

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRINCIPIOS Y SU IMPACTO EN LA INTERPRETACIÓN

CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL	103
I. Introducción	103
II. Sobre el carácter del derecho	106
III. Tipos de normas	107
IV. Las normas jurídicas	108
V. Las reglas y los principios	111
VI. La crítica a los principios	114
VII. Las funciones de los principios	117
VIII. Los principios y el nuevo paradigma del derecho	119
IX. Conclusiones	123

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRINCIPIOS Y SU IMPACTO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL¹⁹⁹

I. INTRODUCCIÓN

Los principios son normas jurídicas cuya naturaleza se analiza en este capítulo en contraposición a las reglas jurídicas. Los principios, en buena medida, han impactado en el modelo de derecho y en la forma de entender al derecho. Desde las obras de Esser y Dworkin —los pioneros en el tema de los principios—, el derecho tuvo que salir de sus esquemas formales al extremo que la argumentación es para muchos lo que hoy define al derecho.

Es evidente, como se sostendrá aquí, que las normas jurídicas son de diferente naturaleza. Algunas son reglas, otras principios y otros valores. El tipo de norma con la que trabajamos determina, en buena medida, el tipo de argumentación. Las reglas generalmente se interpretan con silogismos utilizando las subsunción y los métodos tradicionales (gramatical, sistemático, analógico, funcional, etcétera). Los principios y valores, como se verá en el siguiente capítulo, se argumentan con el uso del principio de proporcionalidad.

Los principios son criticados no sólo por su carácter vago e indeterminado, sino porque para algunos —Dworkin— conectan el derecho con la moral, y esto implica la reformulación del positivismo. ¿Puede la moral fundamentar el derecho o tan sólo debemos pensar en ella como un instrumento de enjuiciamiento ético externo al derecho? En el capítulo me decanto por esta última posición, pero no dejo de polemizar y problema-

¹⁹⁹ Este trabajo en lo fundamental se publicó por el autor, inicialmente bajo el mismo título, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 85-105.

tizar con la primera de las posturas enunciadas, pues los principios constitucionales no sólo son de carácter explícito sino también de naturaleza implícita, y ello puede significar la apertura del ordenamiento a otros ámbitos como el de la moral o el de la política.

Como se verá, los principios han transformado a la interpretación, y han servido, con otros factores, para constituir las nuevas teorías de la argumentación. También los principios presentan una sistematicidad distinta, pues obligan al intérprete a tomar en cuenta el bloque de la juridicidad.

Otro tema polémico que es abordado en este capítulo es cómo los principios ponen fin a la idea tradicional de seguridad jurídica y la sustituyen por una seguridad jurídica argumentativa. La certeza no es ya producto de una operación mecánica deductiva sino del resultado de un esfuerzo argumentativo que nos impele a preguntarnos por la legitimidad democrática de los jueces.

Los principios obligan, por tanto, a preguntarnos no sólo por el carácter contemporáneo del derecho —el derecho es mucho más que normas— sino por el papel que desempeña en la cultura jurídica el desarrollo democrático y el tipo de Poder Judicial que se debe tener para afrontar los nuevos retos tanto políticos como estrictamente jurídicos.

Tenemos hoy en día la pretensión de concluir en México la transición a la democracia y construir un Estado de derecho. La ciencia política nos dice que sin un Estado que ejerza el monopolio de la fuerza legítima en todo el territorio, sin una burocracia capaz de proveer servicios mínimos, sin capacidad para cobrar los impuestos, sin un Poder Judicial independiente y capaz de hacer cumplir sus decisiones, no es posible un gobierno democrático.²⁰⁰ Sin una Constitución, leyes o usos constitucionales vinculantes, no es posible la democracia.

La democracia consolidada exige la protección de ciertos principios y derechos en la Constitución más allá de las simples mayorías políticas temporales. En la Constitución una democracia introduce un límite al poder absoluto del *demos*, a la absolutización del principio democrático a través de garantías muy fuertes en favor de los derechos humanos de cada individuo. Sin esas medidas de protección a los derechos de cada persona no puede hablarse de democracia. Por esa razón, la teoría constitucional contemporánea de Ferrajoli a Häberle, pasando por Zagrebelsky,

²⁰⁰ Linz, Juan, “Para un mapa conceptual de las democracias”, *Revista Politeia*, núm. 26, 2001, p. 26.

denomina al Estado contemporáneo Estado constitucional y no Estado de derecho.

El consenso generalizado gira en torno a la democracia: que el electorado pueda elegir a sus gobernantes, que ninguna persona o institución tenga poder efectivo que no se derive del proceso democrático, que los que ejercen el poder lo obtengan *pro tempore* y respeten las libertades del Estado constitucional. ¿Quién puede poner en duda este consenso?

El problema no reside en las bondades de la democracia, el problema es si el Estado, el régimen político y el derecho cumplen sus finalidades: si tienen legitimidad. Para medir algo tan difícil es necesario investigar y comprobar qué tanto cumplen sus objetivos cada una de las partes o elementos componentes del Estado y de la sociedad.

El Poder Judicial, tanto el nacional como el latinoamericano, ha desempeñado un papel poco relevante en la legitimidad democrática. Durante los regímenes autoritarios de América Latina, los jueces dejaron de conocer y de sancionar violaciones sistemáticas a los derechos humanos en México, Argentina, Chile, Guatemala, Perú, etcétera. Los jueces no han controlado y sancionado los excesos de los otros órganos del Estado. No hay paz ni estabilidad porque las autoridades judiciales no son capaces de procesar los conflictos sociales garantizando plenamente los derechos fundamentales. La percepción social sobre el Poder Judicial señala que la justicia es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder.²⁰¹

Es verdad, y con mucho, que los males del Poder Judicial nacional y latinoamericano exceden al Poder Judicial: en ocasiones los problemas apuntados tienen su origen en otras sedes, o no son de la responsabilidad íntegra del aparato judicial. Algunos de esos problemas tienen relación con el tipo y el carácter de la ciudadanía de nuestras sociedades. Es injusto, por tanto, conferirle al Poder Judicial esos papeles de caricatura, ya sea de sirviente o mendigo del poder.

Afirmar que la debilidad del Poder Judicial no es imputable exclusivamente al más frágil de los poderes del Estado creo que podría ser compartida por muchos. No obstante, buena parte de sus defectos sí le son directamente imputables. Los titulares del Poder Judicial han carecido de capacidad y conciencia para proponer una reforma judicial de gran en-

²⁰¹ Pásara, Luis, "Justicia y ciudadanía realmente existentes", ponencia presentada en la División de Estudios Políticos y Estudios Jurídicos del CIDE, México, 28 de septiembre de 2001.

vergadura. Una reforma que no se ocupe —aunque obvio es importante— sólo de la administración y de la carrera judicial o de modificaciones constitucionales y legales en aras de una mayor independencia y profesionalización judicial, sino de una preocupada, en primer lugar, por el acceso real a la justicia y la protección judicial, una reforma que se preocupe por dar efectividad a cada una de las instituciones jurídicas vigentes, y que avizore en nuevas instituciones más y mejores medios de protección a los derechos humanos.

Uno de los aspectos estructurales de la negación del Poder Judicial al cambio reside en la naturaleza de la actual cultura jurídica. A un elemento de este aspecto me voy a referir en estas líneas, pues considero que mientras no superemos la visión del positivismo jurídico que tenemos, no podremos transformar las deficiencias del Poder Judicial. Requerimos revisar nuestras categorías de conocimiento y de análisis, y repensar cada uno de los dogmas, empezando por los más elementales, como son los materiales con los que se elabora y construye el derecho y el posible uso de esos materiales por los miembros del Poder Judicial.²⁰²

II. SOBRE EL CARÁCTER DEL DERECHO

Se ha dicho que el derecho es: *a)* una práctica social; *b)* una institución o un conjunto de instituciones; *c)* un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico o social; *d)* un instrumento para procurar decisiones conforme a derecho; *e)* un conjunto de reglas del juego, y *f)* criterios para facilitar la aplicación e interpretación, etcétera.²⁰³

Para Kelsen, el derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas. Para Marx, es un instrumento de dominación y control social, y para Tomás de Aquino es la ordenación de la razón encaminada al bien común. También el derecho puede verse como conjunto de normas o co-

²⁰² Existe una interesante polémica sobre lo que determina la interpretación. Algunos, como Eco, sostienen que el peso de la interpretación está en el autor del texto, en el propio texto, y en el intérprete. Otros, como Rorty, apuntan que lo que realmente determina la interpretación o la naturaleza de cualquier material relacionado con el lenguaje, es el uso que el intérprete da a ese material o texto. Para esa interesante polémica véase Eco, Umberto, *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. española, Cambridge University Press, 1997.

²⁰³ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., nota 66, pp. 37 y 38.

mo facultad de hacer algo si hay un respaldo del orden jurídico. La expresión derecho parece significar tanto el derecho objetivo y subjetivo, como la ciencia del derecho. Por otra parte, es necesario siempre distinguir entre normas jurídicas —los enunciados jurídicos— y las proposiciones jurídicas —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan sobre las normas jurídicas.

El derecho, por tanto, tiene significados múltiples. La manera de definirlo consiste en ponerlo en relación con otros conceptos —aunque también con otras realidades— que tienen un área de significación próxima, y en parte superpuesta. Los más importantes parecen ser “norma”, “moral” y “poder”.

Una importante corriente del derecho, la normativista, sostiene que todos los fenómenos jurídicos pueden reducirse a términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central del derecho. La corriente normativista no es la única; los realistas relacionan el derecho con las conductas de los funcionarios y de los jueces. Los marxistas, como ya hemos mencionado, identifican el derecho con ciertas relaciones sociales de dominación. Los iusnaturalistas tienden a vincular el derecho más que con la norma con una idea de justicia. Los institucionalistas ponen el acento en el derecho como conjunto de instituciones.²⁰⁴

No obstante la multiplicidad de posiciones descrita, existe un cierto consenso en el sentido de que el derecho se expresa en normas. Dando por buena, con cierta licencia, la teoría normativista, la cuestión consiste en saber si todas las normas son iguales o hay diferentes tipos de normas.²⁰⁵

III. TIPOS DE NORMAS

Para Von Wright existen varios tipos de normas, entre ellas las prescripciones, las reglas definitorias, las normas técnicas, las normas ideales, las consuetudinarias y las morales.²⁰⁶

²⁰⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 22, pp. 15-31.

²⁰⁵ Aunque es obvio que el derecho no sólo está integrado por normas, también y fundamentalmente es argumentación.

²⁰⁶ Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, capítulo primero. Véase, también, Mendonca, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 27-29.

Las normas definitorias o determinativas son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto. Las reglas de un juego, por ejemplo, determinan los movimientos consentidos dentro del juego.

Las normas técnicas o directrices indican un medio para alcanzar un fin determinado. Ejemplo son las instrucciones para operar artefactos.

Las normas prescriptivas son aquellas emanadas de la voluntad de una autoridad (autoridad normativa) destinadas a algún agente (sujeto normativo) con el propósito de que se conduzca de determinada manera. Para dar a conocer las prescripciones a los sujetos a los cuales van ellas dirigidas, la autoridad promulga las normas, y para darles efectividad agrega una sanción o amenaza de castigo. Por ejemplo, los mandatos, permisos y prohibiciones.

Las normas ideales no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen modelos arquetípicos y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada. Por ejemplo, aquellas que establecen cómo debe ser un buen padre de familia, un buen profesional, etcétera.

Las normas consuetudinarias marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas. Son hábitos sociales. Por ejemplo, las que establecen el modo de vestirse, saludar, etcétera.

Las normas morales se distinguen principalmente por carecer de sanción externa y por no estar institucionalizadas. Algunos agregan que son normas constituidas por mandatos que regulan actos internos del individuo, que tienden a ser categóricas, autónomas, difusas, indeterminadas, etcétera.

IV. LAS NORMAS JURÍDICAS

Las normas jurídicas son preponderantemente prescriptivas. Éstas se caracterizan, entre otros elementos, y según Von Wright, por su carácter, su contenido y la condición de aplicación.²⁰⁷ El carácter, es decir, la clasificación de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. El contenido, la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir, lo prohibido, lo permitido, etcétera. La condición de aplicación, las circunstancias que deben presentarse para que

²⁰⁷ Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica, cit.*, nota anterior, capítulo primero; Atienza, Manuel, *El sentido del derecho, cit.*, nota 66, p. 65.

exista la prohibición, la obligación, o permisión de realizar el contenido de la norma. Los tres anteriores elementos integran el *núcleo normativo* de las normas. Las jurídicas, además, presentan otros elementos: la autoridad que dicta la norma; el sujeto normativo o destinatario; la ocasión, que es el ámbito de validez temporal y espacial de la norma; la promulgación y la sanción.

En la evolución de la teoría del derecho se han sostenido sobre el componente normativo del derecho diversos puntos de vista que afectan no sólo la naturaleza de la norma sino la del mismo derecho.

Para Kelsen, una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción, de manera que la estructura de la norma es: si es A (ilícito) entonces debe ser B (sanción). Kelsen diferenció las normas primarias o genuinas, que poseen la estructura anterior, y las derivadas o secundarias, que son simple consecuencia lógica de las anteriores.

Hart supera a Kelsen y ve a la norma jurídica no desde el ángulo del trasgresor de la misma sino desde el nivel de aceptación social de las normas. Además abundó sobre las normas que confieren poderes, y las diferenció de las que establecen obligaciones y prohibiciones. Esto es, Hart distinguió entre normas primarias que imponen deberes, y secundarias que confieren potestades, públicas o privadas (adjudicación, cambio y reconocimiento).

Alchourrón y Bulygin agregaron que un sistema jurídico es un todo complejo, en el que hay normas pero no sólo normas. Insistieron en enunciados como las definiciones que no tienen carácter normativo pero tienen efectos normativos. Como otros pos-kelsenianos, trasladaron el estudio de la norma al sistema normativo. A la vez precisaron que un conjunto normativo es una agregación de enunciados que contiene normas pero no sólo normas. El sistema normativo es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias. Y un sistema jurídico es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción es una característica del conjunto del sistema. El sistema es diacrónico, es decir, hay una sucesión de sistemas en un lapso temporal que constituye el ordenamiento jurídico. Los sistemas normativos, para estos autores, son plenos y coherentes.²⁰⁸

²⁰⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 3-301.

Dworkin, revisando la posición de Hart, precisa que el derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establecen derechos. Los principios, a diferencia de las reglas, no son todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.²⁰⁹

Las normas también han sido vistas por Raz como razones para la acción. Estas razones resultan ser una combinación de deseos y creencias. La regla supone haber decidido por adelantado qué hacer. Las reglas se justifican como mecanismos para ganar tiempo, para ahorrar trabajo o para reducir el riesgo del error al decidir lo que debe hacerse.

Los enunciados jurídicos se han clasificado por Atienza y Ruiz Manero de una manera compleja, sobre los que no abundaré en demasía, pero que ponen sobre la mesa la variedad de tipos normativos. En primer lugar, su distinción entre enunciados de carácter práctico y las definiciones. En segundo lugar, una separación muy importante entre las normas regulativas, que pueden ser reglas o principios, y normas de acción y de fin. En tercer lugar, la diferenciación entre normas regulativas y constitutivas, las primeras establecen obligaciones, prohibiciones y permisos; las segundas, dadas determinadas circunstancias, constituyen ciertos estados de cosas que provocan cambios normativos. En cuarto lugar, la precisión de “normas” que expresan el uso de poderes normativos, por ejemplo los actos normativos que no son normas pero que mediante ellos se crean, se modifican, se aplican o se derogan normas. Y finalmente los enunciados normativos de carácter valorativo, que son, respecto a los principios, normas de segundo grado.²¹⁰

De lo expuesto se deduce que las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas, no todas son deónticas, ni todas son reglas, no todas expresan normas, no todas tienen que ver con la acción, y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto sin descontar la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídi-

²⁰⁹ El desarrollo clásico de estas ideas está en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., nota 31, pp. 61-145.

²¹⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., nota 53.

co es o no una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica, y si debe ser obedecida, o preguntarnos cuáles son las razones para obedecerla.

V. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS

La distinción entre reglas y principios puede ser entendida de dos formas distintas:²¹¹ en un sentido fuerte y en uno débil.

En un sentido fuerte se dice que los principios no son normas, pues son distintos a las reglas. La tesis se explicó para negar que los principios fuesen eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos. Se negó que los principios fuesen idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico) la legislación, hasta que el legislador ordinario procediese a la actualización o concretización de los principios en reglas. Los principios son valores prejurídicos, y, por tanto, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo.²¹²

En un sentido débil, los principios son normas, pero una especie particular de normas. En este sentido, la cuestión consiste en distinguir los rasgos característicos de los principios. Algunos sostienen que los principios se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se destacan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

La distinción entre reglas y principios se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas:

- a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- b) Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.
- c) La tercera vía señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.

²¹¹ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 143-171.

²¹² Esta discusión se dio principalmente en Europa en el periodo de entreguerras, y se expone de manera muy clara en Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 111-114.

- d) Se distingue a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- e) En una quinta aproximación se indica que los principios no admiten la interpretación literal; tienen un carácter orientador respecto a las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.

Algunos precisan más la distinción entre principios y reglas. Así, se dice que los principios son habitualmente mencionados (separación de poderes o certeza, por ejemplo) pero no formulados, porque en realidad no expresan sólo normas sino doctrinas jurídicas completas. Otra diferencia importante destaca que los principios, cuando son formulados, se expresan en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien optativo o valorativo proclamando valores o auspicios. También se señala que ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de principios, sino que se trata, a fin de cuentas, del reconocimiento de valores jurídicos, políticos o morales que se asumen como preexistentes.

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

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

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

En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento hay que insistir en que: los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas); los

principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.

Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:

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

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

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

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

Un problema importante con los principios es el que resulta de la distinción entre principios expresos e implícitos. Los expresos son los que se encuentran formulados en una disposición constitucional o legislativa. Los implícitos están privados de disposiciones, es decir, no están formulados en ninguna disposición; son elaborados o contruidos por los intérpretes. Estos últimos principios son derivados por los operadores jurídicos a partir de reglas concretas o a partir de conjuntos normativos del ordenamiento o del propio ordenamiento en su conjunto. En la mayoría de los casos, construir un principio consiste en avanzar una conjetura acerca de las razones (finalidades, intenciones o valores) del legislador. Todo principio está provisto de una fuente, es siempre posible encontrar los textos normativos —si es implícito— con oportunas y adecuadas técnicas argumentativas.²¹³

Otro asunto interesante respecto a los principios se desprende de la pregunta sobre los principios “supremos” del ordenamiento. Es decir, principios que no pueden ser modificados o derogados ni siquiera por la

²¹³ Esta clasificación puede encontrarse en Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 129-149.

revisión constitucional. Cuando estos principios son implícitos, la jurisprudencia constitucional de cada país suele construirlos a partir de fines y valores intangibles del ordenamiento constitucional.

Los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto. La ponderación presenta algunas características sobresalientes:

En las antinomias, la ponderación de los principios presupone que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente (antinomía parcial-parcial).

La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate.

La tercera característica nos indica que para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.

VI. LA CRÍTICA A LOS PRINCIPIOS

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

En un reciente trabajo, Pérez Luño dirige a Dworkin sus dardos críticos por su concepción de los principios. Se señala que Dworkin mezcla y confunde principios, valores y derechos fundamentales. Que el concepto de principios puede significar cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir a la argumentación judicial hacia la solución correcta, fuentes jurídicas para colmar lagunas, y postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ámbito a las normas incompatibles con ellos. Pérez Luño critica la ausencia clara de una tipología de principios en la obra de Dworkin, y siguiendo la pauta de autores como Esser, Bobbio, Carrió, Guastini o Prieto Sanchís, distingue tres

tipos de principios: principios que actúan como metanormas o *ratio legis* de las reglas y también como finalidad de las mismas; principios en su carácter ontológico, es decir, que actúan como fuente del derecho; y principios en su vertiente axiológica como postulados éticos que deben inspirar el orden jurídico. No obstante, la principal crítica a los principios descansa en su carácter “parasitario” y dependiente de otras normas, como son las reglas jurídicas.²¹⁴

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

La obra de Dworkin que se centra en la existencia de una única solución correcta en los casos difíciles está comprometida con una crítica a la discrecionalidad judicial, a la retroactividad en la aplicación del derecho, y con una visión respetuosa de la separación de poderes. El juez Hércules, ante el caso difícil, consulta el *ethos* del ordenamiento, y encuentra el principio que ha de ser el que mejor explique y justifique la decisión judicial. En cada sentencia, el juez Hércules desarrolla una teoría adecuada y coherente para encontrar la solución correcta.²¹⁵

La búsqueda del principio jurídico en el *ethos* del ordenamiento jurídico implica asumir los presupuestos morales del sistema jurídico. El jurista debe ser capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obligado por ellos. Las reglas jurídicas constituyen la punta de un iceberg, la expresión institucionalizada pero parcial de un sistema normativo más complejo, vasto y profundo.²¹⁶

La adopción de ese punto de vista interno conecta el derecho con la moral. Sin embargo, la adopción del punto de vista interno por el juez y el funcionario no implica que esa conexión se traslade al ciudadano. En otras palabras, el ciudadano no está obligado a obedecer, en un sentido fuerte, al derecho. Autores como Prieto Sanchís prefieren una visión intermedia, débil o moderadamente interna del derecho a fin de que sea po-

²¹⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 98, octubre-diciembre de 1997, pp. 9-24.

²¹⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., nota 31, pp. 146-208.

²¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 73, p. 52.

sible la crítica al derecho.²¹⁷ El esquema más adecuado es, por ejemplo, el de Ferrajoli, que acentúa por un lado la posibilidad para el funcionario y juez de la crítica interna a su ordenamiento, y por otro, abre de la manera más amplia la crítica al derecho desde un punto de vista externo.²¹⁸

¿Cómo entender la conexión entre derecho y moral? La forma de concebirla consiste en admitir que dentro del derecho y envolviendo al derecho hay siempre una concepción de la justicia o de la moralidad y que resulta absurdo pensar en un orden jurídico opuesto a esa concepción. La conexión, por tanto, debe entenderse como una pretensión de corrección de la moral al derecho, nunca como una liga fuerte que conecta al derecho con una moral ideal.

La tesis de la separación entre derecho y moral es preferible a la de una tesis de conexión fuerte. En tanto quien adopta un punto de vista interno estricto presume el valor moral intrínseco del derecho vigente y tiene menos posibilidades de juzgar autónomamente las normas o decisiones del poder. La idea de conexión fuerte llega a la misma conclusión del positivismo ético: suponer que todo derecho vigente es justo y por tanto debe ser obedecido en todos los casos, no sólo jurídicamente, sino también moralmente. En otras palabras, la separación entre derecho y moral permite el enjuiciamiento al derecho vigente pero inválido, y también el enjuiciamiento ético externo al derecho. Sólo cuando la moral se concibe separada del derecho se pueden emitir juicios sobre el sistema jurídico.

En este sentido se explica por qué Prieto Sanchís se opone a los llamados principios extrasistémicos. Éstos son aquellos que no encuentran respaldo o cobertura en concretas disposiciones normativas. Son principios producto de la pura creación interpretativa que tienen su origen en doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico: la doctrina de la naturaleza de la cosa, la Constitución material, etcétera. A Dworkin se le ha acusado porque sus principios pertenecen a esta categoría, aunque debe reconocerse que la teoría jurídica dworkiana contiene como parte de ella elementos completos de filosofía moral y política. Un ejemplo acabado de la aceptación de principios extrasistémicos es el de

²¹⁷ *Ibidem*, p. 63.

²¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 48, pp. 920-931.

Mortati sobre la Constitución material, que supone la directa asunción por el derecho del fin político general del Estado como tal, en donde los principios políticos son la fuente primera del derecho estatal.²¹⁹

Los principios extrasistémicos suelen presentar un origen doctrinal fruto de elaboraciones morales o políticas muy sofisticadas. Son principios extrasistémicos la doctrina sobre la reserva absoluta de ley, la norma general excluyente, el principio que alude a una norma de clausura del sistema de libertades.

Los principios extrasistémicos no forman parte del derecho, pues no constituyen el significado de una disposición normativa ni pueden inferirse de ella. La norma fundamental o la regla de reconocimiento, entendida en su sentido tradicional, se muestra incapaz de dar cuenta de los principios extrasistémicos, no así teorías o posiciones realistas que pueden admitir su existencia factual. Los principios extrasistémicos pueden ser eficaces pero no válidos, por lo menos hasta el momento en que el precedente los integre como principios válidos.²²⁰

VII. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS

Los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.²²¹

En la producción porque circunscriben materialmente al legislador, sobre todo cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas. El legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto. Los principios funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, o sea, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado. Las interpretaciones conformes no dero-

²¹⁹ Mortati, Costantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

²²⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., nota 213, pp. 146-149.

²²¹ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, cit., nota 211, pp.162-167.

gan una de las reglas antinómicas, su propósito es establecer el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional.

La interpretación conforme, que se utiliza en beneficio del principio de la conservación de los textos normativos, es ampliamente utilizada en la jurisprudencia constitucional europea. Esta interpretación produce el efecto de conservar la validez de las formulaciones normativas a cambio de que la interpretación que de ellas se dé esté de acuerdo a los principios constitucionales.

Los principios se usan, sobre todo en la tesis tradicional, en la integración del derecho para colmar lagunas. El juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. En esta hipótesis el principio constituye una de las premisas del razonamiento para concluir en una norma específica elaborada y formulada por el intérprete. Esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico, en donde los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento. En otras palabras, es necesario justificar la elección de la premisa normativa y que esa premisa reúna a la vez las condiciones de validez suficientes para considerarla parte del sistema jurídico.

Los principios cumplen otras funciones, tanto en el argumento universalizador como en el llamado argumento consecuencialista.²²² En el argumento universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, desarrollado por MacCormick, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia. El argumento consecuencialista adquiere su más importante relieve en aquellos casos en donde es plausible proponer acogerse a aquella decisión que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, siempre y cuando los distintos fines valiosos se encuentren en el sistema. Así, por ejemplo, la teoría del uso alternativo del derecho es viable para extraer la máxima virtualidad democrática y emancipatoria de

²²² MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., nota 35.

las cláusulas constitucionales. O como sostiene Alexy, los principios son criterios de optimización del sistema jurídico.²²³

En donde los principios desempeñan una labor fundamental es en el campo de la interpretación sistemática. Los principios dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico, constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema interno del derecho. La idea de coherencia y la idea del legislador racional son ideas regulativas de todo entramado jurídico, y es ahí donde los principios ordenan, conforman y estructuran al sistema en su conjunto.

VIII. LOS PRINCIPIOS Y EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO

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

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

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto, a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a

²²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 136, pp. 81-172.

cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella.

La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico. En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado la ley en favor de la interpretación:

Primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.²²⁴

Los principios también modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, incluyendo los elementos morales, sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras

²²⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p. 20.

están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa del monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y de orígenes normativos. La sistematicidad no tiene contornos predecibles y claros. Es una sistematicidad difusa que el intérprete debe hurgar en el caso concreto. Ciertamente, esa flexibilidad incrementa la exigencia de certeza jurídica, la flexibilidad no es para que el aplicador del derecho haga lo que le venga en gana. Es para que el juez se adentre a un contexto más comprometido con la naturaleza formal y material del Estado constitucional. La obligación de razonar las decisiones en términos de derecho válido, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un ordenamiento jurídico, implica recobrar el papel del juez y de la autoridad en su lealtad a la Constitución y al ordenamiento, destierra su papel subordinado y mecánico al derecho, y hace de los funcionarios judiciales y administrativos los principales promotores del Estado constitucional. Se trata no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de una manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo universalidad o abstracción, o presuponiendo un “auditorio universal” de personas inteligentes, responsables y desinteresadas, permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación a los hechos o consecuencias finalistas de las decisiones.²²⁵

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están ne-

²²⁵ Velasco Arroyo, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, 1999, pp. 49-68.

cesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. La justificación racional representa la condición de validez y de legitimidad de las decisiones judiciales.

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

El modelo argumentativo brinda herramientas útiles no sólo para perfeccionar la sagacidad del litigante o del juez, sino para cumplir los fines del derecho. Además, epistemológicamente, por abordar el objeto de conocimiento de una forma más completa, resulta indudablemente superior.

La conexión débil y no fuerte entre moral y derecho es auspiciada por los principios. Éstos sirven para justificar reglas, para determinar fines y objetivos en el ordenamiento y permiten esclarecer el significado subyacente de las reglas. Estamos de acuerdo con que los principios contienen una concepción de justicia o de moralidad, siempre revisable, pero en ellos existe ese trasfondo que no obliga moralmente a los ciudadanos pero sí obliga en alguna medida al funcionario y al juez. La conexión entre moral y derecho no es total ni absoluta, la conexión, como ya se dijo an-

teriormente, es simplemente una pretensión de corrección de la moral al derecho para permitir la crítica jurídica, moral y política al derecho vigente, para auxiliar en las futuras reformas al ordenamiento, y para evaluar el ordenamiento en términos de legitimidad.

IX. CONCLUSIONES

Los jueces mexicanos deben interpretar y aplicar todo el derecho y no sólo la ley. Los jueces mexicanos deben orientar sus decisiones por principios y abandonar los criterios decimonónicos de la subsunción y aplicación mecánica de la ley.

Es totalmente cierto que la reforma judicial en México no entraña exclusivamente un cambio en el modelo argumentativo judicial, pero el modelo argumentativo basado en principios, a mediano y largo plazo, sí modifica la concepción del derecho.

La percepción sobre la justicia en nuestros países es negativa debido a múltiples causas: la dificultad de acceso, su costo, su lentitud, la corrupción que en ella impera, y su vinculación no deseable con el poder. La panoplia de soluciones también es múltiple. Aquí se trató un aspecto relacionado con la concepción del derecho y la cultura jurídica de nuestros países. Un análisis integral debería revisar nuestra visión real del positivismo jurídico para superar la reducción que ve todo el derecho en el texto de la ley, en su literalidad, y que omite la temática de su vigencia. Como dice Habermas, al igual que los principios democráticos generales, al enraizarse en una sociedad dada, adquieren sentidos específicos; los principios constitucionales no se convierten en prácticas sociales ni son fuerzas conductoras de libertad e igualdad, sino en la medida en que se localizan en el contexto de una historia nacional.²²⁶

No debemos aspirar a jueces ideales, jueces Hércules, pero sí preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda. Jueces que no sólo conozcan el derecho sino que asuman la conciencia moral del momento histórico. Tendremos jueces con ese compromiso si invertimos al mismo tiempo en la construcción de la ciudadanía, es decir, haciendo esfuerzos por tener ciudadanos en pleno ejercicio de sus dere-

²²⁶ Habermas, Jürgen, "Citizenship and National Identity", en Bart van Steenbergen (ed.), *The Condition of Citizenship*, Londres, Sage Publications, 1994, pp. 20-35.

chos, demandantes de instituciones políticas y jurídicas promotoras de la democracia y de la protección a los derechos humanos. En pocas palabras, pasar a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y jurídicos.²²⁷

Los procesos de transformación son complejos y muchas veces lentos. Nuestra percepción nos dice que la justicia que tenemos no corresponde a las circunstancias democráticas que queremos. A nuestros jueces les hace falta conocimiento, pero no sólo eso, les hace falta valor e independencia, tanto de los tribunales superiores y de los consejos de la judicatura, como independencia respecto a la servidumbre de las pautas hasta hoy establecidas. Es preciso emigrar del lenguaje del discurso del poder sobre la transición y la consolidación democrática, al lenguaje propio del derecho y los derechos,²²⁸ que sólo se manifiesta en los tribunales y en la vida cotidiana cuando se ponen en movimiento las nuevas categorías científicas en la defensa y lucha concreta de las posiciones de las partes en las causas judiciales.

²²⁷ Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46.

²²⁸ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.