

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL
Algunos problemas de la interpretación
de la Constitución y de la discusión valorativa
en las decisiones constitucionales

Dr. ANÍBAL GONZÁLEZ DUBÓN

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL
**Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión
valorativa en las decisiones constitucionales**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

Dr. ANÍBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

con distinción **Summa Cum Laude**

Guatemala, junio de 2016



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Julio César Córdón Aguilar
SECRETARIA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

Guatemala, 10 de enero de 2016

Señor Director Académico de la
Escuela de Estudios de Postgrado de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Ref. RES.D.E.E.P. D.E.D. 48--2015

Estimado señor Director:

Con la presente me permito rendir el dictamen al que se refiere la Resolución de quince de junio de dos mil quince, arriba identificada, en mi condición de tutor de la tesis **“HERMENEUTICA Y AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION Y DE LA DISCUSION VALORATIVA EN LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES”**, presentada por el doctor Aníbal González Dubón, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho.

El título adelanta un tema comentado por el erudito Mario Bretone en su opúsculo Derecho y tiempo en la tradición europea, en el que recuerda este parecer de Emilio Betti: “No se requiere mucho para comprender cuán carente de fundamento es la pretendida analogía de la hermenéutica histórica con la hermenéutica jurídica orientada en función directiva de la conducta. Que la aplicación jurídica requiera una interpretación de la ley que sea conscientemente orientada en función de las necesidades de la vida de relación al momento presente, es una consecuencia necesaria del hecho de que el derecho, lejos de ser fin en sí mismo, es justamente instrumento del orden de convivencia de una sociedad actual.”

Más, lo que se examina por el doctorando no se queda en la interpretación de normativas ordinarias sino apunta concretamente a la interpretación de textos constitucionales, necesariamente escritos, teniendo presente la existencia de no pocos sistemas propuestos por autores para ese objeto. De ahí que sostenga, a este respecto, ‘Que la más aceptable interpretación del texto de la Constitución será aquella que, sin violentar el sentido textual y contextual de la expresión interpretada, determine la solución óptima para el caso que se pretende resolver.’, dado que, en su criterio, la interpretación constitucional se plantea como problema cuando ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de manera concluyente. Para basarlo se extiende, en cinco capítulos, al examen de las concepciones de la interpretación jurídica; el problema de los principios constitucionales; Hermenéutica constitucional; Axiología constitucional; y la ponderación en la interpretación constitucional.



Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

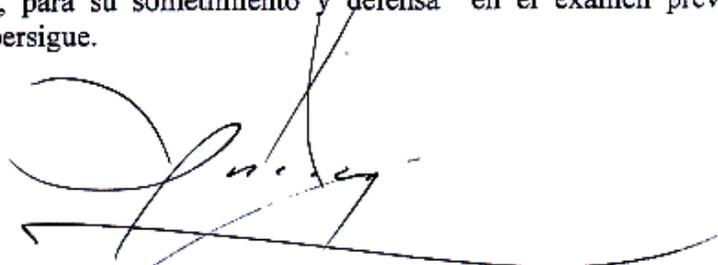
...2/2...

Cumpliendo con la entrega al suscrito, para su discusión, de cada uno de los proyectos de capítulo en los tiempos que se propuso, los trabajó con prontitud poco común, no sólo deteniéndose en ilustrar cada cual con doctrinas propuestas por reputados autores sino — particularmente interesante— planteando interrogantes y críticas para asentar su parecer y orientar así las bases de lo que constituyen sus conclusiones, especialmente para diferenciar entre solución de casos concretos con base en norma o normas del texto constitucional, y resultado con apoyo en una justificación ajena al texto; trabajo todo que refleja el alto grado de preparación que posee para permitirse, en mi criterio, navegar en estas aguas no pacíficas por la presencia de métodos distintos que no de un criterio unificado de interpretación de normativa constitucional.

El ensayo, ya se dijo, convoca un número notable de autores, incluyendo iusfilósofos y constitucionalistas no muy conocidos antes en nuestro medio, amén de los maestros que en esta materia siguen siendo de indispensable consulta, y con apego a las exigencias metodológicas que prescribe el Normativo de nuestra casa de estudios de postgrado.

Emito, pues, señor Director, dictamen favorable para la aceptación del trabajo del doctor Aníbal González Dubón, para su sometimiento y defensa en el examen previo a la obtención del grado que persigue.

Muy atentamente,



Luis Felipe Sáenz J.

...2/2...

Guatemala, 13 de junio de 2016.

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL
Algunos problemas de la Interpretación de la Constitución y de la discusión
valorativa en las decisiones constitucionales

Esta tesis fue presentada por el Doctor Anibal González Dubón, del Doctorado en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

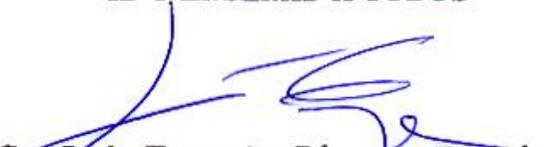
Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, dieciséis de junio del dos mil dieciséis.-----

En vista de que el Dr. Aníbal González Dubón, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional**, con distinción **Summa Cum Laude** lo cual consta en el acta número 13-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudios de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel





DEDICATORIA

Este acto está dedicado a:

Mi esposa Lily: con inmenso agradecimiento por su imprescindible apoyo y comprensión.

Mis hijos: María Fernanda y Diego José, con la esperanza de que este humilde esfuerzo motive su amor por el estudio.

Mi hermano: Doctor José Luis González Dubón por su constante y permanente ejemplo de lucha por el Derecho.

Doctor René Arturo Villegas Lara: Por su esfuerzo sin tregua en el logro de la excelencia académica en la Escuela de Estudios de Postgrado.

Doctor Luis Felipe Sáenz Juárez: Por su invaluable aporte en conocimientos y experiencia al Doctorado en Derecho Constitucional.

A la Escuela de Estudios de Postgrado.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CONTENIDO



INTRODUCCIÓN	i
Capítulo I: Concepciones de la interpretación jurídica	1
1. Interpretar	1
2. Hermenéutica	7
3. El <i>iter</i> de la interpretación jurídica en el desarrollo del pensamiento jurídico	7
3.1 Concepciones de la interpretación jurídica	12
3.1.1 La concepción cognoscitivista	12
3.1.2 La concepción no cognoscitivista	14
3.1.3 La concepción intermedia	16
4. Enunciados interpretativos y lenguaje	17
5. Interpretación y aplicación del Derecho	20
6. Discrecionalidad y arbitrariedad en la interpretación jurídica	21
Capítulo II: El problema de los principios constitucionales	27
1. Los principios jurídicos y los principios constitucionales	27
2. La naturaleza, cognoscitividad y función de los principios jurídicos/constitucionales	28
2.1 La naturaleza jurídica de los principios constitucionales	29
2.2 La cognoscitividad de los principios constitucionales. El problema del acceso inteligible a los principios constitucionales	32
2.3 La función de los principios constitucionales en el razonamiento jurídico	38



Capítulo III: El neoconstitucionalismo

1. La teoría del neoconstitucionalismo
2. Crítica racional a la propuesta interpretativa del neoconstitucionalismo

Capítulo IV: Axiología constitucional. Algunos problemas sobre la discusión valorativa en la interpretación constitucional

	85
1. El problema de los valores	87
1.1 El objetivismo axiológico	87
1.2 El subjetivismo axiológico	98
1.3 El relacionalismo axiológico	106
1.4 Comentario crítico a las teorías objetivista, subjetivista y relacionalista de los valores	108
1.5 Axiología constitucional	109
2. El problema de la relación entre derecho y moral	113
2.1 La tesis de la separación entre derecho y moral (el positivismo exclusivo de Hans Kelsen)	114
2.2 La tesis de la discusión moral pre-normativa (el positivismo inclusivo de Joseph Raz)	119
2.3 La tesis de la vinculación entre derecho y moral (la pretensión de corrección moral del derecho de Robert Alexy)	121
3. Los problemas que plantea el neoconstitucionalismo en su pretensión de imponer una “interpretación axiológica de la Constitución”	128
4. Crítica racional a la propuesta de interpretación axiológica de la Constitución planteada por el neoconstitucionalismo	134

Capítulo V: Hermenéutica constitucional. Algunos problemas sobre la interpretación constitucional

1. Situación actual del problema de la hermenéutica constitucional	142
2. Problemas que afronta la hermenéutica constitucional	153



2.1 Aclaraciones previas a esta sección	
2.2 Sobre la interpretación constitucional y sus problemas	
2.2.1 Las teorías sobre la interpretación constitucional	157
2.2.2 ¿Es distinta la interpretación constitucional de interpretación de las leyes ordinarias?	162
2.2.3 ¿Por qué distintos intérpretes de la Constitución realizan interpretaciones diversas de un mismo texto normativo?	167
2.2.4 La interpretación de las denominadas reglas-principio contenidas en la Constitución	173
2.2.4.1 ¿Son normas las disposiciones constitucionales escritas en forma de principio?	173
2.2.4.2 La interpretación de las disposiciones constitucionales escritas en forma de principio	178
2.2.4.3 La solución de conflictos entre disposiciones constitucionales escritas en forma de principios	180
2.2.4.4 La ponderación	186
2.2.4.5 Crítica racional a la técnica de la ponderación para la solución de conflictos constitucionales	190
CONCLUSIÓN	196
BIBLIOGRAFÍA	200



INTRODUCCIÓN

Nuestro conocimiento aumenta en el momento que logramos corregir los errores, es decir, cuando aprendemos que algunas de las creencias que sostuvimos son falsas. En este sentido, consideramos que el medio más eficiente para detectar los errores es por medio de la crítica racional. Para realizarla, es importante que siempre nos preguntemos ¿por qué?, es decir, que seamos críticos con las teorías que examinamos y, sobre todo —hecho realmente difícil—, que seamos autocríticos.

Así, pues, con relación a la hermenéutica constitucional, y de acuerdo con el método socrático, hemos planteado algunas interrogantes que resultan importantes dentro de este ámbito, por lo que hemos indagado en el pensamiento de diversos autores.

Sin embargo, las respuestas que hemos obtenido no han resultado satisfactorias, pues examinándolas de manera crítica, hemos encontrado en la mayoría serios problemas lógicos y epistemológicos que de alguna manera, obvia o no, pareciera que no han sido detectados por quienes las enuncian.

La mayor parte de las respuestas dadas a las preguntas planteadas muestran o una epistemología religiosa (autoritarista o instrumentalista), que aducen los motivos o las justificaciones de su contenido a entes supranormativos como



valores, principios metafísicos, costumbres ancestrales originarias, filias autóctonas o, simplemente, a emulaciones de costumbres constitucionales foráneas. Otras aluden a entes antropomorfizados o abstracciones a los que les atribuyen voluntad propia, como el pueblo, la sociedad, el Estado, el mercado, la voluntad popular, la clase dominante, los grupos vulnerables, entre otros; o bien adolecen de un autoritarismo intelectual por medio del cual se asume que una teoría de la interpretación constitucional es verdadera solo porque ha sido enunciada por alguna autoridad en la materia.

De ello se deduce que raramente hemos encontrado intentos de explicación científica en una teoría de la interpretación constitucional, lo que contrasta con el carácter de ciencia que se le ha atribuido generalmente al Derecho en el sistema romano-germánico.

En virtud de que una aproximación científica a cualquier objeto de conocimiento (el Derecho entre ellos) tiene como objeto la búsqueda de la verdad, y considerando que esta puede considerarse como la idea de “correspondencia con los hechos”, consideramos pertinente adoptar una orientación distinta para abordar el problema investigado.

Por ello, el enfoque desde el que se abordó la investigación fue el de la teoría jurídica analítica y el análisis del lenguaje en el que se formula el Derecho, el cual



tiene en la jurisprudencia dogmática su semántica exclusiva, y el enfoque metodológico que promueve un estilo de pensamiento e investigación orientados al análisis conceptual, a la claridad en el lenguaje y al enfoque crítico-racional de los problemas.

Por otro lado, adoptamos una posición gnoseológica sobre el Derecho, en el sentido de que éste como creación humana es imperfecto; el Derecho es puesto, no supuesto, no es revelado ni congénito. El ser humano crea, modifica o deroga el Derecho por medio de actos de voluntad y la voluntad del legislador, si es que tuvo alguna, difícilmente podrá ser descubierta.

A nuestro juicio, la necesidad de la interpretación constitucional surge de la sabia consideración de que todo hombre que tiene poder, tiene también la tendencia a abusar de él. Por lo tanto, debido a la misma naturaleza de las cosas, es necesario que el poder a su vez limite el poder.

Es importante tener presente que los fundamentos sobre los que se ha edificado el Estado constitucional de Derecho, instituciones como la codificación de los derechos fundamentales e inalienables de las personas, el principio de legalidad, el principio de separación de poderes, la reserva de ley, etc. tienen su razón de ser en la naturaleza humana y deben ser defendidos por el contenido de las constituciones contemporáneas. La voluntad de evitar el arbitrio sometiendo la



actuación de las autoridades a la ley y a la Constitución, la garantía de derechos fundamentales por medio de la normativización de procedimientos judiciales idóneos y el establecimiento de órganos de aplicación que garanticen efectivamente el acceso a la protección de tales derechos, son necesidades urgentes en los Estados latinoamericanos, especialmente en aquellos que han perdido el rumbo, regresando al autoritarismo del pasado, pero con una bandera ideológica distinta.

La presente investigación tiene por objeto exponer algunos de los principales problemas que se muestran en la hermenéutica constitucional, así como en la denominada axiología constitucional. No pretende ser un *manual de interpretación constitucional* sino la discusión científica de tales problemas, de sus causas y de sus efectos, sin intentar encontrar soluciones absolutas o permanentes, simplemente porque no las hay, ni la ciencia provee de ellas, lo más, constituye un intento de refutación de los postulados de algunas teorías que consideramos erróneas.

El informe se compone de cinco capítulos. En el primero se expone el esbozo de una teoría de la interpretación, y de la interpretación constitucional, describiendo las principales concepciones de las mismas. El segundo capítulo trata de los principios constitucionales y de los problemas y preguntas que generalmente surgen cuando se plantean de manera racional. El tercer capítulo contiene una



breve exposición sobre la corriente de pensamiento jurídico denominada “neoconstitucionalismo” y una crítica racional a sus principales postulados. El cuarto trata de la axiología constitucional, sus principales exponentes y su función en el razonamiento jurídico y constitucional. El último capítulo se refiere a los principales problemas de la hermenéutica constitucional y de la técnica de la ponderación.

La necesidad de realizar investigaciones que pretendan encontrar soluciones a los problemas contemporáneos de la interpretación constitucional, de los cuales los aquí señalados constituyen apenas una muestra, se vislumbra urgente, debido a las amenazas que, sobre todo, para algunos países latinoamericanos asoman como sombras en el horizonte y, para otros, ya son una realidad angustiante.

El retorno al autoritarismo, el regreso a las dictaduras tanto autocráticas como democráticas, los intentos de perpetuación en el poder, los abusos de los grupos de presión y los problemas que presenta la ignorancia, la pobreza, el narcotráfico y el crimen organizado, son peligros inminentes cuya solución no puede hacerse esperar, si queremos algún día lograr la tan ansiada paz, la seguridad y la prosperidad económica. Para todo ello, es requisito indispensable el resguardo de los derechos fundamentales y la preservación del orden constitucional y, en este sentido, son los tribunales constitucionales los llamados a colaborar para lograrlo, por medio de la interpretación del texto constitucional que tienda a preservar las



instituciones allí consignadas y a consolidar la seguridad jurídica y la certeza del texto constitucional, último valladar del ciudadano contra el abuso y la coacción, tanto de los poderes formales como de los fácticos.

La investigación aquí planteada, pues, no pretende encontrar soluciones absolutas a los problemas formulados, sino únicamente, parafraseando a Popper, encontrar algunas luces que alumbren el camino infinito de nuestra ignorancia.



CAPÍTULO I

CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El objeto del presente capítulo es exponer la naturaleza de la interpretación de textos normativos o formulaciones normativas, y las distintas teorías acerca de la interpretación jurídica, sus fundamentos jurídicos y gnoseológicos, así como la posibilidad de establecer su *corrección* frente al problema de su aplicabilidad.

1. INTERPRETAR

Indistintamente de los diversos significados que pudieran darse al término *interpretar*, se puede afirmar que la interpretación siempre hace referencia a un *objeto*; por lo tanto, la pregunta sobre si *la nada* o *la ausencia de objeto* se pudiera interpretar, no puede responderse desde el ámbito positivo, quizás la respuesta se pueda encontrar en la metafísica, como lo señalan algunos autores. A decir de Guastini: “En concreto, cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas) como casi siempre sucede, “interpretar” significa clarificar el ‘contenido’ o el campo de aplicación de una norma”.¹

¹ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp. 3.



Se afirma lo anterior, porque si pretendemos realizar interpretación jurídica debemos, primero, identificar al *objeto* de dicha interpretación: “La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual”.²

De manera obvia, se puede señalar que, al menos en los sistemas de derecho escrito, el objeto de la interpretación jurídica lo constituyen los textos normativos. ¿Existe otro u otros objetos de interpretación jurídica distintos de los textos normativos? La respuesta a esta pregunta se tratará de encontrar en el desarrollo de este trabajo.

Como bien afirma Guastini: “El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el ‘significado’ del objeto interpretado”.³

A decir de Kelsen: “El término objeto designa todo aquello que una palabra puede significar, aunque se debe tomar en cuenta que una palabra puede tener —como sucede en los lenguajes naturales— significados diversos, pero en la medida que los objetos designados posean las mismas propiedades, puede decirse que tienen el mismo significado”.⁴

Continúa Kelsen: “El significado de una expresión lingüística es su función específica: la designación de un objeto, la referencia a un objeto. Sin embargo, en

² *IBIDEM.* Pp. 2.

³ *IBIDEM.* Pp. 1.

⁴ Kelsen, Hans. *TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS.* Editorial Trillas. México. 2007. Pp. 49.



el uso corriente la palabra significado o significación –al igual que muchos sustantivos derivados de verbos mediante la adición del sufijo –ción– se aplica solo para designar una actividad sino también algún objeto emparentado con dicha actividad”.⁵ No obstante ello, “El significado de una expresión lingüística no puede ser el objeto que la expresión designa, es decir, al que ella se refiere”.⁶ En esta cita de Kelsen se nota de forma clara la influencia del pensamiento de Kant.

Con base en lo anterior, Guastini, con notoria influencia de Kelsen, afirma que “El vocablo “interpretación”, como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien una actividad –la actividad interpretativa— bien el resultado o producto de esa actividad”.⁷

Se puede concluir entonces, como diferenciación lógico-formal, que podemos distinguir entre “texto” y “norma” del mismo modo que la lógica apofántica distingue entre juicio y proposición: “La envoltura verbal del juicio se llama “proposición”(…) La proposición consta de palabras, a diferencia del juicio, que no se compone de vocablos sino de conceptos. El juicio es a la proposición lo que el concepto a la voz que lo expresa. (...) Una sola proposición sirve a veces para expresar juicios distintos, y un mismo juicio puede ser expresado en proposiciones diferentes”.⁸

⁵ *IBIDEM*. Pp. 50.

⁶ *IBIDEM*. Pp. 50.

⁷ Guastini, Riccardo. *Op. cit.* Pp. 1.

⁸ García Máñez, Eduardo. *LÓGICA DEL JUICIO JURÍDICO*. Fondo de Cultura Económica. México. 2011. Pp. 14.



Conocer esta diferencia es importante en el ámbito de la interpretación jurídica en el mismo modo que es importante en dicho ámbito, distinguir entre significados del objeto.

El objeto de la interpretación jurídica es pues, el texto de la ley: “por norma se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el ‘significado que contiene’. En tal caso, la norma constituye no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa”.⁹

Para interpretar, entonces, necesitamos en primer lugar conocer o distinguir el objeto que pretendemos interpretar, lo que necesariamente implica una actividad cognoscitiva o proceso de conocimiento, que solo puede surgir de las fuentes de conocimiento humano (no divino, ni animal).

Como el derecho se pretende como ciencia, es decir, como conocimiento objetivo, la interpretación jurídica presupone que su objeto (el texto normativo) puede ser conocido objetivamente.

Al hablar de interpretación jurídica, entonces, es importante señalar el *objeto* de dicha interpretación el cual debe ser, necesariamente, algo distinto de la *nada*, por ello, se puede afirmar con fundamento en lo expuesto *supra*, con pretensión de verdad, que el objeto de la interpretación en el ámbito jurídico, son los “*textos*

⁹ Guastini, Riccardo. *Op. cit.* Pp. 3.



normativos”, y que el resultado o producto de dicha interpretación son las “*normas jurídicas*”.

Para respaldar la afirmación anterior, se cita a continuación lo manifestado por Guastini, con cuyo pensamiento, en este sentido, coincidimos: “Ahora, bien, ya que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la constitución en cuestión no puede más que ser una constitución escrita: una ‘constitución formal’, como se suele decir. En efecto, la interpretación de una constitución escrita y la interpretación de una constitución consuetudinaria son cosas del todo diversas. Cuando se trata de una constitución consuetudinaria, lo que llamamos ‘interpretación’ no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento”.¹⁰

Eduardo García Máynez lo expresa asimismo de manera clara cuando habla de la división que hizo la Escuela Exegética francesa entre *medios directos* (escritos) y *medios indirectos* (no escritos) para descubrir el *espíritu* de la ley: “(...) En lo que atañe a los medios indirectos, lo primero que debemos decir es que no son de carácter hermenéutico, puesto que su empleo presupone que el recurso a los llamados directos resultó inútil y, por tanto, que el caso que el juez ha de resolver

¹⁰ Guastini, Riccardo. *Op. cit.* Pp. 38.



no fue previsto por los órganos legislativos. El problema no es, pues, exegético sino de integración”.¹¹

Así, la tesis de este trabajo es, pues, que la hermenéutica consiste en la interpretación de textos, por lo tanto, si no existe texto que interpretar, no puede ser realizada hermenéutica alguna, de tal forma que, cuando interpretamos la Constitución, interpretamos el significado de su texto, interpretamos la denominada “constitución formal”, entendiendo por tal, la totalidad del texto normativo de la Constitución.

De suma importancia es, sin embargo, y aquí se cita de forma preliminar –ya que será objeto de análisis posterior— la noción de interpretación de Kelsen sobre la noción de interpretación en la ciencia del derecho: “La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite un solo sentido, el sentido ‘correcto’. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas este ideal solo puede cumplirse aproximadamente”.¹²

Es obvio que Kelsen entiende aquí por “norma”, un texto normativo. Lo importante en la anterior cita es destacar que este autor previó la diferencia entre texto y

¹¹ García Máynez, Eduardo. LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. Editorial Fontamara. México. 2011. Pp. 25.

¹² Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (Edición de 1960). Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 356.

norma, la cual se encuentra en su afirmación de que una norma jurídica tener, al ser interpretada, multiplicidad de sentidos.



2. HERMENÉUTICA

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “hermenéutica” significa: “Arte de interpretar textos”. Así, por *hermenéutica jurídica* se entenderá entonces, la *interpretación de textos jurídicos*, entendidos éstos como la agrupación de normas jurídicas que regulan un ámbito general o específico de la conducta humana y por *hermenéutica constitucional* se entenderá la interpretación del texto de una Constitución (la Constitución formal).

Por estas razones, en el presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos *interpretación* y *hermenéutica* con el mismo significado, en el entendido de que los objetos a que se refieren (los textos normativos) *poseen las mismas propiedades*.

3. EL *ITER* DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

El desarrollo de la interpretación jurídica inició “con una concepción bastante estricta, cargada de misticismo, con una actitud de respeto y hasta de temor hacia el texto de la ley, luego, evolucionó hasta una interpretación creadora, es decir, trascendió de la idea de explicar o aclarar el sentido de un texto normativo, a la



idea de descubrir o desentrañar y de ahí, llegó hasta la idea de asignar o atribuir un contenido normativo al texto de las normas jurídicas”.¹³

Este proceso ha sido cíclico, en Roma, por ejemplo, se inicia con una actitud reverencial a las XII Tablas, para evolucionar hasta un *ius publice repondendi* (actividad de los juristas que daban consejo legal) con fuerza de ley en la época de Adriano, para luego iniciar nuevamente el camino con la codificación de Justiniano, que fue seguida por la acción de los glosadores y los postglosadores. Estos la vuelven a tornar en una labor creadora, hasta llegar a la época de Napoleón, quien decide codificar nuevamente, exigiendo respeto absoluto al texto de la ley. Este hecho fue atendido escrupulosamente por la escuela de la exégesis, con la que se inicia otra vez dicha evolución, hasta la época contemporánea, en la cual, nuevamente se considera que el papel del intérprete es “*atribuir*” al texto normativo, un significado o un sentido: “Es precisamente el tema de si los intérpretes atribuyen o no, significado a los textos normativos, la gran discusión que se ha presentado a lo largo de la historia de la interpretación”.¹⁴

Una conclusión de tal discusión podría ser que las corrientes actuales de la interpretación jurídica son fruto de esta evolución, y que ya no solo se habla de

¹³ Hallivis Pelayo, Manuel, TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2007. Pp. 81.

¹⁴ Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 345.



explicar o descubrir un contenido normativo para el texto interpretado también de atribuirlo y “determinar sus posibles alcances y consecuencias”.¹⁵

En la época contemporánea, se puede clasificar a las dos posiciones más importantes en este ámbito entre formalistas y escépticos.

Por un lado, sobre los formalistas se afirma que “piensan que interpretar es una actividad cognoscitiva o cognitiva que consiste en descubrir el significado objetivo de las disposiciones y/o la intención del legislador, basándose, entre otras cosas, en el postulado de la certeza del Derecho y en que los sistemas jurídicos son completos y sin lagunas”.¹⁶

Por otro lado, los escépticos, también llamados *realistas o antiformalistas*, “piensan que la interpretación es una actividad valorativa y decisional, ya que las palabras pueden tener el significado que quiso incorporar su emisor o el que le atribuyan sus destinatarios y nada asegura que haya coincidencia entre ellos, de forma que la interpretación refleja la actitud valorativa de los intérpretes y, por lo tanto, los enunciados interpretativos no pueden ser verdaderos ni falsos”.¹⁷

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 122.

¹⁶ Guastini, Riccardo. *Op. cit.* Pp. 15.16.

¹⁷ Igartúa Salaverría, Juan. TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO (LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY). Editorial IVAP. Oñate. España. 1994. Pp. 42-43.



Existen también, las denominadas *corrientes mixtas*, que son aquellas que consideran que: “la interpretación puede ser una actividad tanto de conocimiento en la que se descubre el significado de un texto normativo en los casos fáciles; como de decisión discrecional, en la que se adscribe significado a un texto normativo, en los difíciles”.¹⁸

Asimismo, se puede afirmar, que “un texto jurídico no tiene sentido, ni nos revela su verdadero significado, sino hasta que el intérprete lo descifra y determina un ‘contenido normativo’, que después aplica”.¹⁹

Siguiendo a Guastini, Daniel Mendonca se refiere a la interpretación jurídica de la forma siguiente: “Dado que interpretar consiste en determinar el significado de una formulación normativa, puede llamarse ‘enunciado interpretativo’ a una expresión de la forma: ‘F’ significa S; donde la variable F representa una formulación normativa (formulación de norma) determinada y la variable S un significado definido. La variable F se halla entre comillas por la sencilla razón de que se trata de una expresión lingüística”.²⁰

Como quedó establecido *supra*, una formulación normativa es la expresión lingüística de una norma y una norma es el significado expresado por esa

¹⁸ Guastini, Riccardo. *Op.cit.* Pp. 16-18.

¹⁹ *IBIDEM.* Pp. 5.

²⁰ Mendonca, Daniel. LAS CLAVES DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000. Pp. 152.



formulación. Ello es así porque los hechos contradicen seriamente la pretensión formalista de que los textos normativos solo tienen *una* interpretación *correcta*.

Para empezar, al hablar de *corrección* interpretativa debe hacerse referencia a un parámetro, patrón o canon de corrección interpretativa; pero para ello solo tenemos el texto normativo, el cual está expresado en un lenguaje natural. Los lenguajes naturales están sujetos a problemas como la vaguedad, la indeterminación y el equívoco. Esto produce el efecto de que distintos jueces realicen interpretaciones diversas de un mismo texto normativo; cada interpretación, entonces, se convierte en una norma distinta al momento de su aplicación. Por esta razón, Kelsen manifiesta que la seguridad jurídica es un ideal que solo puede cumplirse aproximadamente.

Por lo tanto, manifiesta Mendonca: “Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una correspondencia biunívoca, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas”.²¹

La discusión teórica acerca de la *corrección* que posee un enunciado como: “*F*” *significa S*, constituye todavía, una discusión abierta. Tres son las concepciones de la interpretación jurídica que debaten al respecto.

²¹ *IBIDEM*. Pp. 152.



3.1 CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

En la teoría contemporánea del Derecho, tres concepciones de la interpretación jurídica se debaten todavía, sin que ninguna haya logrado aceptación unánime. A continuación se expone cada una de ellas.

3.1.1 LA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA

Para esta concepción de la interpretación jurídica, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, *detectar* el significado de F, *informando* que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, la interpretación de una formulación normativa tiene como resultado enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de calificarse de verdaderos o falsos.

La interpretación jurídica es una actividad cognoscitiva con base en la cual es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos considerados. Cada cuestión jurídica admite, así, una única respuesta correcta.

La posición de Ronald Dworkin parece adoptar esta concepción:



“Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles”.²²

Esta concepción cognoscitivista de Dworkin, en el sentido de que el juez debe *descubrir* el significado de los derechos, también es sostenida por autores como Ennecerus, Häberle, Frosini, Ferrer y Pallares. Si fusionamos la opinión de los citados autores, podemos decir que “la interpretación jurídica consiste en explicar, comprender, exponer y/o aclarar cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso) es decir, cuál es el contenido normativo que el texto contiene”.²³

En una posición similar, pero un tanto diferenciada de esta concepción, se encuentran autores como García Máynez, De Pina, García Belsunce, Villoro y García Trinidad. Estos autores consideran que el sentido de una disposición, sea expresado por el legislador histórico o por el racional, hay que *averiguarlo* o *descubrirlo*, lo cual implica que se encuentra en el texto: “Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para

²² Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 1999. Pp. 146.

²³ Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 32.



descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello su significación”.²⁴

Esta posición manifiesta que la interpretación jurídica no va a explicar lo que dijo el legislador o quien emitió el texto normativo, sino que va a *descubrir* lo que quiso decir. En otras palabras, va a *desentrañar*, a *averiguar* cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso), la prescripción normativa que el texto contiene.

3.1.2 LA CONCEPCIÓN NO COGNOSCITIVISTA

Para esta concepción de la interpretación jurídica, aclarar una formulación normativa F es, en cualquier caso, *adjudicar* un significado a F, *estipulando* que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, la interpretación de una formulación normativa, tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, los cuales no son susceptibles de calificarse como verdaderos o falsos.

La interpretación jurídica no es una actividad cognoscitiva sino una actividad decisoria o estipulativa. Ninguna cuestión jurídica tiene, consiguientemente, una

²⁴ García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2002. Pp. 325.



respuesta correcta previa a la decisión judicial, por la sencilla razón de que los textos legales son radicalmente indeterminados.

Esta parece ser la posición adoptada por Guastini:

“(…) los enunciados interpretativos (‘El texto T significa S’) no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros”.²⁵

A esta concepción se adhieren Luhmann, Zagrebelsky y Velluzzi, en una corriente que constituye otro nivel de profundidad en la concepción de la labor interpretativa. Estos autores consideran que el papel del intérprete es *decidir* o *atribuir* significado (contenido normativo) a una disposición.

En otras palabras, no va a *explicar* lo que dijo quien emitió el texto normativo, ni tampoco va a *descubrir* lo que quiso decir, sino que va a *decidir*, a *determinar* cuál es el contenido normativo del texto, es decir, va a señalar, va a asignar contenido normativo a un texto. En otras palabras, a *fijar la regla de conducta o prescripción normativa*, que el texto contiene.

²⁵ Guastini, Riccardo. DELLE FONTI ALLE NORME. Giapichelli. Turín. 1992. Pp. 109. Citado Por: Mendonca, Daniel. *Op.cit.* Pp. 153.



3.1.3 LA CONCEPCIÓN INTERMEDIA

Para esta concepción de la interpretación jurídica, interpretar una formulación normativa F es, según el caso, *detectar* el significado de F, *informando* que F tiene el significado S, o *adjudicar* un significado a F, *estipulando* que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, en determinadas circunstancias la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva y en otras una actividad decisoria. Consecuentemente, algunos enunciados interpretativos son proposicionales y por lo tanto, susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos y otros son no proposicionales y no susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos.

Según esta concepción, los textos normativos se encuentran parcialmente indeterminados y por consiguiente existen respuestas correctas para ciertos casos: “En los casos típicos los textos normativos están determinados y existe para ellos respuesta correcta; en los casos atípicos, en cambio, los textos normativos no se encuentran determinados y no existe respuesta correcta para ellos”.²⁶

Esta parece ser la posición sustentada por Hart:

²⁶ Mendonca, Daniel. *Op. cit.* Pp. 154.



“He retratado la teoría del Derecho como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual los jueces nunca crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y a veces otra”.²⁷

4. ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS Y LENGUAJE

Esencialmente, pueden distinguirse dos tipos de enunciados interpretativos: a) los enunciados interpretativos informativos y b) los enunciados interpretativos estipulativos. Cada uno de ellos, puede vincularse con un tipo de interpretación como *detección* de significado y como *adjudicación* de cierto significado, respectivamente, de alguna formulación normativa.

Ambos tipos de enunciados interpretativos han sido defendidos de forma excluyente por las concepciones cognoscitivista y no cognoscitivista respectivamente. Las dos concepciones presuponen la verdad de alguna de las siguientes opciones: las formulaciones normativas determinan con exactitud la

²⁷ Hart, H.L.A. “AMERICAN JURISPRUDENCE THROUGH ENGLISH EYES: THE NIGHTMARE AND THE NOBLE DREAM”. En: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press. Oxford. 1983. Citado Por: Casanovas P. & Moreso J.J. *EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO*. Editorial Crítica. Barcelona. 1994. Pp. 144.



totalidad de la conducta regulada o, de lo contrario, no hay formulaciones normativas sino únicamente actos individuales de voluntad.

La concepción cognoscitivista opta por la primera opción, la concepción no cognoscitivista lo hace por la segunda. Pero entre estas dos concepciones pareciera existir un punto en el que el dilema se disuelve: existen formulaciones normativas que desempeñan un papel necesario para regular la conducta de los seres humanos y para el respeto y la obediencia al Derecho. Esas formulaciones normativas no determinan siempre con precisión todas las variantes de la conducta de sus destinatarios, ya que, generalmente, presentan un ámbito dentro del cual el intérprete debe decidir bajo su propia responsabilidad si el caso individual se encuentra incluido o no en el caso genérico que regula la formulación normativa.

Se puede concluir entonces, que las formulaciones normativas regulan con cierta determinación los casos típicos pero no los casos atípicos. La interpretación jurídica es, en ciertas ocasiones, una actividad cognoscitiva (informativa) y, en otras, una actividad decisoria (estipulativa).

Por otra parte, existe una distinción entre casos *típicos*, que son aquellos en los que la conducta juzgada posee características constitutivas claramente incluidas en el marco de significado central de los términos o expresiones que la formulación normativa contiene, y casos *atípicos*, que son aquellos cuyas



características constitutivas no están claramente incluidas en, ni excluidas marco del significado central donde se congregan los casos atípicos.

En opinión de Mendonca: “(...) cualquier descripción adecuada de la actividad interpretativa debe admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan las mismas dificultades: es verdad que en el campo de referencia de toda expresión lingüística hay una zona donde resulta dudoso si la expresión puede ser aplicada o no a un objeto determinado, pero no es menos cierto que también hay una zona central donde su aplicación es predominante y cierta; y es verdad, además, que la mayor parte de las expresiones posee dos o más campos de referencia, cada uno de ellos compuesto de una zona central (de certeza) y una zona periférica (de incertidumbre)”.²⁸

Parece razonable afirmar que siempre existe la posibilidad de enfrentar situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si la expresión es o no aplicable, pero ello no excluye que en otras situaciones, que pueden considerarse típicas, no exista lugar a dudas. Aceptar que toda expresión posee siempre una zona de incertidumbre no implica conceder que nunca posee una zona de certeza.

²⁸ Mendonca, Daniel. *Op.cit.* Pp. 155.



5. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Subrayamos aquí lo manifestado por Kelsen y por Guastini, en el sentido de que el término *interpretación* puede utilizarse para indicar tanto la *actividad interpretativa* que realiza el intérprete, como *el resultado de ella*.

“El producto o resultado que se obtiene de la actividad interpretativa es el significado del objeto interpretado, es decir, el contenido normativo que contiene el documento, disposición o precepto que se interpretó”.²⁹

En otras palabras, es distinto el texto normativo (o disposición legal) que se interpreta, del resultado de la interpretación que se realizó a ese texto (contenido normativo o significado que se le adscribió). El resultado de la interpretación es el que nos permite aplicar la norma, ya que es el que nos comunica el significado del texto (contenido normativo) y, por lo tanto, la norma que se debe aplicar.

Por otro lado, afirma Hallivis Pelayo que “la interpretación y la aplicación del derecho se ejercitan sobre objetos diferentes: la interpretación tiene como objeto textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (contenido de sentido de los textos normativos o contenido normativo, es

²⁹ Velluzzi, Vito. INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA. ¿UN CONCEPTO REALMENTE ÚTIL? CONSIDERACIONES ACERCA DEL SISTEMA JURÍDICO COMO FACTOR DE INTERPRETACIÓN. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 21-I. Universidad de Alicante. Alicante. 1998. Pp. 67-68.



decir, la regla de conducta que contiene una norma). De esta forma, la aplicación presupone o incluye, como una parte constitutiva, a la interpretación”.³⁰

Más adelante también abunda al respecto: “La aplicación del derecho es un proceso complejo que, resumido en forma muy simplista, por regla general comprende diversas operaciones, las que, independientemente de la indagación y fijación de los hechos, consisten en encontrar qué disposición legal se puede aplicar a un caso concreto, determinar si está vigente y si es aplicable desde el punto de vista material, territorial, de grado y de cuantía; interpretarla para encontrar su contenido normativo y, por último, aplicarla concretamente y derivar las consecuencias jurídicas, en su caso. Por todo ello, se puede concluir que, no puede haber aplicación de un texto normativo, sin que éste sea interpretado previamente por quien lo va a aplicar”.³¹

6. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Se resalta aquí la importancia de la distinción entre la *detección* (total o parcial) de un significado preexistente y la *adjudicación* (total o parcial) de un nuevo significado. La primera actividad es cognoscitiva, puesto que el significado de una

³⁰ Hallivis Pelayo, Manuel. *Op.cit.* Pp. 46.

³¹ *IBIDEM.* Pp. 225.



expresión está dado por el uso común del lenguaje en cuestión (natural o técnico) o por la intención del emisor de la expresión.

Detectar el significado o los significados de una expresión no puede ser sino una de estas cosas: a) detectar el significado que en contextos similares acuerda un grupo hablante (o un sector privilegiado de ese grupo hablante) o; b) detectar el significado que efectivamente pretendió asignar a la expresión su emisor.

En cualquier caso, ambas cosas pueden ser investigadas con métodos intersubjetivamente válidos y el problema puede ser resuelto mediante el contacto con alguna realidad. Por supuesto, no siempre es posible determinar el significado de una expresión lingüística, y en tal caso, es necesario asignar estipulativamente un significado determinado a la expresión en cuestión.

La segunda actividad, la adjudicación, se presenta cuando el intérprete ha agotado la investigación mediante métodos cognoscitivos y la duda subsiste, por lo que debe decidir si el caso se encuentra bajo el ámbito de aplicación o la órbita de la expresión: para considerar el caso como incluido o excluido, el intérprete se ve forzado, pues, a adjudicar a la expresión un significado que, con relación al caso, no tenía hasta entonces (ese significado no estaba correlacionado con la expresión y ha sido “puesto” sobre la base de una decisión no determinada por reglas lingüísticas preestablecidas).



Genaro Carrió, manifiesta que: “Esa decisión, sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente arbitraria, puesto que puede hallarse fundada en determinados estándares valorativos adicionales (morales, sociales, políticos, económicos) a partir de los cuales se ponderan las consecuencias de la inclusión o exclusión”.³² Por nuestra parte, a lo manifestado por Carrió, agregamos que ello, siempre implica discrecionalidad del intérprete.

Las palabras son signos arbitrarios que se convierten en convencionales una vez que son adoptadas por los usuarios del lenguaje. Los significados de las palabras no han sido originalmente detectados o descubiertos, sino asignados o estipulados. Y dado que las palabras son signos convencionales, no hay nada que pudiera considerarse como la palabra correcta o incorrecta para representar una cosa: siempre se podría haber utilizado o creado otro sonido o grafía en lugar del elegido para representar ese objeto. Pero una vez que han sido dados nombres a las cosas, es más conveniente guiarse en el proceso de comunicación por aquellos nombres ya asignados.

De este modo, indudablemente es inexacto llamar a ciertas cosas por ciertos nombres: aunque no existe una conexión natural entre los nombres y las cosas, sería ciertamente incorrecto referirse a las cosas con un nombre distinto al establecido por convención.

³² Carrió, Genaro. NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990. Pp. 57.



Existen, pues, significados correctos con relación a determinadas convenciones, obviamente no inmutables. Es incorrecto usar una palabra para representar a una cosa a la que por convención nos referimos con un vocablo diferente.

Y si resolviésemos abandonar el uso común, deberíamos informar a nuestros interlocutores (actuales o potenciales), qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras al emplearlas, con lo cual, nuevamente, tendríamos un criterio de corrección de uso.

“En este mismo sentido, algunos autores han advertido que, en el plano de la interpretación del derecho, cuando resulta imposible detectar el significado de una expresión legal, los juristas asignan un significado a la expresión en cuestión mediante definiciones estipulativas que funcionan como propuestas interpretativas. De modo tal que, una vez que dicha definición recibe cierta aceptación por parte de la comunidad jurídica, se convierte en definición informativa de los nuevos usos lingüísticos existentes”.³³

De lo analizado en el presente capítulo, podemos concluir que, indistintamente de que aceptemos alguna de las teorías de la interpretación expuestas, con frecuencia ninguna se practica de forma pura. La interpretación de textos normativos es problemática, dadas las múltiples causas que pueden tener como

³³ Niiniluoto, I. ON TRUTH AND ARGUMENTATION IN LEGAL DOGMATICS. *Rechtstheorie* 10. Citado por: Mendonca, Daniel. *Op. cit.* Pp. 157.



consecuencia una interpretación ambigua de las formulaciones normativas pertenecientes a un ordenamiento jurídico.

A nuestro entender, el principal problema que se debe solucionar en la ciencia jurídica, es unir la teoría con la práctica y hacer consistente una ciencia del Derecho en donde no se descuiden los problemas fundamentales de la teoría ni los aspectos prácticos. Si el Derecho pretende ser una auténtica ciencia, no debe descuidar las interrogantes superiores y generales que se le presentan, pero sin deslindar ni eludir los problemas prácticos que existen y que toda explicación racional debe resolver, ya que los sistemas normativos son creados por la cultura para resolver necesidades concretas del ser humano.

En el terreno de la práctica, la ciencia jurídica debería preocuparse sobre cómo encontrar métodos para reducir la incertidumbre que se presenta en la aplicación de los sistemas jurídicos; así como de constituir una crítica fundamentada al contenido de las normas positivas.

El profesor Theodor Viehweg, manifestó lo siguiente: “La filosofía del Derecho surgió originalmente y por lo tanto tuvo como una de sus finalidades principales, la de ser el instrumento para criticar en aras de modificar el Derecho y los elementos que lo conforman, finalidad eminentemente práctica de un conocimiento teórico,

que hasta hoy se ha descuidado y que sin duda las teorías de la argumentación jurídica pueden desempeñar adecuadamente”.³⁴



³⁴ Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa, S. A. Barcelona. 1997. Pp. 128.



CAPÍTULO II

EL PROBLEMA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El objeto de este capítulo es exponer el problema de los principios constitucionales, dado que es un tema controvertido en la teoría del Derecho constitucional, pues al igual que en el tema de la hermenéutica constitucional, lo que existen son teorías que pretenden describir, explicar y hasta *intuir* los principios constitucionales, algunas de estas teorías son coincidentes, otras superpuestas y algunas otras hasta contradictorias.

1. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El término *principio* es familiar a la mayoría de los juristas. Estamos acostumbrados a su uso repetitivo en las discusiones doctrinarias, académicas y, por supuesto, en las argumentaciones que se producen en los tribunales de justicia; puede decirse entonces que, entre juristas y hasta entre algunos legos, el término *principio* no causa extrañeza alguna.

Sin embargo, un hecho es usar el término *principio* en los actos de habla o de escritura, y otro es saber de qué se habla cuando mencionamos dicho término; y es que, lo segundo, sin temor a equivocarnos, es ignorado por la mayoría de personas que lo utilizan.



Sin perjuicio de la utilización de una manera *natural* del término *principio*, cuando vamos más allá de su simple mención y realizamos a nuestro interlocutor preguntas como: ¿qué son los principios?; ¿cuál es su naturaleza jurídica?; ¿cómo se accede al conocimiento de los principios?; ¿cuál es la función de los principios en el razonamiento jurídico?; ¿son distintos los principios generales de Derecho de los principios constitucionales?; muchas cuestiones quedarían sin respuesta.

Lo afirmado sobre los principios generales de Derecho es, asimismo, aplicable a los principios constitucionales.

2. LA NATURALEZA, COGNOSCIBILIDAD Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS/CONSTITUCIONALES

En el subtítulo que antecede, utilizamos los términos “principios jurídicos/constitucionales” porque dentro de las doctrinas que discuten los autores contemporáneos no se detecta diferencia entre los denominados *principios generales de Derecho* y los denominados *principios constitucionales*. A lo más, se diferenciarían por la jerarquía de las normas dentro de cuyo ámbito se pretenden descubrir e interpretar, pero no por la función que realizan en el razonamiento jurídico.

2.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES



¿Cuál es la naturaleza jurídica de los principios constitucionales? Esta pregunta tiene muchas cuestiones a debatir, algunas de las cuales serán analizadas en el presente capítulo. Las respuestas que pudieran darse a este cuestionamiento, dependen, en gran medida, de la idea, noción o concepto de Constitución que posea el intérprete, así como de sus ideas sobre la justicia (ideología constitucional). Ello es así porque a los principios, tanto a los generales de Derecho como a los constitucionales, se les ha atribuido distinta naturaleza jurídica con base en las teorías e ideologías que los intérpretes posean *in mente*.

Generalmente, se estima que la función esencial de los principios es indicar cómo llenar espacios: “Pero con el término principio es necesario andar con cuidado, pues con él se alude a entidades muy diversas, entre las que cuentan:

- 1) Aspectos importantes de un orden jurídico determinado;
- 2) Generalizaciones obtenidas a partir de normas de un sistema determinado o de un sector de éste;
- 3) Objetivos básicos de una norma o de un conjunto de normas;
- 4) Pautas a las que se atribuye un contenido especial de justicia;
- 5) Requisitos formales que todo orden jurídico debe satisfacer;
- 6) Pautas dirigidas al legislador con carácter meramente exhortatorio;



- 7) Juicios de valor que recogen ciertas exigencias de moral positiva y;
- 8) Máximas generales que provienen de la tradición jurídica”.³⁵

Obviamente, entre estos usos pueden darse superposiciones, puesto que las acepciones del listado enunciado por Carrió no son excluyentes: “En general, sin embargo, cuando se alude a principios en el contexto de la integración del derecho, se alude, específicamente, a los principios generales de derecho, estándares, pautas o máximas basados en ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas”.³⁶

Como podemos observar, las ideas, conceptos o nociones sobre los *principios* elaborados por los juristas no son unívocas, por lo que, al concepto *principio*, en la materia jurídica, no le es aplicable el principio ontológico-lógico de identidad: “Todo objeto es idéntico a sí mismo y en consecuencia: el juicio que afirma la identidad de un objeto consigo mismo es necesariamente verdadero”.³⁷ Esto nos lleva a la conclusión de que las proposiciones descriptivas acerca de los principios jurídicos o acerca de los principios constitucionales son susceptibles de ser verdaderas o falsas.

Por lo común, los principios no exigen un comportamiento específico, sino que consagran una exigencia de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la

³⁵ Carrió, Genaro. *Op. cit.* Pp. 203.

³⁶ Mendonca, Daniel, *Op. cit.* Pp. 186.

³⁷ García Máñez, Eduardo. *LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. Op. cit.* Pp. 133.



moralidad. Y como los principios no establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación (carecen de supuesto de hecho), ni consecuencias que se sigan directamente de ciertas condiciones (carecen de disposición o sanción), es bastante frecuente que entren en colisión al tiempo de orientar la solución de un caso. Esto se da, especialmente, con los principios constitucionales cuyos conflictos, sean abstractos o concretos (en el sentido que explica Guastini, el cual se aclarará más adelante) “(...) no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas”.³⁸

Por su parte, Mendonca afirma: “Dado que los principios más bien ofrecen una razón para decidir en determinado sentido, sin obligar a una decisión particular, pueden concurrir con otros principios que ofrezcan una razón para decidir en sentido contrario”.³⁹ En este caso, según la doctrina neoconstitucionalista iniciada por Dworkin, es necesario tener en cuenta el *peso* que los principios tienen en el contexto del caso concreto y decidir el conflicto con base en un criterio axiológico de ordenación. El principio considerado inferior, sin embargo, sobrevive intacto, aunque en esa ocasión no prevalezca. Sobre esto, debemos agregar que, cualquier criterio axiológico para determinar el *peso* de cualquier principio, necesariamente implica discrecionalidad por parte del intérprete constitucional; lo cual reduce el criterio ordenador a una decisión puramente subjetiva.

³⁸ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Fontamara. México. 2013. Pp. 139.

³⁹ Mendonca, Daniel. *Op. cit.* Pp. 186.



La pregunta sobre, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los principios constitucionales?, si desea contestarse desde un punto de vista aristotélico *genus et differentium*, queda sin responder. Dado el variopinto catálogo de significados que los más connotados autores contemporáneos le han atribuido al término *principio* –como veremos más adelante— solo podemos concluir que, en semejanza con el término *valor*, la respuesta a la pregunta dependerá de factores tanto jurídicos, como axiológicos, psicológicos e ideológicos; en síntesis, si se desea una respuesta objetiva, podemos afirmar simplemente que no sabemos cuál es la naturaleza jurídica de los principios constitucionales.

2.2 LA COGNOSCIBILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. EL PROBLEMA DEL ACCESO INTELIGIBLE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

¿Cómo accedemos inteligiblemente a los principios constitucionales?, esta pregunta tiene dos respuestas posibles, las cuales, dependen siempre de cuestiones ideológicas, lógicas y epistemológicas.

La primera respuesta la formula Guastini así: “Algunos principios se encuentran no solo expresamente formulados sino también expresamente identificados como tales por las mismas autoridades normativas”.⁴⁰

⁴⁰ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 126.



Un claro ejemplo de la afirmación de Guastini es el texto del artículo 204 Constitución guatemalteca: “**Condiciones esenciales de la administración de justicia.** Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el **principio** de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”. En este caso podemos observar que el constituyente quiso calificar como “principio” la definición del concepto de supremacía constitucional.

La segunda respuesta, de forma muy acertada, también es formulada por Guastini de la siguiente manera: “Otros principios, en cambio, son tales en virtud no de una expresa calificación normativa, sino de una valoración del intérprete. En el sentido de que los intérpretes –y en particular los jueces— identifican como principios ciertas disposiciones normativas, precisamente en el momento de la interpretación, en ausencia de cualquier determinación expresa del legislador en tal sentido”.⁴¹

Continúa Guastini manifestando que: “Por lo demás, no está excluido que los intérpretes realicen también la operación opuesta, es decir, que nieguen el status de principio a una disposición que el legislador ha calificado expresamente como tal”.⁴²

⁴¹ *IBIDEM.* Pp. 126.

⁴² *IBIDEM.* Pp. 126.



En la segunda respuesta, o cuando sucede lo descrito en ella, manifiesta Guastini que: “La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho –ciertamente obvio— de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura”.⁴³

Por lo que a este punto interesa, el problema central de los principios constitucionales se desarrolla en el entorno de los denominados principios *no expresos*, los que carecen de disposición, a decir de Guastini: “(...) los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o contruidos por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que presumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes”.⁴⁴

La identificación de principios constitucionales no expresos, no puede ser resultado de la interpretación, pues en este caso, el problema no consiste en la asignación de significado a un texto normativo constitucional, sino de la integración del derecho por los intérpretes, por medio de alguna especie o forma

⁴³ *IBIDEM*. Pp. 127.

⁴⁴ *IBIDEM*. Pp. 132.



de razonamiento que, dependiendo de su estructura semántica y sintáctica, puede calificarse de lógico o de pseudológico.

Guastini señala que, en nuestra cultura jurídica, “(...) se puede hacer uso de al menos tres técnicas de construcción de principios:

1. La inducción de normas generales –mediante abstracción, generalización o universalización— a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional”.⁴⁵

A lo manifestado por Guastini cabe agregar que, en el razonamiento inductivo: “El principio regulador, en este caso, es el de la probabilidad (la consideración de otra u otras posibilidades como conclusiones) (...) En los razonamientos inductivos, la conclusión excede a los elementos de juicio; casos vistos (elementos de juicio); no es más general que los casos aun no vistos (conclusión). (...) Por esta razón, la inducción solo es probable. Sus hipótesis son consideradas siempre sujetas a revisión constante”.⁴⁶

En otras palabras, la conclusión de un razonamiento inductivo puede ser falsa.

⁴⁵ *IBIDEM*. Pp. 133.

⁴⁶ Custodio, Sergio. *PRINCIPIOS DE INDUCCIÓN Y ANALOGÍA*. Editorial Oscar de León Palacios. Guatemala. 2010. Pp. 17-30.



Una segunda técnica de construcción de un principio, continúa manifestando Guastini: “(...) consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones —a los fines, las intenciones, los valores— del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la ratio de una norma (o de un complejo de normas). La distinción entre esta técnica de construcción y la precedente no es neta, desde el momento en que ambas exigen una conjetura en torno a la ratio de una o más normas. Tales conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales”.⁴⁷

Finalmente, señala Guastini: “Una tercera técnica de construcción consiste, por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio (previamente reconocido como tal); y por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio. En fin, debe tenerse en cuenta, ante todo, que no todas las normas que son condiciones necesarias de actuación de un principio pueden considerarse válidas por esto solo; y, además, que las normas en cuestión, aun cuando sean válidas, no necesariamente constituyen principios”.⁴⁸

Para García Máynez, siguiendo la tesis de Del Vecchio, pero apartándose de ella en algunos puntos, los denominados *principios generales de Derecho* pueden ser aplicados siempre que se cumplan algunos requisitos: “(...) podemos, pues, concluir que el juez está facultado para colmar lagunas de acuerdo con principios

⁴⁷ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 134-135.

⁴⁸ *IBIDEM.* Pp. 135-136.



del *ius naturale* únicamente en dos casos: 1) cuando se hallan implícitas las prescripciones positivas, lo que exige comprobar que las últimas los aplican y determinan de algún modo; y 2) cuando, sin necesidad de tal comprobación, un precepto del sistema remite a ellos. (...) Ahora podemos ya señalar con precisión el punto en que nuestra tesis se aparta de la del jurista italiano. Para Del Vecchio, el órgano aplicador puede siempre llenar lagunas de acuerdo con principios del *ius naturale*, sin necesidad de inferir tales principios de las disposiciones en vigor. La única restricción (...) deriva de la exigencia de que los primeros no se encuentren contradichos con las segundas (...) aún en ausencia de normas de delegación. (...) Pero la situación es distinta cuando tal delegación no existe. En esta hipótesis, de acuerdo con aquel postulado, las únicas normas que el órgano jurisdiccional puede considerar aplicables a los casos concretos que debe resolver dentro de la esfera de su competencia, son las que encuentran en la suprema el fundamento de su fuerza obligatoria, o, para decirlo con otras palabras, las que los órganos creadores de derecho expresamente han formulado, sujetándose a las prescripciones de aquella ley, o las de algún modo implícitas en los preceptos vigentes”.⁴⁹

A nuestro modo de ver, García Máynez tiene razón cuando manifiesta que no puede admitirse que principios que no pertenecen explícita o implícitamente al sistema de que es órgano el sujeto aplicador, puedan ser utilizados para colmar vacíos de las fuentes formales. Aceptar tal hecho, equivaldría a negar la unicidad

⁴⁹ García Máynez, Eduardo. *LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO*. *Op. cit.* Pp. 65-67.

del fundamento último de las normas y principios del orden jurídico o, en palabras, a admitir la aplicabilidad de principios y normas ajenos al mismo.



Como podemos inferir de lo expuesto, el problema de la cognoscibilidad o del acceso inteligible a los principios no expresos, sea en el ámbito constitucional o en el ámbito ordinario, no puede resolverse ni de manera unívoca ni de manera pacífica, por lo que no es posible afirmar la existencia de un método científico ni racional único (si existiera), para determinar un principio en el ámbito jurídico.

La conclusión última que podemos enunciar con respecto al problema de los principios constitucionales no expresamente formulados e identificados como tales por el legislador, es que en su solución o soluciones, siempre existe un alto grado de discrecionalidad por parte del intérprete.

2.3 LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Podemos afirmar con algún grado de certeza, que el ámbito en el que más se ha discutido por parte de los autores contemporáneos sobre los principios constitucionales en particular, y sobre los principios generales de Derecho en general, es el de su función en el razonamiento jurídico, es decir, en la interpretación y aplicación del Derecho.



Para tratar de arribar a una conclusión sobre este punto, analizaremos en el apartado, las diversas teorías contemporáneas más relevantes que se plantean en el ámbito controvertido de los principios constitucionales.

Una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista, que se caracteriza por oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico, es la oposición entre principios y reglas.

“La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la importancia, de la razonabilidad, de vehicular valores, y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación genética, que parte del Estado de Derecho decimonónico hasta el Estado constitucional de Derecho”.⁵⁰

⁵⁰ Pozzolo, Susanna (Editora). NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: NEOCONSTITUCIONALISMO, Derecho y derechos. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 16-17.



El ordenamiento jurídico, ¿está compuesto por reglas y solo por reglas?, o reglas y principios?

La diferente manera de considerar y caracterizar los principios puede conducir a resultados diversos.

Vezió Crisafulli⁵¹ manifiesta que los principios son normas generales y/o normas extraídas a partir de sucesivas generalizaciones de normas particulares y/o, si no se han extraído de esta forma, que tendrían en cualquier caso la misma función.

Otros autores, por el contrario, consideran que los principios no son reducibles a normas, ni que de las normas puedan extraerse principios.

Riccardo Guastini⁵² menciona algunos de los distintos casos en que el término “norma” parece merecer, según el punto de vista más extendido entre los juristas, el nombre de “principio”: 1) cuando una norma ocupa un puesto particular en el ordenamiento, sea en el general, sea en un sector específico; 2) cuando las normas están formuladas de modo impreciso o indeterminado y; 3) cuando las normas son muy generales y son, por ello, llamadas “normas de principio”: por

⁵¹ Crisafulli, V. PER LA DETERMINAZIONE DEL CONCETTO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRINO. Citado por: Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima 2011. Pp. 76.

⁵² Guastini Riccardo. LA GARANZIE DEI DIRITTI COSTITUZIONE, E LA TEORÍA DELL”INTERPRETAZIONE. Citado por Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 77.



ejemplo, la norma que establece: “todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social”.

Por su parte, Norberto Bobbio⁵³ manifiesta que, en su opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, es decir, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una antigua discusión entre los juristas, si los principios generales son normas. Para mí, afirma Bobbio, es indudable que los principios generales son normas como todas las otras. Normas de los códigos o de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, verdaderos principios generales expresos. Los denominados principios generales no expresos, dice Bobbio, son principios, o sea normas generalísimas, formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama *el espíritu del sistema*.

Afirma Daniel Mendonca⁵⁴, por otra parte, que si con “norma” se entiende una directiva que ordena, permite u obliga a una determinada conducta, o los principios no son normas, o bien sí lo son, y en este segundo caso considera, a diferencia de Dworkin, que una regla de identificación adecuadamente estructurada permitiría reconocer los principios pertenecientes al sistema.

⁵³ Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Temis. Colombia. 2007. Pp. 245-246.

⁵⁴ Mendonca, Daniel. OBLIGACIONES, NORMAS Y SISTEMAS. Revista Theoría, No. 20. Madrid. 1994. Pp. 109.



En este sentido, García Máynez⁵⁵ manifiesta que si se pasa revista a las importantes opiniones, descubriríamos que casi todas atribuyen a los “principios generales” el carácter de pautas normativas, esto es, de patrones o directrices sobre lo que jurídicamente debe ser. Se trata en realidad, dice García Máynez, de un supuesto que los autores han sentado sin previa crítica, por considerarlo evidente de suyo. Y como en buena parte de los sistemas jurídicos modernos se otorga a esos principios la dignidad de criterios para la integración de lagunas, se ha concluido que no pueden ser sino de orden normativo, como todos los que de una u otra forma exigen la realización de los valores, jurídicos o de otra especie. A pesar de este supuesto común, quienes han escrito sobre el asunto dan a veces el nombre de “principios generales” a enunciados que no pueden servir para colmar vacíos de las fuentes formales, por ejemplo, el aserto “nadie está obligado a lo imposible” y el a menudo utilizado aforismo “lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”.

Ronald Dworkin⁵⁶ manifiesta que los “principios” serían cosa distinta de las reglas no solo cuantitativamente, por ejemplo, por una cuestión de grado de generalidad, sino también cualitativamente. Según este modo de pensar, la naturaleza de “principio o regla”, es un dato objetivo propio de toda formulación normativa, es decir, una característica que puede ser observada por el jurista mediante una actividad meramente cognitiva. Principios y reglas se diferenciarían por motivos

⁵⁵ García Máynez, Eduardo. LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 60-62.

⁵⁶ Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1977. Pp. 272.



lógicos, que serían el distinto carácter de la directiva en unos y en otras: mientras las segundas serían aplicables al modo de “todo o nada”, no sería así para los principios, que no funcionarían nunca de manera automática y tendrían distinto peso y/o importancia.

Gustavo Zagrebelsky⁵⁷ manifiesta que la distinción entre reglas y principios reside en el hecho de que los segundos no exigen simplemente una acción conforme, sino que eligen la forma más apropiada para una toma de posición frente a la realidad. La incidencia de los principios sobre la realidad, es decir, la posibilidad de que estos confieran a los hechos un preciso valor normativo, supone un hecho no previsto, incluso excluido por el positivismo jurídico. Según Zagrebelsky el criterio de validez establecido por el Derecho constitucional moderno, no sería tanto la legalidad (competencia jurídico-formal), sino más bien la “verdad”. Las afirmaciones de este autor son manifestadas desde una posición iusnaturalista racionalmente orientada, que considera posible fundamentar racional y objetivamente la justicia normativa de una elección: así la “verdad” reaparece como requisito de la racionalidad de las decisiones y la justicia del Derecho se convierte en objeto de la investigación.

⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Valladolid. 1992. Pp. 160-161.



Por su parte, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁵⁸, tratan el tema desde una perspectiva analítica. Ambos autores proponen que el Derecho está constituido por normas y que estas, a su vez, pueden ser reglas o principios. Asimismo, proponen distinguir entre principios en sentido estricto y normas programáticas (o directrices). Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista diferencia entre reglas y principios.

La divergencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (o más cerrada).

Ambos autores consideran que las reglas contienen una caracterización de las propiedades que definen su presupuesto de hecho de forma que constituyen un elenco cerrado, mientras en el caso de los principios no sucedería esto.

Esta diferencia, sin embargo, contrariamente a lo que sostiene Zagrebelsky, no supone que los principios no tengan también presupuesto de hecho. Lo tienen, pero los casos de su posible aplicación están indeterminados, mientras que en las reglas están determinados.

⁵⁸ Atienza, Manuel & Ruiz, Manero J. TRES APROXIMACIONES A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO. Editorial Temis. Colombia. 2012. Pp 12.



Esta descripción, a nuestro parecer, muestra que, excepto quizá en extremos más hipotéticos que reales, no parece posible concretar criterios claros con el fin de identificar, antes de cualquier otra actividad, la naturaleza como regla o principio de una formulación normativa, independientemente de su relación con otras formulaciones normativas de su sistema.

Al parecer de Pozzolo, “la naturaleza de regla o de principio, en otros términos, parece una cuestión de grado determinada por la relación que la formulación instaure con otras formulaciones del sistema”.⁵⁹

Está difundida la idea de que los principios presentan una estructura lógica peculiar y diferente de las normas, una estructura *derrotable*, según la cual, mientras las normas serían condicionales, es decir, que no admiten excepciones, los principios las admitirían, imponiendo solo obligaciones *prima facie*, derogables por otros principios.

En tanto Paolo Comanducci⁶⁰ subraya que, la diferencia entre principios y normas es relacional y por tanto, relativa, porque un enunciado puede ser configurado como principio solo en relación a otros enunciados, porque la configuración del enunciado como principio dependerá del grado de vaguedad, de fundamentalidad, de generalidad, etc.; de los otros enunciados con los que está puesto en relación.

⁵⁹ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op cit.* Pp 84-85.

⁶⁰ Comanducci, Paolo. PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pp 87.



Para Robert Alexy⁶¹ la configuración de los principios como mandatos de optimización se caracterizan porque exigen que lo deónticamente cualificado sea realizado en el mayor grado posible respecto a las posibilidades jurídicas y de hecho. Por tanto, mientras que las reglas se pueden solo obedecer o no obedecer, sin que esté consentido un cumplimiento gradual (el todo o nada), los principios pueden cumplirse en distinta medida.

Mientras que las reglas se presentan como razones conclusivas, en cuanto lo que está deónticamente determinado ya ha sido valorado por parte del legislador, los principios no están por sí solos en situación de ofrecer razones concluyentes, en cuanto que califican deónticamente una especie de objetivo, de “óptimo” hacia el que tender.

Según Alexy, por lo tanto, el criterio diferenciador entre reglas y principios podría ser el distinto grado de cumplimiento de la norma: si lo que la norma exige es el mayor grado de cumplimiento posible se trataría de un principio, si lo que la norma exige es solo una determinada medida, se trataría de reglas. Reglas y principios serían ambas normas que establecen un deber ser, que presentan un operador deóntico que cualifica la acción, que ofrece razones para juicios completos de deber ser.

⁶¹ Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. Revista Doxa. No. 5. Madrid. 1998. Pp 137-151.



Pero los principios, además, introducirían el criterio de la razonabilidad en la aplicación del Derecho; criterio que, por un lado, permite determinar la medida de su cumplimiento y, por otro, necesita el criterio de equilibrio.

Nótese que, si bien Alexy, Atienza y Ruiz Manero emplean nociones similares, lo que el primero denomina “principio”, es denominado por los segundos “regla programática”. Esta diferencia parece dar lugar a consecuencias. De hecho, una vez entendidos los principios como una especie de reglas programáticas, esto es, normas caracterizadas por la posibilidad de ser cumplidas en distinto grado, una medida cualquiera de su cumplimiento puede ser considerada jurídicamente suficiente. Pero eso no sería así en el caso en el que los principios fuesen entendidos como “principios en sentido estricto”. En tal caso, dada la cualificación deóntica de una acción, o esta es adecuada o no lo es, de modo que el cumplimiento mínimo será jurídicamente suficiente solo si se integra completamente la acción cualificada.

Uberto Scarpelli⁶² considera que la difusión y el uso de la noción de “principio” deben unirse al fenómeno de la “degeneración de la ley”, y subraya que para comprender el papel de los principios, es suficiente observar la categoría aparecida en la Filosofía del Derecho que ha situado, en el lugar de la deducción, a la justificación (teorías de la argumentación jurídica).

⁶² Scarpelli, Uberto. DE LA LEY AL CÓDIGO, DEL CÓDIGO AL PRINCIPIO. Revista de Filosofía. No. 78. Roma. 1987. Pp 13-15.



Según Scarpelli, de los principios no se deducen las consecuencias por implicaciones estrictas, sino que los principios sirven para justificar las normas y las decisiones por vía de un discurso complejo y flexible, como es el discurso argumentativo. Subraya, además, cómo la expresión de determinadas posiciones teóricas debe siempre ponerse en relación con un determinado momento histórico.

La hipótesis de Scarpelli resulta aún más interesante porque se relaciona directamente con el favoritismo, que la doctrina neoconstitucionalista expresa hacia el llamado “activismo judicial”.

Pareciera ser pues, que para el neoconstitucionalismo los principios son normas, aunque susceptibles de funcionar como una especie de derecho natural. Los principios que establecen los derechos humanos, por ejemplo, inducen a considerar estos derechos como inherentes a los individuos, indistintamente de que un legislador cualquiera los hubiese otorgado. Los principios son la actual base del derecho natural, a partir de la que se critican políticas particulares, sistemas jurídico-políticos y prácticas jurídicas.

En la versión neoconstitucionalista los principios tendrían la función de ofrecer razones para actuar, para decidir respondiendo a una pregunta de distinto nivel respecto al ocupado por las reglas.



La argumentación neoconstitucionalista produce un deslizamiento en los niveles del discurso jurídico.

Como hemos visto, la distinción entre principios y reglas y la función de los principios en el razonamiento jurídico, indistintamente de si se trata del ámbito constitucional o del ámbito ordinario, se realiza en la literatura constitucional contemporánea de forma controvertida y no pacífica.

No tenemos, por lo tanto, un parámetro firme ni un rasero común para distinguir normas de principios y tampoco para determinar la función de los principios constitucionales en el razonamiento de los intérpretes, especialmente de los intérpretes “auténticos” en el sentido kelseniano, es decir, en el razonamiento de aquellos que tienen autoridad para imponer su interpretación.

No obstante ello, en opinión de Pozzolo, se pueden amalgamar los siguientes patrones obtenidos de las opiniones diversas de los autores contemporáneos: “(...) utilizados para la distinción entre reglas y principios:

- a. El principio sería una norma con un grado elevado de generalidad, mientras que la regla presentaría un grado de generalidad bajo.
- b. El principio no determinaría la solución de los casos mientras que la regla sí.
- c. El principio tendría un carácter valorativo explícito, la regla no.



- d. El principio podría no tener una fuente precisa ligada a los criterios de identificación del ordenamiento jurídico, mientras que la regla presentaría un recorrido en su creación conforme a determinados procedimientos.
- e. Las llamadas al propio carácter fundamental podrían aparecer en los principios, pero raramente en las reglas.
- f. Los principios serían siempre importantes, las reglas no necesariamente.
- g. Los principios actuarían como fundamento para otras normas, y no solo como reglas en sí mismas y;
- h. Los principios podrían emerger no solo como normas de comportamiento, sino también como normas de argumentación”.⁶³

A manera de conclusión respecto de lo expuesto en este capítulo, podemos afirmar que lo manifestado respecto a las teorías de la interpretación constitucional, es aplicable a lo dicho aquí sobre las teorías de los principios constitucionales. No encontramos en las diversas teorías sobre los principios constitucionales expuestas, un método racional o científico para responder las preguntas planteadas al inicio de este capítulo. De ello resulta manifiestamente difícil hablar con autoridad y con propiedad sobre los principios constitucionales, pues las preguntas iniciales no han sido respondidas aún.

⁶³ Pozzolo, Sussana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 116-117.



Es necesario reconocer que algunas construcciones jurídicas son tan ambiguas que a veces se inscriben en lo que Kant denominaba *metafísica*; es decir, un sistema que no tiene que ver con la realidad y por lo tanto no puede decirnos nada acerca de ella sin perjuicio de la afirmación del filósofo alemán, de que a un sistema metafísico puede oponérsele otro sistema metafísico y nunca se llegaría a conclusión alguna, porque la discusión se prolongaría *ad infinitum*.

En nuestra opinión, en las doctrinas neoconstitucionalistas actuales sobre los principios constitucionales, se encuentra oculta la doctrina que intenta introducir a la moral y a las ideologías como fuentes supra-normativas. Como bien lo ha resaltado Guastini, muchas de las dificultades actuales que se presentan como problemas de interpretación constitucional se han formulado así de manera engañosa, pues son falsos problemas interpretativos. La mayor parte de soluciones que se han dado a los problemas sobre decisiones constitucionales, no consisten en atribuirle significado a algún texto de la Constitución (pues en eso consiste la interpretación jurídica), sino en discusiones de dogmática e ideología constitucional, que plantean las distintas doctrinas que compiten por la hegemonía en el campo constitucional.



CAPÍTULO III

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Al inicio de nuestro trabajo dispusimos incluir este capítulo como el último, sin embargo, examinando el contenido de los problemas de la denominada *axiología constitucional*, hemos decidido incluirlo en este orden ya que consideramos que el denominado *neoconstitucionalismo* es una *teoría política* del Derecho, que pretende incluir dentro de las fuentes constitucionales a la moral (pero a cierta especie de moral que más adelante definiremos) y a la ideología (las ideas o concepciones de la justicia constitucional que posean los intérpretes de la Constitución) y ello debe analizarse antes de pasar a la discusión sobre la *axiología constitucional*.

En este capítulo pretendemos esbozar de manera breve, un panorama esencial de la propuesta de interpretación constitucional que plantea el neoconstitucionalismo. Para lograrlo, nos referiremos al trabajo de Carlos Manuel Villabella⁶⁴, denominado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?”, en el cual realiza una exposición breve, pero significativa, de la propuesta del neoconstitucionalismo a partir de la segunda postguerra. Expondremos en adelante lo expresado por Villabella y por otros autores de los que se auxilia,

⁶⁴ Villabella, Carlos Manuel. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ¿Un nuevo paradigma? Grupo Editorial Mariel. México. 2014. Pp. 49-61.



respecto del neoconstitucionalismo para luego comentar lo expuesto por él y plantear una crítica racional a la teoría del neoconstitucionalismo.

1. LA TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Aunque Villabela manifiesta que el término *neoconstitucionalismo*, fue acuñado por la academia en la década de los setenta del siglo pasado, su afirmación no puede corroborarse en tanto sus fuentes son desconocidas. Por tal razón, diferimos de la afirmación del mencionado autor, ya que según información fehaciente, el término *neoconstitucionalismo* fue acuñado y utilizado por primera vez por la iusfilósofa italiana Susanna Pozzolo⁶⁵, en el año 2001 en su obra denominada “Neoconstitucionalismo y Positivism Jurídico”.

No obstante la imprecisión en el origen del término *neoconstitucionalismo*, según Villabella, este se empleó para reunir posturas distintas que evolucionaron en el derecho constitucional europeo desde la segunda posguerra. En ese sentido, la doctrina sistematizó algunos rasgos trascendentes que le proporcionaron al derecho constitucional una visión novedosa. Esta propuesta de un nuevo tipo de derecho desplazó el enfoque positivista y planteó una doctrina constitucional expresiva de perspectivas teóricas, ideológicas y metodológicas en apariencia novedosas.

⁶⁵ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 21.



El término *neoconstitucionalismo*, agrega Villabella, no tuvo una significación unívoca. Se ha utilizado para significar diversas cosas en la teoría del Derecho constitucional. Sin embargo, en opinión del citado autor, tales doctrinas neoconstitucionalistas, tienen al menos cuatro posturas comunes: a) criterios innovadores para el análisis de las normas jurídicas (interpretación basada en reglas de ponderación y razonabilidad); b) una ideología jurídica postpositivista (reivindica la carga moral del derecho y la trascendencia de los principios); c) manifiestan una cultura jurídica constitucional (democrática, tolerante, inclusiva, generadora de virtudes); y, d) formulan un renovado concepto de Constitución y plantean un distinto tipo de Estado.

En opinión de Villabella y de otros autores aquí citados, desde el punto de vista constitucional, los elementos que distinguen la doctrina del neoconstitucionalismo son los siguientes:

A) LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La integración en las constituciones de normas generales y normas de principio que contienen propósitos programáticos y potencian fines, principios y lo que ellas denominan *valores*, proporciona un marco ideológico que orientaría la actuación de los poderes públicos, establece un programa de ciudadanía para la convivencia social y determina un programa hermenéutico para la aplicación del derecho. Esto cambiaría la concepción positivista o formalista por una “noción axiológica del



contenido de la Constitución”.⁶⁶ Desde este modelo constitucional, la Constitución no es solo el instrumento organizador de los poderes públicos sino que organiza las relaciones del Estado con los súbditos.

Las normas con carácter de principios, contendrían de forma explícita o implícita connotaciones morales e ideológicas de la Constitución. Entonces, la supremacía constitucional no se expresaría solo desde la materia procesal sino también desde el ámbito moral, ya que constituiría un parámetro ético a las relaciones entre el poder, los ciudadanos y el Derecho.

“El contenido de la constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que los términos significan. La Constitución es una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de éstas. Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos pese a su imprecisión lingüística”.⁶⁷

⁶⁶ Comanducci, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UN RECONOCIMIENTO METATEÓRICO” en: Isonomía. Pp. 85 y ss. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 49.

⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos. REFUTACIÓN Y DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJ UNAM. Madrid. 2007. Pp. 293. Citado por Villabella, *Op. cit.* Pp. 50.

B) LA MATERIALIDAD O LA CONCRECIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES



La materialidad o concreción de las normas constitucionales presupone su eficacia directa como característica, al margen de su contenido semántico y sintáctico. Esto también presupone que la Constitución se establezca como fuente de derecho directa (de aplicación inmediata), y que además funcione como referente también directo de la actuación de los poderes públicos, además de influir en las relaciones privadas entre los ciudadanos (relaciones horizontales).

A esta idea subyace la de trascendencia de los principios constitucionales y la de omnipresencia constitucional.

“Que una constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a constitución formal o meramente procedimental”.⁶⁸

⁶⁸ Prieto Sanchís, Luis. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJ UNAM. Madrid. 2007. Pp. 213-214. Citado Por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 51.



Esta fuerza o eficacia normativa de la Constitución, se entiende como una función de aplicabilidad directa de sus normas, aun de las denominadas *programáticas*, se entiende que no requieren de un desarrollo legislativo ordinario para concretizarse, como opinaban algunos autores del pensamiento constitucional clásico.

Dicha interpretación entonces, defiende que las normas constitucionales poseen *siempre* una significación jurídica esencial que permitiría su aplicación inmediata, sin intervención del legislador.

“Donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para valer como regla para casos concretos debe de ser utilizada directamente. La constitución es fuente directa de posiciones subjetivas”.⁶⁹

Dice al respecto Pietro Sanchís: “Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente”.⁷⁰

⁶⁹ Zagrebelsky, Gustavo. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Pp. 105. Citado por: Villabela, *Op. cit.* Pp. 51.

⁷⁰ Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta –UNAM. Madrid. 2009. Pp. 130. Citado por: Villabela, *Op. cit.* Pp. 52.

C) LA INTERPRETACIÓN GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN



El denominado *garantismo* sería una consecuencia de la superioridad y de la materialidad constitucional. Este garantiza la aplicabilidad y la eficacia de las normas constitucionales por los medios procesales protectores de los derechos contenidos en ellas.

“El garantismo es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad”.⁷¹

El *garantismo* como proceso tuvo su origen después de la segunda guerra mundial con la *universalización* de la denominada *justicia constitucional*, desarrollada con la mezcla de los modelos de control de constitucionalidad de las leyes, denominados *concentrado* y *difuso*. Esta mezcla originó una variedad de modelos mixtos de justicia constitucional en el mundo occidental.

El fenómeno del *garantismo* produjo un debate cuyo resultado fue el replanteamiento de la dogmática constitucional y la elaboración de sistemas fuertes de defensa de la Constitución.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Op. cit.* Pp. 72. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 52.



Se crearon una serie de categorías constitucionales y se utilizó el concepto de *defensa de la constitución* para describir de manera amplia los instrumentos procesales para prevenir la violación de la Constitución, sancionar su transgresión y desarrollar sus normas de acuerdo con los cambios sociales y culturales.

“En este sentido nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores: la constitución formal o jurídica y la constitución real o sociológica; tiene por objeto por tanto no sólo el mantenimiento o conservación de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica”.⁷²

Según Villabella, desde la visión *garantista*, la defensa de la Constitución abarca dos importantes ámbitos: “el de la protección genérica y el de las garantías específicas”.⁷³

Manifiesta el citado autor que, el primer ámbito abarca elementos políticos, elementos de técnica jurídica (por ejemplo la cláusula de reforma constitucional) y contenidos normativos que tienden a limitar la actuación del poder político a los límites de la Constitución con la finalidad de promover su respeto: “Con estos

⁷² Fix Zamudio, Héctor. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Pp. 71. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 53.

⁷³ Villabella, *Op. cit.* Pp. 53.



instrumentos se pretende lograr la marcha armónica, equilibrada y normal de los poderes públicos y el adecuado funcionamiento constitucional”.⁷⁴

El segundo ámbito abarca los procesos constitucionales para la protección y reivindicación de derechos fundamentales (libertades públicas), y la protección del orden constitucional, lo que requiere normas jurídicas en sentido estricto, es decir, un supuesto de hecho definido, una cópula deber ser y una consecuencia jurídica.

A su vez, este segundo ámbito según Villabella, se puede dividir en dos áreas: la primera correspondería a la jurisdicción constitucional de la libertad, la cual se integraría por los procesos que posibilitan proteger los derechos de manera incidental, los recursos o procedimientos específicos que permiten tutelar dichos derechos (la exhibición personal, la acción de amparo) y las instituciones constitucionales que tienen por finalidad la protección de los derechos constitucionales (el Procurador de los Derechos Humanos).

La segunda área comprendería la jurisdicción constitucional orgánica conformada por los procesos que permiten proceder contra actos o disposiciones normativas o de carácter general que violaren el contenido de la Constitución.

⁷⁴ Fix Zamudio, Héctor & Valencia Carmona, Salvador. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO. Pp. 178. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 53.



Un efecto importante de la discusión teórica que suscitó el neoconstitucionalismo y el garantismo, fue el desarrollo del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma, cuyo objeto es precisamente la jurisdicción constitucional.

D) LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROGRESIVIDAD

Manifiesta Villabella que los derechos fundamentales han atravesado un desarrollo de aumento, especificación, internacionalización y no regresividad, que ha sido esencial para la gran difusión y éxito del derecho constitucional contemporáneo. Este proceso tuvo como resultado el desarrollo y la amplia discusión de la dogmática constitucional y de la ideología constitucional, así como del desarrollo y aceptación del Derecho internacional de los derechos humanos.

El comienzo de este proceso inicia después de la segunda guerra mundial con el planteamiento y reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, también llamado segunda generación de derechos humanos. El sujeto de los derechos de segunda generación es siempre el ser humano individualmente considerado, pero como individuo perteneciente a una sociedad. La finalidad de estos derechos es la materialización de sus contenidos para alcanzar el logro de la dignidad del ser humano.



“(…) los derechos públicos subjetivos ligados al Estado liberal de Derecho reposaban en un acentuado individualismo, que ha sido superado por la noción más amplia de los derechos fundamentales, surgida precisamente para englobar no sólo a las libertades tradicionales de signo individual, sino también a los derechos sociales”.⁷⁵

Continúa manifestando Villabella que en seguida surgió la tercera generación de derechos humanos, con el fin de enfrentar peligros y amenazas colectivas que afectan seriamente las condiciones de vida, el ambiente y la sobrevivencia de los grupos humanos. Esta tercera generación de Derechos fundamentales, considera como sujeto de tales derechos al ser humano que forma parte de una comunidad o grupo. Su objeto son los recursos naturales y las condiciones ambientales sanas que posibilitan la vida humana.

“(…) el valor fundante de estos derechos es la solidaridad, aunque la solidaridad no es del dominio exclusivo de ninguna categoría de derechos en particular, todos los derechos tienen una dimensión social en el sentido y en la medida en que son ejercidos por individuos y grupos en un contexto social, lo que sucede es que éstos se relacionan en mayor grado con la propia comunidad”.⁷⁶

⁷⁵ Pérez Luño, Enrique. DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN. Pp. 96. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 55.

⁷⁶ Pérez Luño, Enrique. DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN. Pp. 64. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 55.



Conjuntamente con las generaciones de derechos fundamentales, en opinión de Villabella, surgió un proceso de especificación y multiplicación de derechos relacionado con el surgimiento de nuevas necesidades que el Derecho positivó con la finalidad de lograr la dignidad humana y de constituir protección constitucional para las agresiones que merecieran sanciones.

Este proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales es resultado de la posición abierta de las Constituciones de la segunda postguerra hacia el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y su tutelaridad, acompañados de un proceso de concreción y de especificidad que permiten que estos se transformen de acuerdo a las necesidades y a la dignidad humana. Surgen entonces, derechos fundamentales nuevos como el derecho al honor, el derecho a la imagen, el derecho a la identidad, el *habeas data*, las acciones positivas o discriminación inversa, los derechos en situación, la defensa de quienes se encuentran en condición de inferioridad en las relaciones jurídicas como el derecho del consumidor, etc.

El aumento de los derechos fundamentales tiene relación directa con el desarrollo doctrinario que ha alcanzado el derecho constitucional y la teoría de los derechos fundamentales respecto a quienes son sus titulares. Poco a poco se ha ido abandonando la idea de que el sujeto de los derechos fundamentales es únicamente el ser humano individualmente considerado, tendencia que empieza con los derechos de tercera generación que reclaman una titularidad difusa.



Con el paso del tiempo y el desarrollo teórico, se reconocieron otros derechos por ejemplo, los de un grupo humano que se encuentra en situaciones específicas de desventaja o los derechos de individuo en tanto pertenece a un gremio determinado; los derechos de las minorías (étnicas, culturales, religiosas), que se plantean al reconocer el derecho a la conservación de la cultura, el arte, la religión, las costumbres, etc., lo que se ha dado en llamar multiculturalismo o pluralismo jurídico.

Al respecto afirma Ferrajoli: “(...) es la única manera de construir un modelo de derechos humanos capaz de combinar aspiraciones universalistas con prácticas multiculturales”.⁷⁷

Por su lado, dice Pisarello: “(...) la convivencia entre culturas diversas postula el recíproco conocimiento, en defensa del multiculturalismo, debemos aprender a conocer las culturas distintas y superar nuestros prejuicios y nuestro presuntuoso analfabetismo cultural”.⁷⁸

Otro aspecto que tiene efectos directos en la ampliación del catálogo de derechos fundamentales es la suscripción y la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. Esto ensancha la dogmática constitucional y permite que se

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Op. cit.* Pp. 87. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 56.

⁷⁸ Pisarello, Gerardo. GLOBALIZACIÓN, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS. En: TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJ UNAM. Madrid. 2007. Pp.173. Citado Por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 56.



produzca una relación directa entre los derechos expresos en la Constitución contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos. acontecimiento, en opinión de Villabella: “(...) replanteó a su vez la teoría de las fuentes del derecho”.⁷⁹

E) LA INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

Los cambios introducidos por el neoconstitucionalismo en la idea de la interpretación constitucional, se caracterizan, según Villabella, por la incorporación en los textos de principios, presupuestos teleológicos y preceptos programáticos. Las normas constitucionales así estructuradas (en forma de principio) se consideran *sui generis*, poseen una textura abierta (*open texture*) debido a que su estructura semántica es abstracta, equívoca y su supuesto de hecho es indeterminado. Estas características permitirían distintos modos y grados de concreción de las normas constitucionales.

“Los principios son normas derrotables (defeasible) porque no establecen exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumeran todas las excepciones”.⁸⁰

⁷⁹ Villabella. *Op. cit.* Pp. 56.

⁸⁰ Guastini, Ricardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Pp. 76. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 57.



Esto tiene como consecuencia, dice Villabella, que la interpretación constitucional no pueda reducirse a un acto cognitivo en el que se *descubre*, a través de las reglas del lenguaje, el contenido de la norma y se determina su sentido y alcance. La interpretación entonces, observando estas condiciones constituiría un proceso intelectual en el que se *atribuye* significado al texto normativo y se concreta su aplicación de acuerdo con las condiciones específicas que se presentan en cada caso particular.

“La Constitución posee el carácter de un recipiente abierto, en el que, pueden concluir muchas y heterónomas interpretaciones, en este plano, la Constitución no limita y delimita, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época, debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades”.⁸¹

Desde el punto de vista explicado, la interpretación constitucional sería un acto *creativo y concretizado* a partir de la *optimización semántica* que debe realizar el intérprete constitucional.

“Las normas en cuanto contenidos significativos no son previas a la interpretación, sino el resultado de la actividad interpretativa; la interpretación jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en descubrir el contenido de los

⁸¹ Bockenförde, Ernst-Wolfgang. *ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES*. Pp. 23-29. Citado por: Villabella, *Op. cit.* Pp. 57.



textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos”.

Cualquier interpretación constitucional de esta naturaleza acude a instrumentos y técnicas que permitan la labor estimativa descrita, labor para la que, según Villabella, son insuficientes los cuatro métodos de interpretación clásicos: gramatical, histórico, sistemático y teleológico. Se ha argumentado entonces, como un método más adecuado, el método tópico, orientado al problema, o método orientado a la realidad.

Para resolver estos conflictos, dice Villabella, la solución de antinomias entre normas, de fricción entre valores o de conflictividad entre derechos, no resulta posible por la vía de la subsunción, ya que no son aplicables los principios *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*.

A lo manifestado aquí por Villabella, debemos comentar, que en realidad no existiría oposición contradictoria entre preceptos constitucionales, pues generalmente, lo que en la teoría de la interpretación constitucional se ha llamado como tal, no es la oposición contradictoria entre normas constitucionales sino entre la reclamación de derechos constitucionales. Ello es así, porque el supuesto

⁸² Moreso, Juan José. CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. En: NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Pp. 101. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 57.



de hecho de las supuestas normas en conflicto es distinto, situación que elimina la posibilidad de la existencia de oposición contradictoria entre preceptos constitucionales. Por ejemplo: en una reclamación constitucional sobre el derecho al honor que tenga conflicto con el derecho a la libertad de expresión, no son las normas constitucionales las que se encuentran en oposición contradictoria, porque el supuesto de hecho de cada una es diferente; el conflicto se da en la determinación de la extensión y límites del ejercicio de ambos derechos, pero no entre las normas que los regulan.

Entra en juego aquí, entonces, la teoría de la ponderación o balance de derechos fundamentales, la cual, teóricamente, resuelve el conflicto acudiendo a juicios de valor a los que atribuye un *peso* determinado, que al final inclinará la balanza a favor de alguno de los derechos en conflicto.

La ponderación de derechos fundamentales termina en un sistema axiológico flexible, a lo que se ha dado en llamar *jerarquía móvil*, en el cual no se encuentran refutaciones universales, sino una respuesta para cada caso concreto, dependiendo ésta de las circunstancias que se den en cada situación.

“La interpretación es un proceso abierto, no es una sumisión pasiva, conoce posibilidades alternativas. La sujeción se convierte en libertad en la medida en que



una concepción más nueva de la interpretación ha refutado la ideología de la "subsunción".⁸³

Con base en lo expuesto, Villabella concluye que la interpretación constitucional en la propuesta neoconstitucionalista se vuelve maximizadora del contenido constitucional (principio de eficacia), equilibradora de los contenidos constitucionales (principio de concordancia), razonada (principio de argumentación), favorable a la dignidad humana (principio *pro libertatis*), adaptadora a las circunstancias (principio de concreción) y desarrolladora de la Constitución.

"(...) la ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad, el instrumento normal es la jurisprudencia".⁸⁴

F) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Manifiesta Villabella que este proceso que se inició en el Derecho constitucional de la segunda mitad del siglo XX y que suscitó una idea de Constitución abierta y material, tuvo con la doctrina del neoconstitucionalismo un gran impulso, al teorizarse y sistematizarse los rasgos descritos.

⁸³ Haberle, Peter. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. Pp. 156. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 59.

⁸⁴ Zagrebelsky, Gustavo. JUECES CONSTITUCIONALES. En: TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Pp. 99. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 59.



Así es como se ha consolidado la noción de Constitución cultural e invasivo ordenamiento jurídico.

La cualidad cultural se condiciona, dice Villabella, porque ésta se expresa como documento permeable a los presupuestos de convivencia, aspiraciones y fines que una sociedad acuerda para su existencia. En ese sentido, se puede señalar que los textos del neoconstitucionalismo son, además de normas, un producto cultural.

“Las constituciones son claramente una pieza cultural, no es solo texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, reflejo del patrimonio cultural de un pueblo y fundamento de sus esperanzas”.⁸⁵

Agrega Haberle: “(...) son hoy, como quizás nunca anteriormente, su tiempo expresado en ideas, el foro de la sociedad abierta. Una Constitución que no solo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público”.⁸⁶

El hecho de que se hable de un atributo *invasivo* de una constitución, según Villabella, se determina no solo por la eficacia directa que formalmente tienen sus reglas, sino además porque las reglas y los principios inciden materialmente en los

⁸⁵ Haberle, Peter. MÉTODOS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. UN CATÁLOGO DE PROBLEMAS. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 60.

⁸⁶ Haberle, Peter. RETOS ACTUALES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Pp. 137 y 157. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 60.



diferentes ámbitos de las relaciones sociales. Ordenan los poderes públicos, señalan directrices al legislador, persuaden hermenéuticamente a la judicatura, permean las relaciones sociales. En esas circunstancias, dice Villabella, se produce una constitucionalización del derecho, una sobre-interpretación de la Constitución.

“(…) de tal modo que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.⁸⁷

Un ejemplo de lo manifestado por Villabella, es la introducción de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Esto desborda la idea tradicional de que los derechos fundamentales se reclaman únicamente frente al Estado y nos lleva a la reflexión de que éstos son aplicables también en las relaciones privadas entre los ciudadanos.

El argumento conclusivo del neoconstitucionalismo en este ámbito ha sido la afirmación de que los derechos fundamentales tienen validez o pueden ser

⁸⁷ Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Pp. 216. Citado por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 60.



reclamados frente al individuo mismo cuando éste, por medio de un contrato contractual, adopta una decisión que lo coloca en situación de heteronomía.

Como conclusión de la aceptación y difusión de estos rasgos del neoconstitucionalismo, se idealiza al Estado constitucional como un nuevo modelo que defiende la supremacía sustancial de la constitución y su transformación en canon del desarrollo del ámbito político y social del Estado.

“En el Estado constitucional es la constitución la norma jerárquicamente más elevada, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial, ésta impondría al legislador no solamente el respeto lógico-formal sobre sus decisiones, sino también el desarrollo y sobre todo su aplicación. Las constituciones estarían dotadas de un fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionalizado toda una serie de valores que la convertirían en un objeto completamente diferente, sería un valor en sí. De este modo, la constitución evidenciaría su especificidad respecto al resto del ordenamiento no solo no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral”.⁸⁸

⁸⁸ Pozzolo, Sussana. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. Pp. 192 y 199. Citada por: Villabella. *Op. cit.* Pp. 61.



2. CRÍTICA RACIONAL A LA PROPUESTA INTERPRETATIVA NEOCONSTITUCIONALISMO

Hemos planteado de forma sucinta lo manifestado por Villabella sobre los rasgos esenciales del denominado *neoconstitucionalismo*. Al inicio del presente capítulo manifestamos que el neoconstitucionalismo nos parece una doctrina política del Derecho. A continuación explicaremos las razones que nos han llevado a formular tal afirmación.

Pozzolo, define al neoconstitucionalismo de la siguiente manera: “El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs., reglas, ponderación vs., subsunción, Constitución vs., legislación, Judicial vs., legislativo”.⁸⁹

Nos parece, que el neoconstitucionalismo es en realidad una doctrina del Derecho que pretende introducir a las ideologías y a la moral (la moral positiva o la moral del intérprete constitucional) como fuentes meta-constitucionales del Derecho. Su método para tomar decisiones para resolver conflictos (la ponderación), es un método que oculta, disfraza o mejor: *introduce de contrabando*, los denominados

⁸⁹ Pozzolo, Susanna (Editora). NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: NEOCONSTITUCIONALISMO, Derecho y derechos. Editorial Palestra. Lima. 2011. Pp. 16.



“valores” del intérprete, método muy propio del movimiento denominado *activismo judicial*.

Este método, tomando el planteamiento neoconstitucionalista de que “(...) la Constitución (...) está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. (...) Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral”⁹⁰, parece promover la idea de que la aplicación del Derecho constitucional, no puede realizarse sin el balance o la ponderación, aunque no se tenga clara la idea de en qué consiste.

El problema fundamental aquí, es que se pretende una *positivización de la moral*, pero no se aclara de qué clase de moral se habla. A este respecto se manifiesta Pozzolo de la siguiente manera: “Cuando se habla de moral como si fuese un objeto puesto allí, a la vista de todos, como un árbol o un lago, me parece siempre que se comete una confusión fácil y enorme”.⁹¹

La propuesta neoconstitucionalista no lleva consigo la tradicional idea de la división o separación de poderes ni la prohibición de injerencia mutua, sino al contrario, ve en la división de poderes un obstáculo para el pleno desarrollo de unos derechos fundamentales tan amplios y tan variados (dada la indeterminación

⁹⁰ Pozzolo, Susanna. NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. *Op. cit.* Pp. 18.

⁹¹ *IBIDEM.* Pp. 39.



de su extensión y de sus límites) que no solo no son distinguibles claramente sino imposibles de satisfacerlos todos.

Por otro lado, el enfoque principalista del neoconstitucionalismo, nos lleva a un constitucionalismo difuso, “que en lugar de restringir los márgenes de indeterminación de las disposiciones ha contribuido a ampliarlos y ha favorecido el desplazamiento de poder en la jurisdicción”.⁹²

Para Pozzolo: “El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios. (...) encontrando en esa vía una manera para tratar de reducir las dificultades que se derivan de la interpretación moral de la Constitución”.⁹³

Las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, generalmente denominadas constituciones “densas”, imbuidas de una orientación sustancial, “(...) durante el proceso de concreción se revelan plastilina en manos de los intérpretes y contribuyen a evidenciar la crisis del parlamentarismo (...) El juez de las leyes, aplicando directamente la Constitución, ve transformarse su función de control en una actividad subsidiaria de la parlamentaria”.⁹⁴

⁹² *IBIDEM.* Pp. 20.

⁹³ *IBIDEM.* Pp. 34.

⁹⁴ *IBIDEM.* Pp. 21.



Bajo la propuesta neoconstitucionalista “(...) se consigue un posterior desplazamiento del poder dispositivo a favor de la función judicial y produce el correspondiente debilitamiento de la función legislativa (y, como reflejo, también de la ejecutiva)”.⁹⁵

Si el positivismo jurídico era paradigma de la función garantista del Derecho contemporáneo, orientado a limitar el ejercicio abusivo del poder, el neoconstitucionalismo es una teoría que pretende convertirse en el poder y decirle que puede, que no puede y que debe hacer. Pareciera pretenderse dentro del neoconstitucionalismo, invertir el postulado de “la obligación moral de obediencia al derecho”, en el postulado contrario: “obligación jurídica de obediencia a la moral”, aunque en realidad no se sepa claramente de qué moral se habla.

Sin embargo, como manifiesta Comanducci: “(...) el Derecho no es la moral (sea cual sea). El neoconstitucionalismo ideológico, por ejemplo, parece caer en los mismos errores de los que acusa al positivismo jurídico”.⁹⁶

Al final, el neoconstitucionalismo se decanta por alguna doctrina política que pretende imponer de forma utilitarista (que nos recuerda la teoría de los valores de Max Scheler o el utilitarismo práctico de George Edward Moore); la idea de que todos los seres humanos comparten una moral (unos valores) universal y de que

⁹⁵ *IBIDEM*. Pp. 27.

⁹⁶ Comanducci, Paolo. POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Pp. 141. Citado por: Pozzolo, Susanna. NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. *Op. cit.* Pp. 35.



la Constitución es omnipresente en todo el ordenamiento jurídico, eliminando el ámbito de la ley y constitucionalizando todo el ordenamiento jurídico, incluyendo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, deslizando la disposición final hacia el Poder Judicial y muy especialmente hacia las Cortes Constitucionales.

Esta visión neoconstitucionalista ha inspirado movimientos como el denominado *pluralismo jurídico* y el *multiculturalismo*, en el seno de los cuales se pretende satisfacer los requerimientos de todas las culturas, de todas las etnias, de todas las religiones, de todas las costumbres, etc., olvidando que muchas de ellas o casi todas, son contradictorias entre sí y que no es posible satisfacer a una sin afectar a la otra (la imposibilidad del óptimo de Pareto); sin perjuicio de que resulta imposible atender pretendidos derechos fundamentales que se vuelven infinitos y que ningún Estado por próspero y poderoso que sea, puede cumplir.

La exagerada subjetividad del modelo neoconstitucionalista (la ponderación) ha sido defendida por algunos de sus cultivadores, con la falacia de que, "(...) de todos modos, tampoco el positivismo jurídico, por medio del silogismo y de la subsunción, alcanza a superar los espacios ni a llenar las lagunas del Derecho y que, de cualquier manera, toda actividad interpretativa tendrá siempre algo de subjetivo".⁹⁷ Pero este argumento, como se ha dicho, es una falacia, porque primero, el consecuente no se sigue necesariamente del antecedente, es decir, no

⁹⁷ Nieto Castillo, Santiago. En el Prólogo a: Romero Martínez, Juan Manuel. ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. Bases para la toma de decisiones judiciales. UNAM-IIIJ. México. 2015. Pp. XVII.



hay conexión semántica entre uno y otro, y segundo, la posible subjetividad del método, no justifica la existencia de subjetividad en otro método. La deficiencia de un método no es defendible apelando a la deficiencia de otro método.

A nuestro juicio, las ideas neoconstitucionalistas han sido aceptadas como verdades -especialmente en el constitucionalismo latinoamericano- *sin juicio crítico previo*, únicamente porque vienen de la Europa continental, pero el origen no es garantía de verdad, menos de corrección jurídica. Esta aceptación sin juicio crítico previo se debe, a nuestro entender, a las siguientes razones:

1. **Al desconocimiento de la epistemología o de la filosofía o teoría de la ciencia.** Si se defiende la idea de que el Derecho es una ciencia –y en la familia jurídica romano-germánica o romano-canónica así se ha defendido—, entonces debemos aceptar que el Derecho debe ajustarse a los cánones científicos. De lo contrario, el Derecho queda como arte o como metafísica. El neoconstitucionalismo es una teoría plena de idealismo, una teoría que plantea el renacer del iusnaturalismo pero un iusnaturalismo oculto bajo la teoría del discurso, naturalmente, del discurso moral o ideológico, bajo el que cualquier cosa es defendible con el argumento más convincente.

El neoconstitucionalismo plantea la existencia de una moral universal y de unos valores objetivos a cuyo ámbito debe adaptarse el Derecho, aunque tal



interpretación no se extraiga del contenido normativo. Su intuicionismo ético no lleva a lo que Pozzolo denomina un *constitucionalismo ambiguo*: “(...) Que, luego de no de crítica sino de justificación de cualquier género se requiera cuando se argumenta para la positivización de un nuevo derecho, o para argumentar una nueva concepción de un derecho ya existente, es un discurso típicamente constitucionalista conectado al aquí expuesto, pero fundado claramente sobre motivos de política del Derecho. (...) Pero esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, sino otra cosa, un constitucionalismo ambiguo”.⁹⁸

El problema con el planteamiento moral e ideológico propio del neoconstitucionalismo es que no permite confrontaciones objetivas porque la deducción y la subsunción han quedado eliminadas y substituidas por la ponderación, por el efecto invasivo de la Constitución.

- 2. Al menosprecio de la lógica como elemento esencial del razonamiento en general y del razonamiento jurídico en particular.** Al igual que el marxismo propuso eliminar la lógica del pensamiento científico, el neoconstitucionalismo ha propuesto eliminar la deducción y la subsunción del pensamiento jurídico. El neoconstitucionalismo ha propuesto la irradiación de la Constitución a todo el ordenamiento jurídico, formulando el

⁹⁸ Pozzolo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel. (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 210.



principio de omnipresencia constitucional, de manera que, no solo los tribunales constitucionales deben ponderar, sino también los tribunales ordinarios deben hacerlo. Con esto se elimina el molesto silogismo categórico para el análisis de las proposiciones normativas y de las proposiciones ontológicas y se está sujeto a la moralidad e ideología del intérprete.

Olvida el neoconstitucionalismo que la lógica tiene su origen en la Grecia antigua, y data mucho antes de que se inventara el término neoconstitucionalismo. Como dijo Edmund Husserl, respondiendo al psicologismo de J.S. Mill: “(...) el principio de no contradicción, por ejemplo, es ‘en sí’ válido, independientemente de que hayamos tenido un mal y contradictorio día”.⁹⁹

Por otro lado, la lógica expresa la forma natural de razonar del ser humano hasta nuestros días, e intentar cambiar la forma natural en que razonamos, es pretender inventar una nueva forma de pensar eliminando tal forma natural, lo cual solo puede ser expresión de una ideología perversa.

3. A la difusión y aceptación, en la segunda mitad del siglo XX, de las teorías del discurso, pretendiendo con ellas superar la contradicción iusnaturalismo-positivismo jurídico. Debido a la influencia del trabajo del

⁹⁹ Zanotti, Gabriel J. FILOSOFÍA PARA FILÓSOFOS. Unión Editorial. Universidad Francisco Marroquín. Madrid. 2003. Pp. 96.



Círculo de Viena, notablemente influidos sus miembros a su vez filosofía del lenguaje o filosofía analítica, movimiento iniciado por Gottlob Frege en 1879 y que llega a su culmen con Ludwig Wittgenstein en su *Tractatus Lógico-philosophicus* (1922) y sus “Investigaciones Filosóficas” (1945, pero por disposición del mismo Wittgenstein, publicado después de su muerte ocurrida en 1951); se pretende legitimar todo el conocimiento por medio del lenguaje. De tal manera que la moral, el Derecho, incluso la ciencia, tenían su legitimación, primero en el lenguaje (como comunicación efectiva) y luego en la política (por medio del consenso). Es así, desde la visión de tal doctrina, que no existe objetividad en el mundo externo (en la realidad), pues ésta (la realidad) es lo que el sujeto vea en ella; y el lenguaje es el medio ideal para comunicarla.

Según las teorías de la argumentación: ¿Qué es la verdad?, ¿lo que un conjunto de individuos o una comunidad acepte como tal?; y tal aceptación solo puede realizarse y comunicarse por medio del lenguaje, es decir, del discurso. Para tomar decisiones en cualquier ámbito y legitimarlas, solo tenemos que recurrir al consenso, que es, en síntesis, la participación de todos o la mayoría de individuos en una discusión racional, y la decisión por medio del principio democrático de la mayoría.

En el planteamiento de las teorías discursivas: ¿Cuál es el contenido auténtico de un texto constitucional? ¿Lo que el legislador dispuso o lo que el intérprete de



última instancia decida? La justificación de la decisión se debe establecer por medio del argumento más convincente y para ello es necesario el lenguaje, el discurso justificativo de la decisión. Es así como entran al juego las teorías de la argumentación jurídica, herederas de las teorías del discurso y del pragmatismo jurídico.

También el neoconstitucionalismo olvida que: “Al subordinar el pensamiento al lenguaje, la filosofía analítica efectúa la inversión de la relación tradicional entre lenguaje y pensamiento”.¹⁰⁰ La verdad entonces ya no será la que el pensamiento entienda y comunique por medio del lenguaje, sino lo que el lenguaje exprese e imponga por medio del consenso.

El neoconstitucionalismo pareciera ignorar también: “(...) que es posible (...) discernir un error lógico que está conectado con la estrecha analogía entre el significado de las palabras, términos o conceptos y la verdad de los enunciados o proposiciones”.¹⁰¹

El discernimiento de este “error lógico”, es la refutación de que la verdad de una proposición se infiere de la afirmación de que el significado de las palabras tiene alguna conexión con su historia u origen.

¹⁰⁰ Fazio, Mariano & Fernández Labastida, Francisco. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA IV. FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA. Ediciones Palabra, S. A. Madrid. 2004. Pp. 21.

¹⁰¹ Popper, Karl. CONJETURAS Y REFUTACIONES. Editorial Paidós. Barcelona. 1972. Pp. 41.



La idea de que se pueden conocer las “esencias”, o el llamado “esencia aristotélica (la definición de los conceptos por género próximo y diferencia específica) “está equivocada al sostener que las definiciones agregan algo a nuestro conocimiento de los hechos (aunque como decisiones acerca de convenciones pueden sufrir la influencia de nuestro conocimiento de los hechos, y aunque permitan crear instrumentos que, a su vez, puedan influir en la formación de nuestras teorías y, por lo tanto, en la evolución de nuestro conocimiento de los hechos)”.¹⁰²

En otras palabras, la forma como describamos un hecho, no le agrega ni le quita nada a nuestro conocimiento del mismo.

Estas razones, manifestadas como causas de la aceptación *sin juicio crítico previo* de las doctrinas neoconstitucionalistas pueden tratar de ser refutadas por medio del “autoritarismo intelectual”, o sea la falacia de que una proposición es verdadera porque ha sido enunciada por una autoridad en algún ámbito del conocimiento. En otras palabras, podríamos decir: esta teoría es verdadera porque ha sido enunciada por Alexy, por Atienza, por Prieto Sanchís, etc., pero la verdad de un enunciado, de una proposición o de una teoría, no depende de quien la enuncia, sino de su confrontación objetiva con la realidad, es decir, *de su correspondencia con los hechos* (si la conclusión no es verdadera, las premisas no pueden ser verdaderas en todos y cada uno de los casos).

¹⁰² *IBIDEM*. Pp. 43-44.



El neoconstitucionalismo parece estar bastante influido por “el dogma difundido pero equivocado de que una teoría satisfactoria de la verdad debe ser una teoría de la creencia verdadera, de la creencia bien fundada o racional”.¹⁰³ Así, las teorías de la argumentación jurídica, instrumentos propios del neoconstitucionalismo, parecen padecer la influencia de las “tres rivales de la teoría de la correspondencia: la teoría de la coherencia que confunde la consistencia con la verdad; la teoría de la evidencia que confunde ‘verdadero’ con ‘conocido como verdadero’ y; la teoría pragmatista o instrumentalista que confunde la utilidad con la verdad”.¹⁰⁴

¹⁰³ *IBIDEM*. Pp. 275.

¹⁰⁴ *IBIDEM*. Pp. 275.



CAPITULO IV

AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL

Algunos problemas sobre la discusión valorativa en la interpretación constitucional

Según el DRAE, la palabra *axiología* tiene su origen etimológico en los vocablos griegos *axia* que significa *valor* y *logos* que significa *razonamiento, argumentación, habla, discurso*. Por lo que la significación del término *axiología* puede entenderse como un discurso, teoría o tratado de los valores. Por *axiología constitucional* podríamos entender, entonces, el conocimiento de los valores constitucionales.

En el presente capítulo trataremos de exponer los problemas esenciales de la *axiología constitucional*, que no son otros que tratar de responder la pregunta de si los juicios de valor pueden ser o no fuentes del Derecho constitucional. En otras palabras, de si la Constitución no solo está integrada por reglas (en ese sentido y según lo discutido anteriormente, puede hablarse de reglas en sentido estricto y de reglas-principio), sino también por principios morales que contienen *valores* (podría entonces hablarse aquí, de valores constitucionales); y de si tales *valores* están dotados de validez jurídica y deben ser tomados en cuenta para interpretar la Constitución.

También trataremos de responder a la pregunta sobre si la denominada *axiología constitucional* tiene peculiaridades que la distinguan de la *axiología* en el ámbito



ordinario. Las respuestas, a nuestro juicio, dependerán, en primer lugar, existen los valores y si la respuesta es afirmativa, de cómo estos son accesibles a la inteligibilidad humana y, sobre todo, de si los valores son fuentes de Derecho en general y de Derecho constitucional en particular.

En realidad, el problema de la axiología constitucional es una especie del género del antiguo problema de la relación entre Derecho y moral y en este caso, de la relación entre Constitución y moral. La solución a este problema consiste en responder la pregunta sobre si existe una relación entre Derecho y moral y, en ese sentido, si existe una relación entre Constitución y moral.

Sin embargo, es necesario aclarar, que la pregunta correcta es, si existe entre Derecho y moral una relación *conceptual, necesaria o lógica*, pues no se discute si entre Derecho y moral existe una relación *empírica*, ya que esta última pregunta debe necesariamente recibir una respuesta afirmativa.

De ningún modo se niega que la mayor parte de las normas jurídicas tienen su origen en las costumbres o en la denominada “moral positiva”. (El término “moral” tiene su origen etimológico en el término “*moris*”, *palabra latina que significa “costumbre”*) de los distintos pueblos o naciones, la pregunta que debe responderse es si existe una relación *conceptual* entre Derecho y moral, cuestión que ha generado discusión desde los inicios de pensamiento jurídico.



1. EL PROBLEMA DE LOS VALORES

Las propuestas contemporáneas más destacadas sobre la teoría filosófica de los valores son el objetivismo axiológico, planteado principalmente por el filósofo alemán Max Scheler, discípulo de Edmund Husserl, fundador de la escuela fenomenológica; el subjetivismo axiológico, defendido por varios destacados filósofos contemporáneos; y el relacionalismo axiológico, propuesto por Heinrich Henkel. Trataremos aquí de exponer sucintamente dichas teorías.

1.1 EL OBJETIVISMO AXIOLÓGICO

La fuente de referencia de esta exposición es un resumen o recensión de lo expuesto por Leonardo Rodríguez Duplá¹⁰⁵ en su obra “Ética”, quien a su vez usa como fuentes que fundamentan su ensayo los trabajos de los filósofos Brentano, Hartmann, Hildebrand, Reiner y Scheler, referencias indiscutibles de la ética de los valores.

Lo expuesto por Rodríguez Duplá puede resumirse de la siguiente forma:

En el año 1913 apareció en el *Anuario* editado por Husserl, órgano de expresión del movimiento fenomenológico, la primera parte de una larga obra escrita por el filósofo alemán Max Scheler. La obra, que se completaría con la publicación de su

¹⁰⁵ Rodríguez Duplá, Leonardo. ÉTICA. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 2006. Pp. 132-145.



segunda parte tres años más tarde, tenía un propósito ambicioso. En palabras del propio autor, se trataba de alcanzar “una fundamentación científica y positiva de la ética filosófica en lo tocante a todos los problemas fundamentales y esenciales que le competen”. El método empleado para lograr este objetivo quedaba ya declarado por el hecho de publicarse el libro en el Anuario: Scheler se había valido para su novedosa fundamentación de la ética del método fenomenológico desarrollado pocos años antes por Husserl.

En el centro de la doctrina ética elaborada por Scheler se encuentra la noción de “valor”. Ya en el siglo XIX algunos autores alemanes como Hermann Lotze o Friedrich Nietzsche habían señalado en esta dirección, si bien nadie se había aproximado tanto a la moderna noción de valor como el filósofo Franz Brentano. Pero la elaboración de una axiología completa, sistemática y libre de tintes subjetivistas estaba reservada a Max Scheler. Su contribución principal consiste precisamente en haber sostenido que existe un ámbito de la realidad —el de los valores— en el que la mirada fenomenológica es capaz de reconocer un orden legal objetivo; y que ese orden legal constituye el verdadero fundamento de la ética filosófica.

La idea puesta en circulación por Scheler hizo fortuna en la filosofía continental de entreguerras. De su teoría axiológica muchos extrajeron consecuencias en los campos de la pedagogía, la estética o el derecho. Ciñéndonos a la ética filosófica, un hito importante en el desarrollo de la propuesta de Scheler fue la aparición, en



1926, de la voluminosa Ética de Nicolai Hartmann. Después de la segunda Guerra Mundial, la estrella de este género de filosofía moral comenzó a declinar lenta pero inexorablemente, si bien contó todavía con dos valedores importantes: Dietrich von Hildebrand y Hans Reiner. Durante los últimos decenios se le ha venido prestando poca atención en los ambientes académicos.

No es casual que el formalismo moral de Kant sea mencionado en el título mismo de la obra capital de Scheler. El fundador de la ética de los valores estaba persuadido de que el mayor obstáculo que se interponía en el camino de su proyectada fundamentación científica de la ética era, precisamente, la poderosa teoría ética kantiana. Y no es que restara méritos a la contribución de Kant; antes bien, reconocía como conquistas definitivas algunos de los resultados alcanzados por el filósofo prusiano, y en particular su rechazo de toda fundamentación empirista de la norma moral. Pero al tiempo que aceptaba algunos aspectos de la ética kantiana, rechazaba otro muy esencial: su condena indiscriminada de todas las éticas materiales. Si tenemos presente que la nueva ética de los valores propuesta por Scheler se presentaba abiertamente como una ética material, se entenderá sin dificultad que Scheler formulara su propia doctrina como alternativa al formalismo kantiano, y que se viera forzado a polemizar con Kant.

Recordemos brevemente el sentido de la crítica kantiana a las éticas materiales. Según Kant, quien se determina a obrar movido por algún rasgo del objeto o materia de su acción, obra de acuerdo con un principio empírico. Como prueba de



este aserto, Kant señala lo siguiente: para que un sujeto se determine a que algo es necesario, primero, que se represente ese algo y, segundo, que se complazca ante la expectativa de que ese algo llegue a ser realidad. Este segundo momento es tan crucial como el primero, pues sin el “placer práctico” suscitado por la representación del fin posible de la voluntad esta no se activa. Ahora bien, continúa Kant, para descubrir si el fin en cuestión me place, no tengo más remedio que recurrir a la experiencia: tengo que “auscultar” los sentimientos de placer o dolor que suscita en mí la representación del fin considerado. Con esto queda probado que todo principio práctico material es empírico, y Kant está en condiciones de completar su argumento. Para ello le basta recordar que si bien los métodos empíricos de investigación pueden llegar a formular generalizaciones inductivas, son incapaces de establecer principios estrictamente universales. Y como las leyes morales se caracterizan precisamente por su estricta universalidad, Kant concluye que ninguna ética material podrá nunca fundamentar satisfactoriamente las normas morales.

Lo que se acaba de exponer quizá quede más claro con ayuda de un ejemplo. Consideremos el caso de quien, movido por la compasión, se resuelve a ayudar a una persona necesitada. ¿Actúa de acuerdo con un principio moral? Kant lo negaría, pues estamos ante un comportamiento inspirado por un principio material y, por consiguiente, empírico. Para comprobar que es así, basta analizar rápidamente el caso. El sujeto ha percibido en primer lugar el padecimiento de su prójimo y ha sentido pena. Luego ha considerado la posibilidad de socorrerle y



esta idea ha encontrado en su fuero interno un eco favorable (“placer práctico”). Por último, esta complacencia ha desencadenado la decisión de su voluntad. Este principio es ciertamente material, pues el sujeto se ha determinado a obrar en atención a las características de la situación (o, correlativamente, de la acción emprendida). Y es también empírico, pues presupone la experiencia de la reacción de placer que la idea de obrar de esa manera suscita en el sujeto. Por último, es claro que no estamos ante un principio universal, pues del hecho de que un sujeto determinado reaccione positivamente en las circunstancias descritas no se sigue que todos los sujetos hayan de reaccionar de la misma manera. Y si no es universal este principio, tampoco puede ser moral.

Scheler no puede por menos de aceptar algunas de las premisas de este argumento. En concreto, está conforme en caracterizar las normas morales como principios universales y necesarios, y también está de acuerdo en lo relativo al alcance limitado de la inducción empírica. Pero no cree que la descripción psicológica aportada por Kant haga justicia a todos los casos en que alguien se determina a querer de acuerdo con un principio material. Antes bien, Scheler está persuadido de que cierto tipo de propiedades que descubrimos en los objetos posibles de la voluntad son capaces de motivarnos a obrar sin que para ello haya de intervenir el “placer práctico” postulado por Kant. Ese peculiar tipo de propiedades reciben el nombre de valores. Scheler sostendrá que, a diferencia de lo que ocurre con el placer práctico, cuyo conocimiento es forzosamente empírico,



existe un conocimiento *a priori* de los valores y sus conexiones, en el cual se funda la ética.

Como se ve, lo que Scheler nos propone es algo que Kant juzgaba del todo imposible: una ética que, siendo material, sea sin embargo apriórica. ¿Merece crédito la original propuesta de Scheler? Ello dependerá de si verdaderamente hay valores y de si cabe conocerlos *a priori*.

Según enseña la axiología, los valores son cualidades que las cosas poseen, pero cualidades muy peculiares, sujetas a un régimen ontológico especial. No se comportan, en efecto, como las cualidades que determinan la naturaleza intrínseca de una cosa (a las que en lo sucesivo llamaremos cualidades fácticas), y sin embargo dependen misteriosamente de ellas.

La peculiaridad de las cualidades de valor que las hace más interesantes para la ética, a juicio de autores como Scheler, es el hecho de que estén dotadas de fuerza normativa. El hecho de que una obra de arte tenga tales dimensiones o el que en ella predomine determinada gama cromática, son circunstancias que no nos cargan con obligación alguna. En cambio, el que la misma obra de arte sea tan bella, la convierte en un bien cultural que es nuestro deber proteger. Muy irresponsable tendría que ser el conservador del museo para permitir que una joya como esta se deteriorara.



Para que el principio que ordena proteger los bienes culturales considerarse un genuino principio moral, ha de tratarse de un principio universal que vincule por igual a todos los seres racionales. Scheler cree poder probar que esta condición se cumple apelando a la doctrina fenomenológica de la intuición de esencias, según la cual la experiencia de cualquier hecho singular puede ser la base sobre la que se levante un acto ulterior de aprehensión de una ley universal. Por ejemplo, si me concentro en la percepción del molesto zumbido que ahora emite mi ordenador, puedo llegar a la evidencia de que no es posible que un sonido carezca de volumen. La reflexión sobre un caso concreto de intuición empírica me ha servido aquí para acceder a una ley apriórica de universalidad estricta. Pues bien, Scheler sostiene que, apoyándonos en nuestra apreciación de un valor concreto, como la belleza de una obra de arte, podemos llegar a descubrir leyes aprióricas que expresan conexiones esenciales. Una de estas conexiones es, precisamente, la que existe entre el deber y el valor, tomados estos términos en toda su amplitud.

Podemos volver ahora al caso de la prestación de socorro, propuesto antes para ilustrar la impugnación kantiana de los principios éticos materiales. Scheler no tendría inconveniente en reconocer que el principio de acuerdo con el cual obra el sujeto de nuestro ejemplo es un principio material, pues es claro que obra en atención a algún rasgo de la situación en la que se encuentra. Pero —frente a Kant— negaría que el principio en cuestión haya de ser empírico. A juicio de Scheler, el sujeto puede muy bien determinarse a obrar atendiendo, no a los



sentimientos —ciertamente contingentes— que despierta en su afectividad la representación del fin posible de su voluntad, sino al valor que él aprecia en ese fin y que él reconoce *a priori* como fundamento de una ley moral universal.

La trascendencia del descubrimiento de los valores va esencialmente ligada a la *objetividad* que para ellos reclama Scheler. Si la ética de los valores se revelara como la única doctrina moral capaz de reivindicar el sentido de la existencia humana, va de suyo que deberíamos otorgarle nuestra preferencia sobre las doctrinas rivales. Pero el caso es que también otras teorías éticas han postulado un horizonte normativo capaz de guiar la acción, sin que por ello se hayan visto forzadas a recurrir a la noción de valor. Esto hace que, más allá del reconocimiento de la importancia teórica general del descubrimiento de los valores, debamos preguntarnos por la función que les corresponde en el marco de la teoría ética. E incluso estamos en condiciones de precisar más aún nuestra tarea inmediata: dado que en otro lugar hemos sostenido que el problema de la obligación moral ocupa por derecho propio el centro de la teoría ética, ahora se trata, antes que nada, de que indagemos *si el valor constituye el fundamento de toda obligación moral*, como ha defendido Scheler.

Planteada en estos términos, la pregunta debe recibir una respuesta negativa, y ello por las siguientes razones: Se ha criticado severamente la estrategia utilitarista (*el utilitarismo es una filosofía de origen anglosajón cuyo principio fundamental es el de que se debe realizar la mayor cantidad de bien para la mayor*



cantidad de personas) de optimización, mostrando que el principio que ordena hacer el mundo lo mejor posible, con ser un principio importante, se ve restringido en su validez por otros principios morales irreductibles a él. La misma crítica hemos de hacerle a la pretensión propia de la ética de los valores de hacer del valor el *fundamento único* de la obligación moral: no negaremos que el fomento de cuanto en el mundo hay de bueno o valioso constituya un importante deber para todo ser humano, sino que insistiremos en que junto a esta fuente de la obligación moral existen otras que la limitan.

Esto explica que no siempre sea el deber de una persona realizar la acción que se traduzca en los resultados mejores desde el punto de vista del fomento del valor. El hecho de que haya prometido algo a otra persona o de que guarde con ella una relación especial (de amistad, por ejemplo, o de parentesco) son circunstancias que, a pesar de ser ajenas al ámbito axiológico, cargan con deberes que, llegado el caso, pueden colisionar con el deber utilitarista de buscar las mejores consecuencias globales.

Y algo parecido ocurre cuando entran en juego consideraciones de justicia, ni la justicia política ni la justicia distributiva ni la justicia penal se reducen a una estrategia de maximización de beneficios. La justicia no solo exige que procuremos maximizar el total de felicidad disfrutada por los afectados por nuestras decisiones, sino también que tengamos muy en cuenta la insuperable



distancia que media entre personas y que *prohíbe que los derechos e intereses de una sean sacrificados en beneficio de los demás.*

El que esgrimamos contra la ética de los valores objeciones similares a la crítica del utilitarismo puede sorprender a quienes conozcan aquella doctrina. Después de todo, los principales exponentes de la ética de los valores han considerado que su posición difiere esencialmente del utilitarismo, y de hecho han reconocido expresamente la realidad de los deberes que comúnmente alega el deontologismo en su polémica con el utilitarismo en particular con respecto a los deberes de justicia.

Sin embargo, el parecido de la ética de los valores con las variantes del utilitarismo más elaboradas desde el punto de vista axiológico, en especial con el utilitarismo ideal de Moore, *es innegable.*

Pero más importante a los efectos de nuestra estimación crítica de la ética de los valores es observar que, para poder explicar aquellos deberes que tanto se le dificultan al utilitarismo, los partidarios de fundar la teoría de la obligación moral en la sola axiología se han visto forzados a retocar de un modo artificioso su propia teoría del valor.

Así, para explicar que no esté permitido perder a un inocente ni siquiera si con ello se salva a todo un pueblo, Hildebrand postulará un peculiar “valor ontológico” que



reside en cada vida individual e impide considerarla como un simple *input* a la función optimizadora.

Y para explicar que sea moralmente más importante dar de comer al hambriento que proporcionar una esmerada formación musical a quien ya tiene el estómago lleno, y ello a *pesar* de que los valores estéticos sean superiores a los vitales, Hartmann postulará una nueva dimensión en el ámbito de los valores: la “fuerza del valor”, que es mayor en los valores de menor jerarquía y ha de ser tenida en cuenta por la deliberación práctica no menos que la altura del valor.

Pero estas maniobras tienen todo el aire de medidas *ad hoc*, adoptadas con el único fin de salvar la teoría. Al hablar de valores ontológicos o de la fuerza del valor, se elimina la caracterización imparcial del ámbito de los valores, aportación capital de la teoría que discutimos.

Expuesta la opinión de Rodríguez Duplá sobre la ética de los valores (objetivismo axiológico), podemos agregar que el utilitarismo oculto en la axiología objetivista de Max Scheler, no puede ni debe constituir fundamento para una teoría de la justicia, pues según esta teoría, los medios para lograr realizar un valor que el poder político considere adecuados, justificaría el fin de imponerlo coactivamente (por medio de la ley, por ejemplo), y ello justificaría también, que con el pretexto de beneficiar a la mayoría, se violen derechos individuales, contraviniendo la



finalidad constitucional de proteger a las minorías de las decisiones arbitrarias de la mayoría.

Por último, la axiología objetivista no logró probar ni la existencia ontológica de los valores, ni la fuente de conocimiento que nos permite hacerlos cognoscibles y por lo tanto, dicha teoría carece de un criterio identificador de la existencia del valor, lo que deja dicho ámbito de conocimiento al intuicionismo o a la discrecionalidad o arbitrariedad del intérprete constitucional.

1.2 EL SUBJETIVISMO AXIOLÓGICO

La fuente de referencia para esta exposición sobre el subjetivismo axiológico constituye una recensión o resumen de la obra de Álvaro Guadarrama González¹⁰⁶ titulada “La Axiología Jurídica”, quien a su vez usa como fuentes referenciales los trabajos de los filósofos Lotze, Meinong, Perry, Carnap, Stevenson, Ayer, Russell y Mackie, la mayor parte de ellos cultivadores de la filosofía del lenguaje, tanto del ordinario como del lógico-matemático y desarrolladores del trabajo de Ludwig Wittgenstein y del Círculo de Viena.

Lo expuesto por Guadarrama González puede resumirse así:

¹⁰⁶ Guadarrama González, Álvaro. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 44-50.



El subjetivismo ha ofrecido numerosas elaboraciones, con distinciones sutiles en algunos casos como ocurre con el empirismo lógico y el emotivismo. El subjetivismo enseña que los valores radican en la concepción que el sujeto tiene de ellos, y esta concepción va a depender de diversos factores como son el agrado, el deseo, o el interés que los objetos puedan producir en nosotros.

Esta corriente da lugar también al empirismo lógico establecido como tal por el Círculo de Viena a principios del siglo XX.

Sobre la corriente del subjetivismo han existido varias concepciones, las cuales se describen sumariamente:

Desde la clásica afirmación del filósofo alemán Hermann Lotze respecto a que *los valores no son, sino que valen*, pasando por el relativismo axiológico que enuncia el también filósofo alemán Friedrich Nietzsche al entender los valores como algo histórico, dinámico y, por lo tanto, de vigencia temporal, la primera tesis propiamente subjetivista fue enunciada por el filósofo austríaco Alexius Meinong en la obra “Investigaciones Psicológico-Éticas para la Teoría del Valor”, publicada en 1874.



Este autor se inspiró en el filósofo alemán Hermann Brentano, quien no tenía una orientación subjetivista, sino la contraria, dado que sostenía el carácter absoluto de los enunciados valorativos.

La tesis de Meinong –que después abandonaría hasta llegar a posicionarse en el polo opuesto–, es que *lo que tiene valor es lo que nos agrada*, y que tiene valor en *la medida que nos agrada*.

Es interesante observar que Meinong se vuelve al objetivismo al final de su trayectoria, y esto unido en parte a que el primer cuarto del siglo XX la fenomenología había refutado el psicologismo y el empirismo.

Entre los representantes más importantes del subjetivismo en los Estados Unidos de América está el filósofo norteamericano John R. Perry, quien establece *una relación entre interés y valor*, e incluso llega a establecer una jerarquía de los valores basada en *el interés que se tenga por ellos*.

La tesis de este filósofo se puede resumir en que todo interés otorga valor a cualquier objeto, sin necesidad de matices. Por consiguiente, los esfuerzos se han de centrar en el estudio del interés, ya que esto es lo que confiere valor a un objeto.



Dentro de la corriente del subjetivismo axiológico está el denominado empirismo lógico, encabezado por el filósofo alemán de origen judío Rudolf Carnap en el denominado Círculo de Viena.

Los miembros del Círculo de Viena buscaban unificar las ciencias mediante el análisis lógico, estableciendo dos proposiciones: a) la proposición empírica, que es la que ellos presentan como válida, porque señalan que de estas proposiciones, es posible establecer su verdad o falsedad y; b) la proposición metafísica, de la que dicen que no se puede concluir su verdad o falsedad porque no afirman ni niegan nada, sino responden a estados emocionales, concluyendo que el estudio de los valores se tenía que realizar a partir del significado de estas premisas, es decir, de la semántica.

La concepción de Rudolf Carnap acerca de los valores se sintetiza de la manera siguiente:

Carnap, como máximo representante del empirismo lógico, postula que los enunciados valorativos son normas o imperativos disfrazados. Las diferencias entre los primeros y los segundos no son de contenido, sino formales, de expresión.



Ni los juicios de valor ni las normas o imperativos afirman o niegan nada, sino que expresan un deseo. En consecuencia, no se puede estudiar su verdad o falsedad.

Otro de los filósofos que destacan en el ámbito del subjetivismo axiológico es el filósofo inglés Alfred Julius Ayer, quien otorga énfasis al carácter emotivo de la axiología.

La teoría emotiva, centrada en los estudios de Ayer, puede considerarse cercana al empirismo lógico, y constituye un puente entre éste y el subjetivismo. Este filósofo coincide en afirmar el carácter emotivo de los enunciados valorativos.

Sin embargo, realiza otra precisión que no recogía el subjetivismo tradicional: la diferencia entre pensar y afirmar.

Usualmente, cuando se afirma algo, se está expresando ese algo. Pero en cambio, se puede expresar algo sin llegar a afirmarlo (significantes no lingüísticos).

El subjetivismo tradicional se planteaba la verdad o falsedad de los enunciados valorativos porque los consideraba afirmaciones de estados emotivos y, por lo tanto, se podía examinar si se tenían o no tales estados.



Según Ayer, los enunciados valorativos son expresiones –no afirmaciones– estados emotivos y, por consiguiente, no pueden afirmarse ni negarse.

Destaca también dentro del subjetivismo axiológico el filósofo norteamericano Charles L. Stevenson, quien da énfasis a la actitud como fundamento axiológico. Stevenson elaboró una teoría similar a la de Ayer –recogida en su obra “Ética y Lenguaje” (1944), de manera independiente y simultánea.

Según este autor, los enunciados valorativos son parcialmente emotivos y parcialmente descriptivos. Su finalidad principal no es la de establecer hechos, sino la de generar influencia, en otros términos, recomiendan algo antes de afirmar que se posee ese interés.

Stevenson y Ayer coinciden en considerar que los enunciados valorativos buscan estimular la acción. Sin embargo, Stevenson está más preocupado por la actitud que por la emoción o el sentimiento.

Un papel importante también dentro del ámbito del subjetivismo axiológico lo ocupa el matemático y filósofo inglés Bertrand Russell, quien no fue un empirista científico, en el sentido estricto de la palabra, pero sus estudios científicos lo colocan en esa postura.



Parte de que *las cuestiones valorativas no pueden acogerse a la ciencia porque no pueden ser conocidas*. Dice que hay una conexión entre el deseo y lo bueno aunque el individuo no se dé cuenta de ello. Al afirmar que algo es bueno, se expresa un deseo de que todo el mundo quiera lo mismo. Russell dice que la ética es el intento de conferir significación universal a ciertos deseos personales.

Por su lado, el filósofo australiano John Leslie Mackie, en su obra “Ética. La Invención de lo Bueno y lo Malo”, dice tajantemente en el capítulo primero (La subjetividad de los valores): “No existen valores objetivos, tal es, sin adornos, el contenido de la tesis expuesta en este capítulo (...) puesto que mi interés principal se centra en los valores morales, el punto de vista que adopto aquí puede recibir el nombre de escepticismo moral”. Negar que existan valores objetivos no nos obliga a adoptar ningún punto de vista particular respecto a cuál pueda ser el significado de las proposiciones morales, y desde luego no nos impone la idea de que equivalgan a un correlato subjetivo. Con todo, si los valores morales no son objetivos, no hay duda de que serán en el amplio sentido de la palabra, subjetivos, razón por la cual acepta el *subjetivismo moral* como denominación alternativa a *escepticismo moral*.

Expuesto lo manifestado por Guadarrama González, observamos que aun con una postura opuesta contradictoriamente al objetivismo axiológico, los subjetivistas tampoco logran probar la existencia ontológica de los valores, ni la fuente de



conocimiento que los hace cognoscibles y colocando además a los valores en dependencia exclusiva del sujeto.

No es posible someter lo subjetivo a contrastaciones objetivas, pues aun cuando afirmemos que los valores dependen de nuestro agrado, de nuestros gustos, de nuestra actitud, de nuestro interés, etc., ello no hace que de tales situaciones subjetivas puedan surgir los valores.

Esta teoría confunde los valores con los sentimientos de agrado, con los gustos, con las actitudes o con el interés, sin explicar si dichas situaciones y los denominados *valores*, poseen las mismas propiedades.

Por ejemplo, si una persona, observando un cuadro elaborado por algún pintor famoso, dijese: *no me gusta este cuadro*; y otra persona, respecto del mismo cuadro manifestase: *me gusta este cuadro*; la discusión sobre dicha oposición podría prolongarse infinitamente, sin llegar a ninguna conclusión.

Del mismo modo, por ejemplo, la pregunta ¿es justa la vida?, quedará siempre sin respuesta, pues ninguna de las respuestas que se pronunciaran permitiría confrontaciones objetivas.



1.3 EL RELACIONALISMO AXIOLÓGICO

Heinrich Henkel, en su “Introducción a la Filosofía del Derecho”, citado por Eduardo García Máynez¹⁰⁷, se pronuncia a favor de una teoría *relacionalista* en materia axiológica.

La cita de García Máynez sobre la teoría de Henkel puede resumirse de la siguiente forma:

El problema de la ontología de los valores puede ser dejado de lado, porque lo que interesa es su ser real. Y este sólo puede resultar de los nexos esenciales que los unen con las manifestaciones reales del ser. Dichos nexos implican una pluralidad de relaciones, en las que el valor es siempre uno de los términos.

A continuación, García Máynez expone los *nexos esenciales* de que habla Henkel:

- a) Todos los valores están en conexión esencial con un sujeto.
- b) Una conexión esencial se da entre el valor y su portador.
- c) Hay también conexiones de esencia entre lo valioso y determinadas situaciones vitales.
- d) Lo que vale solo adquiere un ser real en conexión con los estados, situaciones, acontecimientos y formas de conducta de los hombres.

¹⁰⁷ García Máynez, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2002. Pp. 432-435.



- e) Los contenidos de decisiones valorativas típicas se convierten en conexiones espirituales de sentido y adquieren, para la colectividad, un rango de valores supraindividuales.
- f) El orden axiológico social no es absoluto, sino que está relacionamente condicionado por lo que vale para el grupo, en las múltiples situaciones que surgen dentro del mismo.

De esta manera, Henkel cree convertir a los valores en objetivos, y no solo eso, sino también en colectivos, dado que serían obligatorios para el grupo social que los reconozca.

A todas luces, la concepción fenomenológica de Henkel, expuesta por García Máynez, *confunde el hecho de valorar con los valores*. Pero eso es un error epistemológico, pues del hecho reconocido que los seres humanos a veces hacen valoraciones, no se sigue que surjan unos entes objetivos y que todos los que pertenecemos al grupo podamos y debamos conocer como “valores”.

Nuevamente, esta teoría falla al pretender haber descubierto un “método” para objetivar los valores.

1.4 COMENTARIO CRÍTICO A LAS TEORÍAS OBJETIVISTAS SUBJETIVISTA Y RELACIONALISTA DE LOS VALORES



Ninguna de las tres teorías analizadas demuestra de forma científica ni racional, la existencia de los valores ni mucho menos que posean fuerza normativa (si existiesen). Tal fuerza normativa, en el caso de que alguien afirmase su existencia, únicamente podría enunciarse por medio de un juicio valorativo, cuya calificación de verdadero o falso es científicamente imposible y por lo tanto, su imposición de manera coactiva, devendría necesariamente discrecional o arbitraria.

Resulta obvio que los denominados “valores” no tienen existencia ontológica. La escuela fenomenológica manifiesta que *los valores no son sino que valen*. Frase que constituye un sinsentido porque lo primero no tiene relación semántica con lo segundo, es decir, el consecuente no se sigue necesariamente del antecedente.

El problema de la teoría objetivista es que pretende que los valores se intuyan de las cosas que, según tal teoría, los poseen, cosa de suyo irrealizable ya que si desaparece la cosa, desaparece también el valor y ello contradice tal objetividad.

La teoría subjetivista por su parte, al afirmar que los valores dependen del sujeto y no del objeto, niega la existencia objetiva de los valores, pues el sujeto puede



sentirlos o no y si se trata de lo primero, no es posible conocer objetivamente su valor por ser subjetivo.

La teoría relacionalista de los valores confunde valoración con valor, pues pretende que de las valoraciones de un sujeto, surjan entes cognoscibles denominados valores, los cuales se objetivaban con la aceptación del grupo, pero como bien manifiesta García Máynez: “La vigencia social de los juicios compartidos por el mayor número demuestra, sin duda, la generalidad de su aceptación, más no que tengan validez en todo caso”.¹⁰⁸

1.5 AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL

Como el Derecho se mueve entre la filosofía que *prescribe los valores* y la ciencia que *comprueba los hechos*, se puede decir que el estatus lógico y epistemológico de esta cuestión está en crisis. En primer lugar, no tenemos claro lo que son los *valores* y ni siquiera la diferencia que existe entre *valores* y *valoraciones*; en segundo lugar, el nexo *valores-prescripciones* es frágil: porque no se ha dicho (con excepción de algunos iusnaturalistas) que una prescripción esté *siempre* en función de una valoración. De este modo, se confunden *imperativos axiológicos* con *imperativos jurídicos*, o sea, no se tienen claras las reglas de conexión entre medios y fines.

¹⁰⁸ García Máynez Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 436.



Esto ha constituido un problema que no solo no ha sido resuelto satisfactoriamente hasta hoy, sino que se ha tratado de manera ligera mencionando los valores como si fueran objetos a la vista de todos.

Se ha tratado de resolver esta aporía planteando la similitud entre neutralidad axiológica epistémica e imparcialidad judicial si es que esto fuera posible, en el sentido en que lo expone Bobbio: “La neutralidad axiológica es la virtud del científico como la imparcialidad es la virtud del juez”.¹⁰⁹

Sin embargo, cuando se habla de *valores constitucionales*, en mi opinión, siempre se camina sobre hielo delgado. El problema de los valores constitucionales sigue generando una polémica que pareciera prolongarse *ad infinitum*.

Con gran razón, Max Weber aconsejó excluir las valoraciones del método de la ciencia. Sin embargo, como es notorio que los seres humanos realizamos valoraciones, y que en el Derecho éstas se realizan para sopesar las circunstancias de los casos concretos, su discusión deviene insoslayable para esta investigación.

En primer lugar, se debe aclarar que la concepción de *valor* tiene su genética en la ética, no en el Derecho. En este sentido, como ya hemos vistos, algunas teorías afirman la *objetividad de los valores*, es decir, que el valor se encuentra en el

¹⁰⁹ Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DE LA POLÍTICA. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 577.



objeto y no en el sujeto; otras afirman *la subjetividad de los valores*, es decir el valor se encuentra en el sujeto y no en el objeto; otras afirman que para que se produzca el valor, debe establecerse necesariamente una relación entre el sujeto que valora y el objeto valorado (esta teoría confunde valoración con valor). Y existen, en fin, teorías intermedias, todas tratando de explicar la noción de valor sin que, según nuestra opinión, hayan tenido éxito hasta hoy. Lo único que queda claro, es que no tenemos clara la noción de valor y que es imposible expresar su definición en forma lingüística o mejor aún, en versión aristotélica, establecer su género próximo y su diferencia específica.

Dworkin fue uno de los primeros en reconocer este problema, ubicando a los valores en el ámbito moral, relativo al lugar y a la época. Alexy, en cambio, los confunde con *principios* y define a éstos últimos como *mandatos de optimización*.

Pozzolo manifiesta por su parte que cuando se habla de una moral universal, puede suponer que se trata de una *moral crítica*, porque no conoce morales objetivas, entendiendo por moral crítica como aquella que consiste en “un conjunto de principios, obtenidos a través de un debate intersubjetivo desarrollado según reglas predeterminadas”.¹¹⁰

¹¹⁰ Pozzolo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel (Comp.). NEOCONSTITUCIONALISMO(S). *Op. cit.* Pp. 197.



Si Pozzolo tiene razón, la noción de valor sería una *construcción social*, una elaborada de manera teórica, fruto de un cierto momento histórico y en sentido, contingencial, ya que cambiaría con el tiempo y el espacio, y en cuanto al discurso normativo, según Pozzolo, el Derecho ni explica el mundo, ni afirma ser verdadero, solo sirve para regular conductas y para pretender modificar el mundo de acuerdo a ciertos fines o intereses.

Por lo tanto, la pregunta sobre si se pueden encontrar *valores* en el texto de la Constitución, no puede responderse, pues ni siquiera sabemos con certeza, de qué hablamos cuando mencionamos los valores constitucionales.

Examinadas las teorías más conocidas sobre los valores expuestas por diversos pensadores, solo podemos concluir que dada la dificultad que tales autores tuvieron para justificar la cognoscibilidad de los valores (su acceso a la inteligibilidad humana), difícilmente un Tribunal Constitucional podría hablar en serio sobre haber encontrado “valores” en la Constitución, esto por supuesto, en el sentido de *valores* como entidades accesibles a la cognoscibilidad humana. Esto último sin embargo, sí pudiera ser posible (aunque no en serio), ya que generalmente, ningún Tribunal controla la validez jurídica de las sentencias emitidas por los Tribunales constitucionales de última instancia, pero a ello debemos agregar que tal afirmación por un Tribunal Constitucional, sería un claro error epistemológico.



Si los valores constituyen la premisa mayor del silogismo que concluye en la norma constitucional, es decir, si toda Constitución responde en su contenido normativo a ciertos valores, es una situación que no puede dilucidarse en el ámbito positivo.

Ahora bien, si es necesario un discurso ético-valorativo para justificar una decisión constitucional, y para fundamentar su resolución, entonces debemos tener mucho cuidado con qué clase de justificaciones valorativas utilizamos. Muchas veces, el recurrir a *valores* constitucionales (*obviamente sin justificación jurídica, pues los valores (si existieran) no son fuente de Derecho*) es una excusa para justificar la orientación de la decisión hacia ciertos intereses y fines aviesos, que no van con la independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional, características esenciales para legitimar la actuación de los tribunales constitucionales.

2. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El problema de si entre el Derecho y la moral existe una relación conceptual, necesaria o lógica, se ha enfocado desde tres puntos de vista (los más importantes) y estos han sido defendidos por algunos destacados iusfilósofos.

Las tesis que sostienen estos tres puntos de vista son:

- a) La tesis de la separación entre Derecho y moral (positivismo exclusivo);
- b) La tesis de la discusión moral pre-normativa (positivismo inclusivo) y;



c) La tesis de la vinculación entre Derecho y moral.

Analizaremos las teorías de los pensadores más representativos de cada una de dichas posturas.

2.1 LA TESIS DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL (EL POSITIVISMO EXCLUSIVO DE HANS KELSEN)

Hans Kelsen, es el referente de la teoría del Derecho contemporánea en general y del positivismo jurídico en particular.

Los autores que precedieron a Kelsen (Savigny, Austin, Ihering, Jellinek), escribieron obras de suma importancia, pero la teoría del Derecho de Kelsen no se ha logrado eliminar de las discusiones contemporáneas y se puede sostener que todas las teorías actuales del Derecho tienen como punto de partida la Teoría Pura del Derecho. En otras palabras, desde Kelsen, las teorías posteriores del Derecho mantienen un constante diálogo con él, con excepción de la teoría del Derecho anglosajona, tanto la positivista (Hart, Raz), como la no positivista (Fuller, Dworkin), pero ello es natural, dados los orígenes de la cultura anglosajona.

En la obra de Kelsen se encuentran los rasgos predominantes que caracterizan a las teorías positivistas del Derecho.



El primer rasgo, muy importante por cierto, de la teoría de Kelsen, es el vínculo entre positivismo jurídico y no cognoscitividad ética; también llamado último escepticismo o relativismo ético. Este vínculo o relación está presente en todas las teorías del Derecho positivistas, aunque en distinto grado.

En Kelsen el vínculo descrito resulta claro, al contrario de Hart o de Raz, cuyas teorías nunca aclararon de manera definitiva su opinión a este respecto y sería difícil calificarlos de relativistas. Resultan más claras sin embargo, las posturas de Bentham y de Austin, creadores el primero, del utilitarismo ético y el segundo, del positivismo jurídico anglosajón.

Resulta de alguna manera manifiesto que, el no cognoscitividad ética o relativismo ético, ha sido la postura que predomina en los positivistas jurídicos y por supuesto, en Kelsen.

El no cognoscitividad kelseniano considera que los juicios de valor, en lugar de ser el fundamento que justifica el contenido de las normas jurídicas, son derivados de ellas, y que las normas jurídicas no son más que el resultado de la voluntad del legislador y no de un previo juicio de valor.



Kelsen manifiesta que las normas jurídicas “constituyen el fundamento de los juicios de valor”.¹¹¹ En ese sentido, cada una de las normas es “el sentido de querer, de un acto de voluntad”.¹¹²

Kelsen también se pronuncia sobre la distinción entre juicio de valor y norma: “el pensar, cuyo sentido es una aserción, y el querer, cuyo sentido es una norma, son dos funciones psíquicas distintas”.¹¹³ De esta distinción, el concepto de razón práctica se plantea como una contradicción: “una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción autocontradictoria de razón práctica”.¹¹⁴

Planteada la razón práctica como una contradicción, la justicia absoluta deviene en “un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre”.¹¹⁵

Kelsen entiende por *justicia absoluta*, la idea de que si una norma es justa, la norma que la contradiga es injusta, es decir, un juicio que afirme la imposibilidad de la justicia de una norma con sentido opuesto.

¹¹¹ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 31.

¹¹² Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS. *Op. cit.* Pp. 4.

¹¹³ *IBIDEM.* Pp. 256.

¹¹⁴ Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA. Citado por: Díaz, Elías (Editor). JUSTICIA Y DERECHO NATURAL. En: CRÍTICA DEL DERECHO NATURAL. Editorial Taurus. Madrid. 1966. Pp. 119.

¹¹⁵ Kelsen, Hans. QUE ES JUSTICIA. Editorial Ariel. Barcelona. 1982. Pp. 58.



Ruiz Manero enuncia un ejemplo para ilustrar el sentido de la idea de *justicia absoluta*: “Quiero decir que si alguien afirma que la igualdad de trato entre hombres y mujeres es justa, tal juicio involucra que la subordinación de las segundas a los primeros es injusta”.¹¹⁶

Kelsen manifiesta que si alguien enuncia el primer juicio con la pretensión de involucrar al segundo, estaría pretendiendo algo de imposible justificación, un ideal irracional, pues “desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses y la solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento de otro o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. Es imposible demostrar que solo una de las dos soluciones es justa”.¹¹⁷

Manifestado en palabras distintas, lo que Kelsen quiere decir es que las apelaciones a la justicia son vacías y por tanto, estériles al momento de darle solución a los desacuerdos entre los ciudadanos en referencia a cómo deben regularse las relaciones entre éstos.

Dado por supuesto lo anterior y suponiendo que los fines últimos del Derecho sean la paz social y la seguridad, se necesita que la característica vinculante del sistema de normas que le otorga al poder público el monopolio de la coacción, no

¹¹⁶ Ruiz Manero, Juan. EL LEGADO DEL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Temis. Bogotá. 2014. Pp. 17.

¹¹⁷ Kelsen, Hans. QUE ES JUSTICIA. *Op. cit.* Pp. 58-59.



dependa de su conformidad con algún canon de justicia, cuya fundamentación será imposible siempre.

Integrado lo expuesto, positivismo normativo y no cognoscitivismo ético se encuentran inescindiblemente unidos.

Al rechazar el *oxímoron* de la razón práctica, la eficacia del Derecho para garantizar la paz social y la seguridad depende directamente de que la obligatoriedad de sus normas no se encuentre subordinada a fuentes meta-jurídicas de corrección moral y, de que, por la misma causa, la característica principal de las normas sea el hecho de ser tan descriptivas y precisas como sea posible, tanto del caso que regulan como de la conducta que prohíben, ordenan o permiten.

En la misma línea de Kelsen, quien considera que las apelaciones constitucionales o legislativas a “la equidad, la libertad, la igualdad (...) significan únicamente (...) que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la constitución y la ley”¹¹⁸, se manifiesta Ferrajoli, declarando que los textos constitucionales deberían hacer “uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la

¹¹⁸ Kelsen Hans. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (La Justicia Constitucional). En: Kelsen, Hans. ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO. Editorial Debate. Madrid. 1988. Pp. 142.



jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanto de una como de otra”.¹¹⁹

2.2 LA TESIS DE LA DISCUSIÓN MORAL PRE-NORMATIVA (EL POSITIVISMO INCLUSIVO DE JOSEPH RAZ)

Joseph Raz se manifiesta sobre los distintos argumentos acerca de la autonomía del razonamiento jurídico para llegar a dos conclusiones con respecto a las relaciones entre el razonamiento moral y el razonamiento doctrinario judicial. Manifiesta Raz: “He rechazado la tesis fuerte de la autonomía del razonamiento jurídico. Éste constituye una instancia del razonamiento moral. Las doctrinas jurídicas desarrolladas por los tribunales están justificadas solo en tanto sean moralmente justificadas, y solo deben cumplirse si es moralmente correcto hacerlo”.¹²⁰

Manifiesta Raz que los sistemas jurídicos de distintos países, con sus doctrinas acerca del equilibrio de poderes de los diferentes órganos del gobierno, establecen múltiples supuestos, e incluyen otros principios con respecto a los casos en los cuales los tribunales están moralmente justificados o incluso obligados a apartarse de la doctrina judicial anterior si es contraria a la moral, y los

¹¹⁹ Ferrajoli, Luigi & Ruiz Manero, Juan. DOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO. Una Conversación. Editorial Trotta. Madrid. 2012. Pp. 83.

¹²⁰ Raz, Joseph. LA AUTONOMÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: LA ÉTICA EN EL ÁMBITO PÚBLICO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2001. Pp. 362.



casos en que los tribunales deben dejar la reforma de la doctrina judicial a los cuerpos del gobierno.

Estos principios de separación de poderes, a criterio de Raz: “(...) determinan la visión oficial del equilibrio correcto –v.g. moralmente correcto– entre la moral y la doctrina judicial, cuando están en conflicto”.¹²¹

En opinión de Raz, al razonar según el Derecho, los tribunales deben guiarse por tales principios, que constituyen principios morales, aunque puedan ser erróneos. Así, el razonamiento jurídico constituye una instancia del razonamiento moral, aunque en ocasiones puede ser moralmente incorrecto, o se base en principios jurídicos moralmente irregulares.

No obstante lo expresado por Raz, su conclusión pareciera ser coincidente con la de Hart, en el sentido de que la regla de reconocimiento constituye un mínimo de moralidad, es decir, que la discusión moral sin embargo, es, en última instancia, pre-normativa: “Cuando se agota la moral, sin embargo, los requisitos de la conducta institucional correcta impiden a los tribunales basarse en sus gustos o preferencias personales. Para evitarlo, deben basarse en razones artificiales. En tales casos, la doctrina judicial desarrollada por los tribunales cobra vida propia.

¹²¹ *IBIDEM*. Pp. 363.



Existe de manera relativamente independiente de las consideraciones moral en el lugar de estar obligada a reflejarlas. Dentro de estos límites, el razonamiento jurídico es autónomo. Cuán amplia sea esta autonomía depende del grado en que la moral se agote, y los tribunales se vean enfrentados con opciones inconmensurables”.¹²²

En otras palabras, lo que Raz manifiesta es que la moral tiene un límite, y el límite lo constituyen las normas jurídicas, por lo tanto, la discusión moral es simplemente pre-normativa y es a través de la regla de reconocimiento como se incluye ese mínimo de moralidad en lo que la práctica social reconoce como “Derecho”, dado que, una vez la voluntad manifestada por la regla de reconocimiento se convierte en jurídica, no puede reflejar consideraciones morales y el razonamiento jurídico adquiere autonomía.

2.3 LA TESIS DE LA VINCULACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL (LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN MORAL DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY).

Robert Alexy es partidario de la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y Moral.

¹²² *IBIDEM*. Pp. 363.



En opinión de Alexy, del hecho de que todos los sistemas jurídicos, a partir de un mínimo estadio de desarrollo, necesariamente contengan normas con la estructura de principios no se sigue que exista una conexión necesaria entre derecho y moral. El hecho de que en todos los sistemas jurídicos del tipo de Estado de derecho democrático estén incorporados los principios fundamentales de la moderna moral del derecho y del Estado, no fundamenta ninguna conexión necesaria entre derecho y moral.

Todo positivista, dice Alexy, puede decir que la incorporación de estos principios se basa en el derecho positivo. En una afirmación radical, podría decirse que siempre es una cuestión del derecho positivo el que los principios que pertenecen a un sistema jurídico creen o no una conexión entre derecho y moral.

Para tratar de contra-argumentar a lo expuesto, manifiesta Alexy: “(...) hay que distinguir entre dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: una débil y otra fuerte. En su versión débil, esta tesis dice que existe una relación necesaria entre el derecho y alguna moral. Según la versión fuerte, existe una conexión fuerte entre el derecho y la moral correcta. Aquí habrá de interesar, por lo pronto, solo la versión débil. Se trata, pues, de la tesis según la cual la



presencia necesaria de principios en un sistema jurídico conduce a una conclusión necesaria entre el derecho y la moral. Esta tesis será llamada tesis moral”.¹²³

La tesis moral es válida, manifiesta Alexy, si entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección siempre se encuentran algunos que pertenecen a alguna moral. En los casos dudosos, de lo que se trata según Alexy, es de encontrar una respuesta a una cuestión práctica que no puede obtenerse inequívocamente del material dotado de autoridad previamente dado.

En la tesis de Alexy, solucionar una cuestión práctica en el ámbito del derecho significa decir qué es lo debido. Quien quiera decir qué es lo debido sin que pueda apoyar su decisión exclusivamente en decisiones de una autoridad tiene que tomar en cuenta todos los principios relevantes si quiere satisfacer la pretensión de corrección. Pero, entre los principios relevantes para la solución de una cuestión práctica se encuentran siempre también aquellos que pertenecen a alguna moral. Estos principios no necesitan ser tan abstractos como los de la libertad o los del Estado de derecho. A menudo son relativamente concretos, como los de la protección de la confianza o los de la protección del medio ambiente. Por lo que respecta a su contenido, pueden también ser muy diferentes

¹²³ Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2008. Pp. 79.



de los principios de un Estado democrático de derecho; tal es el caso del principio de la no discriminación racial. Lo único que importa aquí dice Alexy, es que estos principios son siempre, al mismo tiempo, principios de alguna moral, sea ésta correcta o no.

En opinión de Alexy, un positivista podría objetar que esto es compatible con su teoría. El positivismo subrayaría justamente, dice Alexy, que en casos dudosos el juez tiene que decidir sobre la base de pautas extrajurídicas, lo que incluiría la decisión sobre la base de principios morales. Pero, con esto no toca el punto decisivo. Este consiste, primero, en que los principios, de acuerdo con la tesis de la incorporación, son necesariamente elementos constitutivos del sistema jurídico y, segundo, de acuerdo con la tesis moral, incluyen necesariamente algunos que pertenecen a una moral.

Destaca Alexy que: “Esta doble característica, la necesaria pertenencia simultánea al derecho y a la moral, significa que la decisión del juez en los casos dudosos tiene que ser interpretada de manera diferente a como se hace en las teorías positivistas. Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas. Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones



morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas”.¹²⁴

Con la exposición anterior, Alexy cree haber probado que el argumento de los principios conduce a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral. Sin embargo, el mismo Alexy manifiesta que la objeción sugiere que esto es poco, pues cuando se habla de una conexión necesaria entre derecho y moral, lo que por lo general se quiere decir es que existe una conexión necesaria en el derecho y la moral *correcta*.

Esta afirmación, según el mismo Alexy, valdría especialmente para la perspectiva del participante. Efectivamente, esta objeción afectaría al no positivista si el argumento de los principios no lograra establecer ninguna conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. La tesis de la corrección afirma que tal es el caso, en tanto esta es el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios.

La tesis de la corrección no plantea dificultad alguna, dice Alexy, cuando los principios del derecho positivo tienen un contenido que es exigido o, al menos, está permitido moralmente. Como ejemplos, Alexy propone los seis principios

¹²⁴ *IBIDEM*. Pp. 80.



básicos de la Ley Fundamental alemana, es decir, los de la dignidad humana, la libertad, de la igualdad, del Estado de derecho, de la democracia y del Estado social.

En tanto mandatos de optimización, estos principios exigen su realización más amplia posible. Conjuntamente exigen la realización aproximada de un ideal jurídico, es decir, el ideal del Estado de derecho democrático y social. Cuando estos principios o sus numerosos sub-principios son relevantes en un caso dudoso, el juez está jurídicamente obligado a llevar a cabo una optimización referida al caso concreto. Y de lo que ahí se trata, afirma Alexy, es de dar una respuesta a una cuestión jurídica que, por su contenido, también es una cuestión de la moral política. Al menos una parte de los argumentos con los cuales el juez fundamenta el resultado de su ponderación tiene, por su contenido, el carácter de los argumentos morales.

De ahí se sigue, dice Alexy, que la pretensión de corrección necesariamente vinculada con la decisión incluye una pretensión de corrección moral. En esta medida, en sistemas jurídicos cuyos principios jurídico-positivos tienen un contenido moralmente exigido o al menos moralmente admisible, existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral *correcta*.



La tesis de Alexy tiene el problema de, por un lado, contener un iusnaturalismo oculto en los mandatos de optimización que él llama *principios*, que para *mandatos* necesitarían tener una estructura semántica distinta y, por otro lado, que para hablar de una moral *correcta* necesitaríamos obligadamente un *parámetro de corrección* con el cual comparar las distintas morales, parámetro inexistente ya que no se conocen hasta hoy, morales objetivas.

Hemos examinado en este apartado, las tres posiciones más destacadas en la doctrina, sobre la relación entre Derecho y moral y, trasladando el problema al ámbito constitucional, surge la pregunta sobre si existe una relación necesaria, lógica o conceptual entre Constitución y moral. La respuesta, si la existiera de manera irrefutable, no diferiría de la que tendría que darse en los ámbitos aquí examinados.

Para empezar, podemos preguntar, ¿cuál de las tres teorías examinadas sobre la relación entre Derecho y moral es verdadera?; la respuesta a nuestro juicio, dependerá de si los jueces que integran los tribunales constitucionales se comportan, en su actuar, es decir en sus fallos o sentencias, de la manera como alguna de las tres teorías describe.

Examinando la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, es decir, confrontando las teorías con los hechos, consideramos que Hart ya había respondido la pregunta, al afirmar que los jueces, a veces hacen una cosa y a



veces hacen otra y que en todos los casos se trata de una ilusión, ¿de ilusión?, Kelsen ya había respondido al decir que, de la ilusión de la seguridad jurídica.

Si quisiéramos responder la pregunta acerca de si la denominada *axiología constitucional* posee particularidades con respecto de la axiología en el ámbito ordinario, la respuesta tendría que ser negativa. Pues si se afirmase la existencia de los valores (que no puede ser fundamentada), la materia y la posición jerárquica de los textos normativos no pueden significar ninguna diferencia entre los juicios de valor que se pudieran enunciar tanto en el ámbito ordinario como en el constitucional.

3. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN SU PRETENSIÓN DE IMPONER UNA “INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN”

De la lectura de la teoría neoconstitucionalista, puede inferirse la propuesta de una interpretación axiológica de la Constitución, como actitud opuesta a la interpretación iuspositivista.

Tal oposición tiene su punto de partida en la denominada *teoría mixta de la interpretación*, planteada por H.L.A. Hart: “Lo que propongo en mi libro es que las reglas y principios jurídicos identificados de manera general por los criterios que



ofrece la regla de reconocimiento, poseen a menudo lo que he llamado ‘teoría abierta’, de tal manera que cuando se trata de establecer si una regla determinada es o no aplicable a un caso particular, el Derecho no da respuesta en un sentido u otro y, en consecuencia, demuestra ser en parte incierto. Estos no son simplemente ‘casos difíciles’, discutibles en el sentido de que juristas razonables e informados pueden discrepar respecto de cuál es la respuesta jurídicamente correcta, sino que en estos casos el Derecho es fundamentalmente ‘incompleto’, puesto que no proporciona respuesta alguna a las cuestiones en juego. Estos casos no están reglamentados jurídicamente y para pronunciarse al respecto los tribunales deben ejercitar la función creadora de Derecho de tipo restringido que yo llamo ‘discreción’”.¹²⁵

Por teoría mixta de la interpretación se entiende la tesis según la cual, la interpretación a veces es el resultado de un proceso cognitivo y a veces el resultado de una decisión discrecional.

De esta teoría entonces, puede inferirse que pueden en la práctica jurídica, existir *casos típicos*, en los que el intérprete puede *descubrir* el significado de un texto normativo y *casos marginales*, para los cuales la aplicación de las normas es discutible.

¹²⁵ Hart, H.L.A. POSTSCRIPT. Citado por: Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 120.



Atendiendo a la teoría mixta, solo en los casos marginales, los intérpretes emplean su discrecionalidad, debido a que han agotado todos los métodos interpretativos de tipo cognitivo y las dudas sobre la aplicabilidad de las normas al caso, persisten.

Estas dudas, no tienen que ver con los hechos sino con la incertidumbre de la significación del texto normativo en relación con ellos.

Para resolver un caso *marginal*, el intérprete debe decidir si está obligado a *asignar* un sentido a la norma, que hasta ese momento no le había sido asignado, en virtud de que la decisión no puede determinarse por la significación lingüística del texto normativo.

La conclusión de todo esto, sería la tesis de que la “interpretación jurídica, incluso la interpretación constitucional, no es específica, ni posee particularidades respecto a otros tipos de interpretación. No sería relevante para esta teoría, distinguir entre tipologías de intérpretes y entre tipologías de textos, porque lo que sustenta la teoría de la interpretación, no son los hechos sino el significado de los textos”.¹²⁶

¹²⁶ Moreso, J.J. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. Pp. 75



La crítica neoconstitucionalista se opone tanto a la subsunción como a la discrecionalidad de la teoría mixta.

Las críticas a la subsunción se oponen a que la interpretación se agote en ella y manifiestan que los principios, esencialmente, los constitucionales no se prestan a la interpretación subsuntiva y que en cambio, deben ser balanceados o ponderados. En el caso de los principios, el conflicto se resolvería con soslayar el principio de menor peso o menor fuerza, únicamente para el caso concreto, no de manera general para todos los casos y de esa manera, el principio permanece íntegro en su validez jurídica.

Los principios tendrían entonces una naturaleza de “estándares morales positivados” y ello permitiría, en cada caso concreto, asignar mayor peso a alguno de ellos respecto a los otros. Según la teoría neoconstitucionalista, ello sustraería a las ponderaciones y a las valoraciones del ámbito textual e impediría una aplicación mecánica.

Los principios responderían a criterios interpretativos *dúctiles*, que no permitirían la mecanización interpretativa, este sería el principal elemento de especificidad de la interpretación constitucional.

Las críticas a la discrecionalidad de la teoría mixta, realizadas por la teoría neoconstitucionalista manifiestan por su lado, que los casos marginales de la



teoría mixta no corresponden a los casos difíciles del neoconstitucionalismo que en los casos marginales, el intérprete resuelve el caso *discrecionalmente*.

Prieto Sanchís manifiesta que: “el neoconstitucionalismo sostiene que en la solución de los casos difíciles no puede haber subsunción porque entran en juego los principios que han de ser balanceados y pesados, pero una vez que el principio ha sido identificado, entonces sí, el intérprete procederá a la subsunción del caso bajo dicho principio. Con las reglas, en cambio, se procede enseguida mediante la subsunción, dado que en este caso el significado estaría íntegramente determinado y no dependería de la actividad interpretativa. Debe advertirse que si bien puede decirse que la técnica del balance es propia de los Tribunales Constitucionales, es cada vez más utilizada también por jueces ordinarios, con particulares consecuencias, a medida que progresa el proceso de constitucionalización”.¹²⁷

El neoconstitucionalismo argumenta que un caso es *difícil* porque presenta problemas, en algún sentido, morales o políticos, problemas que no tienen que ver solamente con el uso de las palabras, razón por la que, desde ese punto de vista, no se puede reducir la interpretación a la subsunción en los casos difíciles. Los casos difíciles entonces, según la teoría neoconstitucionalista, no son simples casos marginales. Los casos difíciles son situaciones en las que las reglas

¹²⁷ Prieto Sanchís, Luis. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1997. Pp. 40



semánticas no podrían, en todo caso, ayudar al intérprete, porque el problema que plantean no es de tipo semántico sino de tipo moral y/o político.

A lo manifestado en el párrafo anterior, contraponemos que, la solución de un conflicto constitucional no puede ser de índole moral o política, simplemente porque ni la moral ni la política son fuentes de Derecho constitucional. Si bien el Derecho es un mínimo de moralidad, el Derecho no es la moral, si bien la Constitución contiene materia política, el Derecho no es la política. La solución a cualquier conflicto constitucional debe necesariamente ser jurídica, aunque la sentencia provoque que los afectados emitan juicios morales o tenga consecuencias políticas, o ambas cosas.

La propuesta neoconstitucionalista de que se debe realizar una *interpretación axiológica* de la Constitución “es la de abandonar sea la tesis mixta de la interpretación o la tesis de la separación entre derecho y moral y entender los principios como principios morales completamente integrados en el discurso jurídico”.¹²⁸

Según esta propuesta, en la ponderación, el intérprete constitucional no se arroga la función de legislador, sino de *árbitro*, que realiza un *balance* entre exigencias de justicia opuestas. Esto hace que en la ponderación, se soslaye la mera interpretación textual y la importancia se centre en la justificación de la decisión,

¹²⁸ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 135.



es decir, en un discurso argumentativo convincente, aunque posiblemente a favor del contenido del texto normativo, pues no se discute la significación de los textos normativos que contendrían los derechos en juego, sino las razones por las cuales favorecer a una u otra parte en el proceso. Tampoco permitiría distinguir derechos de intereses, pues el objetivo es, simplemente, solucionar el conflicto constitucional.

4. CRÍTICA RACIONAL A LA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN PLANTEADA POR EL NEOCONSTITUCIONALISMO

La propuesta de una interpretación axiológica de la Constitución, propia del neoconstitucionalismo, a nuestro entender, está plagada de confusiones jurídicas y epistemológicas, las cuales, sin agotar el repertorio, trataremos de exponer a continuación.

En primer lugar, debemos destacar las dificultades epistemológicas que surgen del acceso a la cognoscibilidad de las teorías axiológicas ya discutidas en el presente capítulo. Simplemente no se ha demostrado la existencia de los valores, pese a los esfuerzos realizados por quienes defienden tal tesis, sin perjuicio de que, como pudimos analizar, la implementación jurídica de una teoría de los valores es sumamente peligrosa por su indiscutible contenido utilitarista, propio de los regímenes dictatoriales o autocráticos y, además, existen otras teorías éticas –que



no desarrollamos aquí por no ser ese el objeto del presente trabajo— explican la obligación moral sin tener que recurrir necesariamente a la noción de *valor*.

En segundo lugar, en los ámbitos del lenguaje vulgar y coloquial y, aunque parezca extraño, aun en algunos ámbitos intelectuales, incluso en algunos Tribunales Constitucionales o de otra alta jerarquía, se desconocen tales teorías y se habla de valores como si fueran —parafraseando a Pozzolo— *objetos puestos a la vista de todos*; cuando ni si quiera se ha podido definir el concepto de “valor”.

Otro de los errores que se comenten en tales ámbitos, es confundir los valores con *virtudes morales* como la honradez, la rectitud, la honorabilidad, etc., de tal manera que se manifiesta que si un hombre es honrado, recto u honorable, se dice que *tiene valores*. Esta confusión se comete incluso con el término “justicia”. Se dice por ejemplo, que “la justicia es un valor”, sin saber siquiera por qué al término justicia se le agrega el calificativo “valor”. ¿Por qué la justicia es un valor?, si ni siquiera podemos definir el concepto de valor y tampoco se ha podido definir el concepto de “justicia”, basta con examinar la historia de la filosofía moral para verificarlo.

Algunas posiciones teóricas defienden que las dificultades lingüísticas no son obstáculo para acceder al conocimiento de los hechos. De acuerdo, pero en primer lugar habría que discutir si los valores son hechos cognoscibles, y en



segundo lugar, recordemos además, que la importancia del lenguaje consiste en que es el medio para comunicarnos y, “si se procede honestamente no se puede forzar un texto haciéndole decir lo que no dice”¹²⁹, por tal razón, y especialmente para el Derecho, el uso correcto del lenguaje y la claridad de dicho uso, son esenciales. En palabras de Pozzolo: “Presupuesto imprescindible para cualquier tipo de análisis creo que es la claridad”.¹³⁰ Valadés, por su parte, manifiesta que: “(...) la precisión en el enunciado normativo de los instrumentos de control tiene una consecuencia importante”.¹³¹

Por lo tanto, a nuestra consideración, la significación que se le asigne a la frase “axiología constitucional” puede conducirnos por caminos peligrosos.

Empezaremos por ratificar lo que ya se expuso en este trabajo: la moral no es el Derecho; la política tampoco; de lo contrario, ¿cómo distinguimos a la moral del Derecho?; ¿Cómo distinguimos a la política del Derecho? El neoconstitucionalismo pareciera no conocer las diferencias.

Por un lado, la crítica neoconstitucionalista al positivismo jurídico, pareciera apuntar hacia un concepto construido específicamente para el caso, pues como se sabe, no existe un positivismo jurídico único, sino distintos tipos de

¹²⁹ Saavedra, Modesto. PODER JUDICIAL, INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y CRITERIOS DE LEGITIMIDAD. En: Carbonell, Miguel (Coordinador). JUECES Y DERECHO, PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS. Editorial Porrúa-UNAM. México. 2004. Pp. 205.

¹³⁰ Pozzolo, Sussana. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. *Op. cit.* Pp. 196.

¹³¹ Valadés, Diego. EL CONTROL DEL PODER. Editorial Porrúa-UNAM. México. 2006. Pp. XXI.



iuspositivismos, y el neoconstitucionalismo nada dice acerca de esta tipología. En este sentido, la descripción del Derecho tendría un contenido idealista.

Por otro lado, el neoconstitucionalismo pretende legitimar la legalidad de las normas jurídicas, proponiendo que dicha legitimidad únicamente puede reconocerse si el sistema jurídico es estático, y niega la legitimidad de las normas jurídicas de un sistema dinámico. Aquí, al hablar de estático y dinámico, nos referimos, naturalmente, a la concepción kelseniana de “sistema normativo dinámico y estático”.¹³²

Un sistema normativo es dinámico, según Kelsen, cuando la validez de la norma inferior se fundamenta en una delegación de autoridad contenida en una norma superior, para la creación de la inferior. Como ejemplo de sistema normativo dinámico, Kelsen señala al ordenamiento jurídico. En ese sentido, según Kelsen, una norma jurídica puede tener cualquier contenido menos lo necesario y lo imposible.

Un sistema normativo es estático según Kelsen, cuando la validez de la norma inferior se basa únicamente en que su contenido coincide o concuerda con el contenido de la norma superior. Como ejemplo de sistema normativo estático, Kelsen señala a la moral. En ese sentido, agrega, las normas morales serán

¹³² Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. (Edición de 1960). Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 203-205.



legítimas (justas) siempre que su contenido se derive directamente de una superior también justa.

Examinemos la postura de Kelsen respecto de la interpretación normativa. Él destaca que la interpretación realizada en el marco de una disposición normativa nunca es total, que el texto normativo siempre deja un margen de discrecionalidad al intérprete: “En todos estos supuestos la norma que hay que aplicar constituye un marco dentro del cual se ofrecen varias posibilidades de ejecución que son conformes con la norma siempre que se mantengan dentro de dicho marco, esto es, si lo completan en alguno de los sentidos posibles”.¹³³

Consecuente con lo anterior, Kelsen manifiesta que: “Entiendo por interpretación la fijación del contenido de la norma aplicable, el resultado de esa actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y, por consiguiente, el conocimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco. En consecuencia, la interpretación de una ley no tiene por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable pero, sin embargo, tan solo una de ellas se convertirá en derecho positivo por medio del acto que dicte la sentencia judicial. Que una sentencia judicial se fundamenta en la ley, significa en verdad que tan solo se mantiene dentro del marco que la ley representa, no significa que

¹³³ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. (Edición de 1934). Editorial Trotta. Madrid. 2011. Pp. 104.



dicha sentencia sea 'la' norma individual; es tan sólo 'una' de las normas individuales posibles dentro del marco de la norma general".¹³⁴

Kelsen niega entonces, la teoría de Dworkin sobre *la única respuesta correcta*, y si bien su teoría no se enmarca dentro de una discrecionalidad en sentido fuerte, deja claro que cierta discrecionalidad del juez es *ineliminable*. De forma pues que, la postura del neoconstitucionalismo de negar la derivación de normas según un sistema dinámico y pretender fundamentar su legitimidad en un sistema estático, es simplemente una postura ideológica.

No obstante ello, la discrecionalidad en sentido débil kelseniana, es negada por el neoconstitucionalismo, para quien no puede haber discrecionalidad en la lectura axiológica de la Constitución ya que ésta debe ser necesariamente una interpretación "dúctil" que debe realizarse por medio de la ponderación.

Pero al examinar de manera profunda la propuesta neoconstitucionalista sobre la ponderación, pareciera que Guastini tiene razón cuando se manifiesta sobre los denominados en la doctrina *problemas específicos* de la interpretación constitucional: "Analizando los problemas (y las respuestas), nos damos cuenta fácilmente de que los problemas en cuestión, en rigor, no son verdaderos problemas de interpretación. Son sobre todo problemas de 'teoría' o de dogmática constitucionales. En el siguiente sentido: en primer lugar, no se refieren a la

¹³⁴ *IBIDEM*. Pp. 104.



atribución de significado a alguna disposición constitucional determinada; segundo lugar, su solución depende enteramente de las diversas doctrinas jurídicas (relativas, por ejemplo, al concepto mismo de constitución) y políticas (relativas, por ejemplo, al valor y a la función política de la constitución) que contienen en el campo de la cultura jurídica”.¹³⁵

Lo expuesto en el párrafo inmediato precedente, lleva a la conclusión de que la oposición neoconstitucionalista a la *subsunción*, la cual se manifiesta en la ponderación, se refiere más bien a la aplicación de la Constitución y no propiamente a su interpretación. Ello, naturalmente, le permitiría al intérprete constitucional, la introducción de elementos morales e ideológicos para “decidir” y no para subsumir.

Si el intérprete constitucional asume como premisa mayor del silogismo que justifica la decisión constitucional un juicio de valor, una toma de posición moral hipostasiada a las normas constitucionales, termina adoptando una posición cognoscitivista ética, o bien podría ser ideológica o política, saliéndose del ámbito jurídico para ingresar en ámbitos morales o políticos; y subordina las normas jurídicas a un orden –moral, político o ideológico— independiente del Derecho, acción que en definitiva, viola el principio de unidad del ordenamiento jurídico porque el intérprete constitucional se convierte en legislador sin tener tal facultad, ya que, si nos tomamos en serio el significado del texto normativo constitucional

¹³⁵ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 94.



que obliga a la división de poderes, la facultad de legislar es exclusiva del legislativo.

Lo afirmado en párrafo anterior es ratificado por Pozzolo de la siguiente forma: “Finalmente, la técnica de la ponderación debe tenerse presente en la construcción del modelo neoconstitucionalista. Por un lado, al ampliar el uso de los principios se inserta en la perspectiva anti-formalista del neoconstitucionalismo y contemporáneamente contribuye a dar fundamento a la tesis que niega la discrecionalidad iuspositivista del intérprete. Por otro lado, se adapta bien a una teoría de la interpretación que incluye la correlación de normas jurídicas a un orden de valores independiente del Derecho. En suma, adoptando esta técnica (no sólo de interpretación sino, a mi parecer, también de aproximación al Derecho) la doctrina se ve facilitada de asumir la tarea de respaldar la práctica del Derecho y, por tanto, de participar en la construcción del propio Derecho”.¹³⁶

¹³⁶ Pozzolo, Sussana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 147.



CAPÍTULO V

HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Algunos problemas sobre la interpretación constitucional

1. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Generalmente, el texto de las Constituciones no establece cómo se deben interpretar tales documentos, si así lo establecieren, las operaciones interpretativas tendrían que realizarse de conformidad con dichas reglas dado su carácter vinculante y de suprema jerarquía normativa.

En el sentido de lo afirmado en el párrafo precedente, lo que se ha elaborado por parte de los cultivadores del Derecho constitucional son *teorías* o *doctrinas* (entendemos aquí la distinción entre teoría y doctrina en que la primera trata de describir la hermenéutica constitucional *tal cual* es mientras que la segunda constituye alguna *ideología* de la hermenéutica constitucional) acerca de cómo se debe interpretar el texto de las Constituciones.

Estas teorías o doctrinas sobre la interpretación constitucional, no constituyen un conjunto uniforme, claramente definido o formulado, de directrices o principios genéricos. Algunas coinciden en algunos tópicos y divergen en otros, y otras hasta se contradicen.



Por otro lado, algunas teorías sobre la interpretación constitucional proponen que denominan *métodos o técnicas* para interpretar el texto de la Constitución, preguntarse si distintos métodos pueden llegar al mismo resultado, lo que generalmente no es así.

De manera que, en materia de *teorías, doctrinas, métodos y técnicas* de interpretación del texto de la Constitución, propuestos por diferentes estudiosos del Derecho Constitucional no puede hablarse de *criterios inequívocos* que permitan decidir, cada vez, qué principios integran ese orden.

Aunado a esto, surge el problema de la ubicación epistemológica de las teorías y doctrinas sobre la interpretación del texto constitucional. ¿Cómo sabemos si una teoría o doctrina acerca de la interpretación del texto de la Constitución es verdadera o por lo menos verosímil? Es decir, si debemos aceptarla como la más adecuada a la realidad y libre de influencias distorsionantes e ideologías.

Toda teoría se pretende verdadera; esta afirmación obtiene su razón suficiente en el hecho de que, devendría en un absurdo que un cultivador de una teoría manifestase: *esta es mi teoría sobre la interpretación del texto de la Constitución pero es una teoría falsa*. Por lo tanto, el punto de partida de toda teoría es su pretensión de verdad.



Las teorías se manifiestan o se dan a conocer por medio de su *dogmática*. La dogmática, a su vez, se manifiesta por medio de postulados, principios y axiomas y estas formas lingüísticas se expresan por medio de conceptos, juicios y raciocinios, los cuales tienen como envoltura verbal los términos o palabras, las proposiciones y los argumentos o razonamientos (esta distinción pertenece a la lógica formal, por ello Guastini¹³⁷ distingue entre norma y texto ya que un postulado de la lógica formal expresa que los juicios se componen de conceptos y las proposiciones de palabras o términos y, en ese sentido, las proposiciones constituyen la envoltura verbal de los juicios).

Las palabras o términos no pueden ser verdaderos ni falsos ni tampoco los sincategoremas que las unen; pero las proposiciones sí pueden calificarse de verdaderas o falsas, pues éstas no son normas, ya que ni otorgan derechos, ni confieren facultades ni imponen deber jurídico. Simplemente juzgan afirmando o negando algo de algo.

Esto nos conduce al problema lógico de que, cuando dos o más proposiciones que manifiestan el contenido de alguna teoría sobre la interpretación del texto de la Constitución se contradicen, no pueden ambas ser verdaderas. Lo mismo se aplica a los argumentos que contienen raciocinios acerca de la interpretación del texto de la Constitución.

¹³⁷ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 32.



Por otro lado, las teorías acerca de la interpretación del texto de la Constitución, además de pretenderse verdaderas, tienen *pretensión de universalidad*, ya que, de lo contrario, no podrían aplicarse a todos los casos de interpretación del texto de la Constitución; si así fuera, es decir, si solo fuesen aplicables a algunos casos y a otros no, su categoría de teoría verdadera o por lo menos verosímil y universal, no sería tal.

Dicha *pretensión de universalidad*, únicamente puede expresarse por medio de proposiciones Tipo A, en el siguiente sentido:

Generalmente utilizamos en el lenguaje, cuatro tipos de proposiciones para expresar teorías que sean asequibles a la inteligibilidad (proposiciones desde el punto de vista de la cualidad y de la cantidad):

- A – Universal afirmativa- TODO S ES P
- E - Universal negativa- NINGÚN S ES P
- I - Particular afirmativa- ALGÚN S ES P
- O - Particular negativa - ALGÚN S NO ES P

Toda teoría de la interpretación del texto de la Constitución que se pretenda a la vez verdadera y universal, solo puede ser expresada por medio de proposiciones Tipo A.



Naturalmente, estas reglas pueden ser violadas por el intérprete del texto Constitución, atendiendo a que, como intérprete *auténtico*, en el sentido que expresa Guastini: “Pero, cuando nos preguntamos sobre los intérpretes de la Constitución, lo que queremos es identificar a sus intérpretes ‘privilegiados’: a los sujetos cuya interpretación es ‘auténtica’ en sentido kelseniano, o sea la que produce efectos jurídicos”¹³⁸, es aquel que tiene el poder de imponer como obligatoria dicha interpretación, generalmente el intérprete de última instancia de la Constitución, no está sujeto a recaudo alguno; sin embargo, el error no es fuente de Derecho.

Hasta este momento solo hemos planteado algunos problemas de naturaleza lógica y epistemológica pertinentes a la hermenéutica constitucional, falta hacer alusión a problemas jurídicos, políticos y humanos.

Como Kelsen claramente lo explicó, a un ordenamiento normativo solo pueden pertenecer los preceptos que encuentran en la norma suprema la razón de su fuerza obligatoria, lo que necesariamente excluye a cualquiera otro no referible, de manera directa o indirecta, a dicha norma.

Los únicos que, desde el punto de vista del órgano aplicador, valen para él, son los de su propio derecho, o expresado en otras palabras, los que tienen en su norma básica el fundamento de su fuerza vinculante. Pero no se trata solo de los

¹³⁸ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 43.



formulados de modo expreso por los órganos de creación jurídica, sino que son implícitos en las prescripciones vigentes, y de los cuales tales prescripciones resultan actos de aplicación o determinación. Guastini manifiesta que: “(...) todo sistema jurídico está lleno de normas ‘implícitas’, es decir, normas que no corresponden a algún enunciado normativo, debido a que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa (muchos principios generales del derecho pertenecen a esa categoría)”.¹³⁹

Lo expresado en el párrafo anterior se conoce como el principio de *unidad del ordenamiento jurídico*; uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico junto con el de coherencia y el de completitud.

El principio de *unidad del ordenamiento jurídico* puede interpretarse como el hecho de que todas las normas que pertenezcan al ordenamiento jurídico tienen su fundamento de validez, su condición de obligatoriedad o su *razón suficiente* (en el sentido enunciado por Leibniz) en la Constitución.

De esa forma, cualquier fuente de conocimiento constitucional distinta del texto de la Constitución que se pretenda hacer valer por el intérprete como constitucionalmente válida, simplemente rompería la *unidad del ordenamiento jurídico*, ya que de otorgarle tal condición por vía interpretativa, se tendría otro fundamento de validez para las normas del ordenamiento jurídico, al cual, también

¹³⁹ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 32.



deberían referirse directa o indirectamente para fundamentar su validez, obligatoriedad y su razón suficiente.

El problema aquí, es que el intérprete abre la puerta a un problema político, de legitimidad democrática, para lo cual no posee facultad alguna, pues la Constitución le otorga potestad para interpretar su texto, y no para asimilar al mismo otra fuente de conocimiento distinta.

Lo descrito *supra* es, por ejemplo, lo que ocurre con la doctrina francesa del *bloque de constitucionalidad*, la cual, por vía interpretativa, pretende concederle jerarquía constitucional a instrumentos jurídicos que no la poseen, arrogándose entonces el intérprete que la acoja, la función de legislador e intérprete constitucional a la vez. El fundamento de lo erróneo de esta doctrina es simple: determinar la jerarquía constitucional de las fuentes normativas es función del legislador, no del intérprete constitucional.

Otro de los problemas de la hermenéutica constitucional es el constituido y heredado a la tradición constitucional por la IX enmienda de la Constitución de Los Estados Unidos de América, contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este problema es definido por Villabella como “la



perspectiva de los derechos individuales como realidades prejurídicas que necesitan escriturizarse”.¹⁴⁰

Con relación a lo manifestado por Villabella, hay que decir que lo que hace esta manifestación constitucional es consignar explícitamente que si bien se admiten *otros derechos que también son prerrogativas del pueblo* (como lo expresa literalmente la referida IX enmienda), esta admisión es una *incorporación por referencia*, es decir, se necesita que una norma expresa remita al ámbito de dichos derechos no manifestados taxativamente.

García Máynez lo manifiesta de la siguiente forma: “El peligro de la llamada *aequitas cerebrina*, es decir, del arbitrio judicial en cuanto se ejerce aún en menoscabo de la ley, ha sido eliminado desde la aparición del moderno Estado de Derecho, (...) Si hay delegación en favor de los principios generales (...) quedan ipso facto incorporados al sistema del órgano aplicador (...) Pero si tal delegación falta, no es posible admitir la validez simultánea, para el órgano aplicador, de principios implícitos en el derecho estatal y de otros ajenos a éste, que ‘eo ipso’, no podrían, de acuerdo con el postulado de unidad del supremo criterio de validez jurídica, obligarlo en ninguna forma, ni servir de fundamento a sus resoluciones”.¹⁴¹

¹⁴⁰ Villabella, Carlos Manuel. *Op. cit.* Pp. 24.

¹⁴¹ García Máynez, Eduardo. *LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. Op. cit.* Pp. 63.



Esto, sin duda alguna es aplicable a la interpretación del artículo 44 Constitución de Guatemala, en tanto en cuanto, los derechos fundamentales contemplados en ella, necesitan de una norma que imponga tal delegación. Ahora bien, ¿qué requisitos debe satisfacer un *derecho fundamental no contemplado taxativamente en la Constitución*?

Prieto Sanchís provee una respuesta que consideramos admisible: “En sentido positivo, un derecho es universal cuando resulta oponible frente a todos (erga omnes), esto es, cuando el círculo de obligados es universal (...) Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. (...) En suma, este concepto amplio de derechos fundamentales exige conjugar racionalidad e historia: racionalidad porque el consenso alcanzado argumentativamente sustituye al monólogo y quiere ser una realización procedimental de la universalidad; e historia porque la competencia de esta argumentación ya no se circunscribe a un concepto abstracto de humanidad, sino que recoge las necesidades e intereses de los interlocutores, (...) las condiciones de racionalidad impiden que cualesquiera intereses u objetivos puedan presentarse como tales exigencias”.¹⁴²

¹⁴² Prieto Sanchís, Luis. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco J. EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pp. 507-508.



La hermenéutica constitucional impone también un límite político al intérprete. Este límite lo constituye la legitimidad democrática. Cuando el intérprete constitucional pretende fundamentar su interpretación en fuentes distintas al texto constitucional, en palabras de Ibáñez: “(...) olvida que las decisiones de llevar a la parte dogmática de las constituciones las normas en que se sustenta no fueron adoptadas por juristas de gabinete perdidos en algún cielo de conceptos, sino por mayorías abrumadoras de ciudadanos en momentos de fuerte crecimiento democrático. Por cierto, acontecidos normalmente, cuando estaban todavía frescas en la memoria las atrocidades producidas en marcos de intervención estatal de los que estuvieron ausentes las garantías”.¹⁴³

Por lo tanto, la fundamentación de fuentes fuera del texto de la Constitución, no solo viola el principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que, además, incurre en una auténtica ilegitimidad democrática, incorporando tácitamente fuentes a las que no está autorizado a recurrir por el poder constituyente.

Cosa distinta es la fundamentación de una decisión basada en tratados internacionales sobre derechos humanos, pues por el principio *pacta sunt servanda*, dichos tratados, si el Estado es parte en ellos, deben observarse, siempre que dicha observancia se realice en armonía con la Constitución, ello no ofrece problema, si la sentencia no solo se fundamenta en esos tratados sino que

¹⁴³ Ibáñez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Ediciones Palestra. Lima. 2007. Pp. 143-144.



también, contiene la referencia directa a las normas de los referidos tratados que la resolución se fundamente.

El problema humano representa también un obstáculo difícil de superar en la hermenéutica constitucional.

En primer lugar, a decir de Popper: “(...) se debe admitir la falibilidad de la acción humana, todos nos equivocamos y nos equivocamos constantemente. Por lo que el resultado de nuestras acciones nos coloca ante la posibilidad del error. Ninguna fuente de conocimiento humano tiene autoridad absoluta pues todas pueden conducirnos al error”.¹⁴⁴

En este sentido, la hermenéutica constitucional se encuentra sujeta a problemas como la equivocidad y la vaguedad del lenguaje, la generalidad y abstracción con que están redactadas las normas constitucionales (generalmente redactadas en forma de, lo que algunos autores llaman *principios*), los defectos en la formación jurídica de los intérpretes de la Constitución, las distintas concepciones culturales, sociales, religiosas e ideológicas, y un largo etcétera, que pueden influenciar grandemente en la interpretación del texto de la Constitución.

Esos defectos humanos señalados, pueden provocar una hermenéutica constitucional que afecte seriamente sus resultados, incidiendo directamente en la

¹⁴⁴ Popper, Karl. CONJETURAS Y REFUTACIONES. *Op. cit.* Pp. 35.



seguridad jurídica. Pérez Luño señala dos tipos de amenazas contra la seguridad jurídica: “(...) las teóricas, como los movimientos del derecho libre, del derecho alternativo del derecho, el activismo judicial, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, etc., y las fácticas como la pérdida de claridad y sencillez de las leyes y su profusión exagerada, el protagonismo de la función judicial en la producción normativa y la politización de los argumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad. (...) Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho mediante el reforzamiento del arbitrio judicial, entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho”.¹⁴⁵

A estos problemas humanos de la hermenéutica constitucional podemos agregar un largo etcétera, con el mismo resultado: el alejamiento de la realidad de la interpretación del texto de la Constitución.

2. PROBLEMAS QUE AFRONTA LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 ACLARACIONES PREVIAS A ESTA SECCIÓN

¹⁴⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique. LA SEGURIDAD JURÍDICA. En: Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco J. EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pp. 487-490.



A. La investigación realizada no tenía por objeto escribir un manual de interpretación constitucional (un manual de métodos, técnicas, principios, sino, como se interpreta de su título, exponer algunos problemas (los que hemos considerado más importantes) acerca de la misma. Ello es así, porque la literatura sobre la interpretación constitucional es manifiestamente abundante y controvertida; y su exposición no era el objeto de la investigación realizada.

Sobre la interpretación constitucional se ha escrito tal cantidad de información que no es posible resumirla en esta investigación. Los autores han escrito sobre *formas de interpretación, métodos interpretativos, argumentos interpretativos, reglas de interpretación, principios interpretativos*; y un largo etcétera, que no podemos enumerar aquí porque se trataría de un trabajo monumental.

La única observación que podemos manifestar es que, curiosamente, todos ellos pretenden tener razón en sus teorías (en tanto pretenden la validez de las mismas), lo que naturalmente, excluiría del criterio de verdad a las demás teorías; por lo que, podemos concluir que dos teorías sobre un mismo objeto, contradictorias entre sí, no pueden ser ambas verdaderas.

B. Nuestra exposición sobre la interpretación constitucional asume dos posiciones: una filosófico-científica y otra metodológica. Ello es así, porque



consideramos necesario plasmar nuestra visión del mundo desde un punto de vista: el que consideramos con más capacidad explicativa de la realidad.

Por supuesto, ambas posiciones pueden ser refutadas, pues de lo contrario no tendrían en absoluto pretensiones de verosimilitud. Si las refutaciones tienen éxito, ello no anula el hecho de que las tesis aquí sustentadas se han confirmado con muchísimos ejemplos y quien las refute con éxito seguramente deberá exponer, asimismo, muchísimos ejemplos que avalen su postura.

B.1. Nuestra posición filosófico-científica

Nuestra posición filosófico-científica se circunscribe dentro de la tradición de la teoría jurídica analítica y de la tesis de que el Derecho es creación humana, es un Derecho puesto, no supuesto, el Derecho no se nos revela ni nos es congénito, no tiene origen divino ni viene de algún animal o ente irracional. El Derecho, el único que hay, es *puesto* por actos de voluntad humana que lo crean, aplican y derogan.

El punto de vista conductor de esta posición es el análisis del lenguaje en que el Derecho se formula, el cual tiene en la jurisprudencia dogmática su semántica exclusiva y en la historia de sus instituciones la comprensión de sus causas, ligadas indisolublemente, por lo menos para nuestro sistema jurídico, a la tradición jurídica romano-germánica, que le ha dado forma al pensamiento de nuestra familia jurídica.



Nuestra posición también se orienta hacia un estilo de pensamiento de investigación encaminada al análisis conceptual, a la claridad en el lenguaje, rigor en las distinciones y al enfoque racional de los problemas, así como a la aceptación de un método lógico-racional para el análisis e interpretación de los textos normativos.

B.2. Nuestra posición metodológica

Nuestra posición metodológica se circunscribe dentro del positivismo metodológico, es decir, no en el positivismo como ideología, sino como método para afrontar los problemas que el Derecho plantea. Esto es así, porque creemos que el positivismo metodológico continúa siendo, al menos hasta hoy, el mejor aliado de una teoría de los límites al poder.

Rechazamos el método axiológico de interpretación constitucional planteado por el neoconstitucionalismo porque consideramos a este una teoría política del Derecho que en lugar de contrarrestar al poder o servir de límite a su ejercicio, se adhiere al mismo para justificarlo, situación que se aleja de cualquier posición que pretenda ser neutral sobre una teoría del bienestar. El Derecho es un medio para conseguir el bienestar humano, no es un fin en sí mismo.



2.2 SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMAS

Además de los problemas expuestos en el numeral 1 del presente capítulo, entraremos a considerar los siguientes:

2.2.1 LAS TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En realidad, no puede hablarse de una *teoría científica* de la interpretación constitucional ya que, de las muchas existentes, ninguna ha sido sometida a un examen riguroso de científicidad lo cual, paradójicamente, contraviene la afirmación, ininidad de veces reiterada en el ámbito del sistema romano-germánico, de que el Derecho es una ciencia.

La mayor parte de teorías sobre la interpretación constitucional elaboradas por los autores en esta materia, no contienen la descripción de un método, que pueda considerarse científico para interpretar la Constitución, sino posiciones ideológicas y ético-políticas, así como recomendaciones para los intérpretes, sobre cómo debería interpretarse la Constitución; al respecto citamos la siguiente afirmación de Guastini: “Por otra parte, debemos advertir que muy raramente dicha bibliografía se interesa por los detalles técnicos (métodos, argumentos) de la interpretación. Por lo general se limita a directrices metodológicas muy pobres, preocupándose sobre todo de desarrollar los valores subyacentes. Lo que es una



tarea, evidentemente, no de la doctrina de la interpretación, sino de la filiación moral y/o política”.¹⁴⁶

Para confirmar estas aseveraciones examinaremos algunos ejemplos:

1. Konrad Hesse¹⁴⁷ propone los siguientes principios para la interpretación constitucional:
 - a) Principio de la unidad de la Constitución: La norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional;
 - b) Principio de la concordancia práctica: Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución.
 - c) Principio de la eficacia integradora de la Constitución: en virtud del cual cada uno de los propósitos fundamentales de esta es lograr la unidad política del Estado y de todos sus componentes, y hacia allá hay que dirigir una serie de decisiones.

¹⁴⁶ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 60.

¹⁴⁷ Hesse Konrad. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pp. 35 y ss.



d) Principio de la fuerza normativa de la Constitución: La Constitución tiene un carácter normativo y no meramente programático, a pesar de que algunas de sus normas puedan no tenerlo. Todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con la Constitución. Si una ley admite dos o más interpretaciones, debe escogerse aquella que sea conforme con la Constitución.

2. Por su lado, Linares Quintana¹⁴⁸ indica siete reglas para la interpretación constitucional:

- a) Debe prevalecer el contenido finalista de la Constitución, que es garantizar la libertad y la dignidad humanas.
- b) Debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico.
- c) Las palabras de la Constitución deben ser interpretadas en su sentido general y común, a menos que sea claro que el creador de la norma se refirió a un sentido técnico-legal.
- d) Debe ser interpretada como un todo, como un conjunto armónico.
- e) Hay que tener en cuenta las situaciones sociales, económicas y políticas que existen al momento de realizarse la interpretación.
- f) Las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo.

¹⁴⁸ Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ARGENTINO Y COMPARADO. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1998. Pp. 622 y ss.



g) Los actos públicos se presumen constitucionales si mediante interpretación pueden ser armonizados con la ley fundamental.

3. Por otra parte, Herbert Weschler¹⁴⁹ propone *principios neutrales* para la interpretación de la Constitución:

- a) Las sentencias deben razonarse, ser decisiones razonadas.
- b) Ese razonamiento debe darse en todas las etapas del proceso.
- c) Las decisiones deben obedecer a principios.
- d) Los principios deben ser neutrales y generales, es decir, no deben obedecer a un mero acto de voluntad del juez constitucional.

4. Además, Gustavo Zagrebelsky¹⁵⁰ formula los *topoi* o lugares comunes de la interpretación constitucional:

- a) El primer “canon general” establece que las sentencias constitucionales no deben perjudicar la libertad del proceso político ni la más amplia participación en él.
- b) El juez constitucional debe pronunciarse sobre los casos evitando que sus sentencias asuman el valor suplemental de legitimación o, peor, de deslegitimación en abstracto de fuerzas u orientaciones políticas. Por ello

¹⁴⁹ Weschler, Herbert. DERECHO CONSTITUCIONAL. Citado por: Alonso García, Enrique. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pp. 31-38.

¹⁵⁰ Zagrebelsky, Gustavo. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial El Molino. Bolonia. 1988. Pp. 53-61.



debe evitar la petrificación de los valores y principios constitucional. La articulación positiva debe dejarse ante todo al proceso político mientras el juez constitucional vigila su carácter no arbitrario.

- c) La interpretación constitucional debe concebirse como medio para promover el valor de la Constitución tomada integralmente.
- d) El juez constitucional debe promover cierto consenso en interés de la Constitución y de la eficacia de la justicia constitucional, atendiendo a su tarea general y no sólo a decisiones específicas. El intento de promover el consenso con respecto a cada decisión conduciría a decisiones de equidad y a mediaciones de intereses caso por caso y no a sentencias fundadas en normas objetivas de Derecho Constitucional. Entra aquí la distinción entre la decisión de controversias jurídicas y la composición forzosa de intereses, que no es tarea de la justicia constitucional. De allí que las sentencias deban estar fundadas en normas objetivas de derecho constitucional.
- e) Las sentencias y los criterios plasmados en los precedentes que ellas sientan deben tener cierta continuidad, sin que ello excluya el análisis crítico de esta jurisprudencia y su renovación cuando se justifique.
- f) La justicia constitucional debe facilitar, no hacer más difícil, la actuación de la Constitución. En la búsqueda de la norma constitucional aplicable al caso, es necesario que el juez constitucional también considere las consecuencias que sus decisiones posibles en abstracto, puedan traer a la vida constitucional, al funcionamiento concreto del sistema jurídico; a la forma de gobierno y el equilibrio del sistema económico. En este terreno, la

ética weberiana de la responsabilidad, encuentra un terreno privilegiado para su aplicación.



Como se puede apreciar en las propuestas de los autores citados (solo con pocos ejemplos, pues las propuestas son abundantes y diversas), no se extrae ningún método de ellas, pues no contienen método alguno, más que ciertas recomendaciones y principios, algunos de ellos difíciles, si no imposibles de aplicar o tener en cuenta al momento de realizar la interpretación del texto constitucional; además, algunas constituyen posiciones ideológicas o ético-políticas que no se relacionan con una teoría de la interpretación, pues no consisten en la atribución de significado a un texto de la Constitución.

La conclusión, inevitable a nuestro entender, es que no existe ningún parámetro de corrección de la interpretación constitucional, pues a menos que el mismo texto de la Constitución estableciera tal extremo, no tenemos un rasero común para interpretar el texto constitucional. La única e irreductible guía para una interpretación textual de la Constitución es la atribución de significado a su texto normativo, situación que también posee amplias dificultades, como veremos más adelante.

2.2.2 ¿ES DISTINTA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES ORDINARIAS?



Si admitimos, como se analizó en el Capítulo I, que la interpretación jurídica es esencialmente interpretación textual, entonces no existe diferencia entre la interpretación del texto de la Constitución y la interpretación del texto de leyes ordinarias.

¿Por qué habría de ser diferente interpretar un texto normativo de la Constitución de un texto normativo de una ley ordinaria? ¿En qué consistiría tal diferencia?, ¿en la materia regulada?, ¿en la posición jerárquica que ocupa en el ordenamiento jurídico?

A decir de Guastini: “(...) nadie puede plausiblemente sostener que una interpretación sea una cosa o la otra según la identidad del texto interpretado”.¹⁵¹

Una cosa es la interpretación de un texto normativo, y otra cosa es la discusión ideológica o ético-política que subyace al resultado de tal interpretación, la cual, generalmente versa sobre los efectos de aplicar o no la norma resultante de la interpretación textual o sobre el contenido del discurso justificativo para aplicar o no la norma; pero esta discusión ya no se relaciona con la interpretación del texto normativo.

¹⁵¹ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Porrúa-UNAM. México. 2014. Pp. 113.



Guastini¹⁵², distingue cuatro argumentos (que según su opinión, se han enunciado pero no se han argumentado) a favor de la especificidad de la interpretación constitucional concluyendo la debilidad y falta de rigor lógico de tales argumentos, los cuales resumimos a continuación:

1. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto, ya que disciplinan la llamada “materia constitucional”.

A este argumento, Guastini responde que ninguna Constitución escrita regula la materia constitucional por entero, pues en cada sistema jurídico, una gran parte de esta materia está regulada en leyes ordinarias; de ello resulta absurdo decir que a las normas que regulan la materia constitucional se les debe aplicar técnicas de interpretación diferentes por su contenido y de cualquier modo, es difícil entender cómo y por qué la especificidad de la materia requiera de unas técnicas interpretativas particulares.

2. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto jurídico por su contenido normativo, ya que no se limitan a formular “reglas” sino que establecen “principios” y/o proclaman “valores”.

A este argumento, Guastini responde que expresar principios y valores no es una exclusividad de los textos constitucionales, pues también los Códigos Civiles y

¹⁵² Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 54-58.



Penales lo hacen, por lo que los principios y valores también se formulan en leyes ordinarias y cada ley supone una *ratio legis*, un principio, un valor, una finalidad, por lo que no tiene razón de ser la afirmación de la especificidad de la interpretación constitucional y que además, es también difícil entender cómo y por qué la especificidad del contenido normativo deba requerir unas técnicas interpretativas particulares.

3. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo, una vez más por su objeto: esta vez, sin embargo, no se trata de la materia constitucional sino de las “relaciones políticas” (entre los órganos del Estado, y también entre Estado y ciudadanos).

A este argumento, Guastini responde que este argumento es prescriptivo y responde a la así llamada *interpretación evolutiva o dinámica*. Pero se trata de un argumento muy frágil. La regulación de las relaciones políticas no es exclusiva de las normas constitucionales. No es verdad que todas las normas constitucionales regulen solo relaciones políticas y además, la variación es esencial a las relaciones políticas, sociales y económicas. Por lo que la especificidad de la interpretación constitucional no queda demostrada con este argumento y; por otro lado, la adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etcétera) es tarea de la autoridad que tiene la facultad de la revisión constitucional no de los intérpretes, pues estos no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación.



4. Los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, están hechos para durar en el tiempo: su finalidad es ofrecer una organización estable a los poderes públicos como también a las relaciones entre Estado y ciudadanos. Además, son difíciles de enmendar o de sustituir. Por tanto, deben interpretarse de modo que puedan adaptarse a las transformaciones de la sociedad, incluso en ausencia de revisiones constitucionales.

A este argumento, Guastini responde que es una variación del anterior, pues también es prescriptivo y favorece la llamada interpretación evolutiva, sin embargo, siempre se trata de un argumento bastante débil. La historia constitucional, especialmente la francesa, demuestra que una Constitución no necesariamente debe estar vigente durante siglos, el Código de Napoleón, por ejemplo, ha durado más que muchas constituciones. Por otro lado, no todas las constituciones son difíciles de modificar, pues algunas son flexibles y las rígidas no lo son en el mismo grado, pues la rigidez es un concepto cuantitativo. Por el lado prescriptivo, la respuesta es la misma: le corresponde al poder de revisión constitucional, no a los intérpretes, adaptar un viejo texto constitucional al cambio de las circunstancias.

A nuestro juicio, no existen argumentos serios ni lógicamente válidos, para demostrar que la interpretación constitucional posee particularidades respecto de la interpretación de las leyes ordinarias, esto por supuesto, si nos sujetamos a un método lógico-racional, es decir científico, sobre la interpretación de textos



normativos, excluyendo las discusiones axiológicas o ético políticas que se usan para justificar las consecuencias de la aplicación o no de las normas.

2.2.3 ¿POR QUÉ DISTINTOS INTERPRETES DE LA CONSTITUCIÓN REALIZAN INTERPRETACIONES DIVERSAS DE UN MISMO TEXTO NORMATIVO?

La respuesta a esta pregunta tiene que ver con la *tesis escéptica* en la teoría de la interpretación, la cual puede enunciarse así: “todo texto normativo –e incluso cualquier enunciado normativo, cualquier disposición, como suele decirse— es de hecho interpretada, por distintos operadores, de maneras diversas e incompatibles entre sí”.¹⁵³

De tal enunciación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Todos los textos normativos son susceptibles de distintas interpretaciones.
- b) Cada interpretación atribuye al texto interpretado un significado diferente.
- c) De una misma disposición se pueden obtener distintas normas.
- d) A una multiplicidad de interpretaciones corresponde, pues, una multiplicidad de significados.
- e) Todo texto normativo expresa, potencialmente, no un significado unívoco sino una pluralidad de significados que compiten entre sí.

¹⁵³ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 139.



Lo anterior llevaría a contradecir la teoría dworkiniana de la única respuesta correcta, en el sentido de afirmar que *no existe una única respuesta correcta*, mejor dicho, que ninguna pregunta jurídica admite *una sola* respuesta correcta.

En conclusión, “toda pregunta de derecho admite una pluralidad de respuestas, ninguna de las cuales –por consiguiente— puede llamarse correcta ni menos aún verdadera”.¹⁵⁴

¿Cómo debe entenderse la tesis escéptica? Según Tarello¹⁵⁵, la tesis escéptica, según la cual no hay significados anteriores a la interpretación, no debe entenderse que antes de la interpretación, los textos normativos están desprovistos de *todo* significado, sino en el sentido de que todo texto normativo expresa potencialmente más de un significado. La interpretación, más bien la interpretación decisoria, en cuanto se distingue de la interpretación cognitiva, consiste precisamente en elegir dentro de una pluralidad de significados.

Guastini¹⁵⁶ manifiesta que hay que destacar que la multiplicidad de las interpretaciones no depende de la equivocidad –por así decirlo— “objetiva” del lenguaje en el que los enunciados a menudo se expresan, aunque también este

¹⁵⁴ *IBIDEM*. Pp. 140.

¹⁵⁵ Tarello, Giovanni. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Citado por: Guastini, ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 140.

¹⁵⁶ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 140.



factor influye en aquel fenómeno. Sino que las controversias interpretativas dependen más bien de:

- a) El contexto en el que cada enunciado se inserta, o sea, de la multiplicidad de los enunciados normativos que aparecen contemporáneamente ante el intérprete, incluso los que no son contiguos ni simultáneos: en el caso límite, todo el ordenamiento y;
- b) De las tesis dogmáticas elaboradas por los juristas, antes e independientemente de la interpretación de este o de aquel enunciado normativo determinado: tesis dogmáticas que son distintas de las interpretativas, pero cuya interpretación se halla siempre y necesariamente condicionada por ellas.

Uno de los fundadores de la teoría escéptica de la interpretación fue Hans Kelsen¹⁵⁷, cuyas tesis en cuanto a la interpretación jurídica pueden resumirse de la siguiente forma según Guastini¹⁵⁸:

1. Todo texto normativo ofrece a los intérpretes, no ya una sola posibilidad de interpretación sino un marco de múltiples interpretaciones diversas, igualmente posibles o admisibles.

¹⁵⁷ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1960. *Op. cit.* Pp. 349-356.

¹⁵⁸ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 150-153.



2. Constituye interpretación científica o cognitiva, la verificación de significados.
3. Constituye interpretación política o decisoria, la elección de uno de esos significados.
4. La interpretación política en ese sentido, puede ser ejercida por los juristas o por los órganos de aplicación. La realizada por los juristas es una mera directiva desprovista de efectos jurídicos. La realizada por un órgano de aplicación, en cambio, constituye interpretación *auténtica*, en el sentido de que produce efectos jurídicos, al menos provisionalmente e *inter partes*.
5. A veces los intérpretes, y especialmente los órganos de aplicación *salen*, sin embargo, del marco de los significados abstractamente posibles y atribuyen al texto normativo en cuestión un significado *nuevo*, que no encaja entre los verificados o verificables mediante interpretación científica.
6. A pesar de todo, el derecho positivo (y muchos ordenamientos, si no todos) atribuye consecuencias jurídicas –al menos provisionales y al menos *inter partes*— a cualquier decisión interpretativa de los órganos de aplicación, incluso a las decisiones que caen fuera del marco. De este modo, también la interpretación fuera del marco es *auténtica*, es decir, produce efectos jurídicos.

La última tesis puede calificarse como un escepticismo extremo: el derecho positivo no distingue entre interpretaciones que caen dentro o fuera del marco. En este sentido, para el derecho positivo una interpretación vale tanto como la otra;



los jueces, y en especial los de última instancia, pueden atribuir a cualquier significado normativo cualquier significado y no hay modo de discriminar entre interpretaciones genuinas, es decir, la escogida entre los significados que caen dentro del marco, y la creación de significados nuevos.

Esta última tesis kelseniana es, en opinión de Guastini, irrefutable. Sin embargo, en opinión del mismo autor, la última tesis de Kelsen no se refiere a la interpretación, sino a la eficacia jurídica que el derecho positivo concede, en muchos ordenamientos, a las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación. Esta tesis de Kelsen es, entonces, solo una descripción del derecho positivo vigente.

La última tesis citada, pues, sostiene que todas las interpretaciones son equivalentes, *solo desde el punto de vista del derecho positivo*.

Manifiesta Guastini que alguien podría objetar que ni siquiera desde el punto de vista del derecho positivo todas las interpretaciones son equivalentes, ya que las interpretaciones fuera del marco, como provisionalmente eficaces, son susceptibles de anulación. Pero aclara que dicha objeción es infundada. En primer lugar porque ella no vale para decisiones interpretativas de los órganos jurisdiccionales de última instancia. En segundo lugar, porque también las decisiones interpretativas que caen dentro del marco son anulables, cuando no han sido pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de última instancia.



Podemos concluir entonces, que la teoría de la interpretación tiene por objeto precisamente la interpretación, no la aplicación, ni las normas jurídicas que rigen los efectos de la aplicación. Para esta teoría es relevante distinguir:

- a) Por una parte, la interpretación de los textos normativos, o sea la identificación de las normas, *de la aplicación de las normas previamente identificadas y:*
- b) Por otra parte, la elección de un significado (en el ámbito de una pluralidad de significados posibles preexistentes) *de la creación de significados nuevos.*

No obstante lo expuesto, las tesis del escepticismo interpretativo son apreciables para cualquier jurista, solo que a veces resulta problemático o difícil distinguir entre los significados que entran en el marco y los que queda fuera de él; de hecho, el propio marco puede ser objeto de controversia. Para el escepticismo basta mostrar que los jueces siempre tienen discrecionalidad, porque siempre tienen la posibilidad de escoger entre una pluralidad de significados posibles.

Este hecho se agrava, si le agregamos el problema de que la mayor parte de las constituciones contemporáneas, contienen una gran cantidad de textos redactados de forma estructuralmente indeterminada, a los que se acostumbra llamar *principios*, cuya estructura semántica y sintáctica difiere de las denominadas



reglas o normas jurídicas estructuradas con un supuesto de hecho consecuencia jurídica o disposición, unidos por una cópula *deber ser*.

A continuación, analizaremos el problema de la interpretación constitucional orientada a los *principios*, para pasar por último, al problema de la denominada *ponderación*, que no consideramos un problema de interpretación sino de aplicación del texto de la Constitución.

2.2.4 LA INTERPRETACIÓN DE LAS DENOMINADAS REGLAS-PRINCIPIO CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

Los problemas principales que plantean los denominados *principios constitucionales* ya fueron tratados en el capítulo II del presente informe, por lo que ya no regresaremos a ellos. Únicamente analizaremos el problema fundamental que atañe a las disposiciones escritas en forma de principios en el texto de la Constitución.

2.2.4.1 ¿SON NORMAS LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ESCRITAS EN FORMA DE PRINCIPIO?

Bobbio da razones para concluir que los principios son normas: “Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se



deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso”.¹⁵⁹

Respecto de los dos argumentos de Bobbio, debemos manifestar lo siguiente:

a. Respecto del primer argumento:

Sin perjuicio de que la función biológica de la reproducción animal desde ningún punto de vista es equiparable al razonamiento deductivo, no es posible (al menos no de forma lógica o deductiva) deducir normas de otras normas, en la misma forma que se deducen proposiciones de otras proposiciones en un silogismo categórico. Kelsen y Klug¹⁶⁰ demostraron de manera fehaciente que no existe equivalencia entre la verdad de una proposición y la validez de una norma jurídica. Si las normas jurídicas constituyen actos de voluntad del legislador, entonces únicamente un acto adicional de voluntad del legislador podría dar origen a una norma nueva, y entre actos de voluntad no existe relación de implicación lógica. Por ejemplo: de la norma general: “Se prohíbe fumar en los centros públicos” no es posible inferir de forma deductiva o lógica la norma particular “Se prohíbe fumar

¹⁵⁹ Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. *Op. Cit.* Pp. 245.

¹⁶⁰ Kelsen, Hans & klug, Ulrich. DERECHO Y LÓGICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Pp. 92 y ss.



en los hospitales”, pues para que tal norma existiera, sería necesario un acto de voluntad del legislador. Para que una norma jurídica sea válida, necesario un acto de voluntad del legislador, mientras que una proposición descriptiva, si es verdadera, no necesita ningún acto de promulgación.

b. Respecto del segundo argumento:

La función de los principios no es regular la conducta, los principios no son, como dicen algunos autores *normas derrotables*, pues los principios nada dicen mientras el intérprete no los utilice, los principios se mantienen intactos, pueden contribuir a la solución, pero no la determinan. Los principios representan una propiedad para emitir un juicio, pero no son suficientes para decidir y por lo tanto, no regulan. A decir de Pozzolo: “En la medida en que sea posible transformar en reglas los principios, se disolverá la necesidad de ponderarlos, pero por ahora me parece que el debate se termina aquí”.¹⁶¹

Pero el argumento más fuerte para afirmar que los principios no son normas, es que no regulan conductas, es decir, no prohíben, no obligan ni permiten la realización o la omisión de conductas a sujetos de Derecho determinados. Por otro lado, como se analizó en el Capítulo II, a decir de Mendonca, o los principios son normas o no lo son, pues un objeto no puede ser y no ser a la vez, y si los principios son normas, entonces necesariamente debería existir en el

¹⁶¹ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO. Derecho y derechos. *Op. cit.* Pp. 68.



ordenamiento jurídico alguna regla de reconocimiento para identificarlos tales.

Guastini¹⁶² también se manifiesta en el sentido de afirmar que los principios son normas, con las siguientes aclaraciones: manifiesta este autor que, en su opinión, los juristas contemporáneos llaman *principio* a toda norma que presenta las siguientes dos características:

- a) Son normas fundamentales, en el sentido que: 1. Caracteriza al sistema jurídico en tanto constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema; 2. Da fundamento axiológico a una pluralidad de otras normas del sistema y; 3. No exige ningún fundamento ni justificación ético-política porque se concibe como *axioma* o como una norma *evidentemente* justa o correcta.

Resulta obvio que esta característica enunciada por Guastini no tiene en absoluto que ver, con que el principio sea norma o no, pues no se refiere a su estructura semántica ni sintáctica sino a propiedades ideológicas o espirituales.

- b) Son normas estructuralmente indeterminadas, en el sentido que: tienen una *textura abierta* que puede asumir dos formas distintas: 1. Son normas *derrotables*, porque no establecen de manera exhaustiva cuales supuestos

¹⁶² Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 73-80.



entran dentro de su ámbito de aplicación ni cuales excepciones la irrealizable. Siendo que la *derrotabilidad* no es una propiedad objetiva de las normas sino producto de la interpretación, esta solo puede detectarse en casos concretos. 2. Son normas genéricas porque: a) por un lado, exigen la aplicación de otras normas que las concreten, actualicen o les den ejecución, sin las cuales no serían aptas para resolver casos concretos y; b) pueden actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas.

Esta segunda característica expuesta por Guastini, trae implícito un problema que puede denominarse *genético*: si el principio posee una estructura *indeterminada*, ¿cómo es posible incluirlo en la clase de las normas, cuya estructura resulta claramente determinada? A menos que Guastini pudiera explicar este *oxímoron*, resulta difícil entender cómo a una expresión lingüística puede atribuírsele una estructura semántica y sintáctica que no posee.

La conclusión que adelantamos aquí, es que las disposiciones constitucionales escritas en forma de principio no son normas, porque si lo fueran, la distinción no sería necesaria ni se habrían escrito infinidad de obras tratando de encontrar las diferencias y las similitudes, un principio no es una norma y viceversa. Lo que queda, es responder la pregunta: ¿cómo se interpretan las disposiciones constitucionales escritas en forma de principio?; la respuesta, por lo menos la que nos parece más aceptable por coincidir con los hechos, es que lamentablemente,



su interpretación importa discrecionalidad por parte del intérprete, discrecionalidad que puede manifestarse en muchas formas, y con esto volvemos a la tesis kelseniana del escepticismo extremo.

2.2.4.2 LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ESCRITAS EN FORMA DE PRINCIPIO

Pozzolo, citada recientemente, es categórica al decir que a menos que los principios se conviertan en reglas, su ponderación se hace imposible de soslayar. Guastini¹⁶³ se pronuncia en el sentido que, en la mayor parte de los juicios sobre la legitimidad constitucional de leyes, lo que se le pide al juez no es que confronte dos reglas ni dos principios, sino un principio constitucional con una regla legislativa.

Dada la heterogeneidad de principios y normas, en opinión de Guastini, la confrontación directa ofrece dificultades, entonces, manifiesta este autor, que para que la confrontación sea posible es necesario sustraer del principio una regla que constituya su aplicación. A lo manifestado por el autor citado, agregamos que tal regla, si fuera posible sustraerla, es necesariamente implícita y por lo tanto, su determinación es, necesariamente, discrecional.

¹⁶³ Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Op. cit.* Pp. 78-80.



Para que un principio pudiera ser usado en un razonamiento jurídico por el órgano de aplicación, exigiría su *concretización*, o sea, como manifiesta Pozzo, ser transformado en una regla con algún grado de precisión.

Guastini manifiesta que concretizar un principio significa determinar las reglas implícitas en sentido amplio que puedan obtenerse del mismo, para lo cual deberían determinarse las siguientes situaciones: a) su ámbito de aplicación, es decir, decidir a qué clase de supuestos es aplicable y; b) determinar sus excepciones, o sea, aquellos supuestos a los que no les es aplicable. Ello implicaría pues, un intento de disminuir su grado de *derrotabilidad*.

El problema en la concretización de principios, o mejor dicho, en la construcción de reglas implícitas en ellos, es que las técnicas para realizar tal concreción, son variadas y discrecionales, por lo que puede llegarse a diferentes resultados sin que ninguno de ellos pueda considerarse inválido.

La construcción de una regla implícita contenida en un principio, no puede constituir un razonamiento deductivo, pues la única premisa con que se contaría sería el principio mismo. Sería necesario entonces, agregar algunas premisas cuya estructura necesariamente tendría algún grado de discrecionalidad e involucra casi siempre, la elaboración de juicios de valor que incorporan doctrinas éticas, políticas o ideológicas que no poseen ningún criterio de validez formal en la Constitución.



2.2.4.3 LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ESCRITAS REDACTADAS EN FORMA DE PRINCIPIOS

Antes de desarrollar la presente sección es necesario realizar una aclaración.

Se hace forzoso responder la siguiente pregunta: ¿son las disposiciones (*los textos*) constitucionales las que entran en conflicto?, o ¿son los derechos (*las normas resultantes de la interpretación de los textos*) que reclaman los sujetos, los que entran en conflicto?

Estas preguntas merecen un análisis detenido antes de ser respondidas. La primera pregunta solo podría responderse afirmativamente si admitiésemos que en el texto de la Constitución puede existir oposición contradictoria entre disposiciones constitucionales; es decir, si existen antinomias jurídicas en el texto constitucional.

No es el objeto del presente trabajo desarrollar la teoría de las antinomias jurídicas, pero *prima facie*, podríamos contestar que difícilmente encontraríamos oposición contradictoria entre preceptos constitucionales porque cada disposición constitucional regula diversas materias y no necesariamente existe antinomia entre ellas.



Por ejemplo, la literal b) del artículo 136 de la Constitución guatemalteca otorga a los ciudadanos el derecho de elegir y ser electo; y la literal c) del artículo 186 de la Constitución guatemalteca, niega el derecho de optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República a los parientes en grados de ley, de los caudillos, jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar que haya alterado el orden constitucional.

¿Existe oposición contradictoria entre los preceptos citados?

Si nos atenemos a los postulados de la teoría de las antinomias jurídicas, podemos afirmar que: existe oposición contradictoria entre preceptos de Derecho cuando de dos preceptos de Derecho que poseen el mismo supuesto de hecho, uno prohíbe y el otro permite, a los mismos sujetos, en las mismas condiciones, en los cuatro ámbitos de validez del Derecho, la misma conducta.

Examinando los dos preceptos constitucionales citados, a la luz de los postulados de la teoría de las antinomias jurídicas citadas, nos damos cuenta de la dificultad que se presenta para deducir alguna conclusión válida.

Por ejemplo, podríamos preguntarnos si el contenido de la literal c) del artículo 186 de la Constitución, constituye en realidad una excepción al derecho de elegir y ser electo, que otorga a los ciudadanos la literal b) del artículo 136; y, si



efectivamente, ambos preceptos constitucionales son aplicables a los mismos sujetos, es decir, al mismo supuesto de hecho.

Otro ejemplo, lo constituyen la misma literal b) del artículo 136 de la Constitución que otorga el derecho a elegir y ser electo, y el artículo 137, también de la Constitución, que otorga el derecho de petición en materia política, si ambos son confrontados con el artículo 248 de la Constitución, que prohíbe a los integrantes del Ejército de Guatemala en servicio activo, ejercer el derecho de sufragio y el derecho de petición en materia política. ¿Se encuentran en oposición contradictoria tales preceptos?

La respuesta a la pregunta planteada ofrece las mismas dificultades que la anterior pues *prima facie* el artículo 248 de la Constitución pareciera ser una excepción impuesta por la misma Constitución, al ejercicio de los derechos que otorgan la literal b) del artículo 136 y el artículo 137.

Para hacer más práctica la dificultad, podríamos imaginarnos cómo solucionar un conflicto entre reclamación de derechos provenientes de los preceptos constitucionales citados en los casos anteriores.

Por ejemplo, si un sujeto incluido dentro de los supuestos de la literal c) del artículo 186 reclama al Tribunal Constitucional que declare que tiene el derecho



otorgado por la literal b) del artículo 136, ¿cuál sería la respuesta del órgano aplicador?

Examinando el problema y su respuesta en algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad, podemos afirmar lo siguiente:

En primer lugar, no se trata de un conflicto en *abstracto*, sino de un conflicto en *concreto*, es decir, de un conflicto que surge únicamente al momento de la aplicación de los preceptos.

En segundo lugar, la solución que el órgano aplicador le ha dado, no se relaciona con la interpretación de los textos normativos en juego, pues su significado pareciera estar claro para el Tribunal Constitucional.

La solución ha sido justificada por juicios de valor que no se extraen del texto de la Constitución.

Por ejemplo, se dice que *es injusto que los hijos sufran las consecuencias de los actos de los padres*, y que por lo tanto, sí debe inscribirse a la candidata X.

Pero resulta obvio, que la solución dada por el órgano aplicador no viene de un precepto constitucional sino de uno o más juicios de valor que plasman posiciones ético-políticas o ideológicas, que no se relacionan con la interpretación del texto de



la Constitución. Compone simplemente un discurso justificativo de índole o al ámbito constitucional, para decidir la no aplicación de un precepto de Constitución.

Podríamos preguntarnos, por ejemplo, qué sucedería en el caso de que un miembro activo del ejército quisiera ejercer el derecho de sufragio o el derecho de petición en materia política. ¿Permitiría el órgano aplicador el ejercicio de tales derechos a ese sujeto utilizando juicios de valor para fundamentar la resolución?

La respuesta a la última pregunta, según nos parece, a pesar de representar el mismo problema, no ofrecería una solución tan controvertida como el caso anterior, si la solución fuese a pronunciarse utilizando como fundamento juicios valorativos.

¿Cómo se solucionaría racionalmente este tipo de conflictos constitucionales?

Para responder tal pregunta, examinaremos la posición de Guastini¹⁶⁴ al respecto.

Retomando la afirmación de Mendonca, planteada en el Capítulo II de este trabajo, afirmamos que siempre que se utilice un principio para solucionar un conflicto jurídico, es posible encontrar otro principio que fundamente la solución contraria. Por lo que al final, la solución del conflicto, si se basa en la metodología

¹⁶⁴ *IBIDEM*. Pp. 86.



de la ponderación, probablemente se sustentará en un criterio valorativo más que en la asignación de significado a un texto constitucional.

El problema esencial que plantea Guastini en la solución de conflictos entre normas constitucionales (*regresemos aquí al Capítulo I y recordemos que la norma es el resultado de la interpretación y no se debe confundir con el texto normativo interpretado, ello es así, debido a la distinción lógica entre juicio y proposición*) es que son inaplicables las técnicas básicas para solución de antinomias jurídicas siguientes:

- a) Normalmente los preceptos constitucionales son de promulgación coetánea y por lo tanto, no les es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*.
- b) Los preceptos en conflicto poseen la misma posición jerárquica en el sistema de fuentes por lo que tampoco les es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*.
- c) Usualmente, los preceptos entran en conflicto solo al aplicarse a un caso concreto, por lo que el conflicto es en *concreto* (solo para el caso) y es *parcial bilateral* en el sentido de que el conflicto se da entre algunos de los supuestos de ambos preceptos que se *sobreponen o superponen* solo en el caso concreto; por lo que no existiría relación de género a especie entre los preceptos en conflicto y el criterio *lex specialis derogat generali* deviene inaplicable.



Dada la imposibilidad de aplicar los criterios de solución descritos, como lo menciona Guastini que: “La técnica apropiada –y, por lo tanto la que efectivamente se usa— en especial por los tribunales constitucionales— para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación”.¹⁶⁵

2.2.4.4 LA PONDERACIÓN

La ponderación de principios es una técnica que consiste esencialmente en establecer entre los principios en conflicto, lo que algunos autores llaman *una jerarquía axiológica móvil*.

No vamos a desarrollar un esquema aplicativo amplio de la ponderación, ya que no es el objeto de este trabajo, simplemente describiremos cómo funciona para poder inferir del mismo algunas consecuencias importantes y criticarlas racionalmente.

Continuando con la exposición de Guastini¹⁶⁶, expone este autor que una *jerarquía axiológica* es una relación de valor instituida no por las mismas fuentes sino por el intérprete, mediante un juicio de valor.

¹⁶⁵ Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Fontamara. México. 2013. Pp. 139.

¹⁶⁶ *IBIDEM*. Pp. 139-141.



Esta *jerarquía axiológica* consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto un mayor *peso* o *valor* sobre el otro.

El principio al que se le atribuya mayor valor prevalece (es aplicado efectivamente) sobre el otro. El principio al que se le atribuye menor valor queda relegado o no aplicado. Ello no significa acto de invalidación o derogación alguna del principio vencido, sino solo que la decisión del órgano aplicador no lo favorece.

Una *jerarquía móvil*, por su parte, es una relación de valor inestable o mudable que solo vale para el caso concreto, pero que puede cambiar para los casos similares en el futuro, e incluso invertirse y favorecer al principio que fue relegado en un caso anterior.

En resumen, que la técnica de la ponderación establezca una *jerarquía axiológica móvil* significa que, dados dos o más casos *iguales* o *similares* (con las mismas características o propiedades), el órgano aplicador, utilizando juicios de valor decide *en el caso concreto* cuál de las pretensiones planteadas por las partes favorece, sin que esto signifique ninguna sujeción o deber jurídico por parte del órgano aplicador, de resolver de igual forma en el futuro, un caso igual o similar.

Resulta obvio que la solución entonces, dependerá de factores ideológicos o ético-políticos que influyan en el órgano aplicador, más que de la interpretación que pudiera hacerse de un texto de la Constitución, debido que esta última es ya una



etapa precluida y lo que en realidad se hace al ponderar es decidir, sobre la base de criterios valorativos, cuál de las pretensiones en conflicto debe prevalecer sobre la otra.

Por supuesto, la ponderación no puede establecerse de manera pacífica si se toman en cuenta las siguientes afirmaciones:

- a) Ponderar no significa *balancear* o equilibrar dos pretensiones en conflicto, pues esto está lejos de semejarse a un procedimiento físico en el cual se colocan pesos en ambos platos de una balanza para *igualar* el nivel de ambos platos; el procedimiento físico de utilizar una balanza no tiene nada que ver con la ponderación. Ponderar significa simplemente que una de las dos pretensiones en conflicto será denegada en aras de satisfacer la otra. Para el sujeto pretensor a quien se le deniega su pretensión, no existe ningún *equilibrio* ni compensación parcial.
- b) Ponderar no significa establecer un criterio permanente que brinde seguridad jurídica ni provea certeza al Derecho. Es posible que en un próximo caso igual o similar, la pretensión satisfecha sea la denegada en el caso anterior sin que esto signifique responsabilidad alguna para el órgano aplicador. La solución de un conflicto similar en el futuro es simplemente imprevisible.



- c) Ponderar no significa interpretar, pues no tiene que ver con la asignación de significado a un texto constitucional, sino con la elaboración de juicios de valor comparativos y por lo tanto, discrecionales.
- d) La ponderación es doblemente discrecional, pues en primer lugar, subordina los principios en conflicto a una escala jerárquica valorativa creada por la imaginación o fantasía del órgano aplicador y; en segundo lugar, puede cambiar la escala jerárquica valorativa a su antojo en cada caso concreto. En este sentido, realizando una analogía entre la teoría kelseniana del escepticismo interpretativo extremo y la ponderación, podríamos decir que el órgano aplicador puede sacrificar cualquiera de los dos principios en conflicto y justificar ponderativamente su decisión, siendo válida cualesquier decisión de un Tribunal de última instancia. La ponderación es pues, a decir de Habermas¹⁶⁷ simplemente irracional y a partir de ella, “la interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una Filosofía del Derecho, (si no) de una administración judicial del Derecho natural”.¹⁶⁸ Habermas nombra a esta tendencia “deformalización del Derecho”¹⁶⁹ y llama la atención sobre la búsqueda de criterios aptos para individualizar un derecho justo y funcional al mismo tiempo.

¹⁶⁷ Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Pp. 256.

¹⁶⁸ Habermas, Jürgen. MORAL, DERECHO, POLÍTICA. Citado Por: Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 107.

¹⁶⁹ *IBIDEM.* Pp. 107.



Uno de los aspectos escasamente tratado en la doctrina de la ponderación es el hecho de que no se esclarecen los criterios acerca de cuándo la ponderación es necesaria. ¿Siempre es necesario ponderar?, ¿qué sucede, por ejemplo, si la pretensión es ilegítima?, ¿si no constituye realmente una lesión constitucional y por lo tanto, debe ser rechazada tal pretensión por no contemplar el supuesto, algún texto de la Constitución?

Es innegable que en este caso, la subsunción es inevitable para determinar si la reclamación constitucional es legítima, si constituye realmente un caso real de lesión de un interés constitucional o si solo se trata de un interés espurio, con la finalidad de un engaño malicioso al órgano aplicador. En este caso, no puede prescindirse de la subsunción, pues no es (o no sería) posible ponderar pretensiones ilegítimas en las que no exista lesión constitucional alguna.

2.2.4.5 CRÍTICA RACIONAL A LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Hans Kelsen, refiriéndose al problema de los métodos interpretativos, manifiesta lo siguiente respecto de la ponderación:

“Los habituales métodos de interpretación del argumento a contrario y de la analogía carecen en absoluto de valor, lo que se desprende del hecho de que ambos argumentos conducen a resultados opuestos, no habiendo un criterio en



virtud del cual se pueda decidir cuando haya que aplicar uno u otro. Por su parte, el principio de ponderación de intereses no es más que una formulación más del problema, pero en modo alguno una solución al mismo, ya que no suministra una pauta objetiva que permita proceder a la comparación entre los diversos intereses opuestos ni a cómo decidir los conflictos que se den entre esos intereses. Esta pauta no puede obtenerse ni de la norma que se interpreta, ni de la ley que la contiene, ni del conjunto del ordenamiento jurídico, tal como supone la doctrina de la denominada ponderación de los intereses. La razón de ello está en que la necesidad de la 'interpretación' se desprende del hecho de que la norma aplicable y el sistema de las normas dejan abiertas varias posibilidades, lo que significa que no contienen una decisión sobre cuál sea, en el juego de intereses presentes, el que tiene mayor valor. La decisión sobre ello, la ordenación jerárquica de los intereses, es una tarea que queda más bien encomendada a un nuevo acto de creación normativa –por ejemplo, a la sentencia del juez—. ¹⁷⁰

Es importante observar que Kelsen habla de *intereses*, no de valores, consecuente con su afirmación de que en el derecho positivo, lo que existen son intereses y que el conflicto se resuelve favoreciendo uno de los dos intereses en detrimento del otro o bien por un acuerdo entre los propios interesados.

Dada la crítica demoledora de Kelsen hacia la ponderación de intereses y dado el hecho del análisis de la literatura sobre la ponderación, resulta claro que el

¹⁷⁰ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1934. *Op. cit.* Pp. 105-106.



discurso ponderativo a menudo termina en consejos para los intérpretes y por la forma de exponer los argumentos del discurso justificativo.

El problema del razonamiento expresado en los juicios de ponderación no es tanto un problema interpretativo sino constitucional y de política del Derecho.

Del discurso justificativo del juicio de ponderación surge un gran empeño argumentativo por parte del órgano aplicador, que conlleva un debilitamiento de la fuerza normativa del Derecho positivo y también del Derecho constitucional.

Dada la contingencia de las soluciones a conflictos de intereses que lleva implícito el juicio de ponderación, la protección constitucional se debilita, y también se debilita la misma Constitución, porque las garantías de los derechos fundamentales se vuelven variables contingentes, que solo pueden ser sustituidas caso por caso.

El problema está en que no resulta clara la técnica de asignación, en cada ocasión, del peso que se asigne a cada pretensión, ni los criterios para determinarlo.



Si nos tomamos en serio el postulado del iusnaturalismo de que los valores son inconmensurables, entonces concluimos que “la comparación de valores inconmensurables conduce al agnosticismo moral”.¹⁷¹

Lo que faltaría en el juicio de ponderación, como sí existe en el ámbito de la resolución de antinomias jurídicas, es un tercer criterio que permita ordenar los valores y eso convertiría la elección en racional. Mientras que para resolver antinomias jurídicas debe necesariamente existir una tercera norma que ordene cómo resolver el conflicto; en la ponderación ese tercer criterio (que debería ser extraído de una norma jurídica) es inexistente.

La ponderación, pues, reenvía los bienes en conflicto a un valor numérico que puede ser medido en una escala métrica y no distingue entre derechos e intereses. Asume que los conflictos en concreto pueden reducirse a una cuestión cuantitativa o de grado que puede ser medida, pero no explica cómo realizar tal medida; erosiona los puntos característicos de los derechos al transformarlos en algo cuantificable, pretende ser moralmente objetiva, pero hasta la fecha, no conocemos morales objetivas.

Los derechos fundamentales, por tanto, se encuentran en grave riesgo de ser sacrificados ante la presión de la mayoría, pues el órgano aplicador puede hacer

¹⁷¹ Waldrom, J. FAKE INCOMMENSURABILITY: A RESPONSE TO PROFESSOR SCHAUER. Citado por: Pozzolo, Sussana. NEOCONSTITUCIONALISMO, Derecho y derechos. *Op. cit.* Pp. 76.



prevalecer el interés colectivo haciendo énfasis en un utilitarismo valorativo que permite sacrificar cualquier derecho individual ante la promesa de un bienestar colectivo ponderado.

“Asignar un valor en una escala a los valores para resolver la ponderación es adherirse a una teoría sustantiva y el resultado de la operación está lejos de ser auto-evidente y neutral respecto a ésta”.¹⁷²

Esto trae consigo el peligro de una involución garantista, pues acaba por ignorar el papel defensivo y garantista que debería caracterizar a los derechos.

El discurso justificativo de la ponderación muchas veces oculta las consideraciones morales, políticas e ideológicas de los jueces activistas, degradando la función principal y original de la Constitución, que en la democracia consiste en la defensa de la minoría frente a la mayoría, oscureciendo los motivos morales y políticos bajo un manto de aparente racionalidad.

Contradiendo los logros de una tradición jurídica antimetafísica y científica producto de la evolución del pensamiento jurídico del último siglo, y pretendiendo hacer pasar por neutrales elecciones valorativas que siempre serán parciales, la ponderación arroja al cubo de la basura los aportes de la Ilustración.

¹⁷² Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO, Derecho y derechos. *Op. cit.* Pp. 78.



Si para el activismo judicial tendencista e ideológico el significado del texto Constitución no interesa, entonces ¿para qué discutirlo?; si por medio de la ponderación el poder enuncia todos los días una nueva Teoría del Derecho, entonces la garantía de los derechos constitucionales no se encuentra en la Constitución, sino en los caprichos de los intérpretes.

Concluimos esta crítica racional con las sabias palabras de la iusfilósofa italiana Susanna Pozzolo:

“Sin embargo, por ahora la doctrina no ha producido nada en este sentido, limitándose a ofrecer largos elencos de reglas ideales de ponderación que deberían observar los tribunales, pero que resultan imposibles e irrazonables una vez llevados a la práctica en el mundo real, teniendo en cuenta la limitación temporal, la escasez de conocimientos disponibles, etc. (...) Por otra parte, ninguno de los que aplauden el amplio uso del instrumento ponderativo piensa acabar en las manos de un juez torpe, pero siempre se encomienda al juicio del famoso Hércules. No sé cuántos de nosotros conocemos a uno”.¹⁷³

¹⁷³ *IBIDEM*. Pp. 85-87.

CONCLUSIÓN



La hermenéutica constitucional, en el caso de las constituciones escritas, solo puede realizarse atribuyéndole significado al texto de la Constitución, por lo que, una teoría de la interpretación constitucional en los sistemas de Derecho escrito, es una teoría de la interpretación textual.

No existe un parámetro de corrección de la interpretación del texto constitucional, por lo que no es posible contestar de manera unívoca e irrefutable, la pregunta sobre la corrección de la interpretación constitucional.

Tampoco existe un parámetro de corrección sobre los métodos de interpretación constitucional, pues diferentes métodos conducen a distintos resultados, el método analógico y el argumento *a contrario* por ejemplo, conducen a resultados opuestos sin que se pueda decidir de manera racional, cuál de los dos tenga corrección interpretativa.

La mayor parte de problemas de interpretación constitucional planteados en la doctrina no son realmente problemas interpretativos, sino de discusión de dogmática o de ideología constitucional. No existen, por otro lado, diferencias sustanciales entre la interpretación constitucional y la interpretación de leyes ordinarias, pues en ambos casos, la interpretación consiste en la atribución de significado a textos normativos.



Los denominados principios constitucionales explícitos, entendidos como normas derrotables, indeterminadas estructuralmente y que adolecen de una gran generalidad o vaguedad, no dicen nada por sí mismos, hasta que el intérprete no decide la forma de incorporarlos al acto interpretativo. Por otro lado, la construcción de los principios implícitos importa discrecionalidad por parte del intérprete. Un principio no es una norma, por lo menos no en su estructura semántica, por lo que las preguntas sobre su naturaleza jurídica y su función en el razonamiento jurídico dejan abierta la respuesta a la teoría del escepticismo interpretativo, dado que la concretización de los principios para hacerlos aplicables es una operación pseudo-lógica que implica la discrecionalidad del intérprete.

La axiología constitucional no ha dado respuestas satisfactorias sobre la función de los juicios de valor en la interpretación constitucional, pues las valoraciones que realizan los intérpretes están sujetas a las construcciones dogmáticas que previamente estos han elaborado así como a sus sentimientos de justicia y de corrección moral. Esto es especialmente distinguible en la técnica de la ponderación, en la que las valoraciones morales, políticas o ideológicas, se vuelven en realidad un problema de aplicación de la Constitución, no esencialmente un problema interpretativo, pues la ponderación tiene como resultado una justificación de la decisión, no la asignación de significado a un texto constitucional.

La técnica de la ponderación (o balance), desde sus primeras apariciones fue considerada enemiga de la certeza del Derecho, ya que vuelve a los derechos fundamentales –y en última instancia a la propia Constitución— en lo que los



Tribunales Constitucionales dicen que ella es. Si se considera a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, entonces la teoría debe someterse al condicionamiento del Derecho objetivo positivo.

La denominada fuerza normativa de la Constitución o dicho de otra manera, la pretensión de validez y supremacía de su contenido, implica que debido a la índole de la regulación constitucional y sobre todo de su carácter coercible, la fuerza obligatoria de su contenido normativo no se haga depender de valor alguno, o del parecer de algún intérprete sobre la bondad intrínseca (justicia) de sus normas. Esto no significa en absoluto que el órgano creador de la Constitución haya sido infalible, ni que la regulación constitucional tenga siempre una pretensión de corrección moral, sino que no es posible poner en tela de juicio la validez normativa de la Constitución ni menos aún, hacer depender su fuerza obligatoria de juicio de valor alguno. Hablar de valores constitucionales tiene como condición esencial la existencia de pautas objetivas de valoración o referentes axiológicos, pero hasta hoy, la axiología no ha descubierto ninguna.

El activismo judicial es una corriente perjudicial para las garantías de los derechos constitucionales porque generalmente pretende legitimar democráticamente una interpretación evolutiva de la Constitución, restringiendo o ampliando los supuestos de hecho a que son aplicables las disposiciones constitucionales o bien restringiendo o ampliando las excepciones a su aplicación, según los juicios valorativos del intérprete, ello contraviene la finalidad de certeza del Derecho y la seguridad jurídica, elementos fundamentales del Estado constitucional de Derecho. Adaptar el



contenido de la Constitución a la realidad es función de la autoridad de revisión constitucional no del intérprete.

La más aceptable interpretación del texto de la Constitución será aquella que, sin violentar el sentido textual y contextual de la expresión interpretada, determine la solución óptima para el caso que se pretende resolver y se fundamente en un método racional-deductivo. Esto implica en primer lugar la observación del texto y el contexto de las normas constitucionales y en segundo lugar, una interpretación que tome en cuenta la seguridad jurídica y la certeza del Derecho.



BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.

Aleinikoff, T. Alexander. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA PONDERACIÓN. Editorial Palestra. Lima. 2010.

Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2008.

Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. Revista Doxa. No. 5. Madrid. 1998.

Almanza Altamirano & Frank Robert. RAZONAMIENTO LÓGICO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Flores. México. 2015.

Aristóteles. ÉTICA A EUDEMO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.

Aristóteles. ÉTICA A NICÓMACO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.

Atienza, Manuel & García Amado, Juan Antonio. UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN. Editorial Temis. Bogotá. 2012.

Atienza, Manuel & Vigo, Rodolfo Luis. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. TEORÍA Y PRÁCTICA. Editorial Porrúa. México. 2011.

Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2013.

Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2006.



- Atienza, Manuel & Ruiz, Manero J. TRES APROXIMACIONES A
PRINCIPIOS DEL DERECHO. Editorial Temis. Colombia. 2012.
- Berlin, Isaiah. CONCEPTOS Y CATEGORÍAS. Fondo de Cultura Económica.
México. 1983.
- Bernal Pulido, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad
Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
- Bernal Pulido, Carlos. REFUTACIÓN Y DEFENSA DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJ UNAM.
Madrid. 2007.
- Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL. Ensayos
Analíticos. Editorial Ariel S.A... Barcelona. 1990.
- Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Temis. Colombia.
2007.
- Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DE LA POLÍTICA. Editorial Trotta. Madrid.
2009.
- Brandt, R.B. TEORÍA ÉTICA. Editorial Alianza. Madrid. 1982.
- Bulygin, Eugenio & Atienza, Manuel. PROBLEMAS LÓGICOS EN LA TEORÍA Y
PRÁCTICA DEL DERECHO. Editorial Fontamara. México. 2011.
- Bulygin, Eugenio. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Fontamara. México. 2006.
- Carbonell, Miguel & Ferrer Mac-Gregor. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU
JUSTICIABILIDAD DIRECTA. Editorial Flores. UNAM. México. 2014.



- Carbonell, Miguel (Comp.) NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
- Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2007.
- Carrió, Genaro. NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990.
- Casanovas P. & Moreso J.J. EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO. Editorial Crítica. Barcelona. 1994.
- Cicerón. SOBRE LOS DEBERES. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
- Comanducci, Paolo. POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Fontamara. México. 2013.
- Comanducci, Paolo. PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. Editorial Civitas. Madrid. 1997.
- Custodio, Sergio. PRINCIPIOS DE INDUCCIÓN Y ANALOGÍA. Editorial Oscar de León Palacios. Guatemala. 2010.
- Díaz, Elías. ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. Editorial Taurus. Madrid. 2010.
- Diez Picazo, Luis. EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel. Madrid. 1973.
- Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
- Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003.



Dworkin, R. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1999.

Fazio, Mariano & Fernández Labastida, Francisco. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA.

IV. FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA. Ediciones Palabra, S. A. Madrid. 2004.

Ferrajoli, Luigi. GARANTISMO. UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Editorial Trotta. Madrid. 2009.

Ferrajoli, Luigi & Ruiz Manero, Juan. DOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO. Una Conversación. Editorial Trotta. Madrid. 2012.

Ferrater Mora, José. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA ABREVIADO. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 2002.

Finnis, John. LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2000.

Fioravanti, Maurizio. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APUNTES DE HISTORIA DE LAS CONSTITUCIONES. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

Frosini, Vitorio. LA LETRA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.

Galindo Sifuentes, Ernesto. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO Y DEL JUEZ. Editorial Porrúa. México. 2013.

García Máynez, Eduardo. ÉTICA. Editorial Porrúa. México. 1970.

García Máynez, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.

García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.



- García Máñez, Eduardo. POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGÍCO E IUSNATURALISMO. Editorial Fontamara. México. 2002.
- García Máñez, Eduardo. LÓGICA DEL JUICIO JURÍDICO. Fondo de Cultura Económica. México. 2011.
- García Máñez, Eduardo. LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. Editorial Fontamara. México. 2011.
- García Máñez, Eduardo. PRINCIPIOS SUPREMOS DE LA ONTOLOGÍA FORMAL DEL DERECHO Y DE LA LÓGICA JURÍDICA. Ediciones Coyoacán. México. 2010.
- García Ramírez, Sergio. EL DEBIDO PROCESO. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Editorial Porrúa. México. 2014.
- Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982.
- Guadarrama González, Álvaro. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 2010.
- Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Porrúa. México. 2014.
- Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2010.
- Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Fontamara. México. 2013.
- Guastini, Riccardo. DISTINGUIENDO. ESTUDIOS DE TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2011.
- Guetzévich, B. Mirkine. MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Reus, S.A. Madrid. 2012.



- Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Editorial Trotta. Madrid. 1998.
- Hallivis Pelayo, Manuel, TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2007.
- Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.
- Hesse Konrad. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.
- Hoerster, Norbert. EN DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992.
- Hoyos, Arturo. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Colombia. 1998.
- Ibañez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Ediciones Palestra. Lima. 2007.
- Ibañez, Perfecto Andrés & Alexy, Robert. JUECES Y PONDERACIÓN ADMINISTRATIVA. IJ UNAM. México. 2006.
- Igartúa Salaverría, Juan. TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO (LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY). Editorial IVAP. Oñate. España. 1994.
- Kelsen, Hans & Klug, Ulrich. DERECHO Y LÓGICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988.
- Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA. Citado por: Díaz, Elías (Editor). JUSTICIA Y DERECHO NATURAL. En: CRÍTICA DEL DERECHO NATURAL. Editorial Taurus. Madrid. 1966.



- Kelsen Hans. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (Justicia Constitucional). En: Kelsen, Hans. ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO. Editorial Debate. Madrid. 1988.
- Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS. Editorial Trillas. México. 2007.
- Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. (Edición de 1960). Editorial Porrúa. México. 2013.
- Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. (Edición de 1934). Editorial Trotta. Madrid. 2011.
- Lara, Chagoyán, Roberto. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. ESTUDIOS PRÁCTICOS. Editorial Porrúa. México. 2012.
- Laporta, Francisco J. EL IMPERIO DE LA LEY, UNA VISIÓN ACTUAL. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
- Legaz y Lacambra, Luis. LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA. Anuario de Filosofía del Derecho Número 1. Madrid. 1953.
- Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ARGENTINO Y COMPARADO. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1998.
- Manili, Pablo Luis (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005.
- Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de Crítica. UNAM. México. 1977.
- Mendonca, Daniel. LAS CLAVES DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000.



Mendonca, Daniel. LOS DERECHOS EN JUEGO. CONFLICTO Y BALANCO DE DERECHOS. Editorial Tecnos. Madrid. 2003.

Mendonca, Daniel. OBLIGACIONES, NORMAS Y SISTEMAS. Revista Theoría, No. 20. Madrid. 1994.

Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.

Moreso, J.J. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

Naranjo Mesa, Vladimiro. TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Temis. Colombia. 2010.

Nieto Castillo, Santiago. En el Prólogo a: Romero Martínez, Juan Manuel. ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. Bases para la toma de decisiones judiciales. UNAM-IIJ. México. 2015.

Nino, Carlos Santiago. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.

Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.

Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa. México. 2006.

Patzig, G. ÉTICA SIN METAFÍSICA. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1975.

Pérez Luño, Antonio Enrique. TEORÍA DEL DERECHO. Una Concepción de la Experiencia Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. 1997.



- Pérez Luño, Antonio Enrique. LA SEGURIDAD JURÍDICA. En: Garzón V. Ernesto & Laporta, Francisco J. EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2000.
- Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Editorial Palestra. Lima. 2013.
- Pisarello, Gerardo. GLOBALIZACIÓN, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS. En: TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJ UNAM. Madrid. 2007.
- Popper, Karl. CONJETURAS Y REFUTACIONES. Editorial Paidós. Barcelona. 1972.
- Pozzolo, Susana. NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. Editorial Palestra. Lima. 2011.
- Pozzolo, Susana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Lima. 2011.
- Pozzolo, Susanna (Editora). NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. En: NEOCONSTITUCIONALISMO, Derecho y derechos. Editorial Palestra. Lima. 2011.
- Pozzolo, Susanna. UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO. En: Carbonell, Miguel. (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
- Prieto Sanchís, Luis. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 2005.



- Prieto Sanchís, Luis. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Ensayos Escogidos. Editorial Trotta- IJJ UNAM. Madrid. 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco J. EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2000.
- Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta –UNAM. Madrid. 2009.
- Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Welsel, Hans. DERECHO INJUSTO Y DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
- Ramírez Cardona, Alejandro. EL ESTADO DE JUSTICIA. Editorial Temis. Colombia. 1996.
- Raz, Joseph. LA AUTONOMÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: LA ÉTICA EN EL ÁMBITO PÚBLICO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2001.
- Raz, J. LA AUTORIDAD DEL DERECHO. UNAM. México. 1982.
- Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
- Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980.
- Romano, Santi. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Editorial Reys, S.A. Madrid. 2012.
- Rodríguez Duplá, Leonardo. ÉTICA. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 2006.



- Ruíz Manero, Juan. EL LEGADO DEL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Tem
Bogotá. 2014.
- Russell, Bertrand. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL Tomos I y II.
Editorial Austral. España. 2007.
- Saavedra, Modesto. PODER JUDICIAL, INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y
CRITERIOS DE LEGITIMIDAD. En: Carbonell, Miguel (Coordinador). JUECES Y
DERECHO, PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS. Editorial Porrúa-UNAM. México.
2004.
- Santiago Nino, Carlos. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial
Astrea. Buenos Aires. 2001.
- Scarpelli, Uberto. DE LA LEY AL CÓDIGO, DEL CÓDIGO AL PRINCIPIO. Revista
de Filosofía. No. 78. Roma. 1987.
- Stammler, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Nacional.
México. 1974.
- Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977.
- Truyol y Serra, Antonio. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 2. Editorial
Alianza Universidad Textos. Madrid. 1995.
- Tushnet, Mark. CONSTITUCIONALISMO Y JUDICIAL REVIEW. Ediciones Palestra.
Lima. 2013.
- Valadés, Diego. EL CONTROL DEL PODER. Editorial Porrúa-UNAM. México.
2006.
- Valadés, Diego (Coordinador). IDEAS E INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES
EN EL SIGLO XX. Editorial Siglo XXI. Madrid. 2011.



- Velluzzi, Vito. INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA. ¿UN CONCEPTO REALMENTE ÚTIL? CONSIDERACIONES ACERCA DEL SISTEMA JURÍDICO COMO FACTOR DE INTERPRETACIÓN. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 21-I. Universidad de Alicante. Alicante. 1998.
- Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa, S. A. Barcelona. 1997.
- Vilanova, José. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.
- Villabela, Carlos Manuel. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ¿UN NUEVO PARADIGMA?. Ediciones Mariel. México. 2014.
- Von Ihering, Rudolph. LA LUCHA POR EL DERECHO. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
- Von Savigny, Friedrich Karl. METODOLOGÍA JURÍDICA. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
- Von Ihering, Rudolf. EL FIN EN EL DERECHO. Editorial Heliasta. 1978.
- Weschler, Herbert. DERECHO CONSTITUCIONAL. Citado por: Alonso García, Enrique. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
- Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. METODOLOGÍA JURÍDICA. Editorial McGraw-Hill. México. 2002.
- Von Wright, George Henrik. NORMA Y ACCIÓN, UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.

Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA.
Editorial Trotta. Madrid. 2003.



Zagrebelsky, Gustavo. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial El Molino.
Bologna. 1988.

Zanotti, Gabriel J. FILOSOFÍA PARA FILÓSOFOS. Unión Editorial. Universidad
Francisco Marroquín. Madrid. 2003.