos de Atienza es ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? Aquí sólo cabría decir que si las premisas son verdaderas, entonces lo es necesariamente la conclusión, ya que desde esta visión un argumento es un encadenamiento de proposiciones.²⁵⁶

Bajo la concepción formal se ve a la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, por lo que se hace abstracción del contenido de verdad o corrección de las proposiciones del argumento.²⁵⁷

La concepción material de la argumentación, por su parte, se vislumbra como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis. Aquí no se busca mostrar si una inferencia es o no válida, sino si hay razones para realizar una determinada acción; es decir, la concepción material no sólo se interesa por la forma del argumento, sino más bien que lo que las premisas enuncian sea verdadero y que existan razones relevantes para la conclusión.²⁵⁸

²⁵⁴ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, pp. 252 y 253.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 254.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 244.

²⁵⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 110.

²⁵⁸ Atienza, Manuel, *El sentido...*, *cit.*, p. 259.

Por último, la concepción dialéctica de la argumentación se desarrolla mediante la interacción entre dos o más sujetos. La misma fluye de acuerdo con las reglas que reglamentan el comportamiento lingüístico de los participantes. Mediante dicha concepción se busca persuadir a un auditorio.²⁵⁹

Este tipo de concepción se ubica, según Atienza, en la concepción pragmática de la argumentación, la cual contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística; esto es, como una serie de actos de lenguaje. Por ello se dice que en este tipo de concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social.²⁶⁰ Con todo, se piensa que muy bien se pueden identificar las concepciones pragmáticas y dialécticas en un mismo escenario (sin necesidad de distinguir), porque ambas se desenvuelven bajo la interacción constante de los individuos mediante un acto de lenguaje.

Así, es evidente que la argumentación jurídica principalista no se explica sólo a través de una de dichas concepciones, sino mediante las tres, ya que la misma no desconoce el papel que juega la lógica deductiva en el razonamiento jurídico, y además utiliza la dialéctica para convencer sobre la adopción de una determinada postura. Si se quisiera ser más detallado se debe decir que la argumentación jurídica principalista se comprende mejor desde la perspectiva material, ya que a través de dicha argumentación se busca dar las mejores razones para la toma de una decisión judicial.

Las concepciones de la argumentación en general juegan un papel relevante en la argumentación especial (jurídica), pues esta última debe construirse y desarrollarse dentro del campo de las mismas. Así, para Atienza, en el derecho no importan únicamente los valores formales (la seguridad jurídica), sino también los valores materiales (verdad y justicia) y los valores políticos (aceptabilidad y consenso).²⁶¹

La complementariedad entre la argumentación jurídica principalista y los tres enfoques de la argumentación se representa bastante bien con la distinción conocida de casos fáciles y casos difíciles. En los primeros, si bien se utiliza por excelencia la justificación interna o deductiva, la concepción material y dialéctica no deja de estar presente; sin embargo, tratándose de casos difíciles, ya sea por razones normativas o de hecho, no basta con la justificación interna, sino que hay que añadir la justificación externa; esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o fáctica, razones que no pueden tener un carácter sólo formal.²⁶²

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 260.

²⁶⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 111.

²⁶¹ Atienza, Manuel, *El sentido...*, *cit.*, pp. 263 y 264.

²⁶² *Ibidem*, pp. 264 y 265.

4. *Análisis de los principios en la argumentación jurídica*

En la teoría de los enunciados jurídicos que presentan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero²⁶³ se analizan con exhaustividad las normas regulativas, las cuales incluyen a las reglas y a los principios, por lo cual, para los efectos de la presente investigación, cabría resaltar algunas ideas respecto a la forma de operar de los principios en la argumentación jurídica.

En primer lugar se debe señalar que si bien dichos autores presentan una propuesta cuádruple de clasificación de los principios, en adelante sólo se centrará la atención en la distinción de los principios en sentido estricto, en la cual éstos expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución, por lo que ellos no son más que el reflejo de una forma de vida de una comunidad.²⁶⁴

Ahora bien, resulta relevante para la argumentación jurídica principalista el que para Atienza los principios en sentido estricto pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, lo que, sin embargo, no significa que, desde esta perspectiva, no exista alguna diferencia con las reglas. La diferencia se refiere a que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.²⁶⁵

No obstante lo anterior, cabe esbozar que para Atienza a diferencia de lo que señala Robert Alexy, los principios en sentido estricto no pueden ser cumplidos en diversos grados, sino sólo los principios considerados como directrices o normas programáticas.²⁶⁶

Para explicar el cumplimiento pleno de los principios en sentido estricto, el filósofo español toma como referencia el principio de igualdad, el cual, en caso de colisión con otro principio, podría operar como sigue: si se ha determinado bajo los factores particulares de un determinado caso jurídico que el principio de igualdad prevalece frente a otros principios que juegan en sentido opuesto, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, así no operan modalidades graduales de cumplimiento.²⁶⁷

²⁶³ Para mayor abundamiento, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 2005.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

²⁶⁶ Ésta es otra clasificación de los principios que proponen Atienza y Ruiz Manero. Para ellos, estos principios estipulan la obligación de perseguir determinados fines; por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución Española señala: “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”. *Ibidem*, p. 26.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 31 y 33.

Se coincide parcialmente con la mencionada postura de Atienza, ya que si bien es cierto que al momento de optar por algún principio ante la colisión de los mismos se está pugnando por el cumplimiento pleno del principio con mayor peso; no obstante, con relación al principio que tiene menor peso específico para el caso concreto, no se podría afirmar que comparte las características de las reglas o, mejor dicho, que tal principio puede ser cumplido plenamente. Así, más bien se debe considerar que los principios se asemejan a las reglas, pero en un momento posterior a la determinación de la prevalencia de un principio. Antes de dicha determinación los principios pueden ser cumplidos en diversos grados.

De esta manera, los principios en sentido estricto, una vez fijada su prevalencia en un caso particular, operan como reglas, pues la prevalencia se expresa en una regla que debe completarse a plenitud. Ello no significa que no exista ponderación en la argumentación; simplemente significa que se está en la etapa final de la argumentación; es decir, que para llegar a dicha prevalencia, o si se quiere regla, se debió en un primer nivel o momento ponderar las razones para optar por uno u otro principio.

Atienza reconoce que el operar con principios en sentido estricto exige desde luego ponderación. Su visión sobre la misma consiste esencialmente en construir casos genéricos y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otro principio concurrente. Como ejemplo nos refiere que cuando se tenga una colisión entre el principio de respeto a la intimidad y el de la libertad de expresión, la ponderación podría concluir instituyendo la regla de que cuando se trata de información que carece de relevancia pública predomina el principio de respeto a la intimidad.²⁶⁸

A modo de síntesis, se puede afirmar que las determinaciones de prevalencia entre principios por parte de los juzgadores se traducen en reglas que señalan que bajo determinadas *condiciones genéricas* se debe optar por favorecer la aplicación de algunos principios sobre otros, lo cual no implica que la regla sea absoluta, pues las cosas pueden modificarse si sobrevienen otras razones en sentido opuesto.

Con todo, no se debe olvidar que si las decisiones del tribunal que resolvió la prevalencia son vinculantes para tribunales inferiores, dicha regla pasa a formar parte del sistema jurídico, y por lo tanto debe ser considerada en la resolución de otros casos futuros de forma obligatoria.²⁶⁹

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 68.

VIII. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN JAIME CÁRDENAS GRACIA

1. *Exordio*

En nuestro país, un estudio relativamente reciente sobre el papel de los principios en la interpretación y argumentación jurídica se encuentra en la obra del doctor Jaime Cárdenas intitulada *La argumentación como derecho*. En dicho trabajo, el análisis se centra en el impacto de los principios en la interpretación constitucional; no obstante, se estima que de tales investigaciones se pueden desprender algunos puntos interesantes para el presente estudio.

En primer lugar se debe esbozar que para dicho autor las principales teorías de la argumentación jurídica surgieron principalmente por las siguientes circunstancias: *a)* el proceso de constitucionalización de los derechos; *b)* el surgimiento de tribunales constitucionales; *c)* la crisis del principio de legalidad, y *d)* el nacimiento de la lógica deóntica.²⁷⁰

En este sentido, se piensa que de sus consideraciones contextuales sobre el surgimiento de las teorías de la argumentación se puede desprender su posición antiformalista en la aplicación del derecho, posición que por cierto compagina con los principales postulados de los representantes del neoconstitucionalismo.

Bajo este sendero, Cárdenas Gracia, siguiendo al filósofo Habermas, y como revuelta contra los criterios estrictamente lógicos de la argumentación, entiende que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico o cerrado, ya que el mismo discurso jurídico puede ser visto como un caso particular de discurso moral, lo que implica argumentar las decisiones bajo los términos del derecho y la justicia.²⁷¹

Por otro lado, dicho autor ha enmarcado el innegable impacto que los principios han tenido en el derecho,²⁷² al señalar que los mismos son clave para comprender el paso del Estado de derecho al Estado constitucional, la incorporación del silogismo práctico, la aparición de una textura abierta del derecho, la relación entre la moral y el derecho, y, por supuesto, el surgimiento de un nuevo modelo de argumentación jurídica.²⁷³

²⁷⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 26.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

²⁷² Por ello, Cárdenas Gracia desarrolla en su obra un análisis detallado sobre la distinción entre reglas y principios, así como sobre su clasificación, su función y su crítica. Se considera que dicho análisis es la base que él utiliza para comenzar el estudio sobre la argumentación jurídica principalista.

²⁷³ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 119.

Bajo las anteriores concepciones preliminares surgiría ahora la siguiente pregunta: ¿se puede afirmar que Cárdenas Gracia presenta una teoría de la argumentación jurídica?

Parecería arriesgado que se contestara la pregunta en sentido afirmativo, pues cualquier persona, y con toda razón, podría pedir que se precisaran los elementos principales de tal teoría; por ejemplo, su objeto, su método, los criterios de corrección, entre otros más. Así, a pesar de que tal vez no se pueda vislumbrar una teoría de la argumentación jurídica creada por dicho autor, es innegable la importancia académica y práctica de sus reflexiones en torno a la argumentación jurídica de corte principalista.

Dichas reflexiones se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Los principios y valores se argumentan con el uso del principio de proporcionalidad.
- Los principios ponen fin a la idea tradicional de seguridad jurídica y la sustituyen por una seguridad más exigente;²⁷⁴ esto es, argumentativa, la cual incorpora la pluralidad de métodos interpretativos.
- Una labor de los jueces más comprometida con su contexto normativo e histórico.
- Bloque de juridicidad abierto.
- Reconocimiento de la sociedad plural.

Como se puede observar, Cárdenas Gracia adopta postulados de otras teorías para configurar y presentar sus reflexiones sobre la argumentación jurídica; por ejemplo, de Zagrebelsky adopta la idea del pluralismo de valores sociales, y de Robert Alexy, la referencia al principio de proporcionalidad; por ello, en el siguiente punto se precisarán algunos puntos relevantes de dicho principio de proporcionalidad bajo las ideas desarrolladas por Cárdenas Gracia.

2. *El principio de proporcionalidad*

Es relevante para cualquier teoría de la argumentación la existencia de algún tipo de criterio de razonabilidad para la conformación de la decisión judicial. En este sentido, Cárdenas Gracia parte del principio de proporcionalidad, el cual, como se ha referido en la presente investigación, se com-

²⁷⁴ Para el profesor Cárdenas es más exigente, porque la misma se logra con base en una labor interpretativa que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan. *Ibidem*, p. 203.

pone por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si bien ya se han explicado dichos subprincipios mediante ejemplos, ahora restaría precisar su operación en el ámbito constitucional.

En este sentido, cabe apuntar que con el subprincipio de idoneidad se determina si la afectación a los derechos fundamentales es adecuada o no para lograr la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por otro lado, el subprincipio de necesidad ayuda a analizar si la medida de intervención es la menos perjudicial con el derecho fundamental intervenido sobre todas aquellas medidas que pueden contribuir a lograr el fin propuesto. Por último, con el principio de proporcionalidad en sentido estricto se establece si la afectación en el derecho fundamental está justificada por la relevancia en la realización del fin buscado por la intervención legislativa.²⁷⁵

Por otra parte, es evidente que existen criterios alternos al principio de proporcionalidad a los que pueden acudir los jueces para lograr la razonabilidad de sus argumentos. La pregunta que surgiría entonces es ¿por qué el principio de proporcionalidad es superior a los demás criterios existentes?

Para desentrañar dicha situación, el multicitado autor parte de la tesis de que cualquier método que jerarquice de manera a priori un principio sobre otro, sin tomar en cuenta el contexto del caso en análisis, no tiene razón de ser en una sociedad pluralista.²⁷⁶

Esta jerarquización es lo que precisamente no busca el criterio de proporcionalidad. Así, con el mismo se sopesan los principios jurídicos de acuerdo con las particularidades del caso jurídico, a fin de establecer cuál tiene más peso conforme a las circunstancias especiales del asunto. Con ello, lo que se está haciendo es tomar en cuenta el carácter pluralista y cambiante de las sociedades contemporáneas.²⁷⁷

En este sentido, es evidente que Cárdenas Gracia no estaría de acuerdo en establecer un esquema de jerarquías entre principios, lo cual a primera vista podría contraponerse con una de las ideas que en el capítulo cuarto se desarrollará bajo el rótulo de “Condiciones de prioridad de principios”; no obstante ello, cabría aclarar que el esquema de condiciones que se presentará no busca fungir como una tabla jerárquica de principios, sino como un diseño de condiciones de prioridad flexible; esto es, con un carácter no absoluto. De esta manera, se puede concluir que toda propuesta que jerarquice los principios de forma cerrada sería inapropiada para el desarrollo de los Estados constitucionales.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 142-144.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 148.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 149.

Con lo dicho basta para reflejar la riqueza y utilidad del principio de proporcionalidad, tan importante en la argumentación jurídica principalista, ya que este principio se materializa precisamente en contextos pluralistas, como los que se viven en las sociedades actuales.

3. *Ideas centrales*

Se considera que los puntos esenciales de las reflexiones de Cárdenas Gracia y útiles para la presente investigación se contienen en las siguientes afirmaciones efectuadas por dicho autor:

- La argumentación jurídica sufrió un cambio derivado de la inclusión de principios constitucionales. La argumentación por principios hizo a un lado la subsunción y la aplicación mecánica, y se centró en los métodos de interpretación retórica, basada en ponderación y razonabilidad.
- El derecho no se agota en las reglas jurídicas. Por ello, el juzgador, más que conocer leyes debe entender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en correspondencia con el contexto social, político y económico.
- Los principios generan una sistematicidad no reducida en la ley, sino una sistematicidad que considera todo el bloque de juridicidad; esto es, la que integra elementos morales, sociales, culturales o ideológicos.
- La transformación en el derecho es de un monismo jurídico a un pluralismo de fuentes.
- Los principios no eliminan la seguridad jurídica, sino más bien la aseguran de una forma realista y profunda con las exigencias de las sociedades pluralistas.
- La certeza jurídica no es producto de la lógica deductiva, sino de un proceso que asume reglas de racionalidad práctica, como es la universalidad.
- Los principios permiten la textura abierta en el derecho, ya que los mismos son sumamente indeterminados. Así, sólo se puede conocer su alcance en cada caso concreto.
- La argumentación principalista exige ponderar, pues de esta forma es posible mantener vigente el cúmulo de valores que caracteriza a una sociedad plural.
- La argumentación por principios no significa arbitrariedad o activismo judicial, sino razonabilidad bajo criterios no tradicionales.

Como se ha observado, las tesis centrales de dicho autor se ubican dentro de la argumentación jurídica de corte principalista. Su inquietud primordial es que los juzgadores deben mirar al pluralismo de fuentes que irradia el derecho, con lo cual se está de acuerdo; sin embargo, se considera que es una tarea difícil en un escenario como el que se tiene en México, en el que predomina una tradición jurídica de corte formalista.

Con todo, resulta enriquecedor el planteamiento presentado por este autor para los fines de esta investigación. La tarea que quedaría pendiente sería continuar generando espacios para el desarrollo y la comprensión de las transformaciones en el derecho; por ejemplo, la referida al paso de un estadio legalista a uno maximalista en el razonamiento jurídico.

IX. CONSIDERACIONES SOBRE LA ARGUMENTACIÓN CON UNA ORIENTACIÓN NO PRINCIPALISTA

A fin de contar con elementos teóricos que nos permitan entender de mejor manera el alcance de las teorías de la argumentación jurídicas de corte principalista, sería oportuno abordar una de las teorías, que al igual que las de orientación principalistas, se desarrollaron después de la Segunda Guerra Mundial, pero con un enfoque diferente.

Dicho análisis puede resultar fructífero en la contrastación de la mayoría de las teorías descritas en este capítulo, a efecto de evaluar el alcance que puede tener la argumentación jurídica de naturaleza principalista; ello, desde luego, sin desconocer o minimizar la oportunidad y utilidad de las teorías del razonamiento jurídico con una orientación diversa.

Para cumplir este propósito, en este punto se van a precisar, aunque de forma general, los elementos que integran un argumento bajo el enfoque de la teoría de la argumentación con orientación no principalista elaborada por el profesor inglés Stephen Toulmin, el cual, si bien no fue un jurista, generó un diagrama útil para los procesos de decisión judicial y de otro tipo.

El fin general de Toulmin, plasmado explícitamente en el prefacio a su libro intitulado *Los usos de la argumentación*, fue rechazar por confuso el concepto de inferencia deductiva; en otras palabras, este autor quería criticar el supuesto asumido de que todo argumento puede expresarse en términos formales.

Con dicho antecedente, se puede entender que Toulmin buscó identificar un modelo práctico de razonar; esto es, propiciar una lógica aplicada, de ahí que en la doctrina contemporánea se conozca a Toulmin, al menos en el ámbito de la comunicación y el derecho, por su modelo práctico de la argumentación.

Así, el modelo de Toulmin no hace más que representar un esquema para describir la estructura de un argumento. El mismo se compone de los siguientes elementos: datos o razones (D), conclusión o pretensión (C), garantías (G), respaldo (R), condiciones de excepción o refutación (E) y los calificativos o matizadores modales (M).²⁷⁸

El elemento identificado como (D) se refiere a la información en que se basa la afirmación contenida en la conclusión; es decir, la razón que tenemos para sustentar alguna afirmación; de esta manera, el bloque identificado como (C) será el punto de partida y destino del proceso argumentativo; las garantías (G) son los estándares prácticos que nos permiten pasar de los datos a la afirmación; esto es, enunciados hipotéticos que funciona a modo de puente; el respaldo (R) son enunciados categóricos sobre hechos, los cuales se utilizan cuando las garantías son puestas en tela de juicio; las condiciones de refutación (E) apuntan a las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse a un lado, y los matizadores modales (M) indican la fuerza conferida por la garantía en el paso adoptado de los datos a la conclusión del argumento.²⁷⁹

El referido modelo de argumento de Toulmin lo podemos representar en nuestro contexto, con el siguiente ejemplo en materia electoral:

La magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanís Figueroa, es ciudadana mexicana (D), *por lo tanto, presuntamente* (M), tiene la obligación de obtener su credencial de elector (C), *porque* los ciudadanos mexicanos tienen el deber de tramitar su credencial de elector (G), *teniendo en cuenta* que el artículo 180, numeral 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que los ciudadanos tendrán la obligación de acudir a las oficinas que determine el Instituto Federal Electoral, a fin de solicitar y obtener su credencial para votar con fotografía (R), *a menos que* la magistrada Alanís no cumpla con los requisitos legales para solicitar su credencial de elector (E).

Como se puede apreciar, el modelo de Toulmin es un esquema que nos permite estructurar los argumentos en el ámbito práctico. El mismo se asume como una forma de argumentar en el ámbito del derecho y en otros contextos (recordemos que Toulmin no fue un jurista). Dicho esquema no encuadra en el contexto de la argumentación de corte principalista, ya que no ofrece un estudio y análisis de cómo argumentar o decidir en el supuesto de que nos encontremos ante una colisión entre principios. Ello no implica que el esquema desarrollado por el profesor inglés sea infructífero para la

²⁷⁸ Toulmin, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007, pp. 137 y 138.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 134-143.

práctica de la toma de decisiones en el ámbito jurídico; sólo implica que existen otras orientaciones útiles para el ámbito argumentativo.

Con todo, queda en el lector el obtener sus propias conclusiones sobre la importancia actual o no de los modelos de argumentación de enfoque no principalista como el propuesto por Toulmin, sobre todo si se asume, como el que escribe lo hace, que muchos de los conflictos sobre la aplicación de las reglas jurídicas a los casos concretos pueden ser elevados a un problema de tensión entre principios o, mejor, de vigencia o no de derechos fundamentales.

CAPÍTULO TERCERO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

I. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO

1. *El caso Armando Ovando Gallegos (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-393/2005)*

A. Descripción del caso

Las partes en el conflicto son el señor Armando Ovando Gallegos, miembro del Partido Acción Nacional, la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional y el Comité Directivo Municipal del mismo partido.

Las circunstancias fácticas y jurídicas del asunto se describen a continuación:

En febrero de 2005, el Comité Directivo Municipal del Partido Acción Nacional en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, solicitó ante la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional un procedimiento de sanción en contra de Armando Ovando Gallegos por diversos actos que violaban la normativa del citado partido.

En esencia, se puede decir que la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional consideró que el Comité Directivo Municipal basó su acción en contra de Armando Ovando Gallegos en tres circunstancias:

- El desacato de la orden de la delegación estatal relativa a la entrega-recepción de los bienes del mencionado Comité Directivo.
- Las declaraciones de Armando Ovando Gallegos a los medios de comunicación sobre asuntos internos del partido (su destitución como presidente del Comité Directivo).

- Las declaraciones en medios públicos de Armando Ovando Gallegos de la existencia, afiliación y objetivos de un grupo denominado “Carlos Castillo Peraza”, lo cual generó confusión en la ciudadanía y dañó la imagen del partido.

En junio de 2005, la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, derivado de su interpretación de que no se pueden ventilar en forma pública los asuntos internos del partido político, y de que la aceptación pública de la existencia de un grupo de panistas (lo que generó confusión en la ciudadanía y dañó la imagen del Partido Acción Nacional) contraviene la normativa, los principios y los programas del Partido Acción Nacional, resolvió suspender de todos sus derechos como miembro activo del Partido Acción Nacional a Armando Ovando Gallegos por un lapso de tres años.

En julio de 2005, Armando Ovando Gallegos promovió ante el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Acción Nacional, demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en contra de la resolución de la Comisión de Orden, aludiendo que se violaban sus derechos político-electorales, en específico el derecho de asociación en su vertiente de afiliación política, así como el derecho de libertad de expresión.

La demanda de Armando Ovando Gallegos para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano tuvo como base la consideración de la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, de que está prohibido ventilar en forma pública los asuntos que atañen a la vida democrática de los partidos políticos, lo que para él se encuentra en oposición del derecho de libertad de expresión. Asimismo, Ovando Gallegos apeló en la misma demanda que la formación de un grupo dentro del Partido Acción Nacional constituye nada menos que el ejercicio de un derecho contemplado tanto en la normativa del partido como en la propia Constitución.

B. *Principios en colisión*

El presente caso representa un ejemplo de la posibilidad de colisión o tensión entre dos principios de naturaleza diferente; es decir, entre un derecho fundamental y un principio del Estado constitucional democrático, que bien se podría denominar en sentido estricto principio constitucional, ya que en sentido amplio un derecho fundamental también es un principio constitucional.

Es criterio general estudiar y analizar colisiones entre derechos fundamentales (piénsese en la libertad de expresión, derecho a la intimidad, igualdad o seguridad jurídica). La mayoría de los ejemplos que nos presenta la doctrina lo hacen así. Pese a ello, es latente la posibilidad de colisión entre un derecho fundamental y un principio jurídico no considerado derecho fundamental, lo cual contribuye a ampliar el campo de la ponderación y argumentación con principios, entendidos éstos en su más amplio concepto.

En palabras del doctor Carbonell, este caso no viene más que a destacar la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan entrar en colisión con otros bienes de relevancia constitucional, ya sean otros derechos fundamentales, o bien valores o fines constitucionalmente protegidos.²⁸⁰

De esta forma, en el caso Ovando Gallegos existe una colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y de asociación con un principio jurídico del Estado constitucional democrático,²⁸¹ referente a la autoorganización y autorregulación interna de los partidos políticos considerados entidades de interés público.

En este sentido, en la parte de los considerandos de la sentencia del caso que se comenta se precisa que la colisión se da, por un lado, entre el derecho de autoorganización de los partidos políticos, que incluye su facultad autonormativa; esto es, la posibilidad de establecer normas que impidan acciones que afecten la estabilidad del partido político, pongan en riesgo su existencia o imposibiliten la consecución de sus fines constitucionales y la potestad disciplinaria, y por el otro, la libertad de expresión de un afiliado, tensión que debe resolverse por la ponderación entre ambos principios.²⁸²

Aunado a ello, se tiene la afectación del derecho de asociación, que provocó el ejercicio del derecho de autoorganización de los partidos. Así, es evidente que al igual que la tensión entre este último derecho y el principio de libertad de expresión existe una colisión entre el multicitado derecho de los

²⁸⁰ Carbonell, Miguel y Vado Grajales, Luis Octavio, *Libertad de expresión, partidos políticos y democracia. Comentarios a la sentencia SUP-JDC-393/2005*, 2a. ed., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, p. 44.

²⁸¹ Cabe precisar que si bien la libertad de expresión de un militante de un partido político puede ser considerada también como un principio del Estado constitucional democrático, para los fines de la presente investigación se va a analizar desde su naturaleza de derecho fundamental para distinguirlo del derecho de autorregulación de los partidos políticos, el cual no implica un derecho fundamental, pero sí, como se ha dicho, un principio del Estado constitucional democrático.

²⁸² Sentencia SUP-JDC-393/2005. Actor: Armando Ovando Gallegos. Autoridad responsable: Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

partidos y el derecho fundamental de reunión en materia político-electoral establecido en la Constitución.

A efecto de simplificación, y en virtud de la naturaleza de derechos fundamentales de los principios de reunión y de libertad de expresión implicados en este asunto, en adelante se referirá de forma conjunta la tensión entre dichos derechos y el derecho de autoorganización de los partidos políticos.

C. *Argumentación y sentencia*

En este punto llama la atención el esquema de control racional de la ponderación que se efectuó para resolver la colisión entre los principios involucrados (que se podría identificar como control de razonabilidad). Así, los juzgadores partieron del esquema elaborado por el profesor José Juan Moreso (ya que se cita como fuente uno de sus trabajos: *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*).

Para comprender dicho método de control racional es importante precisar sus pasos, los cuales fueron seguidos por los magistrados que resolvieron el caso que se comenta:²⁸³

1. *Delimitación del universo de discurso.* Las acciones y omisiones de los afiliados reguladas en las normas que establecen la aplicación de sanciones en los casos de indisciplina.
2. *Identificación de las normas, prima facie, aplicables al ámbito de acciones especificado, así como las que prevén las causas de justificación, particularmente las que establecen el ejercicio de un derecho.* En esta etapa se identifican los principios constitucionales o las normas que establecen derechos fundamentales, como la libertad de información y la libertad de expresión.
3. *Consideración de casos paradigmáticos.* A fin de acotar la función del ámbito de las reconstrucciones admisibles, ya que sólo son aceptables aquellas reconstrucciones que tratan adecuadamente los casos paradigmáticos. En esta etapa se debe pensar en diversos casos hipotéticos que aborden la cuestión desde diversos ángulos.
4. *Establecimiento de las propiedades relevantes del universo de discurso.* Ello a fin de poder determinar las soluciones legales. Como ejemplo de propiedades relevantes en el caso que se analiza se tendría la calidad de militante, el estatus constitucional de los partidos políticos como en-

²⁸³ *Idem.*

tidades de interés público, el carácter o contenido de las expresiones proferidas, entre otras más.

5. *La formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo de discurso.* El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de dar cuenta de los llamados casos paradigmáticos.

Se debe aclarar que como refieren los juzgadores en la respectiva sentencia, dicho método tiene como finalidad controlar el juicio de ponderación, de forma que una decisión judicial esté plenamente justificada; es decir, que no sea arbitraria; sin embargo, este esquema no es el único posible.

Precisado lo anterior, se comenzará ahora a desarrollar la argumentación jurídica desplegada por los decisores. Así, cabe apuntar que la misma partió con el análisis sobre si las acciones de Ovando Gallegos (la formación del grupo denominado “Carlos Castillo Peraza” y la difusión en la radio de la existencia y actividades de dicho grupo) contravienen las disposiciones internas del Partido Acción Nacional, tal como lo había señalado en su resolución la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional.

Después de una revisión de las disposiciones estatutarias aplicables, los decisores llegaron a la conclusión de que la existencia de un grupo de afiliados al Partido Acción Nacional que se ha dado a la tarea de analizar los documentos básicos que rigen a ese instituto político no contraviene disposición reglamentaria alguna (lo que parecía evidente, pues aun en el caso de que no se estableciera así por las disposiciones internas del partido, en otro nivel del lenguaje existe un derecho fundamental de asociación en su vertiente política).

La segunda pregunta que tenían que resolver los magistrados era si la difusión de esos hechos (la existencia del grupo y las actividades que vienen realizando) se encuentra bajo la protección del derecho fundamental de libertad de expresión. En este caso lo que hicieron primero los juzgadores fue analizar las declaraciones realizadas por el señor Ovando Gallegos y confrontarlas minuciosamente con las disposiciones en las que la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional basó su sanción.

Así, los magistrados llegaron a la conclusión de que las declaraciones públicas del señor Ovando Gallegos (la existencia del grupo y las actividades que vienen realizando) no contravienen alguna disposición interna del grupo político. Tampoco se trata de asuntos confidenciales y conflictos internos del partido, de manera que se dañe la imagen del partido político (ya que la Comisión de Orden no expresó razones por las que pudiera consi-

derarse a las declaraciones como un asunto confidencial, un conflicto intrapartidario o que las mismas dañen la imagen del partido), ni se desconoció la autoridad del Comité Directivo Municipal o se pretendió la intromisión de una estación de radio en los actos propios del partido.

Derivado de ello, para el Tribunal Electoral no es adecuado estimar, como lo hizo la Comisión de Orden, que lo expresado por el señor Ovando Gallegos configuró los cuatro actos de indisciplina previstos en la normativa interna del partido; sin embargo, para dicho tribunal la conducta atribuida al militante sería subsumible, *prima facie*, sólo en dos de los supuestos previstos en la normativa interna como actos de indisciplina; esto es, el atacar, de hecho o de palabra, las decisiones y acuerdos tomados por los órganos del partido y el acudir a instancias públicas o privadas ajenas al partido para tratar asuntos internos del mismo o para intentar su intromisión en los actos propios del partido.

De esta forma, considerando todos los elementos jurídicos y fácticos aplicables al caso, los decisores determinaron que los actos del señor Ovando Gallegos estaban protegidos por el derecho fundamental a la libertad de expresión, ya que un régimen disciplinario interno de un partido político no puede limitar injustificadamente el ejercicio de dicho derecho conferido en una norma de derecho fundamental de mayor jerarquía a cualquier disposición partidaria, en términos del principio constitucional de jerarquía normativa, por lo que en palabras de los magistrados hay una precedencia en favor del derecho de libertad de expresión en relación con el derecho a la imagen del partido político, y se aclararía que más bien es en relación con el principio constitucional de autoorganización de los partidos políticos y con independencia del principio de jerarquía normativa, pues la posibilidad de autoorganización partidaria es una disposición a nivel constitucional.

Las principales razones presentadas por los magistrados para sustentar su determinación de que en el presente caso individual los actos imputados al señor Ovando Gallegos están bajo la protección del derecho fundamental a la libre expresión y de alguna forma del derecho de asociación, fueron las siguientes:²⁸⁴

- Las declaraciones constituyen la manifestación de opiniones, puntos de vista o convicciones políticas y partidarias, las cuales deben recibir la más eficaz protección, dada la posición eminente de la

²⁸⁴ Para mayor abundamiento, véase Sentencia SUP-JDC-393/2005. Actor: Armando Ovando Gallegos. Autoridad responsable: Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

libertad de expresión en el entramado de las instituciones democráticas, además de que estas declaraciones constituyen una actitud proactiva de un militante en el ejercicio de un derecho partidario.

- El derecho a la libre manifestación de las ideas es una condición de posibilidad de un debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas, que no sólo contribuye a asegurar una mayor democratización interna de los partidos políticos, sino también el enriquecimiento de las iniciativas, propuestas y alternativas en el seno de los mismos.
- La restricción o limitación de la libertad de expresión, más allá de los límites permitidos constitucionalmente, no sólo negaría el ejercicio de un derecho fundamental, sino también podría activar las tendencias oligárquicas de los partidos políticos.
- Dado el papel que tienen en el desarrollo del Estado constitucional democrático de derecho y su estatus constitucional de entidades de interés público, los partidos políticos no deben ser entidades inmunes a la crítica o autocrítica.
- Cualquier expresión de un militante que tienda a la consecución del debate público, plural, libre y tolerante, así como al mantenimiento y consolidación de una cultura democrática en la sociedad, está protegida constitucionalmente, ya sean expresiones favorablemente o consideradas inocuas o críticas negativas particularmente duras, intensas e impactantes, siempre y cuando no se violen, por ejemplo, los derechos del partido político, porque se lesiona gravemente la estabilidad del partido político, su identidad partidaria o se impide la consecución de sus fines constitucionalmente encomendados.
- El objetivo del derecho fundamental de libertad de expresión es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder, aun cuando a aquélla o a éste no le agraden o le disgusten las expresiones proferidas.
- El contenido de las expresiones proferidas por el señor Ovando Gallagos no implicó la disminución o el demérito de la imagen del partido político, ya que no está acreditado ni se advierte de qué manera dichas expresiones dañaron la imagen del instituto político ante la propia sociedad.
- El derecho a la libertad de expresión presenta una doble vertiente: representa un derecho de cada individuo, pero implica también un derecho de la colectividad a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento de otros ciudadanos. Así, las declaraciones radiofónicas quedan comprendidas dentro del ejercicio de libertad de expresión en esta doble vertiente.

De esta idea es el maestro Luis Octavio Vado, quien, a propósito de los comentarios a esta sentencia, ha dicho que “tutelar la libertad de expresión en materia política es proteger el derecho de la sociedad a informarse, presupuesto necesario para decidir y participar en la vida democrática. Impedir la libertad de expresión no es únicamente agravar a una persona, sino afectar a toda la sociedad”.²⁸⁵

- El derecho a la libertad de expresión no es derrotado por ningún otro derecho fundamental; tampoco ninguna de las limitaciones constitucionalmente permitidas es aplicable al caso. Pese a que de las limitaciones admisibles la única que podría actualizarse sería la referente a los ataques de los derechos de tercero, concretamente el derecho a la imagen del Partido Acción Nacional ante la propia sociedad, no se demostró que las expresiones proferidas por el militante hayan afectado dicha imagen.
- La formación de una corriente o grupo en el interior del partido político están permitidos por disposiciones internas del propio partido, las cuales no son más que una concreción del derecho político-electoral de asociación contemplado a nivel constitucional.

Como se puede observar, el razonamiento jurídico para respaldar la prevalencia del principio jurídico de libertad de expresión y de asociación en materia política sobre el derecho de los partidos a autoorganizarse (lo que implica la posibilidad de sancionar a sus militantes) fue satisfactorio, ya que se presentaron diversas razones relativas tanto a cuestiones fácticas como jurídicas y doctrinarias, y no se aprecian razones que justifiquen el optar por la otra opción (la prevalencia del derecho de los partidos políticos). Así, de la justificación y argumentación de corte principalista se resolvió que debería restituirse al ciudadano Armando Ovando Gallegos en el pleno goce de sus derechos como militante del Partido Acción Nacional.

Se considera que la decisión judicial logró pasar el test de razonabilidad no sólo por haberse planteado y seguido un método particular (el elaborado por José Juan Moreso), sino más bien por presentar el mayor y mejor número de razones para la toma de posición bajo el mecanismo de ponderación, decisión que si bien estuvo respaldada por consideraciones dentro del campo de la política constitucional y social; por ejemplo, la referencia a la importancia de la libertad de expresión en las sociedades pluralistas de los Estados constitucionales de derecho, todo ello fue dentro del cauce del sistema jurídico, por lo que no se trató de una justificación únicamente ideológica o

²⁸⁵ Véase Carbonell, Miguel y Vado Grajales, Luis Octavio, *Libertad de expresión...*, cit., p. 102.

política ni mucho menos arbitraria. Así, la precedencia relativa del principio de libertad de expresión y de asociación sobre el derecho de los partidos a autoorganizarse pone de relieve la posibilidad de colisión entre dos principios que no tienen la misma naturaleza, pues es evidente que el derecho de autorregulación de los partidos políticos si bien se contiene en la norma fundamental, no es considerado como parte de los derechos fundamentales, los cuales en nuestro sistema jurídico antes de las reformas constitucionales de 2011 se identificaban bajo el rótulo de “garantías individuales”.

Bajo esta realidad, algunos investigadores, como Carbonell, han señalado que la sentencia del caso Ovando Gallegos debe ser tomada en cuenta para resolver futuros conflictos intrapartidistas por medio de técnicas modernas, como la ponderación y la proporcionalidad, y considerando los efectos horizontales de los derechos fundamentales,²⁸⁶ declaraciones con las cuales se está totalmente de acuerdo.

Asimismo, otros autores, como el maestro Luis Octavio Vado, han referido que al ser el caso Ovando Gallegos un asunto que implica un derecho fundamental que choca con otros bienes constitucionales, la ponderación resulta ser el método más apropiado de argumentación, pues la misma da cuenta del alcance del derecho fundamental en el caso particular, de una forma más abierta; por ejemplo, considerando el derecho comparado y la interpretación doctrinal,²⁸⁷ componentes que, como se observó, se encuentran a lo largo de la argumentación jurídica desarrollada en el caso en análisis.

D. Comentarios

En el caso Armando Ovando Gallegos se aprecia una interesante argumentación jurídica principalista, ya que se hace referencia tanto a aspectos jurídicos como a cuestiones de tipo sociológico, cultural y político; asimismo, porque se presenta una amplia referencia al tratamiento de la libertad de expresión desde ámbitos internacionales y doctrinales (los cuales, si bien no son exclusivas de la argumentación principalista, sí vienen a enriquecerla).

Por otro lado, desafortunadamente se observa que en el razonamiento jurídico vertido en la sentencia del caso en comento se le dio poca importancia a otro de los principios que se encontraba en colisión; esto es, al principio de asociación en su vertiente política, ya que se expresan un sinnúmero de razones para apoyar la prevalencia del derecho de libertad de ex-

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 73.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 95.

presión; sin embargo, no se ofrecen de igual manera razones para justificar la importancia del triunfo del principio de asociación sobre el derecho de los partidos políticos, lo que hace pensar que no tuvo mucha trascendencia para los magistrados dicho derecho o, peor aún, si se parte de un visión estrictamente lógica, parecería que apelaron a la falacia de petición de principio, y por lo tanto no consideraron necesario desarrollar razones para justificar la prevalencia *prima facie* de tan importante principio. En el mismo sentido, el maestro Luis Octavio Vado ha observado que el caso Ovando Gallegos se centró en el tema de la libertad de expresión dejando a un lado otros aspectos relevantes, como es la libertad de asociación intrapartidaria, la cual fue abordada con menor profundidad en la sentencia.²⁸⁸

Por último, cabría recordar que si bien el principio de libertad de expresión cuenta con diversas limitaciones señaladas en la Constitución (por ejemplo, una acción que afecte derechos de terceros, ataque a la moral o perturbe el orden público), ello no significa que se tenga que dejar de ponderar y argumentar sobre la justificación de dichas limitaciones; esto es, las limitaciones expresas no nos dicen qué postura tomar en los casos particulares; lo único que nos dicen es que existen algunas acciones que pueden limitar el derecho de libertad de expresión; pero ello queda sujeto al razonamiento jurídico y a las características particulares de los asuntos. Como muestra véase el caso en análisis, en el que si bien se puede estar afectando de alguna manera el derecho del Partido Acción Nacional para sancionar a un militante, que se contiene dentro de su derecho constitucional de autoorganización y autorregulación interna, ello no se traduce en que tajantemente y sin previa ponderación de principios y argumentación jurídica deba optarse por la limitación del principio de libertad de expresión.

En definitiva, los criterios que se han vislumbrado en la sentencia que se comenta confirman el importante papel que desarrollan los jueces como defensores de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales de derecho. Siguiendo a Carbonell se puede concluir señalando que los jueces son los guardianes de esos derechos, cuyo efectivo disfrute se constituye como el antecedente para que se realice cualquier régimen democrático; así, las democracias contemporáneas son nada menos que democracias con jueces.²⁸⁹

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 112 y 113.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 73.

2. *El caso Iridia Salazar Blanco (juicio de inconformidad, expediente: ST-JIN-7/2009)*

A. Descripción del caso

El caso se genera como consecuencia de los resultados de la jornada electoral celebrada el 5 de julio de 2009, en la cual se eligieron diputados federales por el principio de mayoría relativa correspondiente al 08 Distrito Electoral Federal, en el estado de Michoacán.

Derivado de dicha jornada electoral, el 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán realizó el cómputo distrital correspondiente y declaró la validez de la elección, por lo que expidió la constancia de mayoría y validez respectiva a la fórmula del Partido Acción Nacional integrada por Alfonso Jesús Martínez Alcazar como propietario e Iridia Salazar Blanco como suplente.

Inconforme con esta determinación y cómputo, el Partido Revolucionario Institucional promovió juicio de inconformidad en contra de los resultados del acta de cómputo distrital de la elección para diputados federales por el principio de mayoría relativa correspondiente al 08 Distrito Electoral Federal, la cual arrojó como vencedores por escasa diferencia a la fórmula postulada por el Partido Acción Nacional sobre la fórmula del Partido Revolucionario Institucional con su candidato José Juan Marín González.

Las partes involucradas en el presente juicio son: el Partido Revolucionario Institucional como parte actora, el 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán como autoridad responsable y el Partido Acción Nacional como tercero interesado.

Los hechos materia del presente juicio se resumen a continuación:²⁹⁰

- a. El 3 de octubre de 2008 se declaró el inicio del proceso electoral ordinario para la elección de diputados federales, que integrarían la Legislatura LXI de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- b. El Partido Revolucionario Institucional registró a José Juan Marín González como candidato a diputado federal en el Distrito 08 en Morelia Oeste.
- c. El Partido Acción Nacional registró como candidatos a diputados a la fórmula integrada por Jesús Alfonso Martínez Alcazar e Iridia Sala-

²⁹⁰ Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

- zar Blanco, en su carácter de propietario y suplente, respectivamente, en el Distrito 08 en Morelia Oeste del estado de Michoacán.
- d. De acuerdo con el acta circunstanciada del Consejo Distrital 08, durante el proceso electoral existieron pintas realizadas por el Partido Acción Nacional, cuyo contenido es “Diputado Federal Alfonso. Iridia Salazar Suplente. Emblema del PAN y la Frase Siempre Contigo, además de un rectángulo Acción Responsable”.
- e. En el proceso electoral, la imagen de la candidata suplente a diputada federal, Iridia Salazar Blanco, apareció en spots publicitarios, que se transmitieron en televisión; asimismo, su voz se escuchó en spots en radio. En ambos medios de difusión, el mensaje de Iridia Salazar fue el siguiente:

Una de las emociones más grandes que he sentido, fue ganar mi medalla olímpica, pero no se compara en nada con lo que siento ahora, que voy a ser mamá.

Yo quiero que mi bebé nazca en un país seguro, tranquilo, donde pueda crecer haciendo deporte y sin el peligro de las drogas. Por eso yo voy a votar por el PAN, para ayudar al Presidente en la lucha contra la delincuencia, no podemos permitir que la droga llegue a nuestros hijos.

Por otra parte, el Partido Revolucionario Institucional, como actor en el caso que se comenta, presentó un agravio en los términos siguientes:

La transgresión al principio de equidad que se encuentra precisado en los artículos 41, fracción II, y 116, fracción IV, inciso g, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El anterior agravio se materializó por las siguientes circunstancias que refirió la parte actora:

- Las pintas fueron fijadas en lugares abandonados, y por ende carecían de permiso. Dicho acto sucedió en un sinnúmero de lugares del Distrito 08, generando así una falta de equidad y creando una desventaja hacia los demás partidos políticos.
- La imagen de la candidata suplente a diputada federal, Iridia Salazar Blanco, en calidad de ciudadana, que apareció reiteradamente en canales de Televisa y Televisión Azteca en horario estelar a nivel nacional, a diferencia de los demás candidatos a diputados federales por el Distrito 08 que no aparecieron en spots publicitarios a ese nivel, instituye una ventaja clara por parte de la fórmula de la cual es integrante.

- Que el tope máximo de gastos de campaña para la elección de diputados fijado por el Consejo General del Instituto Federal Electoral fue rebasado por la fórmula de candidatos del Partido Acción Nacional, generando así una falta de equidad durante el proceso electoral.

Asimismo, los magistrados que conocieron del asunto precisaron que la litis del caso consistiría en determinar si las posibles irregularidades descritas por el Partido Revolucionario Institucional en su demanda acreditan la violación al principio de equidad que rige en las contiendas electorales, y si dicha violación fue determinante para el resultado final de la votación, lo anterior nos llevaría a precisar un posible conflicto entre principios constitucionales, en los términos que precisaremos en el siguiente punto.

B. *Principios en colisión*

A primera vista parece que el caso Iridia Salazar no involucra principios en tensión. De hecho, en la argumentación jurídica efectuada por los magistrados no se vislumbra en un primer momento un tratamiento del problema sobre la idea de tensión entre principios constitucionales. Así, los primeros razonamientos efectuados se generan para atender el agravio del actor y para justificar o no la hipótesis de nulidad de la elección a la luz de lo que establece el artículo 78 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; esto es, sobre las condiciones necesarias para poder declarar la nulidad de una elección de diputados o senadores (existencia de violaciones en la jornada electoral sustanciales, de forma generalizada, en el distrito o entidad de que se trate, plenamente acreditadas y determinantes para el resultado de la elección).

Pese a lo anterior, es evidente que en el presente caso, como lo refieren en la parte de los considerados de la sentencia los propios juzgadores, se encuentran inmersos principios constitucionales que rigen la elección de los poderes públicos, como son el voto universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, la legalidad, la independencia, la imparcialidad y la objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad.

A pesar del citado conglomerado de principios constitucionales que envuelve un procedimiento electoral, es claro que en el asunto que se analiza se deben ubicar los principios que de manera directa entrarían en conflicto. Tomando en consideración primordialmente los agravios hechos valer por la parte actora, se tendría el principio constitucional de equidad en las campañas o contiendas electorales, el cual el Partido Revolucionario Institucional estima ha sido vulnerado, afectando en consecuencia a dicha entidad y a su candidato a diputado federal.

Este principio estaría en colisión con el derecho de sufragio universal para la elección de poderes públicos, pues la posible nulidad de la elección afectaría directamente la decisión tomada por los ciudadanos mediante el ejercicio de tal derecho.

Asimismo, estaría en tensión el citado principio de equidad con el principio de libertad de expresión, del que goza tanto Iridia Salazar en su carácter de ciudadana como en alguna medida el Partido Acción Nacional, si se entiende que el derecho de libertad de expresión no sólo se refiere al derecho de las personas a expresar ideas o pensamientos, sino que también se constituye como el derecho de la sociedad a recibir información. Así, una institución política opera como un agente para generar y difundir la misma.

De este modo, en el caso Iridia Salazar los principios constitucionales que colisionan son tres: el de libertad de expresión, el de equidad en campañas electorales y el de sufragio universal. Bajo este esquema, parece latente la colisión entre principios de naturaleza distinta (piénsese, por ejemplo, en el principio de libertad de expresión como un derecho fundamental de los ciudadanos y el principio de equidad como un principio constitucional rector de los procesos electorales).

C. Argumentación y sentencia

A fin de facilitar el estudio de la argumentación jurídica desarrollada en el caso en cuestión se dividirá la misma en dos partes; en la primera parte se precisará a grandes rasgos el razonamiento efectuado para verificar la operatividad o no del agravio hecho valer por la parte actora, y en la segunda parte (que es más relevante para los propósitos de la presente investigación) se analizará el tratamiento de la colisión de los principios de libertad de expresión, equidad electoral y sufragio universal, y la justificación desarrollada para optar por la prevalencia de alguno de ellos.

a. Razonamiento efectuado para verificar la operatividad o no del agravio hecho valer por la parte actora

Como preámbulo se debe recordar que los juzgadores analizaron el agravio a la luz de las causas legales para decretar la nulidad de la elección. El agravio se materializa en tres específicas circunstancias, las cuales generan supuestamente la transgresión del principio de equidad: *i*) el rebase de los topes de gastos de campaña por parte de la fórmula de candidatos del Partido Acción Nacional; *ii*) la participación de Iridia Salazar Blanco en calidad de ciudadana en spots de televisión y radio promoviendo el voto a favor del Partido Acción Nacional, y *iii*) la existencia de legislación local (en el estado de Michoacán) que prevé la nulidad de la elección cuando se rebasan los topes de gastos de campaña.

El razonamiento desplegado para determinar que fue infundado el agravio hecho valer por la autora consistente en rebasar los topes de gastos de campaña tuvo su origen en el propio marco jurídico constitucional que regula dichos gastos. Así, los magistrados encontraron suficiente aludir a las disposiciones constitucionales y legales para evidenciar la no configuración de este agravio. En primer lugar, los magistrados efectuaron una interpretación respecto del objetivo que se buscó al fijar los topes en los gastos de campaña, que no es otro que el propiciar equidad, equilibrio y certeza en los procesos electorales. En segundo lugar, se dio la razón jurídica por la cual no se pueda acreditar la irregularidad que hace valer el actor; esto es, porque constitucionalmente el acceso a los tiempos de radio y televisión por parte de los partidos políticos se otorga en los tiempos oficiales destinados al Estado, por lo que no pudo haber existido erogación por parte del Partido Acción Nacional por la transmisión de los promocionales en los que aparece Iridia Salazar.

Además de ello, los magistrados recurren a consideraciones doctrinarias para fortalecer su argumentación, como es el caso de las investigaciones de Lorenzo Córdova, por lo que los juzgadores coinciden con su pensamiento sobre que una de las finalidades de la reforma constitucional de 2007 fue fortalecer la equidad en la competencia como principio rector de todo proceso electoral democrático e impedir que los intereses privados irrumpieran disruptivamente en las elecciones.²⁹¹

Por otro lado, sobre la argumentación desplegada para decretar la inoperatividad del agravio que le causa a la parte actora la participación de Iridia Salazar Blanco en calidad de ciudadana en spots de televisión y radio

²⁹¹ *Idem.*

promoviendo el voto a favor del Partido Acción Nacional,²⁹² los decisores por cuestiones metodológicas, en primer lugar, analizaron detenidamente los spots referidos, a fin de encontrar alguna vulneración a la normatividad electoral que representara algún trato desigual para los partidos políticos. De dicho análisis se desprendió que los promocionales tienen la calidad de propaganda electoral en términos de las disposiciones legales en cuanto su contenido, ya que con los mismos sólo se puso a disposición del votante información sobre, por ejemplo, políticas públicas impulsadas por el Partido Acción Nacional invitando a los electores a votar por dicha institución política, situación que no refleja ninguna violación a la normativa en materia de propaganda electoral.

Algunas de las razones señaladas para determinar la juridicidad de los promocionales fue que en los mismos no se denigró a las instituciones ni a los partidos, ni se calumnio a alguna persona, por lo que se dio cumplimiento al artículo 41 constitucional, que establece las condiciones de ejercicio de la libertad de expresión en materia política. Así, el requisito de constitucionalidad en el ámbito nacional fue respetado, pero más aún, los decisores revisaron disposiciones de carácter internacional, observando que los promocionales cumplieron con la regulación externa, ya que el contenido de los mismos no atentó contra la seguridad o estabilidad nacional.

Bajo este contexto, los decisores entendieron que toda vez que los promocionales en donde aparece Iridia Salazar no vulneran las disposiciones constitucionales, supranacionales y legales, ya que su difusión no ocasiona perjuicio alguno al Partido Revolucionario Institucional, es perfectamente válido que el Partido Acción Nacional utilice la imagen de una personalidad pública para la promoción del voto a favor del propio partido.

Asimismo, no es problemático el que en los referidos spots se promuevan programas del gobierno federal; por ejemplo, sobre el combate al narcotráfico. Dicha situación queda justificada en tres razones señaladas por los decisores:

- La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido la legalidad del uso de programas sociales por parte de los partidos políticos para realizar propaganda política electoral, en tanto que estos programas fomentan el debate político entre partidos.

²⁹² Cabe aclarar que este punto se desarrollará con mayor profundidad en la parte conducente a la colisión entre principios; por ahora basta con especificar algunas consideraciones generales, sin analizar la argumentación jurídica de corte principalista desarrollada por los juzgadores.

- Las referencias a programas del gobierno federal en spots en televisión y radio propicia el conocimiento de la ciudadanía de las acciones del gobierno en turno, lo que se traduce en un razonado ejercicio de los derechos políticos de la población.
- Dicha situación trae como consecuencia mayor participación de la sociedad en el debate político de las acciones del gobierno, el escrutinio público, la crítica y valoración de las acciones del gobierno que respalda algún partido político, en este caso del Partido Acción Nacional.

Por otro lado, del análisis de los elementos que integran el promocional; es decir, la frases de Iridia Salazar sobre “que quiere que su bebé nazca en un país seguro en el que pueda hacer deporte y sin el peligro de las drogas y la invitación a votar por el Partido Acción Nacional en respaldo al Presidente de la República”, los juzgadores argumentaron que dichos elementos de contenido cumplen con los extremos del artículo 6o. de la Constitución; esto es, no se encuentra dentro de las excepciones para el ejercicio de la libertad de expresión (que se ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público).

La justificación para llegar a esta conclusión fue la siguiente:

- Sobre el límite de no afectar la moral, si bien no se puede hablar de una moral pública coincidente con todos los individuos en la sociedad pluralista de valores, queda la idea de una moral crítica particular. Así, en un Estado constitucional de derecho es necesario que una limitación a la libertad de expresión por afectar la moral deba ser evidente. En el caso en concreto nadie consideraría un ataque a la moral el promocionar la protección a la vida, la maternidad y el deporte.
- Sobre la afectación al orden público, es evidente que el promocional no incita a la violencia o al conflicto social, ni se comete ningún tipo de ilícito penal.
- Sobre la afectación de los derechos de tercero, partiendo de la idea de que el conflicto de derechos en particular ocurriría entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad sin que sea el caso, pues la propia Iridia Salazar renunció a dicho derecho de intimidad al salir en el promocional; más aún, del análisis del promocional no se desprende que dañe algún derecho de otra persona.

Por último, referente a la cita de la parte actora de que existe legislación local que prevé la nulidad de la elección cuando se rebasen los topes de

gastos de campaña, los magistrados consideraron inaplicable tal legislación. El argumento en el que basaron su determinación fue concreto: si se está hablando de un proceso electoral federal para renovar el Congreso de la Unión, es evidente que la normativa aplicable es la federal. Así, la disposición que regula la nulidad de elecciones en una entidad federativa no puede regir los procesos electorales de una instancia federal.²⁹³

Hasta aquí el análisis sobre el razonamiento e interpretación efectuada por los juzgadores sobre la operatividad o no de los agravios señalados por la parte actora; no obstante, como se puede apreciar, aún no se analiza la parte que se estima más compleja en la sentencia del caso que se comenta; esto es, en donde se efectúa una ponderación de los principios en tensión y, por consiguiente, una argumentación de corte principalista. Dicho análisis será el cometido del siguiente punto.

b. Tratamiento de la colisión de los principios de equidad electoral, libertad de expresión y sufragio universal, y la justificación efectuada para optar por la prevalencia de alguno de ellos

Como ya se ha referido, el Partido Revolucionario Institucional, como actor en el caso que se comenta, reclama la afectación al principio de equidad electoral, el cual entiende se ha generado derivado de los spots en radio y televisión en los que aparece Iridia Salazar, lo que en palabras del actor se traduce en una desigualdad en la contienda electoral que pone en duda la elección pública efectuada.

Partiendo de tal hipótesis, tendríamos una tensión del principio de equidad electoral con el de libertad de expresión y de sufragio universal, puesto que es la imagen y las expresiones de Iridia Salazar lo que al decir de la parte actora afecta al multicitado principio de equidad; de esta manera, debería anularse la votación efectuada por los ciudadanos. Ahora bien, la pregunta que ayudaría a iniciar el análisis es: ¿cómo abordaron la tensión de los multicitados principios los magistrados? Una primera respuesta es que los decisores partieron de la verificación de la afectación o no del principio de equidad, para lo cual argumentaron en los siguientes términos:

- Existe una disposición constitucional que fija los parámetros de equidad en la asignación del tiempo en comunicación social que

²⁹³ Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

les corresponde a los partidos políticos, lo que incluye procesos o campañas electorales (artículo 41 de la Constitución).

- El Instituto Federal Electoral es el órgano encargado para la administración del tiempo que corresponde al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos.
- Existen disposiciones legales y reglamentarias (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Reglamento de Radio y Televisión en materia Electoral) que regulan la distribución igualitaria a los partidos políticos de tiempos en radio y televisión en momentos de precampaña y campaña.
- Los partidos políticos tuvieron la posibilidad de elegir la estrategia en medios de comunicación a utilizar durante sus campañas, dentro del número de spots asignado a cada uno conforme a la normativa. Así, pudieron optar en igualdad de condiciones por utilizar figuras públicas o, incluso, a los propios candidatos.
- De los registros y gráficas sobre los spots televisivos y radiofónicos en los que aparece Iridia Salazar se aprecia que los mismos disminuyen en la parte final de la campaña electoral, por lo que no se intentó captar a los ciudadanos indecisos. Así, no es apropiado afirmar que su presencia en medios fue determinante para el sentido de la votación, como lo afirmó la parte actora en el asunto que se comenta.
- El Partido Revolucionario Institucional tuvo conocimiento y consintió la distribución de espacios en radio y televisión precisados mediante Acuerdo del Comité de Radio y Televisión, y aprobado por el Instituto Federal Electoral.
- Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias no prohíben a los partidos políticos utilizar en sus campañas electorales a figuras públicas, ni el uso como les parezca del porcentaje del tiempo que les otorga el Instituto Federal Electoral, lo cual en todo caso constituye una decisión dentro de la estrategia publicitaria del propio partido.

Ahora bien, tomando como respaldo las anteriores consideraciones jurídicas y fácticas, el juzgador electoral concluyó que no existió afectación al principio de equidad, ya que la distribución de tiempos en radio y televisión fue desarrollada respetando este principio constitucional, en virtud de que la propia normativa exige al Instituto Federal Electoral administrar los tiempos atendiendo al criterio de división 70% en razón de la fuerza elec-

toral y 30% de manera igualitaria. Así, todos los partidos políticos tuvieron el tiempo que en equidad les correspondía,²⁹⁴ además de que el Partido Revolucionario Institucional estuvo en posibilidad de utilizar y ejercer una estrategia y campaña electoral como la desarrollada por el Partido Acción Nacional (utilización de figuras públicas), lo cual no hizo por determinación propia, y no porque se le haya impedido legal o fácticamente.

Por otro lado, por lo que hace a la argumentación sobre el principio de sufragio universal, los juzgadores recurrieron al análisis de los requisitos legales para la procedencia de la anulación de una elección dentro del contexto de las irregularidades referidas por la parte actora en la contienda electoral. Así, la defensa al triunfo del principio de sufragio universal se contiene en parte en la justificación efectuada para determinar que no existió afectación al principio de equidad.

Uno de los argumentos relevantes para justificar la vigencia del principio de sufragio fue el hecho de que aún en el caso de que hubieran existido irregularidades en el proceso electoral se tendría que verificar su impacto general en el resultado de las elecciones.

Aquí los juzgadores recurrieron a un criterio judicial del propio Tribunal Electoral, que refiere el equívoco de pensar que cualquier tipo de irregularidad electoral se traduce en la anulación de la elección; ello llevaría al absurdo de que la generación de todo tipo de faltas a las disposiciones que regulan los procesos de elección impediría el ejercicio del derecho de sufragio universal.

En síntesis, para los juzgadores, la imagen de Iridia Salazar Blanco en los spots no vulneró el principio de equidad, en virtud de que el acceso a medios de comunicación fue equitativo para todos los partidos políticos; más aún, no se apreció algún tipo de presión sobre el electorado con los promocionales, por lo que tampoco se puede decir que existió una afectación del principio de libertad de sufragio. Así, el resultado de la elección deriva de una contienda electoral consciente y respetuosa de tales principios.

Hasta aquí se ha desentrañado que no hubo violación al principio de equidad, como afirmaba la parte actora, lo que se traduce en la vigencia del principio de sufragio universal; no obstante, continúa en discusión la justificación del triunfo o no del principio de libertad de expresión. Para llegar a una determinación de este tipo es necesario analizar la justificación maximalista que los juzgadores elaboraron. Ello ayudará a comprender la importancia de una argumentación con principios, la cual, como se verá, no debe contentarse con sólo dar razones jurídicas, sino que debe propiciar un razonamiento abierto y consciente con nuestra contemporaneidad.

²⁹⁴ *Idem.*

A continuación se analizará la argumentación jurídica desplegada por lo que toca al principio de libertad de expresión, a fin de entender el sentido de la resolución o conclusión a la que se llegó en el caso Iridia Salazar.

Nadie negaría que la imagen y las preferencias políticas expresados por Iridia Salazar en los promocionales del Partido Acción Nacional constituyen nada menos que el ejercicio de la libertad de expresión contenido en el artículo 6o. constitucional, pues recuérdese que dicha libertad busca esencialmente la participación de los individuos en el desarrollo democrático de la misma sociedad.

Por otro lado, si se comparte una idea común en el ámbito internacional de que la libertad de expresión no sólo se integra por la posibilidad de expresar ideas o pensamientos, sino también por el derecho de la sociedad de recibir información necesaria para la toma de decisiones en el ámbito político, se tendría que reconocer un tipo de derecho de libertad de expresión de los partidos políticos, ya que al tener éstos como fin el promover la participación del pueblo en la vida democrática, su papel es fundamental en la presentación y generación de la información que los ciudadanos requieren para poder decidir de manera consciente y responsable.

Así las cosas, se tiene que los promocionales del Partido Acción Nacional representan el ejercicio del principio de libertad de expresión en sus dos vertientes: dar información y recibir información, principio jurídico necesario para el desarrollo de la opinión pública, de las instituciones y la consolidación de la democracia representativa en las sociedades heterogéneas.

De ahí que los órganos judiciales, cuando tengan en sus manos asuntos que involucren derechos fundamentales, como el que se comenta, deban realizar una argumentación jurídica minuciosa, a fin de evitar limitaciones arbitrarias o injustificadas del principio de libertad de expresión. De esta manera, los juzgadores que conocieron del caso Iridia Salazar partieron del criterio general de la Sala Superior del Tribunal Electoral en el sentido de que las limitaciones a los derechos fundamentales han de interpretarse en forma estricta, al mismo tiempo que los derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión) han de interpretarse en forma amplia o extensiva, a fin de potenciar su ejercicio.²⁹⁵

Ahora bien, el órgano decisor, consciente de la importancia de la libertad de expresión como elemento básico en la existencia de una sociedad democrática, se centró en justificar ampliamente su decisión, por lo que además de recurrir a criterios jurídicos nacionales, como nuestra Constitución o las interpretaciones dadas por el máximo tribunal del país, presentó algunas consideraciones desde el ámbito internacional, citando por ejemplo

²⁹⁵ *Idem.*

la jurisprudencia internacional de la Corte Europea de Derechos Humanos, que entiende a la libertad de expresión como una de las condiciones primordiales para el progreso y desarrollo de los seres humanos, o el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que concibe a la libertad de expresión desde dos dimensiones: como derecho individual de expresar un pensamiento propio, o como un derecho colectivo a recibir información.

Asimismo, a fin de enriquecer y ampliar el espectro argumentativo, se hizo referencia a posturas doctrinales que rescatan la importancia de la libertad de expresión, bajo los siguientes rótulos:²⁹⁶

- Instrumento para ejercitar y resguardar la forma de gobierno democrático.
- Piedra angular en las sociedades pluralistas, al permitir el diálogo entre los distintos puntos de vista.

Sin desconocer los anteriores criterios y argumentos señalados por los juzgadores, hay que recordar que la libertad de expresión, así como todos los demás derechos fundamentales, no son absolutos; si lo fueran, no cabría hablar de argumentación de corte principalista, pues no se podría afectar o restringir los mismos en determinadas circunstancias. De hecho, la propia Constitución, como caso especial, señala los supuestos en los que se puede limitar el derecho de libertad de expresión, por lo que cuando el derecho de libertad de expresión se encuentre en colisión con otro derecho fundamental siempre se tendría que mirar a dichos criterios constitucionales, y además a los internaciones (los cuales tienen como objetivo reducir al mínimo las limitaciones de la circulación de las ideas). De esta idea fueron los juzgadores al referir taxativas que han sido diseñadas para reducir al mínimo las posibles limitaciones a la libertad de expresión, como son: la existencia de una restricción previamente establecida, su definición expresa, la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y que sean necesarias para asegurar los fines establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Como se puede observar, la argumentación desarrollada por los decisores fue de corte maximalista, ya que para justificar la no intervención del principio de libertad de expresión como consecuencia del ejercicio del principio de equidad aludieron tanto a razones jurídicas como a posturas

²⁹⁶ En el cuerpo de la sentencia del caso que se analiza se hace referencia a los siguientes trabajos: Medina, Cecilia, *La libertad de expresión*, 1998 y Ayala Corao, Carlos, *Comentarios constitucionales*. Véase Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el Estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

doctrinarias, a consideraciones fácticas, a criterios internacionales y a cuestiones sociales (piénsese en la recurrente cita al papel que tiene el principio de libertad de expresión en la sociedad contemporánea). Así, se observa un ejemplo de argumentación maximalista y sensible al contexto cultural. Dicha justificación fue cerrada con una razón de naturaleza formal (la necesidad de limitaciones expresas en la normativa), lo cual no debe extrañar en una argumentación de corte principalista, ya que ésta no implica el desconocimiento de las razones formales. Ya se ha ido adelantando que esta argumentación guarda relación con una argumentación jurídica abierta a reglas, principios y demás consideraciones útiles para mejorar la justificación de las decisiones.

Es así como los magistrados resolvieron en la sentencia confirmar los resultados consignados en el acta de cómputo distrital de la elección de diputados federales por el principio de mayoría relativa celebrada en el 08 Distrito Electoral Federal en el estado de Michoacán, así como declarar la validez de la elección en la que ganó la fórmula postulada por el Partido Acción Nacional, integrada por Jesús Alfonso Martínez Alcázar e Iridia Salazar Blanco.

D. *Comentarios*

Como se ha apreciado, el caso Iridia Salazar involucraba importantes principios para la consolidación del Estado constitucional de derecho, lo cual dificultó la argumentación jurídica, ya que no sólo se trataba de resolver un caso particular, sino de contribuir al desarrollo de las sociedades democráticas, las cuales esperan la mayor justificación cuando se habla de una posible afectación a principios constitucionales.

Asimismo, la argumentación jurídica desplegada en el caso Iridia Salazar fue de naturaleza maximalista del espectro jurídico, y ello implicó no sólo recurrir a consideraciones formales, sino a aspectos materiales, como fue la relevancia del principio de libertad de expresión en la consolidación de las sociedades democráticas.

A pesar de lo anterior, en la lógica de los juzgadores ante todo estuvo el respeto y la aplicación del principio de seguridad jurídica. Así, se observa que con una argumentación de corte principalista-maximalista, más que una posible afectación a la seguridad jurídica se buscaría su fortalecimiento, sobre todo cuando se trata de casos límite, en donde están en juego derechos fundamentales. Por ello, una lectura más abierta de lo que es el derecho no implica desconocer el papel de las normas jurídicas y de su aplicación.

En otro sentido, por lo que hace al principio de sufragio universal, se considera que la justificación de la vigencia de dicho principio es en parte limitada en cuanto al tipo y número de razones formuladas para sustentar su triunfo en el caso particular, ya que si bien se muestra un análisis detallado de los supuestos legales para decretar la nulidad de una elección, que en el caso en particular no se materializan, se podría haber fortalecido la argumentación al presentar un análisis y una justificación más amplia sobre la importancia de la vigencia de la elección, así como de los efectos paralelos en los diversos ámbitos que arrojaría el decretar su nulidad.

En síntesis, a pesar de que se llegue a pensar que el principio de sufragio universal en las sociedades contemporáneas, *prima facie*, tiene prevalencia sobre el principio de equidad en la contienda electoral, a fin de justificar ampliamente dicha prevalencia se deben presentar todas las razones posibles para concluir su triunfo, las cuales deben referirse no sólo a un análisis del esquema de requisitos legales para poder proceder a la anulación de las elecciones, sino también a consideraciones materiales, como podría ser la valoración de los efectos que se generarían en la credibilidad o confianza de los ciudadanos en los resultados electorales, sobre todo en países como México, en donde la participación ciudadana en los procesos electorales es considerablemente baja.

3. *El caso Witz Rodríguez (amparo en revisión 2676/2003)*

A. *Una precisión*

El caso Witz Rodríguez no es precisamente un buen ejemplo de argumentación jurídica de corte principalista, por lo que se podría cuestionar sobre el porqué de su inclusión. La respuesta sería que este caso se integra, porque se considera que es un asunto que pone de relieve las implicaciones sociales y jurídicas que generan decisiones que no se encuentran respaldadas con un amplio y adecuado aparato argumentativo. Lo anterior, a fin de generar cierta conciencia sobre la gran responsabilidad que hoy en día pesa sobre los juzgadores constitucionales a la hora de operar con derechos fundamentales.

En otro sentido, cabría adelantar que si bien el caso Witz Rodríguez no es un asunto que presente una colisión o tensión entre principios, ello no implica que no tenga importancia para la presente investigación, pues es evidente que existió una afectación de un principio constitucional, que según se piensa no quedó plenamente justificada, así que se debe resaltar este tipo de circunstancias, que pudieron evitarse con una adecuada justificación jurídica.

Bajo este contexto, de hecho, Carbonell ha señalado que la sentencia del caso Witz será desafortunadamente bien recordada como un ejemplo de la manera en que los mismos jueces constitucionales pueden asumir un papel de violadores de derechos fundamentales, en vez de ejercer sus tareas de protectores y defensores del orden constitucional.²⁹⁷

Por ello, las preguntas sobre las cuales girará el análisis del presente caso se formulan en los siguientes términos: ¿existe un mayor efecto ya sea positivo o negativo para la sociedad la resolución de asuntos que involucran principios?, y ¿la justificación jurídica de las decisiones en casos difíciles opera como un instrumento para legitimar y democratizar la función judicial, pues en ellos se aprecia un trabajo más completo y complejo? Dichas interrogantes no pretenden ser resueltas en este punto de la investigación; sin embargo, sí se buscará aclarar y obtener algunas ideas generales que operen como guías para encontrar las respuestas a estas cuestiones y otras más que surjan en el análisis.

B. Descripción del caso

Cabe decir que no se tendrá como intención precisar a detalle las cuestiones procedimentales del asunto que se analiza, puesto que son irrelevantes para la presente investigación. Así, únicamente se esbozarán los puntos esenciales para que de forma simple se pueda entender el problema implicado.

Todo comenzó en abril de 2001, cuando en una revista local de Campeche llamada *Criterios* el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó un poema, el cual se cita a continuación a fin de comprender mejor el caso:

Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta.

La asociación civil Lic. Pablo García Montilla, A. C., denunció ante la Secretaría de Gobernación que en la citada revista apareció publicado un texto en que se presume se comete ultrajante de la bandera nacional.

²⁹⁷ Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 24, abril de 2006, p. 171, <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=021986>.

El Ministerio Público Federal inició la averiguación previa y consignó a Sergio Hernán Witz Rodríguez ante un juez de distrito, por la comisión del delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal.²⁹⁸

El juez de distrito dictó auto de sujeción a proceso; no obstante, Sergio Hernán Witz Rodríguez apeló, pero el tribunal unitario confirmó el auto.

En contra de esta determinación del tribunal unitario y del artículo 191 del Código Penal Federal, se promovió un amparo indirecto ante otro tribunal unitario de circuito; sin embargo, dicho tribunal no entró al estudio del asunto.

En contra de dicho fallo, el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez promovió un recurso de revisión, en la que un tribunal colegiado reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, exclusivamente para conocer de los planteamientos sobre inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, exponiéndose que el mismo vulneraba la libertad de expresión y de publicación.²⁹⁹

C. *Principios en colisión*

Ya se ha referido que el presente caso no involucra precisamente una tensión entre dos principios constitucionales; no obstante, es evidente que hay una afectación a los principios de libertad de expresión y de publicación, principios que nuestra Constitución protegía bajo la denominación de “garantías individuales”.

Pero analicemos más. Se dice que no se trata de una colisión de principios, porque hasta donde podemos entender la “dignidad patriótica” (es el nombre con el que se podría representar el bien jurídico que se dañaría mediante el ultraje al pabellón nacional o al escudo nacional) no se contiene como un bien a proteger mediante algún derecho fundamental; es decir, no se conoce que exista algo así como un derecho fundamental de los símbolos patrios a favor de la nación, y que los miembros de la sociedad deban respetar. Parece entonces que la respuesta a la pregunta ¿qué principio o derecho constitucional protege la dignidad patriótica? sería hasta ahora ninguno,

²⁹⁸ Dicho artículo establece que al que ultraje el escudo de la república o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez.

²⁹⁹ Para mayor abundamiento, dicho resumen puede consultarse en la propia sentencia elaborada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc.

por lo que es fácil concluir que no hay una colisión entre principios en el caso Witz Rodríguez.

Con todo, pueden existir reproches por parte de algunos sectores de la sociedad hacia poemas como el escrito por el señor Witz; sin embargo, ese tipo de reproches, al sustentarse en valores culturales (nacionalismo-patriotismo) serían objeto de una deliberación moral, más que de una argumentación jurídica, aunque claro, existe la posibilidad de argumentar en el ámbito del derecho mediante la referencia a valores; pero ello sería como referencia del fundamento de los principios jurídicos en tensión.

Más aún, la dignidad nacional que supuestamente se afectaría al ultrajar los símbolos patrios no puede ser pensada como un principio ni tampoco como un valor, puesto que la misma comparte la naturaleza de la dignidad en estricto sentido, la cual se instituye como una cualidad inherente a toda persona que no depende de ninguna consideración particular, social y temporal, ya que por el simple hecho de constituirse como ser humano se cuenta con ella; de ahí que la dignidad funja como base de los derechos humanos, por lo que a pesar de que pudiera comprenderse como sustento indirecto de los principios, no se puede por ello concluir que pueda entrar en conflicto con otro principio. Para ilustrar estas ideas se presenta el siguiente esquema:



En la base de la pirámide ubicamos a la dignidad humana, pues la misma sirve como sustento de las relaciones entre los individuos en las sociedades; en otro nivel se tiene a los valores, los cuales surgen de acuerdo con las formas de vida y expectativas de las mismas sociedades; en el siguiente nivel están los principios, los cuales encuentran su fuente u origen en los valores. Las reglas se hallan en la cima de la pirámide, y no precisamente por ser

lo más importante, sino porque surgen, o debería así acontecer, tomando como referencia todos los niveles que integran el esquema.

Cabría ahora precisar, como ya se ha referido, que a pesar de que se encuentre uno en el mundo de los valores es incorrecto pensar que el ámbito de despliegue de la argumentación jurídica es totalmente ajeno a éste. Si bien los textos sobre ética señalan que los valores son precisamente objeto de deliberación moral, no se debe perder de vista que la línea divisora entre principios y valores es muy sutil, por lo que en los casos considerados difíciles la argumentación jurídica primordialmente se desarrolla con principios, pero ello no impide que el decisor pueda hacer referencia a los valores vivientes en la sociedad en combinación con los principios constitucionales implicados, pues ¿no acaso se simpatiza con una argumentación jurídica pluralista de fuentes que vea todo el contexto del derecho?

Ahora bien, retomando el análisis inicial se considera que la referencia a la dignidad patriótica como bien jurídico que se intenta proteger no podría representar una colisión o tensión con el principio de libertad de expresión por los motivos que se han venido señalando, de modo que en vía de síntesis lo que se puede afirmar es que si bien los símbolos patrios de manera particular pueden representar un valor cultural de un determinado grupo social, valor que se puede caracterizar como “nacionalismo” o “patriotismo”, no cabe hablar de colisión entre principios en el caso en análisis,³⁰⁰ pero sí de una afectación directa a dos principios trascendentes en nuestra sociedad; esto es, los contemplados en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, afectación que se justificó por la ofensa a un valor de identidad, hecho que nos lleva a considerar y a analizar la argumentación que se dio para explicar dicha afectación.

D. *Argumentación y sentencia*

Como primer punto se debe decir que el análisis y estudio del caso por parte de los ministros únicamente versó sobre la constitucionalidad o no del artículo 191 del Código Penal Federal en el contexto de la libertad de

³⁰⁰ Tal vez sería más adecuado reconocer un conflicto entre un principio constitucional y un valor cultural; no obstante, ello dificultaría la justificación. La cuestión sería optar por la deliberación moral o por la argumentación jurídica. De hecho, parece que los ministros en la sentencia intentaron resolver la cuestión al interpretar que los símbolos patrios están reconocidos y protegidos por la Constitución; pero surgiría la siguiente interrogante: ¿el que la Constitución regule una materia significa que ya es un principio constitucional? La respuesta es que no, pues si fuera así nuestra Constitución sería nada menos que un extenso catálogo de principios.

expresión, y no como pudiera pensarse sobre si el poema es en sí mismo el ejercicio de la libertad de expresión, ni mucho menos si su publicación encuadra en el delito previsto en el referido artículo 191.

La primera cuestión que se plantearon los ministros fue si existía o no una protección constitucional de la dignidad de la nación (por actos irrespetuosos de los símbolos patrios), y con base en ello poder hablar de un límite al derecho de libertad de expresión. Así, se puede apreciar una visión estrictamente formalista, preocupada por señalar que una afectación a un derecho constitucional sólo puede darse por otro de la misma naturaleza, lo cual es adecuado desde el punto de vista positivista, pero simplista desde otra visión del derecho.

Más allá de esto, lo que parece preocupante es la afirmación que hicieron los ministros respecto a que la existencia de preceptos constitucionales relativos a la dignidad de la nación implica forzosamente un límite a la libertad de expresión. Dicha aseveración debería haberse justificado con base en razones, las cuales no aparecen en la sentencia, por lo que tal afirmación se convierte en una falacia de petición de principio.³⁰¹

Los artículos que los decisores analizaron para desprender la interpretación de que la Constitución protege los símbolos patrios de “usos irreverentes y ultrajantes” fueron el 3o., 73, fracción XXIX-B, y 130 de la misma Constitución. El numeral 3o. establece que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria; el artículo 73, fracción XXIX-B, fija la facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales, y el numeral 130 regula el impedimento a los ministros religiosos de agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios.

Así, se puede decir que el asunto requería más que una simple interpretación, pues se trataba de un límite a un principio constitucional, por lo que es evidente que la sentencia adolece de una falta de argumentación. A lo más se puede hablar de una interpretación histórica, la cual sirvió como razón para limitar la libertad de expresión. De esta forma, los ministros se contentaron con acudir a los debates, iniciativas y dictámenes de la reforma al artículo 73 constitucional para fijar su postura, en el sentido de que de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y el fundamento

³⁰¹ Se debe recordar que la falacia de petición de principio consiste en suponer la verdad de lo que se desea probar. Para mayor estudio, véase Copi, Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón, México, Limusa, 2009.

constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión.

Pero más allá de que no existe una argumentación jurídica en la sentencia (lo cual ya es muy preocupante), no deja de llamar la atención cómo se justificó un límite al derecho de libertad de expresión en una simple e inadecuada interpretación histórica, pues de una rápida lectura de la sentencia se puede fácilmente desprender que las razones que originaron la modificación al artículo 73 constitucional no fueron el proteger a los símbolos patrios de actos irrespetuosos, ni mucho menos limitar la libertad de expresión, sino más bien reglamentar la descripción, las características y el uso de la bandera, escudo e himno nacionales.

De ahí que la conclusión de los ministros (el reconocimiento de que existen los símbolos patrios y de que éstos merecen tutela respecto de actos irrespetuosos) no encuentra ni siquiera un apoyo en una interpretación histórica, pues como ya han señalado algunos autores, lo único que se puede desprender es que existía una preocupación por regular el diseño de los símbolos para homologar su uso; ahí la razón por la que se facultó al Congreso para legislar en dicha materia.³⁰²

Es evidente que en la justificación de la sentencia del caso de Witz se aprecia una justificación típica de operadores jurídicos con una tradición positivista, bajo este esquema se buscó y apeló a la intención del legislador para resolver el caso que se analiza. Así, en octubre de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos de los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (pues los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza votaron en contra), negó la protección solicitada por Sergio Hernán Witz Rodríguez en contra de la promulgación y publicación del artículo 191 del Código Penal Federal, por considerar que dicho artículo representa uno de los límites de la libertad de expresión, por lo que quien ultraja a otro (en este caso a los símbolos patrios) no puede tener como respaldo la libertad de expresión.

La conclusión a la que llega la Suprema Corte de Justicia con base en su interpretación de tipo exegético se resume en tres puntos:

- 1) El delito previsto en el artículo 191 sí encuadra en una de las excepciones constitucionales que conoce el derecho a la libertad de expresión.

³⁰² Cruz Parceró, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=245>.

- 2) Los símbolos patrios sí están protegidos en el orden jurídico mexicano a nivel constitucional.
- 3) La expresión “ultraje” no es de tal modo vaga que violente la seguridad jurídica.³⁰³

En este sentido, el entendimiento de los ministros fue que al estar reconocida la protección constitucional de los símbolos patrios necesariamente debe entenderse como un límite a la libertad de expresión, por lo que se permiten ideas contrarias a dichos símbolos (ejercicio de la libertad de expresión), pero no injurias o ajar en contra de los mismos. En palabras de los juzgadores, no se castiga a la opinión disidente sobre los símbolos patrios o hablar en contra del escudo ni del pabellón nacional; más bien se prohíbe ultrajar, ofender o insultar a dichos signos de identidad nacional.

Lo anterior permite comprender que los ministros comparten una idea común sobre el aspecto no absoluto de la libertad de expresión, lo cual no es una novedad.³⁰⁴ La cuestión que, sin embargo, fue olvidada se refiere a la presentación de un razonamiento jurídico que justificara y convenciera de la afectación al principio de libertad de expresión.

Por otro lado, se considera conveniente representar la resolución del caso Witz en términos silogísticos. La misma podría contenerse en las siguientes proposiciones:

- El derecho de libertad de expresión es un derecho limitado por la Constitución.
- La Constitución protege a los símbolos patrios.
- ∴ En el ejercicio del derecho de libertad de expresión no se puede ultrajar u ofender los símbolos patrios.

Si algún lógico del derecho objetara el citado silogismo, en el sentido de que de las premisas no se sigue que deba restringirse la libertad de expresión por la regulación de los símbolos patrios, se le diría que efectivamente tiene razón, por lo que el silogismo sería inválido; no obstante, la cita del mismo tuvo como objetivo el representar la deficiencia de la conclusión a la que

³⁰³ Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, *www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc*.

³⁰⁴ En una sociedad democrática y pluralista nadie con un mínimo de entendimiento de su contexto podría hoy en día decir que la libertad de expresión es absoluta, pues ésta, al igual que todos los principios que convergen en las sociedades heterogéneas, tienen un alcance relativo y cambiante; es decir, el mismo se fija en cada caso particular.

llegaron los ministros en el caso que se comenta o, mejor aún, la invalidez de su sentencia desde el aspecto lógico.

En otro sentido, cabría recordar que algunos investigadores a propósito del realce que se hace en la sentencia del caso Witz al concepto de “ultraje del escudo o pabellón nacional de obra o palabra”, han señalado que cualquier observador imparcial podría concertar que tal concepto es una expresión tan ambigua que pudiera generar que los juzgadores actuaran con arbitrariedad al momento de su aplicación, por lo que se debería optar por determinar la inconstitucionalidad de la regla jurídica que establece tal concepto o por una interpretación conforme a la Constitución para evitar que su aplicación limitara los derechos fundamentales.³⁰⁵

Más aún, como señala Miguel Carbonell (siguiendo los postulados de Alexy), los juzgadores constitucionales pudieron llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma penal aplicando el principio de proporcionalidad, el cual señala que cualquier acto de autoridad que limite los derechos fundamentales es soportable en caso de que se respete el contenido mínimo del derecho.³⁰⁶

Hasta aquí con lo señalado sobre la argumentación jurídica del caso Witz (que como se observó no existió). Ahora, y a fin de abrir el camino al siguiente punto, parafraseando Carbonell, cabría pensar en la siguiente cuestión: ¿quiénes son los verdaderos ultrajadores, no de los símbolos patrios, sino de la propia Constitución?

E. *Comentarios*

El caso Witz es un buen ejemplo de la importancia de la argumentación jurídica en asuntos que involucran principios jurídicos, en los cuales se debería desplegar la máxima capacidad argumentativa por parte de los juzgadores, pues de ello depende el respeto de los derechos fundamentales en las sociedades democráticas.

Asimismo, dicho caso es además un ejemplo de lo que no se debe hacer por parte de los decisores; es decir, recurrir a falacias y omitir razones en sus justificaciones. Así, una sentencia como la analizada no es más que una sentencia inválida, claro, desde el punto de vista lógico, algo no menos importante que la validez positivista (sentencia emitida conforme a las reglas jurídicas).

³⁰⁵ Carbonell, Miguel, “Ultrajando la Constitución...”, *cit.*, p. 183.

³⁰⁶ *Idem.*

Ahora bien, se deben recordar las preguntas que se formularon inicialmente en torno a las cuales giraría el análisis. Parece que es hora de tratar de dar respuestas a las mismas. La primera cuestionaba sobre si existe un mayor efecto positivo o negativo para la sociedad la resolución de asuntos que involucran principios. Después del análisis del caso, la contestación es que efectivamente, en los asuntos que involucran principios existe la posibilidad de generar un efecto tanto negativo como positivo en la sociedad; por ejemplo, la concepción que se tiene de un derecho y de su forma de ejercerlo. Ello obedece a la propia naturaleza de los principios, como normas que exigen su máxima aplicación dentro de todas las posibilidades; sin embargo, lo que no es aceptable y entendible en este tipo de casos es la ausencia de argumentos y razones para limitar o no un principio jurídico.

De esta forma, las implicaciones sociales de la sentencia que se analizó no son minúsculas, pues marcan la idea que se tiene de la relevancia de la libertad de expresión. El efecto sencillamente es ejercer dicho derecho de manera desconfiada. Así, derivado del caso Witz, se considera que no pocos sentirán ahora algún temor por expresar sus ideas y publicarlas si se trata, por ejemplo, de cuestiones referentes a los símbolos nacionales.

La segunda pregunta cuestionaba: ¿la justificación de las decisiones en casos difíciles opera como un instrumento para legitimar o democratizar la función judicial, pues en ellos se aprecia un trabajo más completo y complejo? La respuesta es afirmativa, pues ahora se percibe que las sociedades democráticas no sólo son las que cuentan con mecanismos para que sus miembros elijan por vía del sufragio a sus gobernantes, sino que también son las que cuentan con jueces virtuosos, los cuales actúan siempre a fin de legitimar su función; esto es, de acuerdo con las reglas jurídicas y con la forma de vida y exigencias de su entorno. Así, tratándose de la función judicial, cada justificación debe buscar coincidir con el contexto jurídico y cultural; es decir, conciliando los valores de la sociedad pluralista; sólo así se generará un reconocimiento del derecho vigente y una legitimidad de la labor judicial, que no es menor a una la legitimación democrática generada vía votación.

Así, se piensa que nuestros ministros deberían entender que la justificación jurídica no es un simple requisito legal, sino un instrumento para legitimar y democratizar sus sentencias, por lo que su tarea no debería ser conformista (sólo apegada a la legalidad), sino más creativa y abierta al entorno del derecho, lo cual implicaría el más amplio respeto de los derechos fundamentales o, en todo caso, una extensa justificación de su limitación temporal, justificación que estuvo ausente en el caso que se comenta, lo que en última instancia (que ya es sumamente grave) propicia una desconfianza y deslegitimación social sobre la actividad judicial.

Además de ello, cabe precisar que los jueces constitucionales deben efectuar una función protectora de las minorías discrepantes, inclusive si las mismas son incómodas en algunos contextos, pues ello le imprime sentido a los derechos fundamentales. Así, no se debe perder de vista que tales derechos son nada menos que “derechos contramayoritarios”, por lo que los tribunales constitucionales, además de resolver colisiones entre principios, operan como mecanismos contramayoritarios en las sociedades pluralistas.³⁰⁷

*F. Voto de minoría de los ministros José Ramón Cossío Díaz
y Juan N. Silva Meza*

Pese a la posición pesimista que se tiene sobre la justificación de la sentencia del caso Witz, parecen rescatables las consideraciones que señalaron los ministros disidentes, por lo que, sin desconocer la ideología liberal que posiblemente esté presente en alguno de los juzgadores, cabría retomar algunos puntos del voto de minoría a fin de completar el análisis del caso. Los señalamientos que se comparten se resumen en los siguientes puntos:³⁰⁸

- La idea de que cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, o, mejor, de un principio jurídico, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un asunto concreto, sino también el grado en que en un país quede asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones; es decir, la crítica libre, indispensable para la conformación de los Estados democráticos.
- La aclaración de que la libertad de expresión no es simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse libremente. Esto incluye la manifestación de ideas impopulares u ofensivas para ciertos sectores de la sociedad, siempre y cuando las mismas no se contengan en las limitaciones expresas que sobre dicho derecho marca la propia Constitución.
- El entendimiento de que si bien los símbolos patrios son ciertamente objetos dotados de un elevado contenido nacionalista para un número de mexicanos, ello no significa que todos los mexicanos,

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 185 y 186.

³⁰⁸ Para un mayor análisis dichos señalamientos pueden ser consultados en el respectivo voto de minoría. Véase Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc.

bajo amenaza de sanción, deban conferirle un valor idéntico a los símbolos. Las diferencias de consideración a tales objetos constituyen el contenido esencial de la libertad de expresión; por ello, su restricción se catalogaría como la imposición de una visión patriótica que no todos comparten.

- La determinación de que la Constitución no incluye a la bandera y el escudo entre los bienes constitucionalmente protegidos, pues a pesar de que la misma menciona en algunos preceptos a los símbolos patrios, ello no permite considerarlos bienes protegidos y situarlos a un nivel comparable de los derechos fundamentales.
- La conclusión de que el artículo 191 del Código Penal Federal es violatorio de la libertad de expresar ideas y de escribir, ya que el mismo posibilita la sanción de conductas que no pueden relacionarse con la necesidad de evitar perturbaciones al orden o a la paz pública, ni de evitar que la gente incite a la comisión de delitos, ni con la necesidad de proteger la moral y los derechos de los terceros, que como se sabe son las excepciones o límites constitucionales a la libertad de expresión.
- La idea de que conceder el amparo al señor Witz no implicaba hacer una declaración general de inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, sino más bien declararlo inaplicable para este caso en el que estaba en juego la libertad de expresión. Así, el delito de ultraje a los símbolos patrios se mantendría en el Código Penal, y podría constituir la guía para perseguir penalmente las conductas que así lo ameriten.

II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

1. Caso “Crucifijo” (*BVerfGE 93, 1*)

A. Descripción del caso³⁰⁹

El Ministerio bávaro de Instrucción y Cultura, con base en la Ley Bávara de Educación y Enseñanza, emitió el 21 de junio de 1983 el Reglamento de las

³⁰⁹ “El fallo de los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, trad. de Marta Salazar Sánchez, *Revista de Derecho Público*, núm. 60, 1996, pp. 164-166, en <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/documentos/el-fallo-de-los-crucifijos.pdf>.

Escuelas Primarias en Baviera. Este Reglamento establece que en cada salón de clases de una escuela pública se debe colocar una cruz.

Unos padres de familia con una cosmovisión antroposófica del mundo (según la doctrina de Rudolf Steiner)³¹⁰ educan a sus hijos de acuerdo con dicha cosmovisión.

Desde que la hija mayor de los padres de familia ingresó a la escuela, se quejan de que en los salones en que se imparten las clases cuelgan crucifijos y a veces cruces sin cuerpo, lo que en opinión de los padres está generando que su hija sea influida por el cristianismo, situación que se aparta de su visión del mundo.

Los padres de familia exigieron el retiro del crucifijo y optaron por no enviar a su hija a la escuela mientras estuviera expuesta a ver el crucifijo.

La escuela resolvió momentáneamente el conflicto sustituyendo el crucifijo por una cruz más pequeña y sin cuerpo colocada sobre la puerta.

Las diferencias entre los padres de familia y la administración de la escuela revivieron por el inicio de la escolaridad de su segundo hijo, así como del cambio de clase, y finalmente de la escuela de su hija mayor, pues también había crucifijos en los nuevos salones de clase.

Los padres de familia, mediante la idea de no enviar a sus hijos a la escuela, lograron que la administración de ésta se comprometiera a colocar una cruz pequeña y sin cuerpo encima de la puerta; no obstante, la escuela no ofreció garantía de que el compromiso sería respetado en cada cambio de clase.

A fin de solucionar el problema de manera definitiva, los padres de familia intentaron mandar a sus hijos a otra escuela en Waldorf; sin embargo, por cuestiones económicas no fue posible.

Es así como en febrero de 1991 los padres de familia, en nombre propio y de sus hijos, interpusieron una demanda en contra del Estado Libre de Baviera, con la finalidad de que en todas las salas que visiten o sean visitadas por sus hijos fueran retiradas las cruces, solicitando una medida provisional, consistente en la remoción de los crucifijos.

El tribunal administrativo respectivo rechazó el fundamento del reclamo de los padres de familia. Por esta razón, los padres de los menores tuvieron que recurrir en reclamo constitucional ante el Tribunal Constitucional Fede-

³¹⁰ “La antroposofía se propone... abarcar el conocimiento de los llamados mundos suprasensibles y la comprensión de los enigmas de la existencia, los que ante todo se refieren a los anhelos más profundos del alma humana, esto es, al deseo de investigar lo eterno del alma humana y su relación con los fundamentos divino-espirituales de la existencia”. Steiner, Rudolf, Conferencia pública pronunciada en Elberfeld, Alemania, en 1922, en <http://www.mercurialis.com/RYFT/PDF/Rudolf%20Steiner%20%20Los%20Fundamentos%20de%20la%20Antroposofia.pdf>.

ral Alemán a fin de resolver el problema. El reclamo constitucional fue admitido por los juzgadores constitucionales con base en las siguientes razones:

- El fallo del tribunal administrativo constituye una decisión de última instancia.
- El reclamo constitucional es fundado en tanto que la decisión del tribunal administrativo infringe el artículo 19, IV, de la Ley Fundamental, que establece que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial.
- La negación de la pretensión de los reclamantes es incompatible con las disposiciones de la Ley Fundamental, que establecen, por un lado, la libertad de creencia, y por el otro, que el cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres.

B. Principios en colisión

En el presente caso queda claro que uno de los principios involucrados es el de libertad de creencia establecida en el artículo 4o. párrafo 1, de la ley fundamental, que a la letra señala: “la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”.³¹¹

De esta forma, como lo refieren los juzgadores constitucionales, la libertad de creencia que protege el artículo 4o. de la Ley Fundamental permite al individuo determinar qué símbolo religioso reconoce y venera, y a su vez cuáles rechaza, por lo que al Estado no le está permitido ni prescribir ni prohibir un credo o religión.³¹²

Así, a primera vista la colocación de una cruz o crucifijo en los salones de clase de una escuela estatal obligatoria no confesional afectaría dicho principio, pero se debe avanzar más e identificar cuál es el otro principio constitucional que entraría en tensión directa con la libertad de creencia.

Para ello es necesario analizar la regulación sobre las escuelas y la educación en Alemania. Así, se tiene que conforme con el artículo 6o., párrafo 2, de la Ley Fundamental el cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y el deber que más prioritariamente les incumbe, por lo que la comunidad estatal velará por su cumplimiento, lo que se traduce en la obligación de los padres de educar y enviar a sus hijos a la escuela.

³¹¹ Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 568.

³¹² *Ibidem*, p. 176.

Por otro lado, tenemos el artículo 7o. de la Ley Fundamental, que establece diversos principios básicos del sistema educativo alemán, los cuales se resumen a continuación:

- El sistema escolar en su totalidad está sometido a la supervisión estatal.
- Las personas que tengan a su cargo la educación de los menores tienen derecho a decidir sobre la participación de éstos en las clases de religión.
- La enseñanza religiosa será asignatura ordinaria en el programa de las escuelas públicas, excepto en las escuelas que se declaren no confesionales.
- Existe el derecho de erigir escuelas privadas; no obstante, las mismas deben contar con autorización del Estado para poder operar.
- Las personas que tengan a su cargo la educación de los menores pueden solicitar la creación de una escuela primaria privada interconfesional, confesional o perteneciente a una determinada postura ideológica, siempre y cuando no exista escuela primaria pública de este tipo en la localidad respectiva.

Las anteriores premisas nos llevan a entender que en Alemania existen escuelas públicas y privadas con enseñanza religiosa como asignatura ordinaria y con enseñanza religiosa sin que sea asignatura ordinaria; esto es, escuelas no confesionales, así como escuelas privadas con alguna orientación religiosa, conocidas como interconfesionales o confesionales.

En el caso en análisis se estaría hablando de una escuela pública primaria no confesional, por lo que si bien existen clases de religión, las mismas no se constituyen como una asignatura ordinaria, por lo que los estudiantes deben tener el derecho de elegir en asistir o no a clases de religión; es decir, debe haber opciones para los disidentes de la religión cristiana.

Otro punto relevante a considerar es que todo el sistema educativo lo maneja el Estado. De esta forma, como lo refieren los juzgadores constitucionales, el control estatal no sólo implica organizar la educación escolar y crear escuelas, sino establecer los objetivos de la educación y los planes de estudio, lo cual encierra que el Estado pueda imprimir alguna referencia o relación religioso-ideológica en dichos planes; ello si se recuerda el contexto en el que se da el caso de los crucifijos; esto es, en una localidad con una población de tradición cristiana, por lo que el Estado no puede ser ajeno a dicha forma de pensamiento. Recuérdese, por ejemplo, que en Baviera los procesos judiciales se conducían bajo una cruz en la época en que se desarrolló la problemática del presente caso.

De esta manera, se puede apreciar que la colisión de principios constitucionales en el caso en análisis se da entre el principio de libertad de creencia de los padres de familia y sus hijos y el principio de organización y control del sistema educativo por parte del Estado, ya que conforme al primero los padres pueden transmitir a sus hijos determinado credo y educarlos conforme al mismo, y con relación al segundo, el Estado puede optar por establecer una educación escolar con orientación religiosa diferente. Así se daría una colisión directa entre dichos principios, por lo que para determinar la prevalencia o no de alguno de ellos, en el siguiente punto se estudiará la argumentación jurídica desarrollada por los jueces constitucionales alemanes.

C. *Argumentación y sentencia*

A modo de introducción cabría mencionar que la argumentación jurídica desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán no se contentó con dar razones para optar por la prevalencia de alguno de los principios en tensión, sino más bien buscó armonizar los mismos, lo que nos genera la pregunta sobre la posibilidad de que el razonamiento jurídico principalista culmine con el triunfo de todos los principios en tensión. No parece fácil dar una respuesta a dicha cuestión, ni mucho menos afirmar que así deba acontecer. Analicemos más estas cuestiones bajo el contexto del caso de los crucifijos.

Los juzgadores constitucionales comenzaron por interpretar el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que establece la libertad de creencia, por lo que señalaron que el mismo no sólo protege la libertad de profesar un credo, sino también la libertad de vivir y actuar de conformidad con las creencias religiosas. De esta forma, la decisión de optar por una creencia u otra corresponde al individuo y no al Estado, pues a éste no le está permitido prescribir o prohibir algún credo.³¹³

En este sentido, es indudable que dichas libertades se relacionan directamente con los símbolos con los cuales se representa alguna religión o credo. Así, el citado artículo 4o. permite al individuo determinar qué símbolos reconoce y venera, y cuáles rechaza.

Por otro lado, a pesar del citado sentido de la disposición fundamental, los juzgadores aclararon que la libertad de creencia en una sociedad que da espacio a diferentes credos no significa que el individuo tiene derecho a exigir que se le aparte de ciertas manifestaciones religiosas y sus representaciones simbólicas; sin embargo, una cosa es que en las sociedades pluralistas

³¹³ *Idem.*

exista confrontación de credos y sus variadas manifestaciones, y otra que el Estado contribuya a crear situaciones en las que los sujetos se mantengan expuestos a determinados símbolos religiosos.

Así, en palabras de los juzgadores constitucionales, el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, no sólo le prohíbe al Estado intervenir en las convicciones religiosas de los individuos o sus comunidades, sino que le impone el deber de asegurar un espacio dentro del cual puedan desarrollar su personalidad en el campo ideológico; más aún, la libertad de credo no confiere al individuo un derecho a exigir el apoyo del Estado para la expresión de sus convicciones religiosas, sino por el contrario, deriva el principio de neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones.³¹⁴

De esta manera, para los juzgadores, el papel del Estado frente a la libertad de creencia es de tolerancia, ya que en un Estado en el que conviven partidarios de diferentes convicciones religiosas sólo se puede garantizar el pluralismo ideológico si dicho Estado se mantiene neutral en cuestiones de credo, por lo que el mismo no puede poner en riesgo la paz religiosa en una sociedad; más bien debe dar a las diferentes ideologías un tratamiento igualitario.³¹⁵

En otras palabras, el principio de libertad de creencia de los individuos envuelve diversos principios que el Estado debe materializar en aras de contribuir al desarrollo de la personalidad en el ámbito de las creencias ideológicas en sociedades pluralistas. Estos principios son neutralidad e igualdad.

Ahora bien, de la interpretación conjunta que hacen los decisores respecto del artículo 6o., párrafo 2, frase 1, de la Ley Fundamental, que garantiza a los padres el cuidado y educación de los hijos, como un derecho natural, así como del multicitado artículo 4o., párrafo 1, de la misma ley, que para los juzgadores contempla también el derecho a la educación de los hijos en los aspectos religiosos, se corresponde que es asunto de los padres transmitir a sus hijos aquellas convicciones religiosas que estimen correctas, lo que también implica el derecho de los padres a mantener a sus hijos alejados de ideologías que les parezcan inadecuadas o perjudiciales.

Bajo dicho marco interpretativo, los juzgadores se concentraron en analizar el efecto de la disposición que ordena colocar cruces en los salones de clase, tomando en cuenta la obligación que tienen los alumnos de asistir a clases. Así, lo que se desprende de tales disposiciones es que el estudiante durante sus clases se encuentre confrontado por el Estado con símbolos que podrían apartarse de su forma de ver el mundo, sin la posibilidad de evitar

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 177.

dicha confrontación; es decir, el estudiante se ve obligado a “aprender bajo la cruz”.³¹⁶

Las consideraciones que los decisores señalaron para sustentar que la colocación de las cruces en los salones se diferencia de las confrontaciones con símbolos religiosos que se tienen en la vida diaria fue porque éstas no provienen del Estado, sino que son consecuencia de la misma expansión de diferentes credos, y porque son más fácilmente evitables. Así, un individuo no puede evitar encontrarse con símbolos religiosos dentro del paisaje urbano, pero ello es un encuentro temporal, y no existe una obligación para que continúe confrontándose con los símbolos por un periodo relativamente prolongado.³¹⁷

Por otro lado, los decisores aludieron a que no es suficiente para convalidar la colocación de las cruces en los salones de clase el hecho de que a través de los años se hayan introducido numerosas tradiciones cristianas en los fundamentos culturales generales de la sociedad. Así, una confesión estatal con esos contenidos incide en la libertad religiosa.

Abundando más sobre dicho razonamiento, los juzgadores apuntaron al símbolo que representa la cruz; es decir, la referencia particular al cristianismo, al ser ésta la forma gráfica de la redención del hombre del pecado original. Para los cristianos y para los ateos, la cruz constituye una expresión gráfica de determinadas convicciones religiosas, por lo que considerar la cruz como una simple expresión de la tradición occidental sin relación a un credo constituiría una banalización del sentido de la cruz.³¹⁸

Por último, y respecto de la multicitada libertad de creencia, los decisores precisaron que no debe desconocerse la influencia que la cruz ejerce sobre los escolares. Las razones señaladas para llegar a dicha determinación fueron que la educación escolar no sólo sirve para instruir y desarrollar las capacidades cognitivas, sino también para promover el desarrollo de las capacidades efectivas y emocionales de los estudiantes. En tal contexto, la cruz adquiere su significado en el salón de clases, ésta tiene un carácter interperante y presenta los contenidos religiosos que simboliza como ejemplos dignos de ser seguidos; esto acontece respecto de personas que como consecuencia de su juventud son susceptibles de ser influenciadas, ya que no tienen sus convicciones completamente fundadas.³¹⁹

Pese a las anteriores consideraciones, cabría mencionar que los decisores constitucionales comparten la idea de que las restricciones al derecho

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 179.

de libertad de creencia deben necesariamente contenerse en la propia Ley Fundamental; sin embargo, no se comparte tal concepción, pues se considera que es posible a través del método de ponderación limitar temporalmente alguno de los principios en tensión, con independencia de que se contenga o no tasada la restricción en la ley suprema; de otra forma, el resultado de la ponderación tendría cabida únicamente bajo las restricciones constitucionales de los principios.

Más aún, el que no existan motivos constitucionales que permitan justificar una intervención al principio de libertad de creencia no es razón suficiente para concluir que no se puede limitar temporalmente un principio en caso de colisión con otro. La idea que se tiene es optar por una argumentación jurídica con una visión maximalista y consciente de todos los elementos que integran el derecho.

Hasta aquí se ha desarrollado la interpretación y argumentación efectuada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán por lo que hace al principio de libertad de creencia. Ahora, el análisis se centrará en el razonamiento efectuado a la luz del otro principio en tensión; esto es, el derecho del Estado para controlar y regular el sistema educativo.

En otro lugar ya se ha dicho que para los decisores constitucionales el principio de encomienda estatal en materia de educación incluye no solamente el crear escuelas, sino el establecer los objetivos de la educación, lo cual es totalmente independiente de los anhelos de los padres, por lo que la educación escolar y la familiar (que integra la convicciones religiosas) pueden entrar en conflicto; mejor aún, entran en conflicto en el presente caso. Así, para los juzgadores resulta inevitable que en la escuela las diferentes convicciones ideológicas de los estudiantes, derivado (por ejemplo) de la educación familiar, se enfrenten de forma importante.

Cabe mencionar que en el presente caso no se utilizó el método de ponderación para resolver la tensión de principios señalada, sino más bien se recurrió a otro principio para atender la colisión; esto es, al principio de concordancia práctica.

Así, es posible que el conflicto entre los diferentes titulares de un derecho fundamental y otros bienes protegidos constitucionalmente se resuelva mediante el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las disposiciones en conflicto (maximizándolas a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las alternativas.³²⁰

Dicho esquema de solución de colisiones parece muy prometedor; sin embargo, no queda claro cómo podría tener vigencia en todos los casos un

³²⁰ *Ibidem*, p. 180.

equilibrio real entre principios. Así, si se recuerdan algunas de las características de los sistemas jurídicos, parece que con el principio de concordancia práctica se estaría buscando la coherencia de los sistemas jurídicos, lo cual no deja de ser una ilusión jurídica.

Con independencia de dichas consideraciones, en el caso de los crucifijos se trató de lograr un equilibrio entre principios. No obstante, dicho balance no exige al Estado (para el cumplimiento de sus funciones educativas) renunciar completamente a cualquier ideología, pues dicho Estado que garantiza la libertad religiosa y se obliga además a mantenerse neutral en dicha materia tampoco puede ignorar las convicciones y criterios en los cuales se sustentan las relaciones sociales. Así, la Iglesia y las tradiciones de pensamiento que se apoyan en ella no pueden ser indiferentes al mismo Estado, lo cual es válido especialmente para las escuelas en las que los fundamentos culturales se enseñan y transmiten.³²¹

Sin embargo, conviene recordar, como lo señalan los decisores, que en una sociedad pluralista es imposible tomar en cuenta por completo para la estructuración de la educación pública todos los conceptos educativos de los padres, más aún garantizar los aspectos negativos y positivos de la libertad religiosa en una misma institución estatal. De ahí que los padres de familia no puedan invocar, en el contexto de la escuela, en forma absoluta el derecho de libertad de credo.

De esta manera, conforme con el principio de concordancia práctica, el legislador local de Baviera debe buscar un compromiso razonable que pueda ser aceptado por todas las partes involucradas, por lo que para su reglamentación (poner en los salones de clases cruces o crucifijos) se puede orientar, por una parte, en el principio del Estado de controlar el sistema educativo, que en la esfera de las escuelas admite la influencia religiosa, y por otra parte, en el principio de libertad de credo, que ordenaría en caso de decidir a favor de una determinada forma de escuela, apartarse lo más que se pueda de coerciones ideológicas, por lo que ambas disposiciones deben ser analizadas en conjunto y armonizadas entre sí, ya que sólo habiendo concordancia entre los bienes jurídicos protegidos puede darse una solución conforme con la Ley Fundamental.³²²

Bajo las anteriores razones y con base en el multicitado principio de concordancia práctica, el Tribunal Constitucional Federal Alemán concluyó que al legislador local de Baviera no le está prohibido introducir elementos cristianos al reglamentar la configuración de escuelas primarias públicas, incluso si los padres no quieren una educación religiosa para sus hijos,

³²¹ *Idem.*

³²² *Ibidem*, p. 181.

y por la obligación que tienen de educar a los mismos no pueden evitar llevarlos a tales escuelas; no obstante, ello no implica que se pueda rebasar el límite indispensable de obligatoriedad; es decir, que la escuela deba cumplir sus funciones en el ámbito religioso con carácter misional o exigir que los contenidos religiosos sean considerados como obligatorios. En otro sentido, el cristianismo debe ser tolerante frente a las personas que conciben la vida de otra manera.³²³

Es así como los decisores constitucionales resolvieron que la colocación de cruces en los salones de clases sobrepasa los límites señalados para las orientaciones religiosas de las escuelas, pues el símbolo de la cruz no puede apartarse de su relación con las convicciones de cristiandad. Así, es erróneo equipararla con un simple símbolo de la tradición cultural de Occidente, ya que si bien ha tenido un papel en la conformación del mundo occidental, también sucede que no todos los individuos pertenecientes a dicha tradición comparten tal ideología, dándose el caso de que con base en el principio de libertad religiosa rechazan el cristianismo. Así, la colocación de cruces en los salones de las escuelas primarias públicas obligatorias es incompatible con la libertad de creencia, ya que no se trata de escuelas con orientación cristiana.³²⁴

Aunado a ello, para los juzgadores, la colocación de cruces tampoco se justifica con base en la libertad religiosa en su sentido positivo; es decir, el derecho que tienen los padres y sus hijos de optar por el cristianismo, ya que ello comportaría el resolver la colisión con base en el principio de mayoría en detrimento de las minorías, las cuales también tienen el derecho de libertad de creencia, que en este caso puede entenderse tanto en sentido positivo (tener una cosmovisión antroposófica del mundo) como en sentido negativo (rechazar las convicciones cristianas). Pensar de otra manera llevaría al absurdo de que los sentimientos de personas de otros credos tuvieran que ser relegados para que los estudiantes cristianos pudieran aprender bajo el símbolo de su credo las materias profanas.³²⁵

Como se ha podido apreciar, en el caso de los crucifijos se presentaron las razones para optar por la vigencia de los dos derechos en tensión, bajo el principio de concordancia práctica. Así, los decisores observaron que uno de los principios estaba excediéndose y afectando al otro, por lo que con la sentencia se trató de restablecer su concordancia, ya que, por un lado, se determinó que el Estado podía en los planes educativos introducir ideologías

³²³ *Idem.*

³²⁴ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

³²⁵ *Ibidem*, p. 182.

o convicciones religiosas, y por el otro, que los hijos de los reclamantes no deben recibir su formación educativa bajo símbolos de algún credo; esto es, bajo un carácter misionero.

De esta manera, la decisión tomada por los juzgadores no implicó en estricto sentido la limitación del principio del Estado de establecer planes educativos con orientaciones religiosas, sino más bien armonizar dicha circunstancia con el principio de libertad de creencia de los estudiantes, por lo que en el caso de los crucifijos no se puede decir que triunfó un principio, puesto que se buscó la vigencia conjunta de los mismos dentro de los cauces mínimos de tolerancia, neutralidad e igualdad en los que se deben desarrollar.

D. *Opinión divergente de algunos jueces constitucionales*

A pesar de la conclusión de la mayoría de los jueces de que la colocación de cruces en los salones excede el principio del Estado sobre el control de la educación y, por tanto, vulnera el principio de libertad de creencia, tres de los jueces constitucionales opinaron que la colocación de tales cruces no viola los derechos fundamentales de los reclamantes.

De la opinión divergente formulada por los jueces llaman la atención algunos puntos que se consideran necesarios detallar, a fin de desprender algunos criterios útiles para la presente investigación, los cuales se precisarán en el punto relativo a los comentarios generales del caso en análisis.

Para los jueces disidentes, la decisión constitucional que se ha generado de la reclamación constitucional debe considerar la realidad del Estado Libre de Baviera. Así, por ejemplo, su Constitución establece que los fines de la educación son reverencia ante Dios y un profundo respeto a las convicciones religiosas, así como que en las escuelas primarias públicas los alumnos serán educados según los principios de la confesión cristiana.³²⁶

En palabras de los jueces disidentes, dicho cristianismo no debe ser entendido en sentido confesional, sino más bien como valores comunes a las confesiones cristianas, y que forman parte de la cultura occidental. De esta manera, la Constitución de Baviera no ha establecido que la educación deba estar marcada por una determinada ideología religiosa, sino más bien se trata del reconocimiento del cristianismo como un elemento que ha conformado la cultura occidental y que, por lo tanto, encuentra su justificación

³²⁶ “El fallo de los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal Alemán...”, *cit.*, pp. 177 y 178.

frente a los ateos. Así, no se puede prohibir que la cruz simbolice en cada salón de clases esos mismos valores culturales.³²⁷

Por otro lado, para los jueces, la colocación de cruces en los salones de las escuelas no tiene un carácter misionero ni establece a los estudiantes la obligatoriedad de un determinado credo o comportamiento. Así, las escuelas están abiertas a otras cosmovisiones y contenidos religiosos. Por ello, la libertad de creencia no es vulnerada por la colocación de cruces; más aún, la educación es un campo que corresponde dirigir y ordenar al Estado, el cual puede fijar su contenido, como es la colocación de símbolos que correspondan a una costumbre difundida y que permita expresar el convencimiento religioso de la mayoría de los estudiantes (Tribunal Administrativo de Münster, sentencia de 1994).³²⁸

Por otra parte, resulta interesante la forma en cómo abordaron la colisión de principios los jueces disidentes. Así, para ellos los reclamantes no se apoyan en el ejercicio de la libertad de culto, sino que sólo reclaman la violación a su libertad de culto en sentido negativo, ya que no solicitan la colocación de un símbolo de su cosmovisión.

La cuestión sería entonces hasta qué punto deben tolerar los símbolos religiosos, a fin de lograr un equilibrio entre la libertad religiosa en su aspecto positivo y negativo. Así, la tensión se da entre el mismo principio, pero en dichos aspectos; para los decisores, la libertad de religión negativa no es un derecho fundamental superior que desplace las manifestaciones positivas de la libertad de credo, por lo que en caso de colisión entre ambos se debe partir de la idea de que el derecho de la libertad de credo no es un derecho a impedir la religión. El medio que nos da el equilibrio necesario entre ambos aspectos es, desde luego, la tolerancia.³²⁹

En este sentido, para los jueces disidentes, el mínimo de elementos obligatorios que los alumnos pueden aceptar no es excedido, ya que ellos no son obligados a realizar ejercicios religiosos o a comportarse de cierta manera frente a la cruz, pues mediante la colocación de la misma en los salones no se despliega una influencia de tipo misionera con respecto a las temáticas de la educación en el sentido de una propagación del contenido de cristianismo. Más aún, cabría considerar el contexto de Baviera, en donde los jóvenes se ven confrontados en todo momento con cruces, pues en dicha localidad se colocan las mismas en edificios profanos, como hospitales, hoteles y en casas particulares.³³⁰

³²⁷ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

³²⁸ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

³²⁹ *Ibidem*, p. 182.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 182-184.

En síntesis, se puede decir que la opinión divergente de los jueces no hizo más que enriquecer el diálogo jurídico, ya que presenta otra postura sobre la respuesta que podría haberse dado al conflicto, la cual, si bien no tuvo el apoyo de la mayoría de los decisores, sí presenta una argumentación jurídica seria, que involucra diversas razones para sustentar el criterio divergente, las cuales se refieren a consideraciones tanto jurídicas como culturales (recuérdese la cita a las costumbres de Baviera de colocar cruces en diversos lugares). Así, restaría decir que con independencia de la opinión positiva o negativa que se tenga de dicho criterio divergente, lo relevante es que el mismo ejemplifica la complejidad en la toma de decisiones y la diversidad de criterios que pueden surgir en los casos considerados difíciles, diversidad que debe resolverse en última instancia mediante el criterio de mayoría.

E. *Comentarios*

Como se ha podido observar, los casos límite como el analizado exigen un razonamiento jurídico complejo que involucre no sólo consideraciones de tipo jurídico, sino culturales y sociales. Más allá de esto, cabe señalar que el mismo pone de relieve diversos elementos a considerar para resolver las colisiones entre principios, los cuales se resumen en los siguientes puntos:

- Las colisiones entre principios se pueden tratar por el método de ponderación y además por el método de concordancia práctica, en el cual se debe buscar la vigencia y armonización de los principios en colisión dentro de las posibilidades del caso concreto; todo ello sin pretender lograr coherencia en el sistema jurídico, sino más bien equilibrio y optimización dentro del contexto del caso particular.
- Un razonamiento jurídico que mira hacia el principio de concordancia práctica muestra que el peso específico de cada principio no es absoluto, sino relativo, ya que no se trata de *un todo o nada*, sino de una tarea de optimización.³³¹
- Las colisiones entre principios considerados derechos fundamentales ocupan un lugar relevante en el análisis de la argumentación principalista; sin embargo, no se debe olvidar que también son relevantes los casos en los que la tensión se da entre un derecho fundamental de un individuo y un principio constitucional que rige el

³³¹ Pardo, Celestino, “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 384.

Estado, lo que incrementa el campo de acción de la ponderación y argumentación de corte principalista.

- Las colisiones entre principios pueden involucrar también una problemática o tensión entre un mismo principio, pero en su aspecto positivo y negativo (este tipo de tensión se podría nombrar colisión interna), por lo que sería conveniente que los juzgadores, al momento de estudiar y resolver los casos, consideraran la posibilidad de una colisión de este tipo, a fin de generar una argumentación jurídica más completa que abordara todos los aspectos que pudieran contribuir a mejorar la decisión a tomar.

2. Caso *Benetton-publicidad ofensiva* (BVerfGE 102,347)

A. Descripción del caso³³²

Se trata de dos recursos de amparo promovidos por una compañía editorial en contra de dos sentencias del Tribunal Supremo Federal. Dichas resoluciones son consecuencia del procedimiento judicial que instauró la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal en contra de la negativa de la compañía editorial de abstenerse de publicar algunos anuncios comerciales.

En las respectivas sentencias se dio la razón a las pretensiones de dicha Central, por lo que se prohibió la publicación de diversos anuncios publicitarios de la empresa Benetton por transgredir las buenas costumbres conforme a la Ley contra la Competencia Desleal.

Cabe precisar que la empresa Benetton, previo a la emisión de las sentencias, acudió a los tribunales civiles para oponerse a los requerimientos de la Central, sin tener éxito; no obstante, dicha empresa ya no interpuso recurso de amparo.

Los tres anuncios en cuestión de la empresa Benetton aparecieron en la revista *Stern*, en la que la recurrente es editora, los cuales se describen a continuación:

1. Se muestra un pato impregnado en petróleo nadando sobre un manto de petróleo.
2. Se muestra a niños de diversas edades realizando trabajos pesados en el tercer mundo.

³³² Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

3. Se muestra el trasero de una persona desnuda, en el que aparece estampado un sello con las palabras VIH-Positivo.

Al margen de cada imagen hay una franja verde con la leyenda *United Colors of Benetton*.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió los recursos de amparo en contra de las dos sentencias atacadas por la recurrente, por lesionar su derecho de libertad de prensa garantizado por el artículo 5o., párrafo 1, frase 2, alternativa 1, de la Ley Fundamental, que a la letra establece:

Artículo 5o.

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos.

La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.³³³

De la anterior descripción del caso se pueden desprender dos circunstancias. La primera, que el asunto involucrara una valoración jurídica de publicidad con imágenes que aluden a hechos sensibles a la opinión pública; segundo, que se estudiara no sólo la posibilidad o no de restringir la libertad de prensa de un editor al prohibírsele la publicación de anuncios, sino también la restricción de la libertad de expresión de la que goza un tercer ajeno a la controversia; esto es, el anunciante Benetton.

B. *Principios en colisión*

Por lo que se refiere al primer recurso de amparo (sobre los anuncios del pato impregnado en petróleo y del trabajo infantil), en primer lugar se tiene el derecho de libertad de prensa del que goza la empresa editorial, así como el derecho de libertad de expresión a favor del anunciante (empresa Benetton), que se complementa con el primero, no siendo obstáculo para la vigencia del segundo el que dicha empresa no sea parte en la reclamación constitucional, como se verá en la parte argumentativa.

³³³ Énfasis añadido a fin de identificar el principio jurídico que la compañía editorial estimó vulnerado.

Por otro lado, existe el principio de protección a los consumidores, competidores y colectividad; esto es, un principio referente a las buenas costumbres que deben operar en materia comercial en el sentido del artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal; ello, tomando en cuenta que la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal estima que los anuncios apelan a cuestiones sensibles para la colectividad con el fin de atraer los sentimientos de los individuos, por lo que no se debe permitir a los agentes económicos que obtengan ventajas respecto de sus competidores por medio de prácticas inadmisibles.³³⁴

Es así como se tiene que la libertad de prensa y la libertad de expresión, por referir situaciones generales de injusticia (contaminación ambiental y trabajo infantil),³³⁵ estarían colisionando con un principio de buenas costumbres en materia de competencia comercial, contenido en una ley general, por lo que en el presente caso se estaría hablando de una colisión entre un principio constitucional y un principio legal.

Aunado a lo anterior, para el segundo recurso (sobre el anuncio donde se muestra el trasero de una persona desnuda, en el que aparece estampado un sello con las palabras VIH-positivo) se tendría la colisión entre el multicitado principio de libertad de prensa y expresión con el principio de dignidad humana que protege el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, ya que con dicho anuncio se podría estar señalando y etiquetando a los enfermos de sida y, por lo tanto, excluyéndolos de la sociedad.

Como se observa, se trata de una tensión que requiere sopesar dentro de los parámetros particulares el valor de los principios involucrados. Así, estarían en juego la libertad de prensa y de expresión; las buenas costumbres en las prácticas comerciales (que al decir de los juzgadores de primera instancia han sido afectadas por los anuncios comerciales que aluden a problemas mundiales, y que buscan tocar fibras sensibles en el consciente de cada individuo), y la dignidad humana (derivado de la posible estigmatización de las personas con VIH).

C. Argumentación y sentencia

Como se ha observado en otras de las sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, la interpretación es un elemento relevante en los procesos argumentativos, ya que la misma, al aclarar el sentido de las

³³⁴ Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, p. 235.

³³⁵ *Ibidem*, p. 234.

disposiciones, busca a la vez ir conformando las razones desplegadas en la argumentación. Así, en el caso Benetton, los juzgadores inician su justificación con la interpretación de los principios de libertad de prensa y de libertad de expresión, a fin de explicar su complementariedad.

Para los juzgadores constitucionales, en la medida en que la libertad de expresión de un tercero, que goza de protección constitucional, es publicada en alguna revista, la libertad de prensa comprende también dicha protección; en otras palabras, a una empresa editorial no se le puede prohibir la publicación de la expresión de la opinión de otro sujeto, en este caso de la empresa Benetton, cuando a la persona que emite dicha opinión no se le puede prohibir la manifestación y difusión de sus ideas.³³⁶

Resulta de lo anterior, que la empresa editorial podría, además de invocar la afectación a su derecho de libertad de prensa, la relativa al menoscabo de la libertad de expresión de los terceros sobre los cuales se pretende suspender la publicación de sus opiniones, ello con base en la estrecha conexión entre uno y otro principio.

Por otro lado, la cuestión que se tenía que despejar era si la libertad de expresión y prensa podrían abarcar anuncios comerciales, los cuales buscan otros fines ajenos a los que se pretenden generar mediante el ejercicio de dichas libertades; esto es, la conformación de conciencia política en los Estados constitucionales de derecho. Así, se podría pensar que la prohibición de publicar los anuncios de Benetton no implicaba la afectación de la libertad de expresión y de prensa.

A fin de resolver tal interrogante, los juzgadores constitucionales señalaron que la protección de la libertad de expresión y de prensa se extiende también a la expresión de una opinión de carácter comercial y a la publicidad, específicamente comercial y de negocios, ya que dichas expresiones pueden tener un contenido valorativo que influya en la creación de una opinión. Las tres imágenes controvertidas expresan una postura o concepción de situaciones generales: contaminación, explotación laboral infantil y discriminación, y encierran a su vez un juicio negativo respecto de cuestiones sociales y políticas preocupantes; son entonces imágenes emitidas con fines comerciales, pero que pueden servir además para crear una opinión. Así, para los decisores es innegable que la expresión de opiniones que de algún modo acaparen la atención de los ciudadanos hacia problemas generales goza de protección constitucional bajo el principio de libertad de expresión, y al que se agregaría correlativamente el principio de libertad de prensa.³³⁷

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ *Ibidem*, pp. 234 y 235.

Más aún, resulta relevante el criterio de no exclusión al que hacen referencia los decisores. Así, el hecho de que alguien considere que a la empresa Benetton no le interese contribuir a la creación de opinión pública, sino simplemente destacar su imagen que da a conocer a través del logotipo plasmado en las representaciones visuales controvertidas es una de las muchas interpretaciones posibles, pero igual podría tratarse de la más alejada de la realidad, pues en la apreciación del público los mensajes que se desprenden de los anuncios son atribuidos a la empresa Benetton, por lo que bien se podría desprender una preocupación de los dueños de la misma por los contenidos de sus expresiones.³³⁸

El Tribunal Constitucional Federal Alemán argumentó también que los tribunales inferiores que emitieron las sentencias objeto de la reclamación constitucional al hacer el examen de los anuncios publicitarios bajo la perspectiva del derecho de competencia no tomaron en cuenta el significado y los alcances de la libertad de prensa; esto es, del innegable efecto irradiación de los derechos fundamentales. Para los decisores es claro que si una resolución, por ejemplo, de carácter civil, incide en la libertad de prensa o de opinión, se exige que los tribunales civiles consideren la importancia de este derecho fundamental a la hora de interpretar y aplicar el derecho privado.³³⁹

Sin embargo, en el caso concreto hubo un olvido de la extensión de protección de los derechos fundamentales, ya que se apeló especialmente a cuestiones de competencia desleal, que sin desconocer su importancia deberían analizarse a la luz de los principios constitucionales implicados.

Cabe precisar que el Tribunal Supremo Federal reconoció que los anuncios publicitarios constituyen la expresión de una opinión que tiene por contenido problemas de carácter económico, político y social, por lo que gozan de la protección del principio de libertad de expresión y prensa (opinión compartida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán); sin embargo, al decir de los juzgadores constitucionales, no deja de ser insatisfactorio el significado y extensión que los juzgadores inferiores le dieron a los referidos derechos fundamentales.³⁴⁰

Bajo este sendero, se considera que no basta con que se entienda y reconozca el contenido de crítica social de los anuncios publicitarios que caen dentro de la protección del principio de libertad de expresión y de prensa, sino que era menester que los juzgadores ordinarios reconocieran el efecto irradiación de los principios y resolvieran bajo dicho contexto. Así, al refe-

³³⁸ *Ibidem*, p. 235.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 236.

rir los anuncios cuestiones relevantes de carácter social, era entendible que los mismos no sólo publicitarían una marca, sino que podrían crear algún otro efecto político en la colectividad, que merece protección en los Estados constitucionales de derecho.

La concepción de los juzgadores constitucionales es que en los Estados democráticos el derecho a la libre expresión de las ideas tiene carácter constitutivo, por lo que las restricciones a este derecho requieren estar justificadas a través de exigencias del bien común o de la protección de derechos de terceros. Lo anterior cobra especial importancia cuando se trata de la emisión de opiniones críticas sobre cuestiones sociales y políticas; sin embargo, en las sentencias recurridas no se aportan razones para justificar dichas restricciones.³⁴¹

De dicha concepción se comprende que para los juzgadores está justificado restringir un derecho fundamental por diversas cuestiones que no necesariamente se contienen en el contexto jurídico, pues de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley Fundamental el principio de libertad de expresión y de prensa tienen sus límites en las disposiciones de leyes generales y en el derecho al honor personal, sin contenerse referencias al bien común. Así, resulta comprensible el reconocimiento de los juzgadores del campo de acción de la argumentación por principios que comprende el discurso jurídico, pero también el moral y político.

Por otro lado, sobre el principio de buenas costumbres en materia comercial, que bien puede abarcar la prohibición de conductas publicitarias que generen sentimientos de compasión a través de la representación de sufrimientos de personas o animales, explotando dichos sentimientos con fines de competencia comercial, cabría señalar algunas consideraciones iniciales dadas por los juzgadores para atender la colisión entre dicho principio y el de libertad de expresión y prensa:³⁴²

- Para que se actualice una actividad contraria a las buenas costumbres o se cause una molestia a la sociedad (que pudiera justificar una restricción a la libertad de prensa), no basta con que el público se vea confrontado por medio de imágenes que contengan escenarios desagradables o que generen compasión. Así, el desinterés de algunos ciudadanos sobre los problemas en el mundo no constituye una razón para que se restrinjan los derechos fundamentales de otros.

³⁴¹ *Idem.*

³⁴² *Ibidem*, pp. 236 y 237.

- Catalogar de origen como lo hizo la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal a los anuncios publicitarios de Benetton como intrusivos y molestos, porque apelan con fuerza sugestiva (que no guarda relación con la actividad de la empresa anunciante) a los sentimientos de los consumidores, no resulta concluyente, por dos razones: *i*) la publicidad actualmente pretende estimular, llamar la atención y ganar simpatía mediante consideraciones emocionales, y *ii*) no hay justificación para afirmar que una interpelación a los sentimientos de compasión de las personas tenga efectos molestos para los consumidores.
- No cabe hablar de lesión a los intereses de la colectividad, ya que si bien la publicidad comercial que enmarca situaciones inhumanas puede fomentar las tendencias de insensibilización y afectar una cultura de solidaridad ante el sufrimiento ajeno, no puede determinarse necesariamente dicha afectación como consecuencia de los anuncios controvertidos.

Las anteriores consideraciones tomadas en su conjunto llevaron a concluir a los jueces constitucionales que el principio de las buenas costumbres en materia comercial, que según se ha dicho se refiere a que la compasión hacia el sufrimiento no debe ser explotada para fines comerciales, no es suficiente para justificar la prohibición a la empresa editorial de publicar los anuncios de Benetton, porque no se afectan los intereses de la colectividad ni de los particulares.³⁴³

Con todo, se puede decir que no existió una afectación como tal del principio de buenas costumbres como consecuencia de la publicación de los anuncios. Así, no se debe olvidar que al hacer referencia los mismos a temas sociales relevantes pueden fácilmente contribuir a la crítica pública, por lo que este tipo de manifestaciones deben ser protegidas por los juzgadores constitucionales si es que no existen razones para su limitación y con independencia de que las manifestaciones aporten o no una propuesta de solución a las problemáticas enmarcadas.

Por otro lado, para los juzgadores constitucionales, si bien tematizar problemas sociales en anuncios comerciales es extraño, ello no significa que se pierda la seriedad en el mensaje de Benetton a los ojos de un espectador imparcial. Así, el contexto comercial no elimina la crítica social.³⁴⁴

En otros términos, los anuncios publicitarios no pueden escapar a la diversidad de la sociedad. Así, los mismos pueden ser vistos por unos espec-

³⁴³ *Ibidem*, p. 237.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 238.

tadores sólo en su contexto comercial o con indiferencia e insensibilidad, pero también pueden ser percibidos como un medio que posibilita la crítica en la sociedad, por lo que no se debe, con base en criterios estrictamente comerciales, descalificar la importancia de este tipo de mensajes con contenido social y político, los cuales bien pueden contribuir a la generación de criterios sumamente valiosos para el desarrollo de los Estados constitucionales democráticos.

Es así como los juzgadores concluyeron mediante resolución del 12 de diciembre de 2000 respecto de uno de los recursos de amparo (referente a los anuncios del pato impregnado en petróleo y del trabajo infantil), que el Tribunal Supremo Federal, con la regla jurídica que señaló como fundamento de su sentencia, interpretó el artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal (principio de buenas costumbres) en un sentido que no resiste una prueba a la luz de la libertad de opinión, por lo que esa norma con esa interpretación no puede ser tomada para sustentar una afectación a la libertad de prensa de la empresa editora. Así, procede revocar la sentencia dictada en el juicio respetivo.³⁴⁵

Por otro lado, como se refirió al inicio, el caso Benetton se relaciona con dos recursos de amparo, por lo que restaría precisar algunas particularidades del segundo recurso, que se refiere al anuncio de la persona desnuda marcada con un sello de VIH-positivo. En este segundo procedimiento, la tensión se da entre el multicitado principio de libertad de prensa y el principio de dignidad humana contenido en el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que señala lo siguiente: “la dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado”.

Como primer punto hay que decir que la sentencia de primera instancia y recurrida por la empresa editorial no se apoyó exclusivamente en el principio de buenas costumbres que se desprendió del artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal, sino que el anuncio publicitario (VIH-positivo) además se consideró como una práctica desleal, debido a que infringe en forma burda los principios de defensa de la dignidad humana.³⁴⁶

Bajo esta realidad, para los juzgadores constitucionales una interpretación del citado precepto en el sentido de que la publicidad que presenta imágenes que lesionan la dignidad de las personas es contraria a las buenas costumbres, no ofrece refutación alguna en el terreno constitucional. De esta manera, se daría un trato correcto a un bien jurídico protegido como la dignidad, lo que justifica restricciones a la libertad de opinión. Así, es in-

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ *Idem.*

dudable que los anuncios comerciales que den a personas un trato discriminatorio que afecte su dignidad deben ser prohibidos, con independencia de que los anunciantes gocen del derecho de libertad de expresión.³⁴⁷

Sin embargo, para los juzgadores, la aplicación del principio de dignidad humana a los anuncios en cuestión no resiste un análisis a la luz del principio de libertad de opinión, por las razones que a continuación se señalan:³⁴⁸

- Los cánones impuestos por los derechos fundamentales envuelven que la manifestación de una opinión sea comprendida con base en su contexto, sin que se le fije un significado que no encierre, por lo que en el caso de expresiones equívocas, los juzgadores deben analizar las diversas posibilidades de significado. Así, el decisor de primera instancia interpretó el anuncio de VIH-positivo en el sentido de que se discriminaba y excluía a los enfermos de sida de la sociedad.
Sin embargo, el anuncio en cuestión no admite una interpretación unívoca, ya que señalar que con el anuncio se impulse la segregación social de personas infectadas con VIH no se consuma con certeza, pues bien podría también utilizarse el anuncio para promocionar campañas sobre el sida. De esta forma, atendiendo a la equidad del anuncio, no se puede negar una tendencia informativa, crítica o si se quiere un efecto sensacionalista, pero no sólo uno.
- La leyenda *United Colors of Benetton* como tal no suscita algún efecto de segregación que lesione la dignidad de las personas enfermas de sida; en todo caso, los efectos que logre producir serían de diversos tipos. Lo anterior se enmarca con la declaración del fotógrafo acerca de que con esta publicidad la empresa Benetton quiso dar a conocer que sigue preocupada por mostrar su compromiso en contra de la discriminación.

Por dichas razones, los juzgadores constitucionales emitieron su resolución el 12 de diciembre de 2000, en el sentido de que la sentencia recurrida en el juicio de amparo no cumple con las exigencias constitucionales establecidas para la protección de la libertad de opinión, pues el tribunal ordinario desconoció la posibilidad de que con el anuncio se pretendiera llamar la atención del público en forma crítica hacia la discriminación y se-

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 239.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

gregación, por lo que con esta interpretación no existe lesión a la dignidad de los enfermos de sida.³⁴⁹

A modo de síntesis, se puede afirmar que en el caso Benetton se señalaron diversas interpretaciones, criterios y razones que justificaron optar por la vigencia del principio de libertad de opinión; más aún, parece que en estricto sentido no hubo afectaciones a los principios de dignidad humana y de buenas costumbres en el ámbito comercial, como señalaba la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal y confirmaban los tribunales ordinarios.

Por otro lado, cabe destacar que en la justificación de la decisión del caso en comento se hizo amplia referencia al aspecto contextual, que como se sabe ocupa un lugar relevante en la argumentación de corte principalista. Así, los principios cobran su vigencia o afectación temporal con base en todas las circunstancias imbricadas en el caso particular. Asimismo, se observó la relevancia que reviste para la argumentación jurídica el efecto irradiación de los principios constitucionales. En este sentido, se considera que si los juzgadores ordinarios que emitieron las sentencias recurridas hubieran argumentado y resuelto a la luz de los principios constitucionales, muy probablemente la empresa editora no tendría que haber acudido a los tribunales constitucionales. Aquí cobra interés la idea de control difuso de la constitucionalidad, que en nuestro país recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, aunque se entiende que dicho control ya se desprendía del artículo 133 de la Constitución.

D. *Comentarios*

El análisis del caso Benetton resultó enriquecedor para la presente investigación, no sólo por mostrar la relevancia del aspecto contextual y de la correcta interpretación de los preceptos constitucionales que comportan para la argumentación jurídica de corte principalista, sino principalmente por el enfoque que se le dio al principio de libertad de expresión y por la visión equilibrada del razonamiento jurídico.

Es lugar común pensar que la libertad de expresión o de opinión no tiene cabida en anuncios comerciales. Así, la idea general es que dicha libertad se manifiesta esencialmente en foros o medios políticos, académicos, periodísticos o en propaganda electoral; sin embargo, el caso Benetton es un ejemplo de que la libertad de opinión puede expresarse en cualquier otro medio por extraño que parezca. Bajo esta premisa, si bien los anuncios co-

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 240 y 241.

merciales tienen como fin primordial promocionar productos y marcas, no se debe desconocer que los mismos pueden expresar o denunciar problemas sociales de importancia general que contribuyan a formar una opinión crítica en algunos espectadores, lo que sin duda debe ser objeto de protección constitucional bajo el principio de libertad de expresión.

De esta manera, el caso analizado enfatiza sobre las formas en las que se puede manifestar la libertad de expresión, por lo que es evidente que ahora se deben considerar todas las circunstancias posibles para su exteriorización; esto es, sin desterrar anticipadamente algún contexto por considerarlo inusual.

Por otro lado, el caso Benetton enmarca una argumentación jurídica de tipo equilibrista, la cual no se basa en consideraciones o posiciones unívocas, sino por el contrario, busca y presenta razones de cara a todas las opciones latentes. Una argumentación de este tipo considera el mayor número de soluciones aplicables al caso concreto, mediante el análisis del abanico de posibilidades, y opta mediante el razonamiento judicial por la más correcta y objetiva. Por ello, se estima que sería sumamente enriquecedor para el diálogo jurídico que los juzgadores actuales, al momento de resolver los casos paradigmáticos, consideraran todos los escenarios de solución latentes, a fin optar por el más conveniente, acorde con las circunstancias especiales del caso que tengan en sus manos.

3. *Caso expulsión de extranjeros (BVerfGE 35,382)*

A. Descripción del caso

El caso se desenvuelve dentro del contexto de diversas medidas administrativas adoptadas por las autoridades alemanas en contra de organizaciones árabes y palestinas, derivado de un atentado cometido por terroristas palestinos en contra del equipo olímpico israelí en Múnich.

En esta línea, existían diversos estudiantes árabes viviendo en territorio alemán. Uno de ellos además se encontraba casado con una ciudadana alemana.

La autoridad administrativa emitió diversas órdenes de expulsión para dichos extranjeros y las correspondientes resoluciones para su ejecución y cumplimiento inmediato. Los fundamentos de derecho de las órdenes de expulsión se contienen en el artículo 10 de la Ley de Extranjería. Dicho artículo enlista los supuestos de hecho para poder sustentar una expulsión

bajo el concepto jurídico del “considerable interés de la República Federal Alemana”.

Por su parte, los estudiantes extranjeros promovieron varias demandas ante tribunales administrativos en contra de las órdenes de expulsión y las resoluciones para su ejecución inmediata.

No obstante lo anterior, los tribunales administrativos preventivamente resolvieron aprobando la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión, basándose en la idea de una sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal Alemana, sin que hubiera concluido el proceso principal de los estudiantes extranjeros ante dichos tribunales con una sentencia definitiva.

Finalmente, los estudiantes extranjeros promovieron ante el Tribunal Constitucional Alemán diversos recursos de amparo en contra de las sentencias provisionales de los tribunales administrativos aludiendo violaciones de los derechos fundamentales de protección jurídica y del desarrollo de la personalidad, y además para el estudiante casado con una ciudadana alemana del derecho de protección al matrimonio y la familia, como se verá en el siguiente punto.

B. *Principios en colisión*

De forma introductoria, se debe precisar que con independencia de la calidad de extranjeros que tenían los estudiantes árabes en Alemania, los mismos contaban con diversos derechos fundamentales de conformidad con la Ley Fundamental, los cuales debían ser protegidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en caso de afectaciones injustificadas.

Así, en primer lugar se tiene que los estudiantes extranjeros gozan en Alemania del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no se vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o moral”.³⁵⁰

Asimismo, los estudiantes extranjeros gozan del derecho fundamental de protección jurídica a que se refiere el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental, que a la letra refiere: “Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará re-

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 568.

curso ordinario, sin que esto afecte lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2 inciso 2^o.³⁵¹

Más aún, para el estudiante que se encontraba casado con una ciudadana alemana, se tiene que contaba con el derecho fundamental contemplado en el artículo 6o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que dispone lo siguiente: “El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal”.³⁵²

Bajo las anteriores premisas, se aprecia que los estudiantes extranjeros contaban con los siguientes derechos fundamentales implicados: el desarrollo de la personalidad, la protección jurídica y la protección al matrimonio y la familia.

Sin embargo, derivado de las órdenes de expulsión efectuadas por las autoridades administrativas alemanas, existió una afectación directa a dichos derechos fundamentales.

Dichas expulsiones se sustentaron, por su parte, en el principio jurídico de interés considerable de la República Alemana a que se refiere la Ley de Extranjería, que bien se podría identificar con el interés público de la nación alemana, interés que se encontraba en peligro con la permanencia de los estudiantes en territorio alemán.

Así, la tensión de principios se daría entre el principio del interés público de la República Federal Alemana (contenido en una norma de tipo legal no fundamental) y los diversos derechos fundamentales de los estudiantes extranjeros anteriormente señalados, por lo que dicha colisión debía resolverse mediante la ponderación ordenada entre el interés público de la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión y el interés privado de los extranjeros de permanecer más tiempo en Alemania.³⁵³

Por otro lado, siguiendo la idea de los juzgadores constitucionales, cabría añadir que los principios involucrados en la colisión debían entenderse en concordancia con los principios del Estado de derecho y de proporcionalidad, que más adelante se precisarán.

C. *Argumentación y sentencia*

Para los decisores constitucionales, las sentencias impugnadas limitaban injustificadamente los derechos fundamentales de los recurrentes, referentes al desarrollo de la personalidad, la protección jurídica y la protección al ma-

³⁵¹ *Ibidem*, p. 575.

³⁵² *Ibidem*, p. 568.

³⁵³ *Ibidem*, p. 455.

rimonio y la familia, este último por lo que se refiere al estudiante casado con una ciudadana alemana. Dicha determinación se obtuvo del siguiente razonamiento jurídico:

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se le ha atribuido también a los extranjeros en Alemania; por ello, la afectación a la libertad de establecer domicilio y residencia de los ciudadanos alemanes es aplicable a la vez a la permanencia de personas extranjeras en Alemania. La permanencia de personas extranjeras se garantiza sólo mediante el respeto al desarrollo de la personalidad por parte de los poderes públicos. Así, si bien el legislador es competente para reglamentar la permanencia y expulsión de los extranjeros, lo debe hacer dentro del orden constitucional; esto es, en consonancia con la Constitución.³⁵⁴

Más aún, en el caso de reglamentaciones de este tipo, el legislador debe tener en cuenta el principio de Estado de derecho, que exige que para afectar a algún particular con una intervención estatal se tiene que contar con una norma jurídica clara, la cual además debe considerar el principio de proporcionalidad.³⁵⁵

De la anterior apreciación de los juzgadores, lo que cabría rescatar no es el principio de Estado de derecho, sino más bien el principio de proporcionalidad, que debe ser tomado en cuenta a la hora de establecer o no una restricción para un derecho fundamental. Dicho principio implicaría en el caso concreto examinar la idoneidad de las órdenes de expulsión para proteger los intereses públicos de la República Federal Alemana, así como analizar, por un lado, los efectos positivos y negativos que se darían para el Estado alemán con la permanencia de los estudiantes árabes en el mismo, y por el otro, los efectos colaterales que se generarían en los estudiantes árabes al ser expulsados de Alemania.

Por otro lado, pese a la naturaleza legalista del principio de Estado de derecho, es evidente que en el caso en análisis surge un problema de interpretación de la disposición que establece la posibilidad de expulsar a extranjeros, ya que es muy impreciso el concepto jurídico de “considerable interés de la República Federal Alemana” contenido en el artículo 10 de la Ley de Extranjería. Por ello, para poder justificar la expulsión o no de los estudiantes extranjeros se tendría que recurrir al principio de proporcionalidad que complementa al del Estado de derecho, tal como lo efectuaron en su argumentación los decisores constitucionales.

En este sentido, es indudable que los presupuestos de hecho contenidos en el artículo 10 de la Ley de Extranjería no determinan obligatoriamente

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 456.

³⁵⁵ *Idem*.

te la expulsión, sino que la decisión debe obtenerse a través de un análisis de la autoridad, dando cabida así al citado principio de proporcionalidad, que establece que las intervenciones en la esfera de la libertad sólo están permitidas cuando sean necesarias para la protección de los intereses públicos. Así, para la aplicación de los supuestos de hecho contemplados en el citado artículo 10 se tiene que efectuar una ponderación entre el interés público de la nación alemana y los intereses privados de los extranjeros.³⁵⁶

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad establece que se deben explorar, evaluar y sopesar todas las consideraciones y consecuencias posibles positivas y negativas antes de optar, por ejemplo, por la expulsión o la permanencia de los estudiantes extranjeros, lo que parece no se cubrió por parte de los tribunales administrativos.

Por otro lado, respecto del principio de protección jurídica a que se refiere el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental, los decisores manifestaron que el mismo se torna ilusorio cuando los actos de autoridad afectan irreparablemente a los particulares; más aún, el citado principio de protección jurídica no garantiza el que se suspendan en todos los casos las pretensiones de la autoridad administrativa, pues puede acontecer que los intereses públicos justifiquen el que no se garantice la pretensión de una protección jurídica. Con todo, cabe referir que dicha situación debe ser la excepción. De esta forma, para los juzgadores constitucionales una práctica que invierta la regla; esto es, en la que se señale que los actos administrativos se ejecuten de inmediato, así como la sentencia que apruebe dicha situación, serían desde luego contrarias con la Constitución.³⁵⁷

Como se observa, la posibilidad de establecer límites al derecho de protección jurídica implica en todo momento justificar la excepción a la regla (que privilegia la vigencia de dicho derecho fundamental), con mucho, la finalidad es evitar una potencial arbitrariedad en la toma de decisiones.

Es así como para los juzgadores la ejecución inmediata de un acto administrativo (orden de expulsión) requiere de un interés público particular que lo justifique, lo que se debe sopesar con la pretensión de protección jurídica del particular, a fin de determinar cuál de los dos debe retroceder y ceder paso al otro principio de manera temporal; todo ello sin pasar por alto el que la pretensión del particular a la protección jurídica debe ser tan relevante como lo es la limitación a la que se pretende someter dicho derecho.³⁵⁸

Bajo dicho razonamiento jurídico, en la sentencia emitida por los juzgadores constitucionales de julio de 1973 se concluyó que las resoluciones

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 457.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 458.

³⁵⁸ *Idem*.

impugnadas de los tribunales administrativos sobre la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión no cumplieron con las exigencias de justificación del interés público, pues la simple sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal Alemana no justifica la expulsión de los extranjeros. Así, debe existir una sospecha fundada de que la permanencia de los mismos en territorio alemán genera un peligro latente para tales intereses, el cual se pretende eliminar con la expulsión y antes de que los extranjeros obtengan una decisión judicial sobre la legalidad de la orden de expulsión.³⁵⁹

Asimismo, se determinó que las decisiones impugnadas no se pueden despojar del hecho de que los perjuicios graves que se originan para los extranjeros con la ejecución inmediata de la orden de expulsión los afectan en la defensa y protección de sus derechos procesales ante los tribunales administrativos.³⁶⁰

Por último, los decisores constitucionales respecto al reclamante casado con la ciudadana alemana precisaron que la ejecución inmediata de la orden de expulsión limita el derecho fundamental de protección al matrimonio y la familia del que gozan ambos cónyuges, sin que existan razones para justificar tal afectación. Así, a pesar de que el tribunal administrativo haya partido de la idea de que la cónyuge puede seguir al recurrente al extranjero antes de que el mismo obtenga una decisión definitiva sobre su permanencia en Alemania, para los juzgadores constitucionales ello no corresponde al sentido de la garantía constitucional de protección al matrimonio y la familia, que en correlación con el principio de igualdad a que se refiere el artículo 3o., párrafo 2 de la Ley Fundamental, garantiza la protección de la pareja como una comunidad con iguales derechos.

Con mucho, para los juzgadores constitucionales, la expulsión del cónyuge extranjero obligaría al cónyuge alemán a optar por uno de los siguientes caminos: *a*) abandonar su patria para continuar con su matrimonio, o *b*) terminar con la relación marital a fin de permanecer en su país.³⁶¹

Pese a lo anterior, para dichos juzgadores, la orden de expulsión puede poner en peligro el matrimonio, pero no por ello se debe asumir que un matrimonio con un ciudadano(a) alemán(a) implica que se proteja directamente a los extranjeros de una expulsión sin que medie un razonamiento jurídico que sustente la no expulsión.³⁶²

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ *Idem.*

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 458 y 459.

³⁶² *Ibidem*, p. 459.

Así, para el caso del estudiante casado con una ciudadana alemana, el mismo proceso de toma de decisión debió implicar dos esquemas de ponderación, pues además de ponderar entre el principio de protección jurídica y el interés público del Estado alemán, se tendría que haber efectuado una ponderación entre los intereses del cónyuge alemán y del estudiante extranjero en su calidad de cónyuge, con el referido interés público para la ejecución inmediata de la expulsión, ponderación que no se realizó por los tribunales administrativas, por lo que la omisión en el proceso principal fue grave, ya que desencadenó una limitación a un derecho fundamental sin que mediara un razonamiento que la sustentara.

En síntesis, se puede decir que el caso en estudio resulta un tanto especial de acuerdo con la ponderación y argumentación que se ha venido analizando en la mayoría de los asuntos presentados a lo largo del presente capítulo. Se dice “especial”, porque no se observó un método preciso de ponderación entre principios. Así, más bien se percibió un razonamiento jurídico centrado en poner de manifiesto la falta de una justificación para optar por la prevalencia del interés general del Estado alemán sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, sin que se presentaran de forma directa razones para justificar el triunfo de dichos derechos fundamentales.

En este sentido, los juzgadores constitucionales apostaron por argumentar en sentido negativo; esto es, destacando la ausencia de razones para determinar el triunfo del principio del interés público del Estado alemán y, de esta forma, mediante un criterio de tipo residual, optar por la no afectación de los derechos de los extranjeros en colisión, lo que no implicó un discurso jurídico totalmente indirecto, ya que sí se presentaron algunas consideraciones y razones para justificar su decisión de forma directa; por ejemplo, la referencia a los grandes inconvenientes que enfrentaría la cónyuge alemana con la expulsión del cónyuge extranjero; esto es, el tener que elegir entre abandonar su país o separarse de la comunidad marital, así como la imposibilidad de los extranjeros en defender sus derechos procesalmente en el juicio principal al ser expulsados de forma inmediata.

D. *Comentarios*

El caso *expulsión de extranjeros* resultó relevante para la presente investigación, en virtud de que mostró otro lado de la argumentación jurídica, que se podría denominar “justificación negativa” o “indirecta”. Así, el mismo se concentró en identificar la ausencia de razones para optar por la prevalencia de un principio jurídico, más que por ofrecer razones para justificar el triunfo de los otros principios implicados; lo anterior, si bien significa

que no hubo una ponderación de principios en estricto sentido, ello no se traduce en la falta de justificación jurídica. De esta manera, al identificar la inexistencia de razones para optar por el triunfo del principio del interés general del Estado alemán se estaba dando una razón de forma implícita, para optar por la no afectación o limitación de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Por otro lado, también se estima relevante el caso en análisis, porque a través del mismo se puso de relieve una suerte de efecto expansivo de la argumentación, efecto que irradiaría en todos los órganos del Estado que tengan en sus manos una cuestión que involucre una tensión entre principios jurídicos; esto es, no sólo el juzgador constitucional; por supuesto, ello sin olvidar que este órgano sería el que establecería la decisión final en caso de inconformidad en vía constitucional.

El efecto expansivo de la argumentación se advierte del hecho de que los juzgadores constitucionales identificaran la inexistencia de razones que justificaran y sustentaran la decisión de las autoridades administrativas (incluidos por supuesto los tribunales con dicha naturaleza) de optar por la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión.

Asimismo, llama la atención que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se ocupara de precisar la relevancia de la justificación de las decisiones, así como por introducir el principio de Estado de derecho y de proporcionalidad que deberían haberse observado por los tribunales de origen para establecer, por ejemplo, el triunfo del principio jurídico de interés público sobre los derechos fundamentales de los extranjeros.

Por otro lado, resulta útil doctrinariamente el esquema argumentativo adoptado por los juzgadores constitucionales, en el cual se invoca el principio de proporcionalidad que debe o que debería dirigir la argumentación jurídica principalista. Así, se observa que los postulados que los juzgadores siguieron fueron los de la tesis de optimización formulada por Alexy. En este sentido, recuérdese que el principio de proporcionalidad se desprende de la propia definición de dicho autor sobre los principios jurídicos.

De esta manera, es evidente la forma en que cobra vigencia la teoría de optimización de los principios en el caso en análisis, pues en la parte sustancial del modelo argumentativo desarrollado por los decisores se hizo hincapié en la valoración de los principios en términos de las posibilidades fácticas y jurídicas en el sentido de Alexy; esto es, bajo los principios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Asimismo, considerando el tratamiento y vigencia que se le dio al derecho fundamental de protección jurídica del que gozan no sólo los ciudadanos alemanes, sino también los extranjeros, cabría apuntar que en nues-

tro país recientemente se han logrado importantes avances en materia de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, ya que con la reciente modificación del artículo 33 de la Constitución se ha conseguido eliminar la limitación de algunos de los derechos fundamentales de los que deberían haber gozado en todo momento los extranjeros en territorio nacional; por ejemplo, el derecho a que “fueran oídos en juicio” previamente a que fueran expulsados del país.³⁶³

Con todo, a pesar de la vigencia actual de todos los derechos fundamentales de los extranjeros, que propició la reforma al mencionado precepto constitucional, hay que hacer notar que en todo caso el ejercicio de la facultad exclusiva que tenía el Ejecutivo de la Unión de hacer abandonar del territorio nacional a los extranjeros “sin necesidad de juicio previo” debía haberse entendido a la luz del principio de proporcionalidad como lo comprende Alexy, lo que de alguna manera implicaba que los poderes públicos se mantuvieran al margen de la arbitrariedad y conforme con el modelo de regla-excepción; es decir, la regla es el respeto hacia los derechos fundamentales de las personas, y la excepción su limitación temporal, ello si realmente se querían comprometer con el desarrollo y conformación del Estado constitucional democrático en este país.

III. LAS TENDENCIAS ACTUALES SOBRE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien en el presente capítulo se ha desarrollado principalmente la argumentación jurídica de alcance principalista efectuada por los tribunales constitucionales de México y Alemania, se considera necesario destacar además la actual doctrina del control de convencionalidad que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la región americana desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) hasta el caso contencioso en el cual desafortunadamente México tuvo una participación directa: *Cabre-*

³⁶³ Las limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros eran evidentes en el artículo 33 de la Constitución Política, pues a pesar de que por un lado los garantizaba, por el otro los eliminaba. Recuérdese la facultad exclusiva del Ejecutivo para expulsar a los extranjeros del territorio nacional sin necesidad de juicio. El contenido del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos era el siguiente: “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. *Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución*; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y *sin necesidad de juicio previo*, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

ra *García y Montiel Flores vs. México* (2010).³⁶⁴ Lo anterior, toda vez que al ser dicha doctrina un criterio rector para los juzgadores mexicanos en los casos que involucren limitaciones o afectaciones a los derechos humanos, se debe consecuentemente imbricarla con el modelo de argumentación jurídica de corte principalista.

Bajo este contexto, el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* es, me parece, el referente actual de la vigencia de la doctrina del control de convencionalidad. Por ello, cabría precisar los acontecimientos relevantes de dicha controversia. Así, y sin ánimo de exhaustividad, en primer lugar cabe indicar que el caso surge por el sometimiento de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores a tratos crueles y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del ejército mexicano; por las irregularidades ocurridas en el proceso penal que se siguió en su contra y en el que fueron condenados por los delitos de portación de armas de fuego sin licencia y de uso exclusivo del ejército y contra la salud en la modalidad de siembra de marihuana, y por la falta de una investigación adecuada de las alegaciones de tortura; ello, en virtud de que la investigación sobre la posible violación de derechos humanos se sometió a la jurisdicción militar;³⁶⁵ esta última situación generó la referencia a la doctrina de control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana.

Así, resulta relevante que en la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores* se hiciera referencia a la ausencia de la intervención del fuero común en la investigación de los hechos que posibilitaron la consumación del delito de tortura, la cual, en contraste, estuvo en el campo del fuero militar, además del señalamiento sobre la inexistencia de un recurso efectivo para impugnar la competencia militar, lo que se contrapone con la jurisprudencia constante y criterios generales emitidos por la Corte Interamericana, los cuales en resumen vienen a indicar que:

³⁶⁴ De forma cronológica se puede afirmar que desde el surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), la misma se ha ido desarrollando por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

³⁶⁵ Para un análisis más detallado del asunto, véase Sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos.³⁶⁶

De ahí que la Corte haya determinado que el Estado mexicano violó, entre otros, el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 y de protección judicial prevista en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos en relación con la obligación de respetar los derechos, deber que se contiene en el artículo 1.1 del mismo instrumento. Más aún, para la Corte resultó evidente que el Estado mexicano, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, incumplió la obligación contenida en el artículo 2o. de la Convención Americana, que establece la obligación general de todo Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos.³⁶⁷

En otras palabras, es necesario que las interpretaciones de los juzgadores en México sobre la competencia de la jurisdicción militar se ajusten a los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; por ejemplo, en las tres conocidas controversias en las que participó de forma directa México como responsable; esto es, los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, y que se reiteran en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*. Ello implica que para este último caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, orientar de inmediato el conocimiento de los hechos referentes a la consumación del delito de tortura, al fuero penal ordinario.³⁶⁸

Es así como el caso *Cabrera García y Montiel Flores* pone en evidencia la vigencia y el correspondiente desarrollo³⁶⁹ de la doctrina del control de con-

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 78.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 79-81.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 88.

³⁶⁹ Es apropiado hablar del desarrollo de dicha doctrina, ya que el caso *Cabrera García y Montiel Flores* presenta algunas aportaciones al control de convencionalidad, como son el que el mismo deba ejercerse por todos los jueces, con independencia de su ubicación o no en el Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado o especialización, de ahí que algunos hablen ahora de control *difuso* de convencionalidad (se está pensando en el doctor Ferrer Mac-Gregor).

vencionalidad, la cual en palabras de los juzgadores interamericanos se explica en los siguientes términos:³⁷⁰

Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En este sentido, *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Con todo, para los efectos de la presente investigación se tendría que considerar con cierta cautela la doctrina sobre el control de convencionalidad, más precisamente el control difuso de convencionalidad que nos arroja el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, y que el doctor Ferrer Mac-Gregor en su calidad de juez *ad hoc* detalla con mayor énfasis y optimismo al emitir su voto razonado sobre la sentencia del caso en comentario.

Para dicho juez, el bloque de convencionalidad quedaría subsumido en el bloque de constitucionalidad, o, mejor, todos los jueces, al realizar interpretaciones de las disposiciones constitucionales y legales, deben cuidar que sean conforme a la normativa convencional, e incluso a no aplicar aquellas que contravengan de manera absoluta el bloque de convencionalidad.³⁷¹

Se está totalmente de acuerdo con dicha complementariedad entre el control convencional y el control constitucional, ambos de carácter difuso, pues resultaría ciertamente limitado, si no es que sería de difícil realización,

³⁷⁰ Sentencia Cabrera García y Montiel, Flores *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, p. 86, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Énfasis añadido a fin de precisar los cambios en la doctrina del control de convencionalidad, ahora conocida como del control *difuso* de convencionalidad, lo que obedece a que antes dicho control sólo lo podían efectuar los miembros del *Poder Judicial*; no obstante, como se ha referido, ahora se exige dicho control a *todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* y en todos los niveles, lo que incluiría, por ejemplo en nuestro país, a los jueces locales de las entidades federativas, con independencia de que se encuentren o no actuando en auxilio de la justicia federal en términos del artículo 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁷¹ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, p. 22, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

el que, por ejemplo, un juez del orden común pudiera materializar el control de convencionalidad si se encuentra impedido para efectuar un control de constitucionalidad.

Para el contexto mexicano, cabría recordar que en la práctica judicial ha operado un control concentrado de constitucionalidad derivado de una interpretación jurisprudencial de 1999, que señala que el control difuso de la constitucionalidad de normas no lo autoriza el artículo 133 de la Constitución, esquema que ha sido abandonado, en mi opinión rectificado, recientemente con la resolución publicada el 4 de octubre de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* y dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, la cual tuvo como propósito general emitir una declaración sobre la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco*.

En la referida resolución del máximo tribunal mexicano se determinó, entre otras cosas, un modelo de control de convencionalidad y de constitucional de carácter *difuso*, el cual implica que ahora todos los jueces del país están facultados para inaplicar o desaplicar las normas que consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Ello, en el entendido de que también existirán las vías de control constitucional directo de las que pueden conocer los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto; de esta manera, una inaplicación de normas por parte de los jueces de los estados no significaría una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que una determinación de esa naturaleza sólo puede decretarse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las acciones de inconstitucionalidad y, en algunos casos, con las controversias constitucionales, así como mediante la emisión de una declaratoria general de inconstitucionalidad en el supuesto de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se señale la inconstitucionalidad de una norma general, no así con el amparo directo e indirecto.

Pese a la referida determinación del máximo tribunal sobre la vigencia en nuestro país del control constitucional y convencional *difuso*, así como el optimismo del doctor Ferrer Mac-Gregor mostrado en su voto razonado de la sentencia del *caso Cabrera García y Montiel Flores* sobre que cualquier juez puede realizar un examen de conformidad de las normas internas (incluida por supuesto la Constitución) con la Convención Americana y la propia ju-

risprudencia que al efecto emita la Corte Interamericana, se piensa que la implementación de la doctrina del control de convencionalidad debe verse hoy en día con cierta prudencia, toda vez que nuestro contexto cultural jurídico aún no está del todo preparado para aplicar en todos sus términos un control difuso de convencionalidad.

En este sentido, se considera que poco o de nada sirve la existencia de una doctrina tan novedosa, si antes no se implementan verdaderos programas de capacitación y formación de los jueces nacionales que contribuyan al conocimiento de las disposiciones y criterios internacionales, así como a la conscientización sobre la importancia de la vigencia de los derechos humanos, como son los que se contienen para el sistema interamericano.

Bajo este sendero, a pesar de que la doctrina del control difuso de convencionalidad generaría un diálogo jurídico entre jueces nacionales e internacionales, el cual contribuiría a la realización de los derechos fundamentales, o más precisamente de los derechos humanos, no se debe ignorar la gran tarea sobre innovación judicial que exige dicha doctrina; por ello, antes de aplaudir y hacer eco del control difuso de convencional se estima que primero se debe mirar y atender el otro polo pendiente; esto es, transformar el actual esquema judicial del ámbito local, el cual en la mayoría de los casos es ciego a los instrumentos, criterios e interpretaciones jurídicos existentes más allá de las fronteras, pero aplicables al sistema jurídico mexicano; ello, por supuesto, si se quiere transitar de la teoría a la práctica convencional.

CAPÍTULO CUARTO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. PRINCIPALES CRÍTICAS Y ALGUNAS RESPUESTAS DESDE LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL

I. RECAPITULACIÓN

Hasta este nivel de la investigación se puede decir que ya se han recorrido las condiciones de aparición, desarrollo teórico y situación actual de la argumentación jurídica de corte principalista. De esta manera, se detallaron las condiciones de aparición al abordar el neoconstitucionalismo. El desarrollo teórico se trató cuando se mostraron las diversas teorías de la argumentación jurídica con matices principalistas. Por su parte, sobre la situación actual o, mejor, práctica argumentativa, se presentó un capítulo en el que se analizaron diversos casos considerados paradigmáticos; además de ello, se mostró con cierto detalle la conceptualización, las características y las formas de operar de los principios jurídicos, así como sus diferencias con las reglas jurídicas; asimismo, se aclaró que el tipo de principios a los que se dirigiría principalmente la presente investigación serían los derechos fundamentales.

Bajo este contexto, se está en posibilidad de presentar y detallar las principales objeciones que se han formulado en contra del método de ponderación de principios en el derecho, las cuales se asumen como objeciones dirigidas a la argumentación jurídica principalista. Así, una vez exhibidas dichas objeciones, se estará en condiciones de mostrar los resultados a los que se llegó con la presente investigación; es decir, respuestas específicas y prácticas a las críticas que pesan sobre la argumentación jurídica principalista; ello, a fin de contribuir con el desarrollo general de la misma. Con mucho, éstos son los temas en los que se centrará el presente capítulo.

Previamente a desarrollar dichas cuestiones, en el siguiente punto se abordará la importancia teórica que comporta para el desarrollo del mismo derecho la atención de las objeciones y críticas a la argumentación jurídica de corte principalista, a las que desde ahora se les podría decir que sus intentos por derribar a su adversario han sido fallidos.

II. LA IMPORTANCIA TEÓRICA EN LA ATENCIÓN A LAS CRÍTICAS Y OBJECIONES A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

Es innegable que cualquier tipo de crítica a las manifestaciones del derecho debería merecer cierto tipo de respuesta. Ello, a fin de contribuir al mismo desarrollo del fenómeno jurídico. La peor reacción ante tales circunstancias sería que no se dijera o hiciera algo. Así, se estima que en el quehacer diario no sólo de los teóricos del derecho, sino de los practicantes del mismo, debe estar presente el tratar de atender los inconvenientes y obstáculos que enfrenta su campo de estudio en sus distintos escenarios.

Bajo este sendero, la importancia en la atención a las críticas formuladas a la argumentación jurídica principalista se torna necesaria, a fin de mantener vivo y propiciar el mejor desenvolvimiento del mismo derecho. Sobre ello, se ha identificado en el contexto de la teoría jurídica la relevancia que comporta la atención de las objeciones sobre dicha argumentación, como se referirá en adelante.

1. *La importancia en el campo de la teoría jurídica*

Es criterio compartido entre los teóricos del derecho pensar en la crisis del positivismo jurídico,³⁷² la cual se generó, como se conoce, por la inclusión de los principios en las Constituciones, lo que se traduce en una relación “necesaria” entre el derecho y la moral, relación que bajo los postulados de positivismo jurídico no se pudo explicar; de ahí el origen de la crisis. Más aún, actualmente casi nadie puede negar una evolución en el orden jurídico, un paso del imperio de la ley al imperio de la Constitución, la cual, más que contener reglas de organización del Estado o declaraciones de buenas intenciones, contiene principios que guían y sustentan las leyes que conforman el sistema jurídico, pero dicha evolución no debe asimilarse como una sustitución de la ley a una súper ley llamada Constitución, sino que representa un cambio radical en la concepción que sobre la legalidad se tenía bajo el positivismo jurídico.

La legalidad desde el positivismo jurídico era comprendida como fin en sí mismo; sin embargo, con la evolución del derecho, acaecida principal-

³⁷² Desde luego que con la expresión “crisis del positivismo” jurídico no se quieren referir las cuestiones de inflación legislativa, anomía jurídica (incumplimiento de la ley) o pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, que se identifican en la doctrina tradicional con la llamada crisis de la ley, ya que dichos temas son por mucho ajenos a los propósitos de la presente investigación.

mente a partir de la segunda mitad del siglo XX, la legalidad se entiende como un medio para alcanzar valores que fundamentan los principios positivizados. De ahí que se hable de un perfeccionamiento de la clásica legalidad, que sometía la ley únicamente a vínculos formales, lo que se modifica con la consignación de principios en las Constituciones, al someterla así a vínculos sustanciales.³⁷³

Bajo este pasaje, es evidente que en el terreno de la teoría jurídica actual existe cierto descontento con respecto a los postulados de la corriente de pensamiento jurídico dominante, derivado de la incapacidad de éstos en explicar de manera convincente las implicaciones morales de las nuevas piezas del derecho.³⁷⁴

De esta forma, si se recuerda que la argumentación jurídica principalista viene a materializar la evolución jurídica que ha sido descrita con la inclusión de los principios en las Constituciones, se comprende que la misma a su vez propicia la construcción de teorías jurídicas no formalistas (tal y como lo es la teoría del neoconstitucionalismo), que puedan explicar de mejor forma la situación que se tiene en el fenómeno jurídico. Por ello, la importancia que representa para la teoría jurídica la atención de las objeciones al método de ponderación, pues así se contribuye a mantener vigente la posibilidad de generar nuevas teorías jurídicas, las cuales en última instancia nutren el desarrollo del derecho mediante su sistematización, descripción y explicación.

De ahí que, por ejemplo, en una de sus más recientes obras el profesor español Josep Aguiló Regla haya señalado que la expansión que ha tenido recientemente la argumentación jurídica no es una cuestión de moda, sino que está relacionada con la crisis del formalismo jurídico generada bajo el constitucionalismo.³⁷⁵

³⁷³ González Ordovás, María José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 104 y 105.

³⁷⁴ Se debe recordar que algunos positivistas (por ejemplo, el propio Hart, David Lyons, Philip Soper y Coleman) intentaron dar cuenta del papel de los principios en el derecho, concluyendo que efectivamente existe una relación entre el derecho y la moral, pero de forma contingente, no necesaria; otros positivistas la han negado recurriendo a la idea de autoridad (Joseph Raz). Así, piénsese en el debate teórico entre el positivismo incluyente *versus* positivismo excluyente. Con independencia de las defensas débiles o fuertes al positivismo jurídico, lo que sí se puede afirmar es que los postulados del mismo encuentran dificultades al hablar de principios, por ello su crisis. Para mayor análisis, véase Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, y Waluchow, Wilfrid J., *op. cit.*

³⁷⁵ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008, pp. 64 y 65.

Con todo, se considera que la importancia teórica descrita se explica de mejor forma si se consideran las principales diferencias que presentan los postulados del positivismo jurídico con respecto a los postulados del constitucionalismo, en el siguiente punto ése será el cometido.

2. *Algunas diferencias entre los postulados del positivismo jurídico con relación a los postulados del constitucionalismo*³⁷⁶

A. *Sobre el tipo de deliberación*

a. Positivismo

Derivado de que las reglas jurídicas relacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica de forma cerrada, en la aplicación de las mismas no se requiere de ningún tipo de deliberación práctica, pues la idea que prevalece es la de tipicidad.

b. Constitucionalismo

Se propicia en todo momento una deliberación práctica por parte de los decisores, ya que éstos operan con normas sumamente abiertas. De ahí que algunos autores en el contexto internacional hayan afirmado que de hecho en el razonamiento legal los principios se han convertido en el formato legal esencial de un derecho global contemporáneo.³⁷⁷

B. *Sobre las formas de discurso*

a. Positivismo

El discurso en la aplicación del derecho es único; es decir, sólo jurídico. Si se emiten otro tipo de discursos se está ya en un campo político o moral,

³⁷⁶ A lo largo del presente numeral se rescatarán y resumirán varias de las interesantes distinciones que sobre dichas teorías efectuó el profesor español Josep Aguiló. Véase Aguiló Regla, Josep, “Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 669-675, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35429&portal=4>.

³⁷⁷ Tusseau, Guillaume, *The interpretation of national constitutions by international judges*, p. 21. Trabajo presentado en el seminario WG Hart Legal Workshop 2010 Comparative Perspectives on Constitutions: Theory and Practice, celebrado del 29 de junio al 1o. de julio de 2010 en el Institute of Advanced Legal Studies, Londres, Inglaterra.

los cuales sólo se presentan al momento de crear las normas, pero no en su aplicación. Así, las operaciones de creación y aplicación del derecho son fundamentalmente opuestas.

b. Constitucionalismo

Existe una imbricación entre los discursos político, moral y jurídico. En primer lugar, porque el razonamiento de los legisladores se torna a la vez jurídico, ya que las leyes que crean deben concretar y mirar hacia los derechos fundamentales, y en segundo lugar, porque la justificación judicial incorpora consideraciones tanto morales como políticas al operar con ideales como son los derechos fundamentales. En este sentido, el propio Raz ha reconocido que los jueces usan argumentos morales, sociales y cualquier otro tipo de consideraciones no legales, aunque no sólo esta clase de argumentos, cuando crean, innovan o desarrollan el derecho.³⁷⁸

C. Sobre la validez de las normas

a. Positivismo

Las normas jurídicas son válidas y existen si son formuladas cumpliendo con el procedimiento previamente fijado para ello. Así, el mismo derecho se relaciona con la forma; en otras palabras, las normas jurídicas existen con independencia de sus contenidos.

b. Constitucionalismo

La validez de las normas no sólo depende de que cumplan con el proceso de creación de las mismas previamente formulado, sino que además deben cumplir con criterios sustantivos; es decir, con los ideales contenidos en las Constituciones. Así, la validez material de las normas jurídicas se mide por la conformidad de sus contenidos con dichos ideales, lo que resulta relevante en el contexto de las actuales sociedades democráticas. De esta forma, es muy probable que existan normas jurídicas válidas desde el ámbito formal, pero inválidas desde una óptica material; con todo, el ideal regulativo es generar normas válidas bajo ambas racionalidades.

³⁷⁸ Raz, Joseph, *The authority of law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 49.

D. *Sobre el papel del científico del derecho*

a. Positivismo

El papel del científico del derecho se concibe más limitado, ya que el mismo se concentra en observar y describir el lenguaje prescriptivo de las normas, aunque cabe señalar que con ello logra convertir los enunciados prescriptivos de las normas que carecen de valor de verdad en enunciados descriptivos susceptibles de ser catalogados como verdaderos o falsos.

b. Constitucionalismo

En el terreno del constitucionalismo, el científico del derecho no sólo se contenta con describir el lenguaje de las normas, sino que tiene una función más activa, como lo es el tratar de mejorar el fenómeno jurídico mediante sus investigaciones y descripciones. En otras palabras, el papel que juega el científico no es de simple espectador, sino más bien de un actor protagonista en la representación del derecho.

E. *Sobre la enseñanza del derecho*

a. Positivismo

En el contexto del positivismo, estudiar derecho implica principalmente aprender el lenguaje prescriptivo objetivado en las normas jurídicas. Así, se piensa que mientras más lenguaje prescriptivo se conoce, mejor se puede enseñar derecho. Sin exagerar, se podría decir que muchos juristas son reconocidos en nuestro país por su amplio conocimiento en el contenido de las leyes; sin embargo, se les debería decir que no se sientan tan seguros de su entendimiento sobre el fenómeno jurídico, ya que como lo apuntó hace muchos años Von Kirchmann: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.³⁷⁹

b. Constitucionalismo

La enseñanza del derecho se torna más compleja en el sendero del constitucionalismo, ya que se tiene que operar con nuevas piezas, como son los

³⁷⁹ Kirchmann, J. H. von, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 54.

principios jurídicos. De esta forma, la comprensión del fenómeno jurídico no sólo queda definido por el conocimiento de las reglas, sino que implica el conocimiento de éstas bajo el contexto de los principios, y más aún: la enseñanza se orienta a la generación de esquemas que contribuyan a la resolución de controversias de forma ampliamente justificada.

3. *A manera de epílogo*

El análisis de las primordiales diferencias entre los postulados del positivismo jurídico con los del constitucionalismo ayudan a resaltar la relevancia en la atención a las críticas a la argumentación jurídica principalista, ya que la misma surge dentro del contexto de una teoría jurídica de naturaleza no formalista, la cual maximiza el espectro del fenómeno jurídico, pues, por ejemplo, como se observó, bajo el contexto del constitucionalismo las fronteras del derecho se difuminan y el campo de acción y alcance que tienen los operadores jurídicos se amplía, lo que disminuye la brecha que existe entre la realidad cambiante y el formalismo jurídico homogéneo, el cual de hecho se preocupa por el mero cumplimiento de la ley, dejando fuera otros criterios relevantes para la justificación judicial.

De esta manera, es evidente que derivado de la relación existente como antecedente-consecuente entre el constitucionalismo y la argumentación jurídica de corte principalista, cualquier intento por resolver las problemáticas del consecuente se trasladan a la vez al antecedente. Así, se puede concluir que al solventar problemas que presenta la práctica argumentativa se contribuye en gran medida a fortalecer y desarrollar teorías jurídicas de corte no formalista, las cuales intentan atender las demandas sobre el establecimiento de nuevas posturas para la comprensión del actual fenómeno jurídico, de ahí la importancia que comporta para la teoría jurídica y para el mismo derecho en su conjunto cualquier intento por atender las críticas a la argumentación jurídica.

Hasta aquí con lo señalado respecto de la importancia teórica en la atención a las objeciones que se han formulado en contra del método de ponderación que utiliza la argumentación jurídica principalista. De esta forma, previo a presentar dichas objeciones, en lo que sigue se precisarán los principales elementos de la estructura de la ponderación, lo que ayudará a comprender de mejor manera las críticas a la multicitada argumentación.

III. ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN MATERIA DE LAS CRÍTICAS A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

1. *Preludio*

En virtud de que las principales objeciones a la argumentación jurídica principalista se dirigen al método que la misma utiliza para aplicar los principios; esto es, la ponderación, cabría ahora resaltar algunos puntos sobre este mecanismo de aplicación de los derechos fundamentales.

De esta manera, si bien cuando se presentó la teoría de la argumentación de Robert Alexy se desarrollaron las ideas principales sobre la ponderación, cabe aclarar que no se resaltaron todas, en virtud de que metodológicamente se considera más adecuado abordarlas en este momento y como antecedente a las críticas de la ponderación, ya que ello permitirá contrastar de forma más sencilla y directa dicho método de aplicación de los principios con sus principales objeciones.

Como primer punto, hay que recordar que la ponderación es la metodología utilizada para aplicar los principios jurídicos; esto es, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que, como señala Alexy, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.³⁸⁰

Para establecer esa *mayor medida posible* en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte... La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*.³⁸¹

³⁸⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 86 y 87.

³⁸¹ Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 226, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15786&portal=4>.

Así, por ejemplo, para establecer la precedencia entre principios en tensión es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación; éstos son: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, los cuales se desarrollarán en los siguientes puntos, elementos que constituyen nada menos que los componentes sobre los que descansan las principales objeciones a la argumentación jurídica de corte principalista.

2. *La ley de ponderación*

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de ponderación”, la cual ya se ha detallado en el presente trabajo. Ahora correspondería agregar que dicha ley posibilita que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso se establece el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo paso se fija la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido opuesto. En el último paso se tiene que precisar si la importancia de la satisfacción del principio contrario fundamenta la restricción del otro principio.³⁸²

En un sentido similar, basándose en un concepto de proporcionalidad para determinar la limitación de los derechos humanos, el profesor Andrew Clapham ha señalado que una decisión tomada está obligada a adoptar tres escenarios para determinar si la interferencia a un derecho humano representa una legítima limitación sobre lo concerniente al derecho. Los escenarios son los siguientes:³⁸³

- Existe un legítimo objetivo para la interferencia.
- La interferencia está establecida en una norma accesible y clara.
- Es la interferencia proporcional con la identificación legítima del objetivo y necesaria en una sociedad democrática.

Más allá de este interesante escenario de limitación legítima de los derechos, para Alexy el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres rangos. En dicha escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve,

³⁸² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 460.

³⁸³ Clapham, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 99 y 100.

medio o grave.³⁸⁴ Por poner un ejemplo: la afectación a la vida de un menor de edad, que se generaría porque sus padres evangélicos no permitieran una transfusión de sangre, podría estimarse como intensa, en virtud del peligro de muerte del menor. Por otro lado, la satisfacción de la libertad religiosa de los padres, que se ejercería mediante la oposición de ellos a la transfusión, podría medirse sólo como media o leve.³⁸⁵

Cabe señalar que el grado de afectación de los principios no es la única variable relevante para determinar si la satisfacción del otro principio justifica la afectación del primero. Una segunda variable es el “peso abstracto” de los principios relevantes. Dicha variable tiene su origen en el reconocimiento de que algunas veces uno de los principios puede comportar mayor importancia en abstracto, de conformidad con la concepción de los valores de determinada sociedad. De esta forma, ocasionalmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, ya que para poder ejercer la libertad es requisito previo el tener vida.³⁸⁶

De esta manera, el peso abstracto de un principio es el peso que se le fija en relación con otros principios, sin importar las circunstancias del caso concreto. Así, existen muchos principios de la Constitución que no se distinguen en su peso abstracto. Sin embargo, para Alexy, esto no ocurre con otros principios; por ejemplo, el mayor peso abstracto del derecho a la vida sobre el derecho a la libertad general de acción. Pese a ello, se debe aclarar que si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable se elimina de la ponderación; en otras palabras, el peso abstracto sólo tiene relevancia en la ponderación cuando los principios en tensión se distinguen en su peso abstracto, si los pesos son iguales, se contrarrestan mutuamente.³⁸⁷

A las anteriores variables se integra una tercera, que se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas. Ésta se identifica con la afectación que determinada medida imprime sobre los principios relevantes en casos concretos. La presencia de esta variable obedece a que las apreciaciones empíricas referentes a la afectación del principio en tensión pueden comportar un distinto grado de certeza, y por lo tanto existe una fluctuación del

³⁸⁴ Para Alexy, desde luego también es posible utilizar otras palabras o expresiones, como “reducido” o “débil” en lugar de “leve” y “alto” o “fuerte” en vez de “grave”. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos...*, *cit.*, p. 70.

³⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 228.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 228.

³⁸⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 470-472.

peso que se establezca al respectivo principio. De este modo, la afectación del derecho a la vida de la hija de los evangélicos deberá estimarse como intensa si existe seguridad de que perderá la vida al no ser ingresada a un hospital para la transfusión de sangre.³⁸⁸

3. *La fórmula del peso*

Se puede comenzar señalando que la fórmula del peso o de cociente contiene los siguientes factores: las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en tensión y los grados de certeza de los presupuestos empíricos acerca de la realización o no de los principios en colisión, ocasionados por la misma tensión. De esta manera, en una colisión entre dos principios el peso concreto de cada uno de los principios dependería de seis factores; esto es, tres por cada principio. Ahora bien, cabe advertir que dichos factores tienen utilidad en la fórmula del peso sólo cuando los pares de factores son incompatibles; por ejemplo, conforme a la escala triádica podrían representar los siguientes pares: grave-leve, grave-medio y medio-leve; por el contrario, si los pares representan coincidencia (leve-leve, medio-medio y grave-grave), se neutralizan.³⁸⁹

Pero ahondemos más sobre el esquema de la fórmula del peso o del cociente como la denomina también Alexy, para lo cual se utilizará la representación que de la misma hace el propio Carlos Bernal Pulido; ello, derivado de la sencillez de su explicación. De esta manera, la fórmula tendría la siguiente estructura:³⁹⁰

$$GP_i, jC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

En donde:

- GP_i, jC : Representa el peso de los principios i y j en el caso concreto.

³⁸⁸ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, pp. 228 y 229.

³⁸⁹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 481 y 482.

³⁹⁰ Si bien se ha encontrado mayor sencillez explicativa en la representación de la fórmula del peso que elabora Carlos Bernal Pulido en su artículo “Estructura y límites de la ponderación”, respecto de las propias anotaciones de Alexy sobre dicha fórmula, para mayor profundidad en el tema, véase *ibidem*, pp. 481-490. Con todo, la fórmula que se presenta en este trabajo ha sido obtenida de Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 229.

Para el primer principio:

- *IPiC*: Representa la intervención o grado de afectación al principio *i* en el caso concreto.
- *GPiA*: Representa el peso abstracto del principio *i*.
- *SPiC*: Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del principio *i* en el caso concreto.

Correlativamente, para el segundo principio:

- *WPjC*: Representa la importancia de la satisfacción o realización del principio *j* en el caso concreto.
- *GPjA*: Representa el peso abstracto del principio *j*.
- *SPjC*: Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del principio *j* en el caso concreto.

En otras palabras, la fórmula señalaría que el peso del principio *Pi* en relación con el principio *Pj*, en las circunstancias del caso particular, 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 y el producto de la importancia del principio *Pj* en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.³⁹¹

De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto

³⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 229. Como se puede apreciar, la fórmula del peso como elemento de la estructura de la ponderación tiene una amplia conexión con otro de los elementos de dicha estructura; esto es, con la ley de ponderación, la cual, como se sabe, señala que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de” uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de satisfacción del otro. Por otra parte, cabe notar que para Alexy la seguridad de los presupuestos empíricos expresados en la fórmula del peso se relacionan con el significado que determinada medida tenga en el caso concreto para la no realización de un principio y la realización del otro. De hecho, se debe recordar que Alexy entiende que en cuanto principios, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención en el derecho. Esta exigencia nos conduce a la segunda ley de ponderación, mejor conocida como ley epistémica de la ponderación, la cual señala que “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan”. Para un profundo análisis de estos temas, véanse las siguientes obras: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 487 y 488, así como Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pp. 92-94.

de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) (SPiC = 1). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media (WPjC = 2), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) (GPjA = 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) (SPjC = 1).

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

$$GPi,jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$GPj,iC = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así se llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres —satisfechos sólo en 0.25— no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña —afectados en 4—. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.³⁹²

Con lo destacado hasta este momento sobre la fórmula del peso de Alexy cabría ahora esquematizar la misma con un ejemplo tomado del contexto cultural mexicano. Para ello se utilizará la representación que se desarrolló recientemente de la fórmula del peso bajo la expresión “ponderación numérica”, en los términos que en el siguiente inciso se precisará.

³⁹² Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, p. 230.

La ponderación numérica

En esta etapa de la investigación ya se conoce que con el objetivo de facilitar el balance o comparación entre los principios o bienes a ponderar; esto es, al aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se utiliza la ley de ponderación desarrollada por Alexy, lo que posibilita la asignación de valores numéricos a ciertos elementos, a fin de poder calcular y contrastar el grado de afectación de un principio y el grado de importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Esto es precisamente lo que se puede entender por ponderación numérica, la cual no viene a ser más que la representación de la fórmula del peso de Alexy y de la conocida escala tríadica o de tres valores: leve (1), medio (2) y grave (4).³⁹³

Bajo este contexto, hay que decir que recientemente en México Héctor Orduña Sosa,³⁹⁴ retomando dicho modelo y algunas de las enseñanzas del profesor Carlos Bernal Pulido, ha propuesto cuatro pasos que podrían seguir los jueces constitucionales mexicanos al efectuar una ponderación de principios, en los siguientes términos:³⁹⁵

Paso 1. Determinar el valor del grado de intensidad en la afectación del derecho fundamental producido por el acto reclamado, el cual se obtiene del resultado de la multiplicación de los siguientes valores que se asignen a los consecuentes tres parámetros:

- a) Intensidad con la que es afectado el derecho fundamental (ia).
- b) Peso abstracto o importancia que tiene el derecho fundamental en una determinada concepción de valores de una sociedad (pd).
- c) Seguridad de que se produzca la afectación al derecho fundamental (sa).

³⁹³ Orduña Sosa, Héctor, *Interpretación constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales*, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2010, p. 129.

³⁹⁴ Dicho autor se centra en analizar el principio de proporcionalidad como un esquema de razonamiento que permite determinar si existe una afectación ilegítima de un derecho fundamental, para lo cual habla de dos etapas en el mismo: la etapa 1, referida a la verificación de que el acto de autoridad afecte un derecho fundamental; la etapa 2, relativa a la verificación de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad; para ello divide dicha etapa en tres fases: la fase 1 para el subprincipio de idoneidad; la fase 2 para el subprincipio de necesidad, y la fase 3 para el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De todo este esquema del principio de proporcionalidad, lo que será de interés y se desarrollará en adelante son los pasos contenidos sólo en la fase 3; no obstante, para un mayor abundamiento sobre esta metodología, véase *idem*.

³⁹⁵ Aquí sólo se presentará un resumen de dichos pasos; sin embargo, los mismos se desarrollan detenidamente en *ibidem*, pp. 130-134.

De esta manera, el grado de afectación del derecho fundamental sería el resultado de multiplicar: (ia) x (pd) x (sa).

A fin de obtener el valor del grado de afectación del derecho fundamental, Orduña Sosa utiliza como ejemplo la medida administrativa relativa a la suspensión de actividades de los establecimientos mercantiles con motivo de la influenza, así realiza el siguiente ejercicio de valoración:

A la (ia) le asigna un valor de 2, porque considera que la afectación tiene una intensidad media, ya que si bien impide la apertura de los establecimientos comerciales, dicha prohibición es temporal y de corta duración.

Al (pd) le asigna un valor de 2, porque si bien se trata de la libertad de comercio, la misma no protege directamente la vida o integridad de las personas.

A la (sa) le asigna un valor de 4, ya que el cierre de los establecimientos mercantiles es inminente, con el riesgo de la imposición de sanciones por desobediencia.

Por lo tanto, el grado de afectación del derecho fundamental (Gad) es de 16, puesto que la multiplicación de (ia) x (pd) x (sa) o, mejor, $2 \times 2 \times 4$ nos da dicho resultado.

Así, una vez obtenido el valor del grado de intensidad en la afectación del derecho fundamental, se pasaría al siguiente paso, el cual dicho autor explica de la siguiente manera:

Paso 2. Determinar el valor del grado de importancia de la satisfacción del fin mediano perseguido por el acto reclamado, el cual se integra a partir de la multiplicación de los valores asignados a los siguientes elementos:

- a) Intensidad con la que se logra la satisfacción del fin mediano buscado por el acto reclamado (is).
- b) Peso abstracto del fin mediano perseguido por el acto reclamado (pf).
- c) Seguridad con la que el acto satisfará el fin mediano (ss).

De esta forma, el grado de importancia de la satisfacción del fin mediano será el resultado de (is) x (pf) x (ss).

Con el mismo ejemplo de la suspensión de actividades de los establecimientos mercantiles, Orduña Sosa obtiene el grado de importancia de la satisfacción de la siguiente manera:

A la (is) le asigna un valor de 4, ya que tiene una intensidad elevada, puesto que esa medida buscó reducir el contagio de una enfermedad grave, y de esta forma controlar el riesgo latente de que se produjera una epidemia.

Al (pf) le asigna un valor de 4, pues la medida buscaba la protección de la salud de los miembros de la comunidad; en otros términos, la protección de su vida e integridad.

A la (sf) le da un valor de 2; esto es, lo estima medio, porque si bien el cierre de los establecimientos es una medida de aislamiento social que pudo disminuir el contagio de la enfermedad, no hubo evidencia empírica de su verdadera eficacia.

Por lo tanto, el grado de satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado es de 32, puesto que $(is) \times (pf) \times (sf)$ o $4 \times 4 \times 2$ nos da como resultado dicha cantidad.

Una vez obtenidos los dos valores, se estaría —señala Orduña Sosa— en condiciones de efectuar el siguiente paso:

Paso 3. Comparar los valores determinados en los pasos precedentes, que no es otra cosa que comparar los valores obtenidos al determinar el grado de afectación del derecho fundamental y el grado de satisfacción del fin mediato. Así, dependiendo de cuál sea mayor, será el resultado del ejercicio de la ponderación. Por ello, en el ejemplo planteado, al tener un valor mayor el grado de satisfacción del fin mediato (32) respecto del valor del grado de afectación del derecho fundamental (16), se puede concluir que el acto reclamado es una restricción legítima a la libertad de comercio.

El último paso planteado por dicho autor se refiere a la generación de una regla como resultado de la ponderación. Así, el mismo se explica como sigue:

Paso 4. Construir una regla o criterio de prioridad condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo. Aquí se trataría de diseñar una solución para el caso concreto y para casos futuros idénticos y análogos.

Este paso viene a reafirmar una de las propuestas que para atender las objeciones a la argumentación principalista se presentará con posterioridad en forma de catálogo de reglas, las cuales emanarán de los casos paradigmáticos analizados en la presente investigación. Por ahora basta con hacer notar que actualmente se está formando como criterio común el culminar el proceso de ponderación con la creación de reglas para la resolución de casos futuros, criterio que se comparte ampliamente.

Como se observa con dicha metodología, de naturaleza matemática, se estaría en condiciones de saber si se está restringiendo un principio o derecho fundamental de forma legítima o no; sin embargo, como se verá en las críticas a la argumentación jurídica principalista, el problema de dicha metodología está en los parámetros que utilizarían los jueces para decidir sobre el valor numérico que deben asignarle a cada elemento que integra la

operación. Así, algunas de las preguntas a contestar serían: ¿cómo conocer que debemos asignarle un valor numérico de 2 y no de 3 a la intensidad con que es afectado un derecho fundamental?, o ¿cómo saber que la realización de un derecho fundamental tiene una intensidad de satisfacción media o valor numérico de 2 en vez de una intensidad elevada o valor numérico de 4? Pese a ello, como se verá en la parte propositiva de la investigación, existen elementos que en alguna forma pueden contribuir a resolver dichas cuestiones.

Por ahora se puede adelantar que a fin de evitar un cierto tipo de arbitrariedad en la asignación de valores, se tendría en todo caso que recurrir a la propia argumentación; esto es, el juez constitucional debe presentar y justificar con el mayor número de razones el establecimiento o elección de valores numéricos que le asigna a cada elemento de la ponderación, los cuales deben en todo momento responder a una concepción del mayor respeto de los derechos fundamentales o, mejor, de una amplia justificación en su restricción. Eso es lo que como mínimo se esperaría de los jueces mexicanos que ponderen principios, los cuales no pueden renunciar a su papel constructivo en los Estados constitucionales democráticos como el que se tiene y se sigue conformando en el país.

El anterior comentario obedece a que finalmente la cuestión de la ponderación se centra, si queremos utilizar valores numéricos, en sustentar su elección; ello, a fin de evitar caer en una de las más férreas críticas al método de ponderación; esto es, la acusada arbitrariedad en la construcción de las decisiones jurídicas principalistas. Con todo, en el numeral IV del presente capítulo se desarrollarán con detenimiento, entre otras, las críticas a los límites de la ponderación.

Por último, no se debe perder de vista que la exposición de la esquematización que Orduña Sosa realiza de la fórmula del peso de Alexy, resulta interesante para la presente investigación no por la posible utilización de una operación matemática para resolver una colisión de principios, sino más bien por la señalada compatibilidad del paso 4 con la formulación de criterios de prioridad que se propondrán en este trabajo.

4. *Las cargas de la argumentación*

El último elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación, de las cuales ya se ha hablado en la presente investigación; ahora sólo cabría precisar que las mismas se pueden utilizar cuando existe un empate entre los principios que se siguen de la aplicación de la fórmula del

peso; esto es, cuando los pesos de los principios son iguales. En el esquema esbozado dicho empate se representaría como: $GP_i, jC = GP_j, iC$.

O más detalladamente como sigue:

- a) leve-leve = 1-1 = 0
- b) medio-medio = 2-2 = 0
- c) intensa-intensa = 3-3 = 0

En donde:

- a) Se refiere a la intervención y la importancia de los principios en tensión, respectivamente.
- b) Se refiere al peso abstracto de los principios en colisión.
- c) Representa la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la intervención de los principios en tensión.

Es evidente entonces que en caso de empate el método de ponderación no presenta ningún resultado, puesto que dicho empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede resultar victorioso frente a otro. Pese a ello, existen las cargas de la argumentación para algunos principios.³⁹⁶

Así, por ejemplo, Alexy, citado por Carlos Bernal, defiende la existencia de cargas argumentativas a favor, por ejemplo, de la libertad e igualdad jurídicas. Dichas cargas de argumentación implicarían que los principios de libertad e igualdad tendrían preferencia sobre cualquier otro principio inverso, salvo que se esbozaran mejores razones para sustentar lo contrario. En otras palabras, cuando los principios divergentes a la libertad e igualdad jurídicas contaran con un peso igual a éstos, la preferencia debería caer en la libertad y en la igualdad jurídica; es decir, el posible empate jugaría a su favor.³⁹⁷

Con todo lo señalado sobre los elementos de la estructura de la ponderación, se está ahora en posibilidad de esbozar algunas de las críticas a la ponderación en general. En este sentido, siguiendo la terminología de Bernal Pulido, se ha dispuesto dividir en tres partes las principales objeciones a la argumentación jurídica principalista a fin de facilitar su exposición. Así, la primera se presentará como la irracionalidad de la ponderación; la segunda, como los límites de la ponderación, y la última, como la afectación del principio democrático. En adelante, el desarrollo de dichas objeciones será el primordial cometido.

³⁹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 477 y 480.

³⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación...", cit., p. 231.

IV. PRINCIPALES OBJECIONES AL MÉTODO DE PONDERACIÓN QUE SE UTILIZA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA

1. *La irracionalidad de la ponderación*

Los críticos de la argumentación jurídica principalista (piénsese en Javier Jiménez Campo, Francisco Laporta, Schlink o el mismo Habermas) consideran que la misma y su método de ponderación suponen un retroceso civilizatorio, ya que dan entrada a la arbitrariedad y el decisionismo en la aplicación del derecho, socavando con ello las bases de la seguridad jurídica.

De esta forma, para dicho grupo de críticos, la aplicación de los derechos fundamentales como principios mediante el juicio de ponderación es irracional. Así, por ejemplo, Jiménez Campo (citado por Carlos Bernal Pulido) considera que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico.³⁹⁸

En el mismo sentido, para Schlink, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, o, lo que es lo mismo, en la ponderación, en definitiva, sólo se impone la subjetividad de quien la lleva a cabo. Así, las operaciones de valoración, en definitiva, sólo pueden realizarse de forma decisionista. Parece entonces que Schlink, en palabras de Robert Alexy, descrea que sea posible realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.³⁹⁹

Por su parte, Habermas ha señalado que la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa de manera discrecional o arbitraria o conforme a estándares a los que se está acostumbrado. De ahí que haya llegado a afirmar que como los bienes jurídicos (piénsese en los derechos fundamentales) carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, no es de gran utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales.⁴⁰⁰

En este sentido, cabe mencionar que el mismo Alexy ha sintetizado las críticas de Habermas en los siguientes términos: “los derechos fundamentales

³⁹⁸ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 278, en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35322&portal=4>.

³⁹⁹ Alexy, Robert, *Tres escritos...*, cit., pp. 66 y 67.

⁴⁰⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 332.

primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional”.⁴⁰¹

Por otro lado, recuérdese que para el propio Peczenick el último acto del proceso de ponderación se basa en preferencias y sentimientos personales, por lo que en última instancia el decisor es libre para determinar el mejor equilibrio entre los principios en tensión.⁴⁰²

Bajo estas preliminares ideas, se puede decir (siguiendo las anotaciones de Bernal Pulido) que las objeciones desplegadas en contra de la racionalidad de la ponderación derivan principalmente de la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios, y de la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.⁴⁰³

A. *La indeterminación conceptual*

Esta objeción refiere que la ponderación es un mero esquema retórico, ya que la misma no cuenta con una estructura jurídica particular ni con parámetros conceptuales claros. Por ello se señala que no puede ser objetiva. Además, los jueces no cuentan con criterios vinculantes al momento de ponderar principios. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la ponderación es un modelo vacío que se integra con las meras apreciaciones personales de los jueces. Dichas apreciaciones constituyen la balanza con la que ponderan. Así, la objeción concluye que la ponderación jamás podrá ofrecer una única respuesta correcta a los casos particulares, sino varias y divergentes.⁴⁰⁴

B. *La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan*

La presente objeción, la cual puede ser dividida en dos partes, señala, en primer lugar, que el método de ponderación es irracional, porque envuelve la comparación de dos principios que debido a sus enormes diferencias o específicas particularidades no son comparables. En segundo lugar, refiere que la inconmensurabilidad se manifiesta en la ponderación, porque no se tiene una jerarquía de los principios o derechos fundamentales que se van a ponderar; esto es, no existen parámetros de medida que determinen el peso que debe corresponderles en cada caso particular. Así, afina la crítica que en el contexto de los principios no se tiene una moneda común que po-

⁴⁰¹ Alexy, Robert, *Epílogo...*, cit., p. 16.

⁴⁰² Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, cit., p. 49.

⁴⁰³ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, cit., pp. 278 y 279.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 279.

sibilite fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que colisionan en los casos concretos.⁴⁰⁵

C. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*

Para esta tercera objeción la ponderación es irracional, porque no es posible predecir sus resultados. En otras palabras, no se cuenta con criterios previamente establecidos que permitan anticipar o acercar el resultado de la ponderación. La crítica entiende que el resultado de la misma es un ente singular, cuyas características están fijadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. De este modo, las determinaciones judiciales que se emitan utilizando el método de ponderación conforman un tipo de criterio *ad hoc*, que socava la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho; es decir, la seguridad jurídica.⁴⁰⁶

2. *Los límites de la ponderación*

Los límites de la ponderación se refieren a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de la importancia de realización de los principios en colisión (leve, medio o grave), a la ausencia de criterios para fijar el peso abstracto de los mismos, así como a la escasa certeza o seguridad de las apreciaciones empíricas referentes a la afectación de los principios en tensión.

En los casos difíciles se enmarcan estos límites. Así, por ejemplo, tratándose de la determinación de los grados de afectación y de la importancia de realización de los principios en tensión, las premisas que fundamentan tal gradación son verdaderamente inciertas. La pregunta ahí es: ¿cómo determinar que un principio tiene una afectación leve o grave?, pues es claro que de ordinario la levedad o gravedad de una intervención a un derecho fundamental no es susceptible de decretarse en abstracto por el juez, sino más bien por el titular del derecho fundamental. Sin embargo, del hecho de que el grado de afectación o importancia de la realización de un principio no lo determine su titular, tenemos que la duda tiene que ser resuelta por los juzgadores, después de adoptar una postura ideológica. Por ello, los críticos concluyen que en la gradación el juzgador no hace más que valer su ideología política. Así, un juez más consciente de los Estados constitucionales de

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 279 y 280.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 280.

derecho estaría más renuente, por ejemplo, a intervenir sobre el principio de libertad de expresión, por lo que, de ser el caso, le daría un nivel de afectación grave o un nivel de importancia de su realización alto.⁴⁰⁷

Con todo, se debe precisar que la presente investigación no busca defender la escala triádica. Pese a ello, como se verá más adelante, es posible que con la propuesta que se formulará en el presente trabajo se atienda el problema sobre la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación e importancia de los principios en tensión.

El otro límite a la ponderación se refiere a la ausencia de criterios para fijar el peso abstracto de los principios de los que habla Alexy, ya que dicha variable remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura de los juzgadores sobre cuestiones materiales; por ejemplo, la idea de justicia o de la Constitución. De ahí que se señale que la fijación del peso abstracto de los principios depara un espacio para la subjetividad del intérprete o juez, pues no existen criterios racionales para concluir, por ejemplo, que en abstracto tiene un mayor peso el derecho a la libertad de información que el derecho a la intimidad.⁴⁰⁸

En este sentido, se tiene consciencia de la dificultad que enfrentarían los jueces para que en ordinario ubicaran un peso abstracto de los derechos fundamentales; no obstante, se estima que se pueden utilizar ciertos esquemas o parámetros que permitan hablar de condiciones de prioridad sobre determinados principios. Así, se dispondrá en la parte propositiva de la presente investigación.

Con todo, la idea de Alexy sobre los pesos abstractos es un tema que colige con la propuesta de condiciones de prioridad de los principios jurídicos, la cual, como se observará más adelante, se fundamentará en la propia experiencia judicial, y no sólo en las concepciones de los principios predominantes en la sociedad, que los jueces deberían identificar.

Por último, se tiene como límite de la ponderación el problema de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en tensión; esto es, el grado de certeza de que en determinado caso particular se afecta realmente un principio; ello, derivado del margen de conocimiento empírico del juzgador. Aquí la pregunta sería: ¿cómo asegurar que efectivamente se afectó un principio como el de libertad o de igualdad? De ahí que los críticos también concluyan que el decisor dispone de un am-

⁴⁰⁷ Para la redacción de este párrafo han resultado muy útiles los comentarios formulados por Carlos Bernal Pulido sobre los límites de la ponderación. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, *cit.*, pp. 232 y 233.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 235.

plio margen de subjetividad en el que puede hacer valer sus apreciaciones empíricas sobre los hechos en que se desarrolla la ponderación.⁴⁰⁹

3. *La afectación del principio democrático*

Se puede afirmar que la objeción a la irracionalidad de la ponderación es un problema de teoría del derecho. Además de ello, según algunos críticos, dicho problema se proyecta sobre la teoría constitucional, derivado de la ausencia de legitimidad de los juzgadores constitucionales para ponderar. La idea que tienen los detractores de la argumentación principalista es que cuando los tribunales adoptan decisiones mediante la ponderación intervienen ilegítimamente en las competencias que la Constitución reserva para otros poderes del propio Estado.⁴¹⁰

Una afectación a estas competencias que la teoría de la argumentación principalista posibilitaría se ejemplifica con el hecho de que los juzgadores constitucionales tendrían que satisfacer los principios en la mayor medida de lo posible; es decir, en sus cursos óptimos, por lo que el problema consiste en que no siempre es posible identificar mediante la ponderación cuáles son esos cursos óptimos en los que los derechos fundamentales en tensión deben satisfacerse. De esta manera, resulta artificial para los tribunales constitucionales efectuar ponderaciones objetivas, por lo que la ponderación lleva a los juzgadores a ocupar el lugar de la Constitución, ya que sus apreciaciones subjetivistas sobre los alcances de los derechos fundamentales cancelarían las determinaciones que el legislador ha fijado legítimamente a través del proceso democrático.⁴¹¹

Por lo anterior, se ha dicho que la ponderación se convierte en una herramienta para que los juzgadores constitucionales establezcan con una legitimidad dudosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que debería decir, según la ideología de los jueces. Bajo este contexto, la ponderación de principios llevaría a los juzgadores a intervenir en el discurso político.⁴¹²

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

⁴¹⁰ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 280.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 281. De hecho, extrañamente dicho autor refiere que bajo la teoría de los principios el legislador no puede elegir entre las formas de concretar la Constitución, ya que tiene la obligación de satisfacer los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible. Sin embargo, se estima que dicha obligación fue formulada por Alexy pensando en los juzgadores, los cuales deben concretar los ideales de las Constituciones. Con todo, parece que se puede extender a las actividades de los legisladores, pues los mismos deben considerar los derechos fundamentales al momento de elaborar o modificar leyes.

⁴¹² *Ibidem*, p. 281.

De ahí que algunos autores hayan afirmado que no existe una teoría de los derechos fundamentales que proporcione un procedimiento para efectuar una ponderación. Dicha ponderación en todo caso sólo tendría lugar en el seno de la opinión pública política o jurídica.⁴¹³

Aunado a esto, críticos como Habermas también han visto afectado el principio democrático que surge por la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales para crear derecho en decisiones que involucran principios. Ello, vinculado a que la materialización del derecho genera una remoralización, lo que implica que la argumentación jurídica tenga que abrirse a argumentos relativos a la moral y a la política que debilitan la vinculación directa de la justicia a lo previamente establecido por el legislador.⁴¹⁴

Para Habermas, el hecho de que los juzgadores constitucionales tengan que operar inevitable con normas de fondo (principios jurídicos) podría abrir la puerta al tribunal constitucional para crear derecho, que conforme a la lógica de división de poderes debe quedar en manos del legislador elegido democráticamente.⁴¹⁵

En el mismo sentido, Böckenförde, citado por el propio Habermas, estima que bajo el contexto de los derechos fundamentales considerados como principios, se genera una equiparación entre la actividad legislativa y la judicial, en donde la primera pierde terreno en la producción del derecho, y la segunda gana espacio en la creación del mismo, lo que se materializa con su concretización. De esta forma, la diferencia entre ambas actividades tiende a quedar desdibujada, pues según Böckenförde, los legisladores y los juzgadores constitucionales compiten en la tarea de crear derecho, a pesar de que el legislador tenga la prioridad en dicha actividad. Así, la cuestión que le inquieta a este autor es si tienen legitimación democrática los jueces para dicha creación.⁴¹⁶

Con todo, la opinión que se tiene sobre la señalada afectación del principio democrático que propiciaría la argumentación jurídica con derechos fundamentales, es que no se trata de un hecho nocivo por sí mismo, sino más bien uno de los desafíos que presenta el cambio de paradigma en el derecho, en el cual el papel de los juzgadores se torna más activo y comprometido con el fenómeno jurídico. Más allá de esto, cabe anticipar que la

⁴¹³ Jiménez Redondo, Manuel, “¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 137, en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/index.htm>.

⁴¹⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 319.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 326.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 322.

propuesta de control de razonabilidad que se formulará en siguiente apartado tendrá como una de sus finalidades el propiciar cierta legitimidad democrática de los jueces, pero no desde el punto de vista de su elección, sino desde una perspectiva práctica; esto es, desde la justificación jurídica, con lo que la misma se puede considerar como una respuesta a las críticas sobre la afectación de principio democrático.

V. ALGUNAS RESPUESTAS PRÁCTICAS A LAS PRINCIPALES CRÍTICAS DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN

Las respuestas prácticas se desarrollarán en tres parte; en primer lugar, se van a señalar algunas consideraciones a fin atender las objeciones generales a la subjetividad y arbitrariedad de la ponderación; en segundo lugar, se va a presentar una ejemplificación de determinadas condiciones de prioridad de principios jurídicos, principalmente en el ámbito electoral, las cuales se desprenderán de los propios casos judiciales analizados en la presente investigación, y en tercer lugar, se desarrollará un esquema de control de razonabilidad para la argumentación con principios. Cabe señalar que si bien se han dividido en tres partes las respuestas prácticas a las críticas, se ha efectuado sólo para efectos expositivos, por lo que no se debe perder de vista que las tres partes contribuyen en forma conjunta a atender de alguna manera las objeciones, críticas y problemas que se han distinguido en el presente trabajo de investigación sobre el método de ponderación, el cual se instituye como el esquema que en la argumentación jurídica de corte principalista se utiliza para resolver las colisiones entre principios.

1. *Sobre las objeciones generales a la subjetividad y arbitrariedad en la ponderación*

Es evidente que en el método de ponderación de principios, así como en cualquier otro método para la solución de conflictos, no puede existir un tipo de hiperracionalidad en el cual esté ausente cualquier valoración por parte de los decisores. Decir lo contrario, como lo hacen los que atacan al método de ponderación, es desconocer la naturaleza de los seres humanos, los cuales actúan y deciden bajo sus ideales de vida; en otras palabras, a través de determinada ideología.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Para la formulación de este párrafo han sido de gran utilidad las opiniones vertidas por Carlos Bernal Pulido. Véase Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 283 y 284.

Los críticos de la argumentación por principios tienen razón cuando aluden que los jueces en la ponderación no pueden excluir sus apreciaciones subjetivas. En este sentido, cabe recordarles que la ponderación no podrá garantizar un tipo de objetividad plena, como en la que piensan los positivistas, de la misma manera que dicha objetividad no podría alcanzarse mediante cualquier otro método de solución de conflictos que operen los seres humanos.⁴¹⁸

Como se puede observar, la idea de imposibilidad de una objetividad plena ha sido asumida y desarrollada por el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido. Para este autor, una demanda tal de objetividad no es posible ni deseable, ya que la misma sólo podría figurar en sistemas jurídicos imaginarios, en los cuales las normas jurídicas fueran completas en lo que prescriben. Dicha situación es imposible, señala el autor, ya que por regla general la característica de las normas que establecen principios es que son sumamente indeterminadas; es decir, no establecen por completo el alcance de los mismos. Por otro lado, la existencia de un sistema jurídico ideal tampoco sería deseable en el contexto de los Estados constitucionales, porque excluiría la discusión democrática tan importante para el desarrollo de dichos Estados.⁴¹⁹

Las anteriores consideraciones permiten afirmar fácilmente que el método de ponderación comporta inevitablemente determinada subjetividad de los jueces constitucionales que argumentan con principios, por lo que es una ilusión pensar en una objetividad total en la ponderación. Afirmar lo contrario es precisamente ser irrealista o, mejor, irracional.

No obstante, como se ha afirmado en otro lugar de la investigación, ello no significa que la subjetividad o, mejor, la moralidad, esté exenta de un control de razonabilidad. Así, es posible hablar de una moral crítica que se despliega sobre las instituciones sociales y sobre la misma moral positiva; esto es, una moral que busca la justificación y no la imposición de una moralidad. Esta idea ha sido adoptada por Hart, el cual, siguiendo la terminología de los utilitaristas, distinguió entre moral positiva y moral crítica. La moral positiva es la moralidad aceptada y compartida por un grupo social. Por su parte, cuando se habla de los principios morales generales utilizados en la crítica de las actuales instituciones sociales, incluida la moral positiva, se puede decir que se encuentra uno en el terreno de la moral crítica.⁴²⁰

Pero antes de proseguir cabría precisar al lector que la distinción entre moral positiva y moral crítica resurgió en el contexto de la disputa que en-

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 283.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 284.

⁴²⁰ Hart, H. L. A., *Law, liberty, and morality*, California, Stanford University Press, 1963, p. 20.

frentaron Hart y Patrick Devlin; es decir, la distinción fue presentada por Hart como respuesta a la postura del segundo autor sobre la necesidad de utilizar el derecho para imponer la moralidad en los casos de que se esté comprometiendo la estabilidad social. Así, Hart se preguntaba si la imposición de la moralidad está o no justificada. Su respuesta fue que todo aquel que acepte a debate tal interrogante debe aceptar también que las instituciones de cualquier sociedad, incluida su moral positiva, están abiertas a la crítica libre; esto es, la misma imposición de determinada moralidad (que defiende Devlin) exige una justificación; en otras palabras, una crítica sobre optar o no por su establecimiento.⁴²¹

Bajo tales anotaciones, parece entonces que lo que Hart intentó evitar fue un tipo de relativismo moral; es decir, pensar que la moral no es una cuestión que se relacione con la razón, sino más bien con la sensibilidad o el emotivismo. Por el contrario, para dicho autor es posible hablar de una racionalidad en la moral. Así, por ejemplo, la moral positiva se modifica, no en función del derecho, sino de la moral crítica, que implica en una sociedad la discusión libre de las instituciones morales que la conforman. Ello desde luego nos acercaría a la vertiente del cognoscitivismo ético.⁴²²

Por ello, bien se podría catalogar a los críticos de la ponderación como relativistas morales, ya que desconfían de la posibilidad de que exista razonabilidad en la moral, lo que es controvertible, ya que la misma crítica social genera un tipo de control racional de la propia moral positiva. En este sentido, lo que será de interés en la presente investigación, pese a todas las discusiones teóricas conocidas entre relativistas y cognocitivistas éticos, es generar determinada conciencia en los juristas respecto de que la utilización del método de ponderación en la argumentación principalista no implica irracionalidad en la misma, como se ejemplificará más adelante cuando se presente el control de razonabilidad.

Por último, sobre la arbitrariedad en la ponderación de la que se duelen los críticos, cabe decirles que no deberían confundirla con el margen de ac-

⁴²¹ *Ibidem*, p. 82. De esta manera, no se debe perder de vista que de alguna forma también Devlin reconoce que las instituciones sociales están sujetas a la crítica. La divergencia con Hart se manifiesta en que para Devlin la imposición de la moralidad se justifica en un principio general crítico referente a un supuesto “derecho” que tiene la sociedad en adaptar cualquier medida para su conservación. Sobre estas afirmaciones, véase *ibidem*, pp. 19 y 82. Para un resumen general de la disputa entre Hart y Patrick Devlin y de lo apuntado en este trabajo sobre dicha divergencia puede resultar interesante consultar: Badillo Alonso, María Elisa y Romero Martínez, Juan Manuel, *Derecho, libertad y moralidad*, 2010, inédito.

⁴²² Sobre estos temas, véase Badillo Alonso, María Elisa y Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 4, 8 y 9.

ción o discrecionalidad con que cuentan los jueces al ponderar principios. Así, la arbitrariedad implica tomar determinada postura apelando a la imposición; esto es, sin ofrecer razones, lo que es a toda luz contrario a lo que acontece en la justificación jurídica de las decisiones que involucran una tensión entre principios. Con todo, cabe señalar que en la parte final del presente capítulo se presentará un esquema que contribuya a maximizar la razonabilidad en la justificación judicial principalista.

Con base en todo lo destacado en este punto, se puede afirmar que se han dejado enmarcadas las primeras respuestas para contrarrestar las objeciones a la subjetividad y arbitrariedad en la ponderación; sin embargo, no se debe olvidar que tanto en este punto como en los subsiguientes se desarrollarán argumentos sobre la viabilidad de la argumentación jurídica principalista, a pesar de las críticas que se le han formulado y su potencial objetividad, si se quiere limitada, por aquello de la subjetividad latente en cualquier contexto humano.

2. *Ejemplificación de condiciones de prioridad de principios jurídicos primordialmente en materia electoral*

La presente ejemplificación tiene como finalidad dar una respuesta principalmente a las objeciones sobre la irracionalidad de la argumentación principalista en los puntos referentes a la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. Así, se estima que para atender tales objeciones se podría apelar a la utilización del criterio de universalidad en las decisiones judiciales que involucren principios. La idea es que las decisiones que derivan de la argumentación jurídica de corte principalista no constituyen determinaciones incomunicadas, sino cadenas de decisiones, las cuales pueden formar precedentes útiles para la toma de decisiones en casos futuros. El punto es que los juzgadores deberían considerar dichos precedentes cuando resuelvan colisiones entre principios homólogos a los tratados en los casos previos. Ello permitiría generar algún tipo de previsibilidad en los resultados que arroje la ponderación entre derechos fundamentales. Lo anterior, sin perder de vista que es posible cambiar el esquema de precedentes cuando un nuevo caso lo justifique.⁴²³

⁴²³ Para la concretización de las ideas sobre el criterio de universalidad de las decisiones judiciales mediante la utilización de precedentes judiciales se han retomado las consideraciones que Carlos Bernal ha formulado respecto de las normas adscritas de derecho fundamental de España. Véase Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 287.

La ejemplificación buscaría entonces presentar un tipo de reglas de prioridad entre principios, lo que no significa una jerarquía como tal de los mismos. Así, las condiciones de prioridad tendrían una naturaleza procedimental y temporal. “Procedimental” significa que todos los principios tienen el mismo peso, pero en caso de tensión entre ellos es viable establecer una gradación de los mismos para el caso particular; y por otro lado, “temporal”, porque si las circunstancias lo ameritan, los criterios de prioridad deberían acoplarse a la nueva realidad. En este sentido, la idea principal es que todos los principios se encuentran en el mismo nivel, pero ello no implica que en el ámbito práctico se puedan establecer condiciones de prioridad entre los mismos que guíen a los jueces a decidir las colisiones entre principios, bajo criterios generales y, por lo tanto, racionales.⁴²⁴

De esta manera, como se ha referido, con la ejemplificación de condiciones de prioridad de algunos principios en materia electoral, se daría una respuesta a las críticas sobre la irracionalidad de la argumentación con principios; esto es, de la inconmensurabilidad que aparece en la ponderación, que señala que no existe una medida común y una organización jerárquica de los principios que se ponderan, así como a la objeción sobre la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación por la ausencia de criterios generales para la toma de decisiones.

Pese a ello, se es consciente de que la exposición de casos prácticos en la presente investigación es limitada, ya que de los mismos no se puede desprender un criterio final para la ponderación de principios ni para la solución indubitada de todas las futuras colisiones; sin embargo, se considera que es posible obtener algunos criterios o reglas relevantes para la ponderación en materia electoral, que funjan como parámetros a utilizar en el razonamiento práctico, lo que claro no elimina la posibilidad de argumentar y ponderar en el caso concreto por parte de los juzgadores.

Con todo, los casos judiciales expuestos en la investigación son paradigmáticos, y en la mayoría de ellos se desarrolla una argumentación correcta y deseable, pues se presentan un amplio número de razones que abarcan

⁴²⁴ Sobre el carácter procedimental de las condiciones de prioridad de los principios ha resultado muy útil para la redacción del presente párrafo las investigaciones y anotaciones efectuadas por el doctor José Antonio Sánchez respecto a la gradación de los principios en materia de bioética (esto es, autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia). Véanse Sánchez Barroso, José Antonio, “Vigencia y operatividad de los principios de la bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica”, *Persona y Bioética*, Cundinamarca (Colombia), vol. 14, núm. 2, julio-diciembre de 2010, pp. 187-204, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83216977007>, y Gracia, Diego, *Cuestión de principios*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997, pp. 21-29 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 191, 192 y 203).

varios elementos del bloque del derecho. Así, se piensa que es pertinente buscar algunos criterios útiles en dichas determinaciones a fin de generar un tipo de previsibilidad en la ponderación y, en ese sentido, una cierta estabilidad en la limitación justificada de los derechos fundamentales, y además, contribuir con el desarrollo del método de ponderación.

De esta forma, del conjunto de casos analizados en el capítulo tercero se puede observar que es posible desprender una serie de condiciones de prioridad de algunos principios en materia electoral, las cuales, como se ha dicho, no implican una jerarquización de los mismos como tal, ni mucho menos comporta, como diría Manuel Atienza, una ordenación lexicográfica del tipo del principio 1 prevalece “siempre” frente al principio 2.⁴²⁵

Las condiciones de prioridad de principios jurídicos⁴²⁶ que con la presente investigación se logran desprender principalmente en materia electoral serían las siguientes:⁴²⁷

a) Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y el principio de autorregulación de los partidos políticos:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor de la libertad de expresión.

Ya que la misma posibilita el debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas en el seno de los partidos políticos, además porque los mismos no deben ser inmunes a la crítica o autocrítica y en virtud de que uno de los objetivos fundamentales de tal libertad es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder.

2. Sin embargo, el principio de autorregulación de los partidos políticos puede prevalecer si:

Se trata de asuntos confidenciales o conflictos internos del partido, de manera que se dañen los derechos de terceros, por ejemplo la imagen del partido político.

b) Cuando exista una colisión entre el principio de asociación en su vertiente política y el principio de autorregulación de los partidos políticos:

⁴²⁵ Atienza, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, p. 63.

⁴²⁶ Cabe aclarar que las razones que se presentarán para sustentar la presunción *prima facie* o no de cada principio no fueron inventadas, sino que las mismas se obtuvieron de las justificaciones vertidas por los mismos juzgadores en las sentencias analizadas en la presente investigación.

⁴²⁷ En España, Manuel Atienza ha hecho un ejercicio similar para desprender ciertas reglas de prioridad del análisis de algunos casos judiciales resueltos por el Tribunal Constitucional español. En este sentido, el lector podrá encontrar similitudes entre la estructura que elabora dicho autor, con la que se utiliza en este trabajo de investigación, para presentar las condiciones de prioridad de los casos que se analizan, lo cual no es casualidad, ya que se ha retomado su esquema. Así, los créditos de dicho modelo de presentación son de Manuel Atienza. Véase Atienza, Manuel, *Bioética...*, *cit.*, pp. 63-65.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la asociación en su vertiente política.

Pues la misma constituye una actitud pro-activa de los ciudadanos interesados en los asuntos políticos del país y, en la consecuente, conformación, desarrollo o crítica de las instituciones democráticas nacionales.

c) Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y el principio de equidad electoral.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la libertad de expresión.

Porque:

La misma no sólo se refiere a expresar ideas o pensamientos, sino también al derecho de la sociedad de recibir información necesaria para la toma de decisiones en el ámbito político-electoral.

Se propicia el desarrollo de la opinión pública, de las instituciones y la consolidación de la democracia representativa en las sociedades heterogéneas, sin que sea relevante si se utilizan o no alguna figura pública para estos efectos.

Los partidos políticos tienen la posibilidad de elegir la estrategia en medios de comunicación a utilizar durante sus campañas.

2. Pese a ello, el principio de equidad electoral puede prevalecer si:

Se denigra a las instituciones o a los partidos políticos, se calumnia a alguna persona, o se atenta contra la seguridad o estabilidad nacional.

d) Cuando exista una colisión entre el principio de sufragio universal y el principio de equidad electoral.

1. Hay una presunción prima facie a favor del principio de sufragio universal

Ya que no cualquier tipo de faltas a las disposiciones que regulan los procesos electorales se traducen en la anulación de la elección.

2. Sin embargo, el principio de equidad electoral puede prevalecer si:

De las irregularidades en el proceso electoral se verifica un impacto general y directo que afecta el resultado de las elecciones.

Se aprecia algún tipo de presión sobre el electorado con la propaganda electoral.

e) Cuando exista una colisión entre el principio de igualdad y el principio de libertad de prensa.

1. Hay una presunción prima facie a favor de la igualdad.

Ya que la misma frena cualquier tipo de discriminación o estigmatización de las personas que integran la sociedad.

2. Sin embargo, el principio de libertad de prensa puede prevalecer si se da cualquiera de las siguientes circunstancias:

i. Las expresiones publicadas influyen en la creación de opinión pública o la crítica social.

ii. Se exprese una postura o crítica sobre cuestiones sociales o políticas preocupantes para la sociedad.

iii. Se refieran situaciones generales de injusticias o problemas de carácter económico.

2.1. Siempre y cuando con la publicación:

i. No se afecten o lesionen los intereses de la colectividad o de los particulares dignos de protección.

ii. No se dé a personas en particular un trato discriminatorio o denigrante que afecte su dignidad humana.

Es así como dicha ejemplificación de condiciones de prioridad de principios logra mostrar que los principios (al menos en materia electoral) sí tienen la calidad de conmensurables; es decir, que pueden organizarse de forma prioritaria, con lo que se da una respuesta directa a la crítica sobre la imposibilidad de establecer algún tipo de precedencia entre principios que se ponderan.

En términos más precisos, las condiciones de prioridad de principios funcionarían como un conjunto de parámetros que los jueces podrían observar y utilizar al momento de resolver colisiones entre principios en materia electoral para casos futuros. Es evidente que dichos criterios de prioridad tienen la característica de ser temporales; en otras palabras, dispuestos al cambio, lo que no les resta su valor e importancia como instrumentos, si se quiere imperfectos, para contribuir al desarrollo de la argumentación por principios.

Por otro lado, respecto a la justificación de las citadas condiciones de prioridad, cabe precisar que éstas se sustentan en la misma práctica jurídica efectuada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y, por lo que hace al último criterio de prioridad, en la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Así, no se trata de una ejemplificación infundada, sino que la misma surge y encuentra su apoyo en los casos analizados, en los cuales de hecho las resoluciones adoptadas, con excepción del caso Witz, se desenvuelven bajo un modelo holístico, en virtud de que éstas se encuentran respaldadas con diversas razones que discurren más allá del discurso jurídico; esto es, en un contexto maximalista, en el cual se utiliza la ponderación como método para resolver las colisiones.

Bajo este esquema, es entendible cómo las condiciones de prioridad esbozadas buscan fungir como prototipos para la resolución de futuros casos, y de esta forma lograr en cierta medida un nivel de conexión, y, por lo tanto de coherencia entre las decisiones principalistas, privilegiando así el criterio de universalidad, el cual es indispensable para alcanzar un grado de racionalidad en las determinaciones judiciales.

Por ello, las condiciones de prioridad contribuyen a lograr cierta previsibilidad en las decisiones que involucran principios en el ámbito electoral.

Así, las condiciones de prioridad constituyen un tipo de mecanismo racional que posibilita el predecir los resultados de la ponderación de derechos fundamentales, generando mayor objetividad en la misma, a pesar de lo inconcluyentes que son los objetos que se ponderan, gracias a la utilización de criterios generalizables de los principios. De ahí que se muestre que otra de las críticas contra la ponderación (la que señala la imposibilidad de predecir los resultados que comporta la misma) tiene una solución viable con las referidas condiciones de prioridad.

Con todo, el punto que no se debe perder de vista es que en la argumentación jurídica principalista, además de los principios se necesitan las reglas; esto es, no son mutuamente excluyentes estas normas, pese a que unas deban ser aplicadas y otras optimizadas. De esta manera, en dicha argumentación se puede construir de los principios a las reglas. Ésta es otra realidad que se puede desprender de las condiciones de prioridad de principios anteriormente expuesta.

Así, es posible edificar a partir de los resultados de la ponderación de principios una serie de pautas no conclusivas, sino abiertas a las nuevas realidades que se presenten, pero que nos permitan en un primer momento resolver los problemas prácticos que se plantean en los tribunales judiciales o, mejor, constitucionales; ello sin dejar de ser fieles a la idea de que los principios encuentran su peso específico a la vista del caso concreto. En síntesis, se piensa que un esquema de condiciones de prioridad puede ser de mucha utilidad para la aplicación de los derechos fundamentales en los casos futuros.⁴²⁸

Hasta aquí con lo dicho sobre la ejemplificación de las condiciones de prioridad entre principios, principalmente en materia electoral. En lo que sigue se presentará y explicará el esquema de control de razonabilidad que se ha referido con anterioridad, el cual, al igual que las condiciones de prioridad, contribuye a atender los embates de los que desconfían de la racionalidad y viabilidad de la argumentación principalista, y primordialmente de su método de ponderación.

⁴²⁸ Se está en deuda intelectual en estas reflexiones con Manuel Atienza, el cual, para el caso de algunos principios de bioética ha señalado que el problema fundamental de dicha disciplina es el pasar del nivel de los principios al de las reglas. Así, lo que le preocupa a Atienza es construir a partir de los principios una serie de pautas o reglas que ayuden a resolver los problemas prácticos que se plantean en bioética. Por supuesto que Atienza se está refiriendo a los principios de paternalismo justificado, utilitarismo restringido, trato diferenciado y secreto, los cuales caracteriza como inconcluyentes. Véase Atienza, Manuel, "Juridificar la bioética...", *cit.*, pp. 94-96.

3. *Control o test de razonabilidad*

El control de razonabilidad tiene como propósito principal el constituirse como un filtro de corrección de las decisiones judiciales principalistas, a fin de contribuir a garantizar la objetividad en la ponderación. En este sentido, con dicho control de razonabilidad se busca responder preponderantemente a las objeciones sobre la irracionalidad de la ponderación, en particular la referente a la indeterminación conceptual de los principios, que señala que no se cuenta con una estructura particular ni con parámetros conceptuales para ponderar principios, así como a las objeciones sobre los límites de la ponderación en lo relativo a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en colisión y a las críticas sobre la afectación del principio democrático o, más precisamente, respecto de la falta de legitimidad democrática de la actividad judicial.

Como preámbulo al control o test de razonabilidad cabría resaltar que se es partidario del procedimiento que para el caso de deliberación moral en materia de bioética ha presentado Diego Gracia⁴²⁹ en diversas fases, por lo que se ha decidido admitirlo y utilizarlo con algunos matices para el ámbito de la argumentación jurídica, lo cual se considera adecuado y necesario, en virtud de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral, o si se quiere, complementariedad que existe entre ambos ámbitos.⁴³⁰

⁴²⁹ Dicho autor presenta un método o procedimiento para el análisis crítico de los problemas bioéticos, haciendo por lo tanto hincapié en resolver los conflictos entre valores y en el contexto de la deliberación moral. Se está en deuda en este punto con el profesor de ética en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, el doctor José Antonio Sánchez Barroso. Gracias a él se tuvieron los primeros acercamientos al pensamiento de Diego Gracia. Véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194 y 195, y Gracia, Diego, “La deliberación moral, el papel de las metodologías en la ética clínica”, en Sabarria Albarzude, J. y Reyes López, M. de los, *Jornada de debate sobre comités asistenciales de ética*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2000, pp. 20-41 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194 y 195).

⁴³⁰ Por ejemplo, el doctor José Antonio Sánchez Barroso precisa que un derecho ajeno de los valores morales latentes en la sociedad compete una verdadera tiranía y una ética que no busque consenso y racionalidad, y sienta las bases para un liberalismo exacerbado. Con dicha afirmación, el doctor Sánchez Barroso quiere insistir en que el contenido de las normas jurídicas proviene, en la mayoría de las ocasiones, de la reflexión ética, razón por la cual el derecho que tenga al menos el mínimo anhelo de justicia no puede ser ajeno a la ética, y por otro lado, una ética sin aspiración de consenso y racionalidad difícilmente podría sobrevivir ante el relativismo que ello provocaría. Parece, entonces, que el centro de las reflexiones de dicho autor está en evitar los extremos o, mejor, en actuar bajo la idea aristotélica del punto medio. Así, se comparte dicho pensamiento, el cual se asemeja a la idea de moral crítica presentada por Hart como respuesta a la tesis que defendía Devlin sobre que no pueden im-

En este sentido, se piensa que toda colisión entre principios jurídicos puede someterse a un procedimiento, esquema o control de razonabilidad. Dicho control fungiría como un filtro que únicamente permitiría el paso de decisiones jurídicas correctas, racionales, prudentes, objetivas y, desde luego, aceptables socialmente.

El control de razonabilidad se integra de los siguientes pasos básicos que los juzgadores deberían seguir si pretenden presentar una resolución con dichas características:⁴³¹

- 1) Discusión y análisis detallado de los hechos y las circunstancias del caso.
- 2) Identificación de los problemas morales, jurídicos y sociales que represente el caso.
- 3) Identificación de las posturas en las que los decisores basaran su análisis, esto es, liberalista, legalista, utilitarista, contractualista o cualquier otra postura posible.
- 4) Establecimiento de un acuerdo entre los decisores a fin de relajar sus posturas y abrirse a las diversas consideraciones o puntos de vista desde los que se puede estudiar el caso.
- 5) Identificación de los principios involucrados y de la posible tensión entre los mismos o, de ser el caso, ubicación de la colisión entre el aspecto positivo y negativo de un mismo principio.
- 6) Verificación del grado de afectación e importancia de los principios en colisión, mediante el cambio de roles, esto es, los juzgadores deben colocarse imaginariamente en el lugar de los titulares de los principios en tensión.
- 7) Búsqueda de criterios, parámetros o decisiones anteriores o de esquemas doctrinarios que hayan tratado o resuelto sobre casos semejantes, a fin de privilegiar la coherencia en las decisiones. (Aquí se podría ver por ejemplo las condiciones de prioridad que se presentaron en la presente investigación o las que se contengan en futuras investigaciones).
- 8) Identificación de los cursos extremos de acción, en donde se incluyan las consecuencias previsibles para cada curso de acción ya sean positivas o negativas en el ámbito jurídico, moral, social y cultural.

ponerse límites a la potestad del Estado para legislar en contra de la inmoralidad. Para una análisis más profundo de estos temas, véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, p. 188, y Hart, H. L. A., *Law, liberty..., cit.*, pp. 17-24.

⁴³¹ Como se ha referido, el control o test de razonabilidad ha sido formulado tomando como base el modelo que para la deliberación moral ha presentado Diego Gracia. Así, el lector podrá apreciar diversas convergencias entre dichos modelos; sin embargo, cabe precisar que el control esbozado en esta investigación ha sido reformulado para el contexto principalista. Para una confrontación entre el modelo de Diego Gracia y el control de razonabilidad desarrollado en el presente trabajo, véanse Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, p. 195, y Gracia, Diego, “La deliberación moral...”, *cit.*, pp. 20-41 (original no consultado, cit. por Sánchez Barroso, José Antonio, *op. cit.*, pp. 194, 195 y 204).

9) Búsqueda de posiciones intermedias entre los cursos de acción analizados.

10) Análisis del curso de acción óptimo.

11) Presentación del mayor y mejor número de razones posibles que consideren todos los ámbitos potenciales implicados como son el moral, político, social y desde luego el jurídico, de cara a las partes involucradas y a la sociedad en general.

12) Presentación de la determinación final respaldada con el tipo de razones mencionadas en el punto anterior.

13) Comprobación de la consistencia de la decisión tomada, sometiéndola a cuatro pruebas:

a) De moralidad crítica: Es decir que la decisión no se base en una moral positiva o social, sino en una moral que se someta a la crítica libre, lo cual es perfectamente posible y más aún deseable en sociedades con una riqueza y pluralidad de moralidades y realidades.

b) De constitucionalidad, es decir, que se respeten los derechos fundamentales o que se sustente con razones la afectación temporal de alguno de ellos para el caso concreto.

c) De publicidad, esto es, que los juzgadores estén dispuestos a defender su decisión públicamente ante diversos auditorios, ello a fin de generar aceptación social de la misma y, de esta manera, legitimar en algún sentido la actividad jurisdiccional y el mismo derecho.

d) De temporalidad, esto es, que los juzgadores deben poder tomar la misma decisión en caso de esperar algún tiempo, esto a fin de corroborar que la misma no se basa en el estado anímico de los decisores o en un simple sentimentalismo o fanatismo contingente.

Así, se estima que con la implementación de dicho test se lograrían decisiones razonables, objetivas y prudentes de forma individual y social; en otras palabras, con el control de razonabilidad se garantizaría la corrección y aceptación de las decisiones judiciales de cara a las realidades sociales, y no sólo bajo criterios formales.

En este sentido, se puede asumir, siguiendo a Paul Kahn, que el trabajo de los juzgadores es siempre “expresar la razón”, aunque a diferencia de lo que señala dicho autor, la misma no es para ganar el consentimiento o voluntad popular, sino más bien para lograr convencer mediante la presentación de argumentos que respalden ampliamente la decisión tomada; ello, a fin de no caer en el terreno de la persuasión, lo cual se tornaría contrario al esquema que se ha seguido en toda esta investigación.⁴³²

⁴³² Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 26.

Como se aprecia, con el control de razonabilidad se busca mejorar la justificación de las decisiones jurídicas, a fin de que las mismas se basen no sólo en el criterio de autoridad, sino en varios contextos, como son los morales, sociales o políticos; es decir, se trata de analizar los problemas jurídicos en toda su complejidad, de forma abierta a todas las acciones posibles, pues se considera que cuando se trata de aplicar los principios, las fronteras entre el discurso jurídico y otros discursos se diluyen; es decir, se maximizan las posibilidades de la argumentación. En otras palabras, lo que se pretende es la comprensión en todas sus dimensiones y espacios del rico, variado y plural escenario jurídico.⁴³³

De esta manera, el control de razonabilidad es un esquema que permitiría resolver adecuadamente las colisiones entre principios jurídicos. Así, dicho control no buscaría generar decisiones correctas desde el punto de vista aritmético, sino decisiones correctas desde diversos ámbitos, como son los materiales o sustantivos, privilegiando en todo momento la prudencia en la actividad jurisdiccional. Así, el control de razonabilidad elimina la arbitrariedad en la toma de decisiones y posibilita la crítica social e intelectual de las mismas. Asimismo, este control da cuenta de las expectativas e intereses involucrados en la sociedad apelando a una justificación, más que a una simple aplicación.

Por otra parte, como se ha precisado, el control de razonabilidad es una respuesta directa a la objeción enmarcada sobre indeterminación conceptual, ya que el mismo genera una estructura o esquema jurídico para la ponderación de principios a fin de posibilitar objetividad en tal método, por lo que ahora se entiende que la ponderación no es un modelo vacío como refieren sus críticos. Igualmente, dicho control atiende los inconvenientes referidos a los límites de la ponderación, en particular el inherente a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en tensión, ya que en este control se integra una fase que verifica dichos grados mediante un esquema de cambio de roles. Asimismo, el multicitado control es una respuesta a la conocida crítica sobre la afectación del principio democrático, ya que con la prueba de publicidad que se contiene en el test de razonabilidad se privilegia un mecanismo alternativo de legitimación democrática de los jueces, el cual se genera mediante la evaluación crítica de la actividad judicial, mecanismo que posee la misma importancia que los esquemas de legitimación que se basan en elecciones públicas.

Con todo, es evidente que de las características de los principios jurídicos (amplia generalidad, indeterminación y su conexión con los valores y la

⁴³³ Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 137.

moral) no se puede concluir que la ponderación sea un método irracional de aplicación de principios que socave la seguridad jurídica; por el contrario, la ponderación de principios no viene más que a fortalecer y enriquecer dicha seguridad, al generarla de una forma más exigente y coherente con el contexto actual; es lo que Peczenick identificaría con la seguridad jurídica de corte material.

Es así como se logra ver que la argumentación jurídica principalista es racional, pues la misma se puede sustentar en criterios y parámetros con pretensión de generalidad, los cuales propician la coherencia y previsibilidad de los resultados de la ponderación entre principios. Asimismo, porque la moral que en dado caso se toma en cuenta en la justificación de las decisiones debe ser sometida a la crítica; esto es, objetivizarse. No se trata entonces de la moral del juez o de un determinado grupo (moral positiva), sino de la moral que pasa el filtro de racionalidad. Por tal motivo, se puede afirmar que la argumentación jurídica principalista no es más que un puente para generar un diálogo y justificación más compleja, creativa, racional, correctiva y consciente del carácter maximalista que comporta el derecho.

CONCLUSIONES

Primera. El neoconstitucionalismo como corriente jurídica aparece después de la Segunda Guerra Mundial en países principalmente del continente europeo, derivado de las violaciones perpetuadas en contra de la dignidad humana bajo ciertos regímenes jurídicos vigentes. Dicha corriente de pensamiento explica el proceso de transformación en el derecho, que se dio con la inclusión de principios en las cartas constitucionales, las cuales se conciben en el contexto neoconstitucionalista como verdaderas normas jurídicas que impregnan y respaldan todo el fenómeno jurídico.

Segunda. En el escenario anteriormente enmarcado se fueron configurando los Estados constitucionales o democráticos de derecho, en los cuales se perciben a las Constituciones como documentos jurídicos que no se limitan a establecer las reglas del juego de los poderes públicos, sino que además incorporan un amplio contenido material, el cual condiciona la actuación de los actores políticos y de los particulares. Así, el neoconstitucionalismo se asume como la teoría que explica la nueva forma de organización política.

Tercera. El neoconstitucionalismo ha generado una nueva forma de interpretación jurídica; esto es, la interpretación constitucional. La diferencia que comporta esta última con aquélla estriba en que los jueces tienen que ubicar el fundamento sobre el que se desenvuelve el derecho y no sólo presentar el significado de la norma. Lo anterior, en virtud de que ahora operan con ideales morales y no con simples reglas jurídicas que describen acciones conectadas con consecuencias jurídicas.

Cuarta. Los principales partidarios del neoconstitucionalismo son Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Luis Prieto Sanchís y Ronald Dworkin. Los postulados de dichos autores convergen en el punto referente al reconocimiento del carácter material de las Constituciones actuales, las cuales no sólo envuelven reglas jurídicas, sino además principios o ideales morales, lo que se traduce necesariamente en un cambio en la forma de aplicar el derecho.

Quinta. La pluralidad de principios jurídicos se explica, porque los mismos surgen y se fundamentan en los ideales y aspiraciones de la sociedad, derivado de lo cual participan de las características de heterogeneidad que

se vive en la misma, por lo que la importancia del derecho está determinada ahora por el reconocimiento y respeto del contenido material de las Constituciones.

Sexta. La teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli comparte con el neo-constitucionalismo el interés en modificar el modelo prevaleciente del formalismo jurídico, por un esquema de corte sustantivo o material del derecho. De esta manera, para ambas corrientes teóricas, el derecho es un orden jurídico con contenidos valiosos.

Séptima. La principal diferencia entre los principios y las reglas jurídicas se refiere a su esquema de cumplimiento. Con los principios se desconoce *a priori* su forma de aplicación, ya que los mismos no contienen supuestos de hecho relacionados con consecuencias de derecho. Así, su cumplimiento es variable; depende de cada contexto; por el contrario, con las reglas se conocen de antemano sus condiciones de aplicación, pues las mismas contienen una hipótesis fáctica conectada con una consecuencia prevista, por lo que comportan un cumplimiento pleno.

Octava. Los derechos fundamentales como ideales incorporados a las Constituciones políticas se identifican con los principios jurídicos, porque participan de la mayoría de los caracteres de éstos, como son el constituirse como normas sumamente indeterminadas, rectoras, incommensurables, de cumplimiento flexible y que aluden a cuestiones morales.

Novena. Las diferencias sustanciales entre las expresiones “derechos fundamentales”, “derechos humanos”, “principios constitucionales”, “principios de la Constitución” y “principios generales del derecho” se dan porque los derechos fundamentales son prerrogativas de los individuos o de grupos sociales. Los derechos humanos son reivindicaciones con un enfoque universal; los principios constitucionales son parámetros que estructuran la organización y continuidad de los Estados constitucionales de derecho; los principios de la Constitución son reglas básicas para proteger la vigencia de la misma, y los principios generales del derecho buscan sellar las lagunas de la ley.

Décima. Los términos “racionalidad” y “razonabilidad” no son sinónimos. La racionalidad tiene que ver con la posibilidad de estructurar ideas de forma consistente, más precisamente con las inferencias deductivas y su verificación de validez; por su parte, la razonabilidad se relaciona con los procesos discursivos que buscan el convencimiento de una específica postura mediante la presentación de razones. Por tal motivo, una decisión judicial puede ser tanto racional como razonable; racional, porque busca la consistencia entre los diversos elementos que la conforman, y razonable, porque

se basa en un discurso que ofrece el mayor y mejor número de razones para la toma de posición respecto de un punto discutible.

Decimaprimerá. Las teorías en torno a la argumentación jurídica surgen dentro del contexto del neoconstitucionalismo. Las mismas son una respuesta a la deshumanización y abuso en la aplicación del derecho acontecido bajo ciertos regímenes jurídicos. Así, dichas teorías buscaron acercar el fenómeno jurídico al hombre mediante el razonamiento abierto o maximalista; es decir, el que no sólo se concentra en el aspecto formal del derecho, sino más bien en cuestiones valiosas para la sociedad, como son la concretización de los ideales morales.

Decimasegunda. La expresión “razonamiento jurídico” no nace con la noción de argumentación jurídica, pues como se sabe figura desde tiempo atrás; no obstante, dicho razonamiento se basaba en la lógica formal; esto es, en el silogismo jurídico, lo que era entendible, ya que tal razonamiento buscaba armonizar con los postulados prevalecientes del formalismo jurídico, el cual concebía la aplicación de las normas como una cuestión ajena a todo aspecto ontológico o valorativo. En este sentido, como se ha referido, la argumentación jurídica buscó modificar este esquema de comprensión y concretización del derecho.

Decimatercera. La argumentación jurídica es un proceso práctico en el cual a través del uso del discurso se presentan ante un auditorio determinadas posiciones respecto de una cuestión jurídica opinable, las cuales se respaldan mediante diversas razones jurídicas, pero también con consideraciones de tipo moral, político y social, con lo que se logra envolver todo el contexto del derecho; ello, a fin de convencer ampliamente al auditorio sobre las pretensiones formuladas, convencimiento que resulta de la razón, y no únicamente de la persuasión. Dicha argumentación se desdobra principalmente en casos jurídicos que involucran una colisión entre principios, de ahí que la misma adquiera la connotación de principalista.

Decimacuarta. La argumentación jurídica es de gran utilidad para la actividad jurisdiccional, ya que la misma contribuye a impulsar el que los jueces tengan mayor conocimiento de su labor, y además porque propone determinados criterios para la toma de decisiones, los cuales fungen como guías o parámetros de la función judicial.

Decimaquinta. Existen diversas teorías de la argumentación jurídica de corte principalista. Las más destacadas son las desarrolladas por Chaïm Perelman, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza. Por otro lado, si bien Francisco Ezquiaga y en el país Jaime Cárdenas no han presentado propiamente una teoría de la argumentación

jurídica principalista, sus investigaciones y reflexiones en torno a la misma resultan valiosas para la comprensión de las teorías existentes.

Decimasexta. Para Chaïm Perelman, el derecho admitido no es sólo el desarrollado por el legislador, por lo que el mismo debe flexibilizarse para conciliarlo con lo que se considera equitativo y razonable, pues sólo de esta manera se respetan las aspiraciones de la sociedad.

Decimaséptima. Para Neil MacCormick, la lógica deductiva encuentra sus límites en los casos difíciles. Para dicho autor, por problemas de interpretación, relevancia, prueba y categoría se pueden presentar tales casos. La argumentación jurídica surge entonces en los casos difíciles. Así, para MacCormick justificar una decisión judicial en tales casos implica cumplir con el requisito de universalidad, y que la decisión tenga sentido con el sistema jurídico y con el mundo. El requisito de universalidad señala que en la justificación se debe tomar como sustento al menos una norma general. La decisión tiene sentido con el sistema jurídico cuando es coherente y consistente con el mismo. Por último, la decisión guarda sentido con el mundo cuando se toman en cuenta las consecuencias que producirá la misma a futuro.

Decimaoctava. Las investigaciones de Alexy distinguen entre justificación interna y externa. La primera trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y la segunda tiene como objeto la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna; en la justificación externa se desarrolla la argumentación jurídica.

Decimanovena. La teoría de la argumentación jurídica de Aleksander Peczenick busca dar respuestas a cuestiones prácticas de manera correcta y coherente. Ésta parte de que la ponderación definitiva sólo es posible en los casos concretos. Dicho razonamiento jurídico debe ser correctivo, activo y creativo. La coherencia se consigue al considerar un mayor número de enunciados normativos y valorativos que justifiquen la resolución adoptada.

Vigésima. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza es integradora, ya que se ocupa tanto de los valores formales; por ejemplo, la seguridad jurídica, como de los valores materiales (la verdad y justicia) y de los valores políticos; esto es, la aceptabilidad y consenso.

Vigésimaprimer. Para atender el problema de las colisiones entre principios jurídicos, Francisco Ezquiaga realiza un estudio de algunas sentencias del Tribunal Constitucional español, derivado de lo cual obtiene el criterio de que la manera que tienen los jueces para resolver dichas tensiones es recurriendo a la armonización de principios. Con todo, este autor entiende que la citada armonización no es absoluta, por lo que es posible asumir además una determinada jerarquía de principios.

Vigésimasegunda. Para Jaime Cárdenas, todo esquema que jerarquice los principios no tiene razón de ser en una sociedad pluralista; por ello, para dicho autor, el principio de proporcionalidad prevalece sobre los demás criterios alternos que existen para lograr razonabilidad en la justificación jurídica, en virtud de que con el mismo se sopesan los principios en tensión de acuerdo con las circunstancias del caso en concreto.

Vigésimatercera. El estudio de la teoría de la argumentación de orientación no principalista elaborada por Stephen Toulmin se torna fructífero para evaluar y contrastar el alcance e importancia de las teorías de la argumentación jurídica de carácter principalista.

Vigésimacuarta. Con los diversos casos judiciales analizados se percibe que la argumentación jurídica de corte principalista es importante para el desarrollo actual del derecho, ya que la misma funge como un instrumento para legitimar las decisiones jurídicas de cara no sólo a las partes, sino también a la propia sociedad, y porque con dicha argumentación se consigue la materialización de los ideales morales contenidos en las cartas constitucionales; esto es, se hacen efectivos los mismos en el terreno jurídico.

Vigésimaquinta. Es lugar común el análisis de colisiones entre derechos fundamentales; por ejemplo, la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad; sin embargo, no es el único análisis posible. Así ha quedado enmarcado con los casos jurídicos analizados de *Armando Ovando Gallegos*, *Iridia Salazar Blanco* y *Crucifijo*, los cuales ejemplifican la posibilidad de tensión entre dos principios de diversa naturaleza; esto es, entre el derecho fundamental de libertad de expresión y el principio constitucional de autoorganización de los partidos políticos por lo que hace al primer caso; entre el derecho de libertad de expresión y el principio de equidad electoral por lo que se refiere al segundo caso, y entre el derecho fundamental de libertad religiosa y el principio de organización y control del sistema educativo por parte del Estado por lo que hace al último caso. Lo anterior ha sido útil para entender en todas sus dimensiones el amplio campo de concretización de la argumentación jurídica principalista.

Vigésimasexta. Los casos jurídicos identificados como *Armando Ovando Gallegos*, *Iridia Salazar Blanco*, *Crucifijo* y *Benetton-publicidad ofensiva* son relevantes para la argumentación jurídica de corte principalista, porque en los mismos se justifican las decisiones con base en un criterio maximalista, lo que implica no sólo atender aspectos jurídicos, sino también aspectos materiales, como son el aludir a consideraciones de tipo político, social, cultural y moral; todo ello a fin de considerar el pluralismo de las sociedades contemporáneas.

Vigesimaséptima. El caso judicial identificado como *Crucifijo* nos enseña que las colisiones entre principios se pueden resolver por el método de concordancia práctica. Con dicho esquema se busca la vigencia y armonización de los principios en colisión dentro de las posibilidades del caso concreto. Por otro lado, este caso jurídico nos ilustra que las colisiones entre principios pueden también darse entre un mismo principio, pero en su aspecto positivo y negativo. Por ello, los juzgadores al momento de estudiar y resolver los casos deben considerar la existencia de una colisión de esta naturaleza.

Vigesimaoctava. El caso *Benetton-publicidad ofensiva* es enriquecedor para esta investigación, ya que con el mismo se destacan otras formas no convencionales a través de las cuales se puede manifestar la libertad de expresión. Así, se entiende que cualquier medio que se utilice para formar alguna opinión crítica o denunciar problemas sociales, como un anuncio comercial, debe ser objeto de protección constitucional. Asimismo, porque dicho caso jurídico enmarca una argumentación jurídica de tipo equilibrista, en la que se estudian todos los esquemas de solución latentes, desterrando visiones unívocas, las cuales no hacen más que minimizar el campo de opciones que los juzgadores pueden tener para solucionar una controversia jurídica.

Vigesimanovena. Con el caso *expulsión de extranjeros* se destaca el efecto expansivo de la argumentación jurídica principalista, ya que la misma alcanza a todos los órganos del Estado que se relacionen directamente con una cuestión que involucre una colisión entre principios jurídicos, y no únicamente a los juzgadores constitucionales.

Trigésima. El caso *Witz Rodríguez* es un ejemplo claro de lo que no se debe hacer por parte de los jueces constitucionales en las sociedades democráticas; esto es, omitir el despliegue de una justificación jurídica que sustente ampliamente la afectación temporal de un principio jurídico. Este tipo de decisiones injustificadas generan considerables efectos negativos en la percepción que sobre los derechos fundamentales tiene la sociedad, lo que obedece a la propia naturaleza de los mismos como normas que exigen su máxima aplicación dentro de las posibilidades reales y jurídicas.

Trigésima primera. La doctrina del control de convencionalidad que ha venido construyendo recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos es importante para el modelo de argumentación jurídica principalista, en virtud de que dicha doctrina contribuye a generar un acercamiento entre los jueces nacionales e internacionales y, además, porque permite homologar los criterios sobre los que van a operar los juzgadores nacionales al momento de decidir sobre una posible afectación temporal a los derechos fundamentales, ya que bajo esta doctrina los jueces nacionales en todos los niveles deben efectuar necesariamente un examen de conformi-

dad entre las normas internas mexicanas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que sobre ésta efectúe la señalada Corte.

Trigésima segunda. La argumentación jurídica de naturaleza principalista utiliza el método de ponderación para resolver las colisiones que se presentan entre los principios jurídicos. Dicho método culmina, en la mayoría de los casos, con el establecimiento de una precedencia temporal de alguno de los principios en tensión.

Trigésima tercera. Los tres principales elementos que conforman la estructura de la ponderación son la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Trigésima cuarta. Las principales críticas y objeciones en contra de la argumentación jurídica de corte principalista se dirigen al método de ponderación que comporta la misma. Dichas críticas han sido formuladas principalmente por Javier Jiménez, Francisco Laporta, Schlink y Habermas, para los cuales en términos generales la ponderación representa la entrada al decisionismo, subjetivismo y arbitrariedad judicial. En este sentido, las objeciones se agrupan en tres partes. La primera se refiere a la irracionalidad de la ponderación; la segunda, a los límites de la ponderación, y la última, a la afectación del principio democrático.

Trigésima quinta. Conforme a las críticas vigentes sobre la citada argumentación, la irracionalidad de la ponderación se origina por la indeterminación conceptual, incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios jurídicos, y además por la circunstancia de que no se pueden predecir los resultados que proyectará la ponderación de principios.

Trigésima sexta. La objeción sobre la indeterminación conceptual señala que la ponderación es un esquema vacío, ya que la misma no cuenta con criterios conceptuales claros ni con una estructura jurídica determinada para ponderar principios. Así, refiere que se trata de un espacio retórico en el cual se hacen valer las simples apreciaciones de los jueces. La crítica sobre la incomparabilidad sostiene que la ponderación es irracional, porque implica la comparación de dos principios que debido a sus específicas diferencias no pueden ser comparables. Por su parte, la objeción sobre la inconmensurabilidad alude que la ponderación es irracional, porque no existe una organización jerárquica o medida común de los principios que se ponderan. La última objeción precisa que la ponderación no es racional, ya que es imposible predecir sus resultados.

Trigésima séptima. Las críticas a los límites de la ponderación se refieren a la ausencia de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en tensión; esto es, leve, medio o grave, a la

ausencia de parámetros para fijar el peso abstracto de los mismos, así como a la escasa certeza de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión.

Trigésima octava. La crítica sobre la afectación del principio democrático señala que la argumentación jurídica de corte principalista abre la puerta a la creación del derecho por parte de los jueces, lo que los lleva a intervenir en el terreno de la moral y la política, socavando así la vinculación a lo previamente establecido por el legislador elegido democráticamente. De esta forma, la objeción precisa que no existe legitimidad en los juzgadores para limitar o establecer los alcances de los derechos fundamentales mediante la ponderación de principios.

Trigésima novena. Como respuesta a las objeciones referentes a que el método de ponderación es irracional, porque representa la entrada al subjetivismo, decisionismo y arbitrariedad judicial, se tiene que dicho método de solución de colisiones, como cualquier otro manejado por los seres humanos, comporta determinado subjetivismo, por lo que no puede existir una objetividad total en tal esquema, como la que reclaman los críticos. Por otro lado, se entiende que la ponderación no implica arbitrariedad, ya que con la misma se busca el convencimiento mediante la presentación de razones, y no la imposición de la decisión judicial. Así, la discrecionalidad que tienen los jueces al momento de ponderar principios no envuelve arbitrariedad en la determinación, sino más bien prudencia judicial, ya que la discrecionalidad se ejerce conforme a parámetros sustanciales y jurídicos.

Cuadragésima. La subjetividad o moralidad que se desenvuelve necesariamente en el método de ponderación no está exenta de un control de razonabilidad. Así, se tiene la moral crítica que opera como un esquema de crítica libre sobre la propia moral positiva compartida por determinada sociedad, de ahí que la argumentación jurídica principalista sea racional, a pesar de que en la misma se haga referencia a cuestiones morales. De esta manera, los críticos de dicha argumentación son relativistas morales, ya que dudan de la posibilidad de que exista una razonabilidad en la moral.

Cuadragésima primera. La ejemplificación de condiciones de prioridad de principios jurídicos, principalmente en materia electoral, resuelve de forma viable las objeciones sobre la irracionalidad de la ponderación en los puntos relativos a la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación; por un lado, porque presenta un conjunto de parámetros de precedencia de carácter temporal y procedimental para algunos principios jurídicos, con lo que se comprueba que los principios, al menos en materia electoral, sí pueden organizarse de forma prioritaria; por otro lado, porque dicha ejemplificación

de condiciones de prioridad muestra precedentes útiles a seguirse por los juzgadores para la solución de futuros casos paradigmáticos, privilegiando el esquema de universalidad en las decisiones judiciales, lo que se traduce en una objetividad en la argumentación, al conocerse de antemano los criterios sobre los que va operar el juez, generando con ello previsibilidad en los resultados de la ponderación de principios en materia electoral.

Cuadragésima segunda. La ejemplifica de condiciones de prioridad de principios jurídicos, además, pone de relieve que en la argumentación jurídica principalista las reglas y los principios no son mutuamente excluyentes. Así, a partir de los resultados de la ponderación de algunos principios en tensión es dable construir un conjunto de reglas que guíen a los jueces en la solución de colisiones entre principios. Dichas reglas no eliminan la posibilidad de que los jueces ponderen principios en los casos concretos.

Cuadragésima tercera. El control de razonabilidad se constituye como un filtro de corrección que sólo admite el paso de decisiones judiciales correctas, objetivas, racionales, prudentes y aceptables socialmente. De esta manera, dicho control elimina la arbitrariedad en la toma de decisiones y propicia la crítica social de las mismas, contribuyendo así a su correlativa legitimación. Asimismo, el citado control mejora la justificación jurídica, ya que permite resolver las colisiones entre principios jurídicos en toda su extensión; es decir, asumiendo la complejidad de la realidad jurídica mediante el análisis de todos los criterios posibles en la toma de decisiones, como son los morales, los sociales y los políticos.

Cuadragésima cuarta. En un contexto amplio, el control de razonabilidad contribuye a garantizar la objetividad en la ponderación, ya que el mismo establece parámetros específicos a seguirse por parte de los juzgadores al momento de sopesar principios jurídicos en tensión.

Cuadragésima quinta. Bajo las anteriores anotaciones, se observa que el control de razonabilidad es una solución viable para atender las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, en virtud de que dicho control presenta un esquema o estructura para ponderar principios; asimismo, es una contestación a las objeciones sobre los límites de la ponderación en lo relativo a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en colisión, ya que dicho control incluye una fase referente a la verificación de tales grados de afectación e importancia mediante el cambio de roles; además, es una respuesta a las objeciones sobre la afectación del principio democrático, derivado de que el test de razonabilidad genera una legitimación democrática de los jueces desde una perspectiva práctica; esto es, desde su trabajo cotidiano, que es igual de importante que una legitimación obtenida vía elección.

Cuadragésima sexta. Bajo todo este escenario, se demuestra que la argumentación jurídica principalista es racional, porque la misma puede seguir criterios de prioridad y esquemas o controles de corrección. Dichos criterios de prioridad generan previsibilidad en los resultados de la ponderación y cierta coherencia en la red de decisiones que involucran principios jurídicos. Asimismo, los esquemas o controles de corrección aseguran objetividad en la ponderación y que las concepciones morales que puedan tener cabida en el discurso del derecho están sujetas a la crítica abierta.

Cuadragésima séptima. Las respuestas prácticas a las principales críticas y objeciones al método de ponderación obtenidas como resultado de la presente investigación contribuyen a la comprensión, difusión, defensa y desarrollo de la argumentación jurídica de corte principalista; sin embargo, no constituyen verdades definitivas, por lo que las mismas se someten desde luego al debate crítico académico.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- , *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Leonard Muntaner, 2008.
- AHUMADA, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- , “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Éxodo, 2005.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 2005.
- , *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.
- , *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- , *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003.
- , “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, núm. 8, abril de 1998.

- , *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- ATRIA, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004.
- AZÚA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 5a. ed., México, Porrúa, 2007.
- BADILLO ALONSO, María Elisa y ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derecho, libertad y moralidad*, trabajo inédito, 2010.
- BANDIERI, Luis María, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- BAZÁN L., José Luis y MADRID R., Raúl, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, 1991.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.
- , “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- BUNGE, Mario, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed., trad. de María Dolores González Rodríguez, México, Siglo Veintiuno editores, 2007.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.
- CARBONELL, Miguel y VADO GRAJALES, Luis Octavio, *Libertad de expresión, partidos políticos y democracia. Comentarios a la sentencia SUP-7DC-393/2005*, 2a. ed., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.
- , “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- , *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.
- , “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 24, abril de 2006.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CLAPHAM, Andrew, *Human rights. A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta, 2006.
- COPI, Irving M. y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón, México, Limusa, 2009.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LVI, núm. 245, enero-junio de 2006.
- CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008.
- , *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- “El fallo de los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, trad. de Marta Salazar Sánchez, *Revista de Derecho Público*, núm. 60, 1996.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, t. I (A-D).
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Pensilvania, Yale University Press, 2009.
- , *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, trad. de Pablo Jiménez Zorrilla, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.
- GARCÍA AVILÉS, Alfredo, *Introducción a la metodología de la investigación científica*, 2a. ed., México, Plaza y Valdes Editores, 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- , *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 60a. ed., México, Porrúa, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009.
- y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Perú, Palestra Editores, 2005.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GORTARI, Elí de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 1988.
- GRACIA, Diego, *Cuestión de principios*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997.
- , “La deliberación moral, el papel de las metodologías en la ética clínica”, en SABARIA ALBAREZUDE, J. y REYES LÓPEZ, M. de los, *Jornada de debate sobre comités asistenciales de ética*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2000.
- GROPPI, Tania et al. (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración Pública y Política, 2004.
- GROS ESPIELL, Héctor, “La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, diciembre de 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta-UNAM, 2008.
- HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Marcos, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008.
- HART, H. L. A., *Law, liberty, and morality*, California, Stanford University Press, 1963.
- , *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HONDERICH, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, trad. de Carmen García Trevijano, Madrid, Tecnos, 2001.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001.
- KIRCHMANN, J. H. von, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- MACCORMICK, Neil, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- , *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 1978.
- MARTÍN, Julián, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo*, Madrid, Tecnos, 2007.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- ORDUÑA SOSA, Héctor, *Interpretación constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales*, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2010.
- PARDO, Celestino, “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

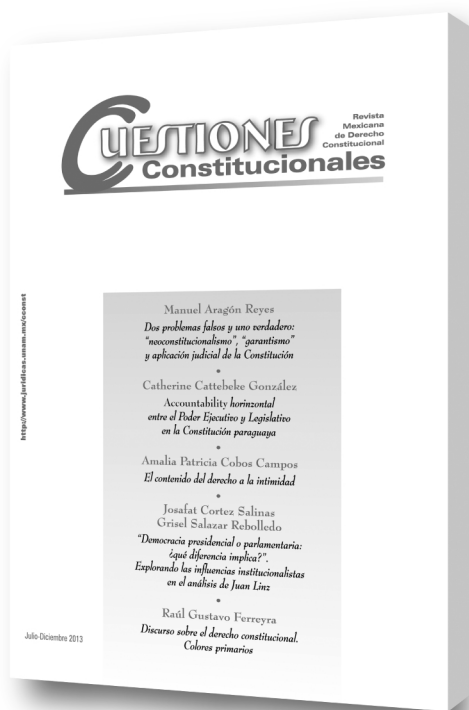
- PECZENICK, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.
- , “Kinds of theory of legal argumentation”, *Draft*, 2005.
- PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santafé de Bogotá, Norma, 1997.
- , *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- , “Principios generales del derecho ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, octubre-diciembre de 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.
- , *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- PUY MUÑOZ, Francisco, “La expresión argumentación jurídica y sinónimas. Un análisis tópico”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.
- QUISBERT, Ermo, “Principios constitucionales”, Bolivia, 2006.
- RABOTNIKOF, Nora, “Racionalidad y decisión política en Max Weber”, en OLIVÉ, León (comp.), *Racionalidad, ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- RAZ, Joseph, *The authority of law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdés, 2003.
- RUBIO LORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008.
- SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, “Vigencia y operatividad de los principios de la bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica”, *Persona y Bioética*, Cundinamarca (Colombia), vol. 14, núm. 2, julio-diciembre de 2010.

- SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.
- SCHWABE, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, “Argumentación jurídica y racionalidad”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comp.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.
- Sentencia Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220.
- Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el Estado de Michoacán.
- Sentencia SUP-JDC-393/2005. Actor: Armando Ovando Gallegos. Autoridad responsable: Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional.
- Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.
- STEINER, Rudolf, Conferencia pública pronunciada en Elberfeld, Alemania, 1922.
- THOMÁS PUIG, Petra María, “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, España, núm. 5, 2001.
- TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007.
- TUSSEAU, Guillaume, “The interpretation of national constitutions by international judges”, trabajo presentado en el seminario *WG Hart Legal Workshop 2010 Comparative Perspectives on Constitutions: Theory and Practice*, celebrado del 29 de junio al 1o. de julio de 2010 en el Institute of Advanced Legal Studies, Londres, Inglaterra.

- URIBE ARZATE, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2004.
- WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009.

CUESTIONES Constitucionales

Revista
Mexicana
de Derecho
Constitucional



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SIGUENOS EN

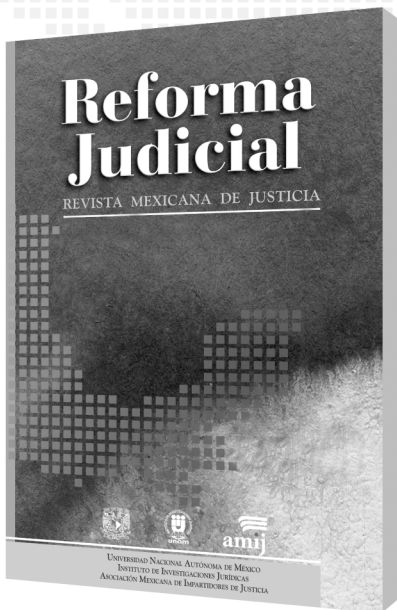


<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/>



www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distij@unam.mx

Reforma Judicial



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
ASOCIACIÓN MEXICANA DE IMPARTIDORES DE JUSTICIA

SÍGUENOS EN

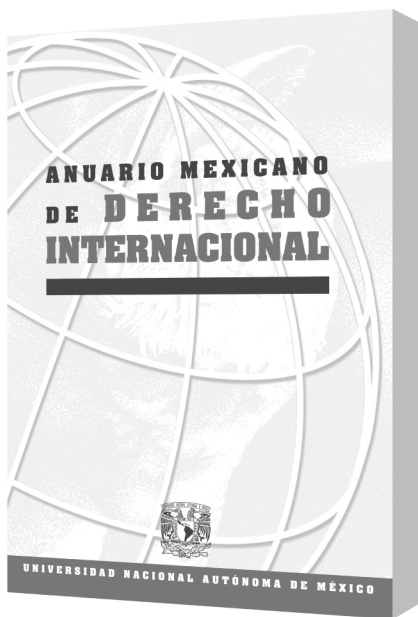


<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/ReformaJudicial/>



www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento
Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la
Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distiij@unam.mx

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/>



www.juridicas.unam.mx / www.biblio.juridicas.unam.mx
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distij@unam.mx

Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de octubre de 2017 en los talleres de Data Color Impresores, S. A. de C. V., Avena 201, colonia Granjas México, delegación Iztacalco, 08400 Ciudad de México, tel. 5672 3912. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 57 x 87 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

Este libro expone, desde una perspectiva teórica y práctica, el tema de la argumentación jurídica principalista, la cual ha cobrado relevancia en los juzgadores mexicanos al momento de resolver tensiones entre principios. En este proceso argumentativo, los decisores han recurrido inevitablemente al método de ponderación desplegado por Robert Alexy, a pesar de que este método y sus elementos han sido ampliamente criticados por diversos autores. En la obra que el lector tiene en sus manos se resaltan los diversos inconvenientes que comporta el ejercicio del método de ponderación, como son: a) el que los jueces no cuenten con parámetros que los guíen en la ponderación de principios; b) la falta de una jerarquía de principios que determine el peso que deba corresponderles; c) el que no exista un nivel de previsibilidad en los resultados de la ponderación; d) la ausencia de objetividad en el establecimiento del grado de afectación e importancia de los principios en tensión, y e) la afectación al principio democrático que genera la ponderación. El propósito central del libro es presentar algunas respuestas viables a dichos inconvenientes, como son el establecimiento de una serie de condiciones de prioridad de principios, principalmente en materia electoral, las cuales se sustentan en el análisis que aquí se presenta de diversos casos judiciales en el ámbito nacional e internacional. Finalmente, se formula un control de razonabilidad que opera como un filtro de corrección de las decisiones judiciales; todo ello, a fin de contribuir al desarrollo y defensa de la argumentación jurídica de corte principalista.



www.juridicas.unam.mx

