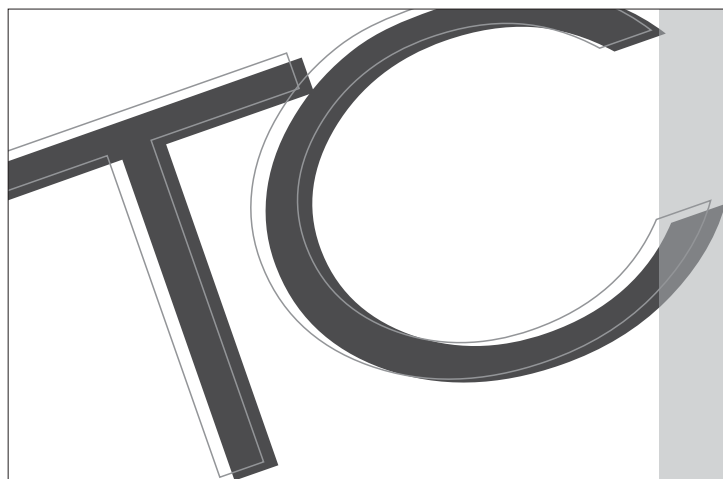




GUÍA

6

Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales

Luis Castillo Córdova
Úrsula Indacochea Prevost
Jorge Alexander Portocarrero Quispe
Pedro Grández Castro
Gilmar Ferreira Mendes
André Rufino do Vale
Eduardo Hernando Nieto
Félix Morales Luna
Juan Manuel Sosa Sacio

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8950 / 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetaconstitucional.com.pe



**PAUTAS PARA INTERPRETAR LA
CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

PRIMERA EDICIÓN
DICIEMBRE 2009
3,550 Ejemplares

© *Luis Castillo Córdova*
© *Úrsula Indacochea Prevost*
© *Jorge Portocarrero Quispe*
© *Pedro Grández Castro*
© *Gilmar Ferreira Mendes*
© *André Rufino do Vale*
© *Eduardo Hernando Nieto*
© *Félix Morales Luna*
© *Juan Manuel Sosa Sacio*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2009-14931
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-4038-51-8
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220900901

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Erika Cuadros Grados

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Nuestros neoconstitucionalismos

Juan Manuel Sosa Sacio^{(*)(**)}

Introducción

En el ámbito local, no son pocos los trabajos en materia constitucional —especialmente aquellos vinculados a los derechos fundamentales— que inician explicando qué es el “neoconstitucionalismo”. En efecto, al ser el contexto en que nos desenvolvemos y al tratarse de un asunto (en parte) novedoso, parece que se ha vuelto casi obligatorio hacer referencia a ello.

Ahora bien, los académicos y profesionales que se preocupan por este “constitucionalismo contemporáneo” son aquellos que consideran que la teoría del Derecho ha cambiado a partir de la posguerra, con motivo del nuevo contenido incorporado en las constituciones y el renovado valor y presencia de las cartas fundamentales en nuestros ordenamientos. Claro está, este no es el único enfoque. Persiste otra forma de tratar los asuntos constitucionales, por ejemplo, aquella que obvia completamente los cambios mencionados y que antes bien continúa con los temas, autores y metodologías que estaban en boga a mediados del siglo XX.

Los enfoques más actuales que atienden a los recientes cambios del Derecho Constitucional todavía distan de ser completos y de dialogar entre sí. Los tópicos que adoptamos han pecado de eurocéntricos y de demasiado abocados a unos pocos autores o doctrinas.

Por mencionar algo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano hace referencia principalmente a dos planteamientos: los *analíticos* (por ejemplo

(*) Jefe del Área de Derecho Constitucional de Gaceta Jurídica. Coordinador ejecutivo de *Gaceta Constitucional*.

(**) Este texto está elaborado a partir de ideas todavía no definitivas. Por ello, no pretendemos agotar el tema aquí; antes bien, este texto debe considerarse solo como un punto de partida.

de R. Alexy, R. Guastini y C. Bernal Pulido) y los *institucionales* (por ejemplo de P. Häberle y K. Hesse). En el mismo sentido, hay diversos temas y autores que no aparecen pese a ser fundamentales en el debate constitucional contemporáneo, ni siquiera para ser refutados o desestimados. Entre muchas otras, en el ámbito local son de notar las ausencias de B. Ackerman, C. Sunstein, D. Kennedy, O. Fiss o T. Scanlon (todos traducidos al castellano)⁽¹⁾. Incluso en el ámbito latinoamericano, debemos lamentar la ausencia de R. Gargarella, R. Arango o D. López Medina en nuestros trabajos, cuyos planteamientos son de primera línea y tienen entradas bastante distintas a nuestra usual forma de abordar la materia constitucional. Es más, en nuestro contexto varios autores claramente “neoconstitucionales” son poco trabajados y difundidos, como sucede con R. Dworkin, C. S. Nino y –en menor medida– L. Ferrajoli.

Con lo anotado, queremos llamar la atención cuando menos sobre dos cosas, a modo de mea culpa: (1) el constitucionalismo contemporáneo (“neoconstitucionalismo”) en muchos casos se ha vuelto –cuando aparece– un lugar común, con pocos autores y de escaso aporte crítico, por lo que debemos atrevernos a cuestionar más nuestra actividad e incluso a nuestros autores; y, atendiendo a lo anterior, (2) es necesario empezar a dialogar entre diversas tendencias académicas, e incluso atrevernos a explorar aquellos tópicos que aún no conocemos bien. El asunto no es de mero afán académico: como se sabe, una mejor teoría constitucional implica contar con mejores y más sólidos argumentos para defender los derechos básicos y las instituciones públicas, presupuestos para convivir en dignidad y desarrollarnos libre y plenamente.

En el contexto descrito, este volumen contiene trabajos de la máxima importancia no solo por la calidad de sus autores ni por lo notable de sus aportes, sino también debido a que salen de los lugares comunes a los que hemos hecho referencia y brindan pautas que pueden ser aplicadas por los operadores informados (como debe ocurrir con cualquier buena teoría). En ninguno de estos casos, como podrá apreciarse, las transformaciones del constitucionalismo contemporáneo aparecen como meras cláusulas de estilo. Todo lo contrario, consideramos que vale la pena leer cada palabra que se ha colocado allí.

Debido al formato de la obra, no ha sido posible contar con la participación de todos los autores nacionales de los que hubiese sido necesario dar cuenta. Sin embargo, los autores que participan –todos ellos– son de lectura imprescindible

(1) O también de autores neopositivistas, como H.L.A. Hart, A. Ross o J.A. García Amado.

y un excelente ejemplo de que las cosas están cambiando y que nos estamos atreviendo, cada vez más, a superarnos a nosotros mismos como comunidad académica.

En lo que sigue, diferenciaremos algunas acepciones de “neoconstitucionalismo” superpuestas en nuestros discursos, con la finalidad de poner en contexto la obra, pero también de mencionar lo que consideramos puntos ciegos y puntos críticos de nuestro “neoconstitucionalismo” (que esperamos puedan verse con más claridad si se tienen en cuenta las acepciones a las que haremos referencia).

I. Acepciones de neoconstitucionalismo

Por “neoconstitucionalismo” pueden entenderse distintas cosas. En este sentido, por ejemplo, contamos con la muy difundida clasificación de las formas o tipos de neoconstitucionalismo que ofrece P. Comanducci⁽²⁾, quien diferencia un neoconstitucionalismo teórico, de uno metodológico y de otro ideológico. Para Comanducci el neoconstitucionalismo teórico explica las principales características de los sistemas jurídicos contemporáneos, describiendo las novedades sobre el alcance y contenido de las actuales constituciones; el neoconstitucionalismo ideológico centra sus fuerzas en criticar el positivismo ideológico y exalta la constitucionalización del ordenamiento; y, finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral (lo que traería consigo una específica forma de entender y operar con el Derecho).

Por nuestra parte, haremos referencia no a tipos, sino más bien a tres acepciones de “neoconstitucionalismo” que existen en el discurso académico nacional: en primer lugar, encontramos un “neoconstitucionalismo” que pretendió “revivir” la noción de Constitución, despolitizándola y entregando su defensa “técnico-jurídica” a los jueces; un neoconstitucionalismo entendido como “constitucionalismo contemporáneo”, que da cuenta de las transformaciones ocurridas en el valor de las constituciones y en la forma de entenderlas⁽³⁾; y un neoconstitucionalismo comprometido e ideologizado, cuyo discurso puede considerarse como una especie de “nuevo constitucionalismo liberal”⁽⁴⁾.

(2) Siguiendo las formas de positivismo indicadas por N. Bobbio. Vide: COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coordinador). Trotta, Madrid, 2003, p. 82 y ss.

(3) Ciertamente vinculado a lo que Comanducci considera neoconstitucionalismo teórico.

(4) Aquí la relación con el neoconstitucionalismo ideológico y el metodológico –antes mencionados– es solo parcial.

II. Neoconstitucionalismo como renacimiento de la idea de Constitución

La primera acepción de neoconstitucionalismo la denominaremos “neoconstitucionalismo” y alude a la “*resurrección*” de la idea de Constitución tras su “*crisis*”, detectada por la doctrina francesa a mediados del siglo XX. Desde esta perspectiva, la Carta fundamental vuelve adquirir valor en manos de los jueces, que vuelven “técnico-jurídicos” asuntos constitucionales de todo orden, haciéndola valer como auténtica norma jurídica.

Así, a mediados de los años cincuenta el profesor Georges Burdeau se refirió a la decadencia de la noción de Constitución⁽⁵⁾, haciendo referencia a su dificultad para normar la totalidad de la vida política⁽⁶⁾ y para adaptarse a una realidad para la cual no fueron imaginadas⁽⁷⁾. Tal decadencia o crisis podía entenderse desde una triple perspectiva: jurídica, política e ideológica⁽⁸⁾. Desde la perspectiva jurídica, tenemos que la Constitución fue inicialmente concebida como la base de un sistema jurídico escalonado y unitario, mientras que la creciente pluralidad de ordenamientos (por ejemplo a través de acuerdos laborales y sindicales) minó tal concepción (estática) del Derecho, de tal forma que “[n]i todo el Derecho procede ya de la Constitución, ni, lo que es más grave todavía, el Derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional es el considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana”⁽⁹⁾. También se aludió a una crisis política de esta noción, vinculada con la ausencia de la “oficialización de una idea de Derecho”⁽¹⁰⁾, esto es, con su pérdida de legitimidad y arraigo como norma ordenadora de la comunidad política⁽¹¹⁾. En el mismo sentido, se destaca que las constituciones de la posguerra “revisten un marcado carácter anfibológico. Al ser producto del pacto entre fuerzas políticas contradictorias y con intereses sociales diferentes, los principios ideológicos que las orientan tienen, por fuerza, que resultar ambiguos. Lo que se traduce en que ni la Constitución pueda

(5) Como se sabe, este difundido trabajo fue publicado en 1956, bajo el título *Une survivance: la notion de Constitution*.

(6) BURDEAU, Georges. “Una supervivencia: la noción de Constitución”. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Domingo García Belaunde (Director), Año 3, N° 93, Grijley, Lima, p. 97.

(7) *Ibidem*, p. 94.

(8) DE VEGA, Pedro. *Estudios políticos-constitucionales*. IIJ-UNAM, México, 1980, p. 294.

(9) *Ibidem*. Loc. cit.

(10) BURDEAU, Georges. Ob. cit., p. 98.

(11) HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, pp. 16-17; LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Volumen II. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 420-423.

ser considerada como la armadura de un sistema legal homogéneo, ni pueda concebirse tampoco como un arma de gobierno eficaz”⁽¹²⁾.

Una tercera perspectiva sobre esta crisis era ideológica. Se destaca que la idea de Constitución como límite para los gobernantes pierde sentido cuando se produce la identidad entre gobernantes y gobernados, como ocurrió con el desarrollo del constitucionalismo democrático. Efectivamente, la Constitución limitaba al poder político en general y especialmente al legislador; en cambio luego se constata que “[p]or encima de la voluntad de la ley se colocará de esta forma la voluntad del pueblo”⁽¹³⁾, desplazándose a la Constitución como norma, privándole de su valor de ley fundamental⁽¹⁴⁾. En efecto, si la voluntad legisferante y la voluntad constituyente son idénticas (ambas “voluntad popular”), “los problemas de legalidad perderán su condición de problemas ideológico-políticos, para convertirse en problemas puramente técnicos o de simple convivencia”⁽¹⁵⁾. La Constitución aparece entonces como “un eslabón –útil, pero no lógicamente indispensable– en el proceso de cumplimiento de la voluntad popular”⁽¹⁶⁾.

No obstante lo anotado, es claro que esta “crisis” no implicaba la destrucción absoluta ni la futilidad del concepto de Constitución. Efectivamente, los propios doctrinarios franceses empezaron a referirse a la “resurrección” de la noción de Constitución y a un “neo-constitucionalismo”⁽¹⁷⁾; ello como consecuencia de la actividad interpretativa del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) que, a inicios de los setenta, amplió el ámbito normativo de la Constitución de 1958. La doctrina empezó a hacer referencia a la *constitucionalización del Derecho*⁽¹⁸⁾ –incluso a la *constitucionalización de la política*– lo que colocaba a los jueces constitucionales en un lugar preeminente⁽¹⁹⁾.

(12) DE VEGA, Pedro. Ob. cit., p. 296.

(13) Ibídem, p. 298.

(14) BURDEAU, Georges. Ob. cit., p. 102.

(15) DE VEGA, Pedro. Loc cit.

(16) BURDEAU, Georges. Loc. cit.

(17) De ello da cuenta, con cierto detalle, LUCAS VERDÚ, Pablo. “La Constitución en la encrucijada (palíngenesia iuris politici)”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año IV, N° 4, Fondo Editorial PUCP-MDC, Lima, 1997, sobre todo pp. 101-107. Menciona, en lo concerniente a la referencia que hemos realizado, el trabajo de Louis Favoreu: “Propos d’un neo-constitutionnaliste” (“Introduction” a *Le constitutionnalisme aujourd’hui*. Jean-Louis Seurin (editor) Economica, París, 1984) y el de Dominique Rousseau: “Une résurrection: la notion de Constitution” (En: *Revue de Droit public et de la science politique en France et à l’étranger*. N° 1, 1990).

(18) FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XII, N° 1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, agosto de 2001, p. 31 y ss.

(19) Vide ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 101-105.

Ahora, bien visto, este “neo-constitucionalismo” francés fue una especie de nuevo positivismo constitucional⁽²⁰⁾. Ello es evidente si –como profesó D. Rousseau– se considera que los “problemas políticos que antes eran monopolio de los políticos, ahora pueden plantearse ante los jueces constitucionales que los traducen inmediatamente al vocabulario legal, para convertirlos así en problemas jurídicos que pueden tratarse según los principios, reglas y técnicas propias del debate constitucional”⁽²¹⁾. Igualmente, estaríamos ante una especie de nuevo positivismo si –como consideró el mismo autor– el control de constitucionalidad se reduce a un control de los poderes constituidos y a un análisis de la irregularidad procedimental, desatendiéndose absolutamente al contenido material de las leyes⁽²²⁾.

Volviendo al ámbito local, esta acepción de “neoconstitucionalismo” es la que considera el profesor César Landa y, tal vez por ello, no obstante reconocer bien la evolución del Estado Constitucional, la centralidad de la persona y el rol especialísimo de los tribunales constitucionales (que, como describiremos en el apartado siguiente, puede denominarse también “neoconstitucionalismo” en un sentido), no se inscribe en las filas del neoconstitucionalismo (ortodoxo). Para Landa, si le hemos entendido correctamente, siguiendo la línea trazada por otros autores como Pedro de Vega y Pablo Lucas Verdú (u otros como S. Romano, M. Hauriou o K. Hesse), al Derecho Constitucional es inherente una faz política e institucional, que no puede reducirse a mero “positivismo” o “tecnicismo jurídico constitucional”⁽²³⁾ en el que incurren ciertos operadores y tribunales (“neo-constitucionales”), proponiendo frente a ello el pensamiento constitucional institucional⁽²⁴⁾.

Volviendo al neo-constitucionalismo francés, “rescatar” de la idea de Constitución, resaltar la constitucionalización del ordenamiento o explicar el nuevo rol de los jueces no alude, todavía, a la existencia de un *nuevo constitucionalismo*. El surgimiento del constitucionalismo contemporáneo constituyó un fenómeno más complejo, producto de profundas transformaciones en las ideas de

(20) LUCAS VERDÚ, Pablo. “La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici)”. Ob. cit., pp. 101-102.

(21) ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional...* Ob. cit., p. 102.

(22) LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Tercera edición, Palestra, Lima, 2007, p. 518.

(23) *Ibidem*, pp. 520-522. Idea que compartimos plenamente.

(24) También en LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra, Lima, 2006, p. 509.

Derecho, Estado y Constitución, y que además constituye una reacción frente al paleopositivismo jurídico.

III. Neoconstitucionalismo como constitucionalismo contemporáneo

Desde otra perspectiva, por “neoconstitucionalismo” puede entenderse también al *constitucionalismo contemporáneo* o al *Derecho Constitucional del actual Estado Constitucional*.

Este movimiento constitucional⁽²⁵⁾ surge tras la Segunda Gran Guerra. Como se sabe, luego de las atrocidades cometidas por los regímenes fascista y nazi, los pueblos del mundo reconocieron la dignidad de la persona como fundamento del Estado y del Derecho. A partir de ello, ocurrieron una serie de fenómenos que permiten afirmar que nos encontramos frente a un nuevo tipo de constitucionalismo. No contrapuesto o resueltamente diferente a los anteriores (constitucionalismos liberal, democrático y social), pero tal vez sí superior. Este nuevo constitucionalismo, o “neoconstitucionalismo”, tiene como forma de Estado al “Estado Constitucional”. Este no solo compila lo mejor de los movimientos constitucionales precedentes –como podría entenderse a partir de la denominación agregativa “Estado Democrático y Social de Derecho⁽²⁶⁾”– ni tampoco destaca solo cierto renacer del valor normativo de la Constitución o el papel de los jueces respecto a ello, como apuntó el “neo-constitucionalismo” francés. El constitucionalismo contemporáneo es producto de la ya mencionada coyuntura posbélica, que marca nuestra cultura de las libertades y tiene una incidencia de grandes proporciones en la comprensión del Derecho.

Con lo anotado, señalamos las características del neoconstitucionalismo (y del correspondiente Estado Constitucional contemporáneo):

1) *El constitucionalismo contemporáneo es decididamente personalista*. Expresado de otra forma, es “antropocéntrico”⁽²⁷⁾: tiene a la dignidad humana

(25) A nuestro parecer, por “constitucionalismo” debe entenderse al surgimiento y la expansión de constituciones con determinadas características. A estas características se añaden otros rasgos que definen a los diversos “movimientos constitucionales” o “constitucionalismos” (v. gr. liberal, social, democrático).

(26) Que alude a la suma del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), al constitucionalismo social (Estado Social de Derecho) y al constitucionalismo democrático (Estado Democrático de Derecho).

(27) ARNOLD, Rainer. “El Derecho Constitucional europeo a fines del Siglo XX. Desarrollo y Perspectivas”. En: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro Homenaje a Germán J.*

como premisa antropológica⁽²⁸⁾; se “concibe al Estado como instrumento de promoción del individuo, este es el centro de todo poder estatal”⁽²⁹⁾.

Por ello, como hemos señalado, es lugar común del constitucionalismo consagrar a la persona como fin y a su dignidad como valor y principio rector. Ya no se trata del individuo del Estado mínimo liberal. Efectivamente, el Estado Constitucional, además de promover la libertad y el desarrollo, asume al individuo con carencias básicas que deben ser satisfechas; asimismo, como sujeto que participa de la vida pública y legitima el poder, lo que implica concebir al Estado al servicio de la persona, generándose un deber especial de protección de los derechos fundamentales.

2) *Se produce la positivación de catálogos de derechos fundamentales a nivel constitucional.* Así, son paradigmáticos los países europeos que salieron de regímenes autoritarios como Alemania e Italia (1949 y 1948), luego Portugal (1975), Grecia (1976) y España (1978) y, más recientemente, los países de Europa Central y del Este (en los años noventa) a los que el reconocimiento expreso de derechos esenciales les permitió enfatizar la importancia que les son inherentes. Este fenómeno se enraizó también en América Latina, tras la salida de los regímenes militares (a partir de los años ochenta). Incluso Francia, que no tuvo un listado de derechos fundamentales en su Constitución de 1958, incorporó por medio de su judicatura constitucional la Declaración de Derechos Humanos de 1789 y otras normas continentales de derechos fundamentales como el Preámbulo de la Constitución de la IV República y otras leyes republicanas, especialmente de la III República.

3) *El Estado Constitucional se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo*⁽³⁰⁾; lo que implica, además, que el Estado Constitucional es eminentemente democrático. Una consecuencia de encontrar en el ser humano el motivo de las instituciones del Estado Constitucional será precisamente reconocer que son los propios seres humanos a quienes compete determinar la existencia del Estado y el contenido de su Constitución y su desarrollo.

Bidart Campos). José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (coordinadores) Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Lima, 2002, p. 25.

(28) HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001, p. 65.

(29) ARNOLD. Loc. cit.

(30) HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit., p. 129.

Como se aprecia, durante el Estado legislativo de Derecho (Estado liberal) el *contrat social* de Rousseau o el *pouvoir constituant* de Sièyes fueron desnaturalizados y no cumplieron los ideales representativos que persiguieron⁽³¹⁾, pues finalmente sirvieron para legitimar en el poder a la clase gobernante (la burguesía). Hoy, que es la persona, en abstracto, y no un sector en concreto –como fue la burguesía– a quien se debe la maquinaria constitucional, la participación como fundamento del actual Estado adquiere una relevancia especial, lo que incluso explica los cada vez más amplios mecanismos de acceso a las decisiones, así como el control y la fiscalización, incluso no jurídicos, de los asuntos públicos.

En tal sentido, ya que la posibilidad que las personas decidamos sobre nuestros destinos se fundamenta en el reconocimiento del valor del ser humano, la democracia puede ser concebida como una “consecuencia organizativa” de la dignidad humana⁽³²⁾. En ese aspecto, el Estado contemporáneo adquiere la forma de una “democracia constitucional”, que suele ser considerada como la mejor forma de gobierno al que puede aspirar la humanidad⁽³³⁾.

4) Se produce la *constitucionalización del ordenamiento*⁽³⁴⁾, esto es, la penetración o presencia de las normas y los valores constitucionales en las distintas ramas del Derecho y en la vida social misma⁽³⁵⁾. Así visto, la Constitución regula

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1994, p. 44: “Tras este movimiento [el constitucionalismo], lo que se entiende por Constitución (concepto que no han perdido nunca los constitucionalistas norteamericanos ni los suizos y que recuperaron tras el II Imperio –aunque con la limitación derivada del dogma de la soberanía parlamentaria– los constitucionalistas franceses y después de esta última guerra los alemanes) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo”.

(32) “Existen elementos esenciales de la formación de la imagen del ser humano, dentro del Estado Constitucional, que son base de los dos principios que la constituyen: la dignidad humana (y los derechos humanos que la concretizan) como su premisa antropológica y la democracia liberal como su consecuencia organizativa. Si la dignidad del ser humano se refiere a la imagen del ser humano, de la misma manera la democracia liberal se refiere a la imagen del Estado”. HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano...* Ob. cit., p. 65.

(33) SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica, IIJ-UNAM, México D. F., 2008, pp. 45 y 181.

(34) Cfr. el clásico trabajo de Gustini en el que explica las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento: GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003, sobre todo pp. 50-58.

(35) PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, pp. 121-122. El profesor Aragón Reyes menciona además que el constitucionalismo requiere de una “cultura jurídica constitucional”, además de los instrumentos jurídicos que garantizan la aplicación de la

la vida social no solo como un orden marco, sino que irradia sus valores como un orden fundamental de contenido material. Al respecto, como se ha señalado, un “ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”⁽³⁶⁾.

Como se sabe, antes de la omnipresencia de la Constitución la ley regulaba la vida social entera; norma que prevalecía frente a las cartas fundamentales en la medida que la soberanía popular reposaba en el legislador. Pero ante una Constitución en la que reside la voluntad rígida y directa del poder constituyente –como es la contemporánea–, los poderes constituidos se ven subordinados, sin excepción, a esta norma fundamental. La soberanía parlamentaria es entonces sustituida por la soberanía de la Constitución⁽³⁷⁾, adquiriendo el Estado de Derecho una connotación material⁽³⁸⁾ que someterá el contenido de todo acto estatal, y que se desprende directamente de la Constitución (Por ello se hace referencia al “Estado Constitucional de Derecho” o “Estado Constitucional”).

5) *La Constitución adquiere fuerza normativa*. La Carta fundamental ya no es solo un manifiesto político o Constitución flexible como en el siglo XIX⁽³⁹⁾. Por el contrario, ella es *norma normarum* (fuente del Derecho) y base de todo el ordenamiento jurídico, tanto en sentido formal como material. Es norma y, como tal, es directamente aplicable por los jueces –y en general por cualesquiera de sus intérpretes– con verdaderos efectos vinculantes para los poderes públicos

Constitución. ARAGÓN REYES, Manuel. “La Constitución como paradigma”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (editor). Trotta-III UNAM, Madrid, 2007, pp. 36-37.

(36) GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 49.

(37) ZAGREBELSKY, Gustavo; *El Derecho Dúctil. Ley, Justicia, Derechos*. Madrid, 1995, p. 12 y ss.; ARNOLD, Rainer. “El Derecho Constitucional europeo a fines del Siglo XX...” pp. 29-30.

(38) Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003, pp. 18-20.

(39) PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, sección segunda, p. 113: “[L]a Constitución a lo largo del siglo XIX no puede afirmarse como norma jurídica. La restricción del derecho de sufragio lo hace imposible. Hasta que no se alcance el sufragio universal, la Constitución racional normativa no puede ser el instrumento de ordenación real y efectiva del Estado. Pero una vez que se alcanza y la Constitución tiene que ser aprobada sobre dicha base, su afirmación como norma jurídica resulta imparable. Es lo que ha ocurrido con el constitucionalismo democrático del siglo XX”; GARCÍA DE ENTERRÍA, en la línea de lo expuesto, “En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...* Ob. cit., p. 45.

y los ciudadanos, quienes tenemos el deber de respetarla y preferirla por sobre toda otra norma estatal.

Precisamente por ello, en los Estados Constitucionales se implementa el control de la constitucionalidad de actos y normas de todo nivel, a través de la *judicial review*, el control concentrado, los procesos de tutela de derechos fundamentales, etc.

6) *Se evidencia un pluralismo valorativo* en el contenido de las constituciones. Las cartas fundamentales acumulan valores varios, algunos provenientes de diversos constitucionalismos (liberal, social, democrático) o que recogen expectativas de fuerzas políticas e intereses sociales distintas (por lo que muchas disposiciones tienen apariencia de fórmulas transaccionales y utilizan un lenguaje con textura abierta); en tal sentido, no es infrecuente que en la regulación constitucional existan contradicciones en abstracto.

La Constitución postula en general –y a través de los derechos fundamentales, en especial– un complejo sistema de valores materiales. Ahora bien, es claro que los valores están reconocidos en disposiciones constitucionales que carecen de precisión, son en gran medida indeterminadas y ambiguas. Así, en el contexto de una sociedad pluralista, la Constitución no deberá entenderse como un proyecto agotado, pues “no codifica sino que simplemente regula –y muchas veces en forma puntual y a grandes rasgos– aquello que parece importante y que necesita determinación”⁽⁴⁰⁾ apareciendo los derechos fundamentales, de otra parte, “más bien [como] un consenso jurídico acerca de lo que podemos hacer, más que [como] un consenso moral acerca de lo que debemos hacer”⁽⁴¹⁾. En tal sentido, se suele afirmar que la Constitución no puede ser comprendida ni interpretada como cualquier norma del ordenamiento; se requieren especiales herramientas interpretativas, diferentes a las ortodoxas de interpretación legal o a las positivistas⁽⁴²⁾.

7) Existe una *notoria ambigüedad en los contenidos de la Constitución*, que requerían una especial interpretación de su texto, encargada principalmente al

(40) HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1983, p. 18. “La Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser norma la que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos” (p. 19).

(41) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, pp. 124-125.

(42) Un clásico sobre el tema, HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 45-51.

órgano judicial. De esta forma, son características de las constituciones actuales el *principialismo*, la judicialización y la justificación argumentativa. Expliquemos cada una de estas:

(a) Como venimos señalando, una característica de las constituciones contemporáneas es el *principialismo*, que implica un mayor protagonismo de las normas-principios⁽⁴³⁾ (a cumplirse “en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible”⁽⁴⁴⁾) que de las normas-reglas (que “se cumplen o no se cumplen”); esto, como consecuencia del lenguaje indeterminado empleado en las constituciones, que muchas veces carece de mandatos concretos o de consecuencias jurídicas específicas;

(b) También se evidencia el fenómeno de *la judicialización del Derecho*, pues al quedar la ley desplazada como fuente principal y como norma de mayor valor jurídico, pierde peso el legislador y lo ganan los jueces, encargados de concretar los contenidos abiertos de la Constitución al controlar la constitucionalidad de las leyes y encargarse de la tutela de los derechos fundamentales.

(c) *Existe una tendencia a la justificación argumentativa* (e inevitable “derrotabilidad” de los principios) lo que, en términos operativos, implica un mayor uso de la técnica de ponderación que de la subsunción en la aplicación del Derecho⁽⁴⁵⁾.

8) Característica de los tiempos constitucionales actuales es también la internacionalización de los derechos fundamentales, es decir, la positivación internacional de los derechos humanos. Tras el fracaso de la Sociedad de Naciones en evitar la Segunda Guerra Mundial, luego de esta la sensibilidad de los países del mundo se encuentra en situación especialmente favorable para reconocer un humanismo universal, cuya vigencia se extendiese a todos los Estados mediante la suscripción de documentos internacionales sobre derechos humanos, estableciendo mecanismos de protección y configurando una comunidad mundial de

(43) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales...* Ob. cit., p. 123. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil...* Ob. cit., p. 109 y ss. En la p. 118: “Los principios [constitucionales] no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una ‘toma de posición’ conforme con su ethos en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se pueda plantear, precisamente, una ‘cuestión de principio’. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad”.

(44) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

(45) PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 127.

naciones dedicada a la paz, seguridad, cooperación y amistad internacionales. Es así como se aprueba hacia 1945 la Carta de las Naciones Unidas, en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vigentes desde 1976. En el plano regional, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor desde 1978, a la que se une, hacia 1988, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Africana de Derechos Humanos. Convenios respaldados con la existencia de cortes o tribunales que resuelven problemas relacionados con estos derechos reconocidos y cuyos fallos son de obligatoria observancia para los Estados suscriptores.

Ahora bien, los autores que reconocen trabajar con esta nueva realidad y en el marco de un nuevo paradigma teórico, aceptan la existencia de esta forma de neoconstitucionalismo como “constitucionalismo contemporáneo” (aunque discrepen con respecto al nombre empleado). En efecto, quienes consideran que se ha producido una diferencia sustantiva (y no solo de grado) con respecto al paradigma del positivismo legal a partir del reconocimiento de derechos y valores fundamentales en las constituciones, el especial valor de las normas fundamentales, los problemas de interpretación surgidos por las fórmulas de textura abierta con que son reconocidos los principios y directrices, así como la necesidad de justificar y argumentar las decisiones en el Derecho, en especial el Constitucional (lo que da una singular importancia a los jueces constitucionales), son autores insertos en este nuevo constitucionalismo.

Respecto al ámbito local, entre los autores que se mueven en este paradigma encontramos a todos los que participan en esta obra colectiva y también, con claridad –disculpándome por las omisiones en que seguramente incuriré de manera involuntaria–, a E. Carpio, R. Rodríguez Santander, E. Alvites y M. Mendoza⁽⁴⁶⁾.

(46) Asimismo, autores de nuestra generación que tienen publicados estudios y consideran este paradigma contamos, entre otros, a Fernando Velezmoro, Heber Joel Campos, Carolina Canales, Christian Donayre, Abraham García, Johan León por mencionar algunos.

IV. Neoconstitucionalismo como nuevo constitucionalismo liberal

De otra parte, la existencia de un “neoconstitucionalismo” como nuevo constitucionalismo –y como nueva forma de entender el Derecho– no significa que exista una única teoría que pretenda explicar este fenómeno. Así, puede afirmarse que existen “neoconstitucionalismos” (en plural), esto es, diferentes enfoques teóricos e ideológicos que aparecen en el mismo contexto del constitucionalismo contemporáneo, pero que no son uniformes entre sí⁽⁴⁷⁾.

De esta forma, varios autores, particularmente levantando la bandera del *principialismo*⁽⁴⁸⁾ contra el positivismo legalista, desarrollan temas como, por ejemplo, la vinculación entre la moral y el Derecho (asunto pacífico durante la vigencia del paradigma positivista) o sobre si es posible hallar una solución correcta dentro del ordenamiento jurídico a partir de principios o criterios de justicia. Así visto, con el decidido auspicio de muchos autores del neoconstitucionalismo, la moral irrumpe en los fueros del Derecho, expulsando (o subordinando) a la política.

Tales planteamientos tienen notable carga ideológica⁽⁴⁹⁾, en otras palabras, se tratan de “neoconstitucionalismos comprometidos”⁽⁵⁰⁾. Entre las características de estos podríamos contar, por ejemplo, la presencia de cierto talante

(47) Cfr. CARBONELL, Miguel. “Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo” En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coordinador). Trotta, Madrid, 2003, pp. 9-11.

(48) ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Valladolid, 1995, especialmente 109 y ss.; NINO, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2003, 153 y ss. (a propósito de las tesis de Dworkin); DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 61 y ss.; ALEX, Robert. Ob. cit., p. 159 y ss., del mismo autor, tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 93 y ss.

(49) Aquí no nos identificamos solo con lo que P. Comanducci considera como “neoconstitucionalismo ideológico”. Desde nuestra perspectiva, los autores de esta forma de neoconstitucionalismo, además de referirse a la exaltación militante del nuevo constitucionalismo (“neoconstitucionalismo ideológico”) y a la defensa de la tesis de conexión necesaria entre Derecho y moral (“neoconstitucionalismo metodológico”); promueven un discurso claramente liberal, reeditando algunos postulados del constitucionalismo liberal del siglo XIX.

(50) Vide PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 111. Como explica Luis Prieto, varios autores del neoconstitucionalismo ideológico tienen una actitud más bien comprometida. A decir del profesor español, este “constitucionalismo dogmático” (como él le denomina): “representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho. Ejemplo de estas dos últimas implicaciones pueden encontrarse en los planteamientos de autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky y, aunque tal vez de un modo más matizado, Ferrajoli”.

progresista⁽⁵¹⁾, que enarbola el valor superior de los derechos fundamentales⁽⁵²⁾ incluso frente a otros bienes de jerarquía también constitucional⁽⁵³⁾; el necesario desarrollo de los derechos en democracia y en el marco de un Estado Social y Democrático⁽⁵⁴⁾; la necesaria vinculación entre moral y Derecho⁽⁵⁵⁾; así como la resuelta defensa del liberalismo de raíces kantianas (e incluso rawlsianas).

Esto último –la fundamentación liberal y kantiana de cierto neoconstitucionalismo ideológico– nos parece que merece ser destacado, no solo porque se trata de una tradición muy difundida en nuestro medio, sino porque suele asumirse como rasgo inherente del constitucionalismo contemporáneo.

Para explicar mejor cómo el liberalismo ingresa en los principales discursos del neoconstitucionalismo liberal, destacamos brevemente algunos aportes de tres importantes referentes suyos⁽⁵⁶⁾: Nino, Dworkin y Alexy⁽⁵⁷⁾.

-
- (51) COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”. En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2007.
 - (52) Como hemos mencionado en otra ocasión (SOSA SACIO, Juan Manuel. “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 9, Gaceta Jurídica, setiembre de 2008), estos derechos son concebidos para autores neoconstitucionalistas como “derechos morales” (Nino, Dworkin, Alexy), “cotos vedados” (Garzón Valdés), “triumfos políticos” (Dworkin) o una “esfera de lo indecible” (Ferrajoli).
 - (53) Se ha destacado que –además de su “máxima indeterminación”– los derechos fundamentales se caracterizan por su “rango máximo”, “máxima fuerza jurídica” y “máxima importancia”; vide ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Editor). Trotta, Madrid, 2003, pp. 32 y 33. Alexy se refiere al ordenamiento alemán, pero, bien visto, ello es extensible a cualquier Estado Constitucional contemporáneo.
 - (54) Así ALEXY en “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático” (cit.) o más recientemente en la “La institucionalización de la razón” (En: *Persona y derecho: Revista de fundación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. N.º. 43, 2000, pp. 238-242); NINO, entre otros, en *La Constitución de la democracia deliberativa* (citado luego, pp. 94-97); FERRAJOLI, por ejemplo, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (cit., pp. 35-40); igualmente HÄBERLE, por caso, en *El Estado Constitucional* (cit. pp. 173-174), y un inacabable etcétera.
 - (55) Barberis se refiere al “imperialismo de la moral” de autores neoconstitucionalistas. BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coordinador). Trotta, Madrid, 2003, p. 270 y ss.
 - (56) Estos autores, sin embargo, presentan distintas etapas en su pensamiento (incluso, más cercanamente, habrían incorporado elementos no liberales). Nosotros nos concentraremos en sus planteamientos claramente liberales y de ascendencia kantiana, pues caracterizan al neoconstitucionalismo fundacional y subsiste en el discurso neoconstitucional local.
 - (57) Otro referente importante sería Luigi Ferrajoli, cuya idea de “esfera de lo indecible” e incluso la de “garantismo” tienen algún sustrato liberal; sin embargo, distintos tópicos de su obra no van necesariamente en este sentido, por lo que no consideramos correcto ubicarlo en este apartado.

Carlos Santiago Nino –si hemos entendido correctamente– consideraba que la concepción liberal del ser humano se encuentra implícita en la práctica de la discusión moral⁽⁵⁸⁾, diseñada esta “para solucionar conflictos y lograr cooperación a través del consenso”⁽⁵⁹⁾ y “en la cual nos encontramos involucrados cuando valoramos acciones, decisiones, instituciones y prácticas que puedan afectar los derechos básicos de la gente”⁽⁶⁰⁾.

Así, bajo pena de incurrir en una gruesa inconsistencia, desde la perspectiva de este autor, cuando argüimos a favor de una posición moral necesariamente aceptamos los términos y presupuestos en los que es posible esta discusión, presupuestos que son necesariamente liberales (pues solo estos permiten el debate libre, sobre la base de razones)⁽⁶¹⁾ y que justifican moralmente los derechos⁽⁶²⁾.

Adicionalmente, es sabido que Nino sostenía también una teoría liberal de los derechos básicos, fundamentada en los principios de autonomía (aceptación libre de principios morales y de ideales propios de excelencia personal), inviolabilidad (prohibición de restringir la autonomía personal con la finalidad de incrementar la autonomía de otros) y dignidad de la persona (toda persona debe ser tratada según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento)⁽⁶³⁾. Respecto a esta concepción de los derechos humanos, así como a los presupuestos de la discusión moral, la referencia al kantismo es evidente.

Por su parte, Robert Alexy ha señalado en diversas oportunidades la filiación liberal y kantiana de sus postulados teóricos. Tempranamente, en *El concepto y la validez del Derecho* explicó que su teoría del discurso partía de una concepción kantiana de racionalidad práctica, distinguible por su idea de universalidad⁽⁶⁴⁾ (noción que es trasversal a su teoría de la argumentación). En términos similares, ha defendido explícitamente una concepción kantiana de los dere-

(58) NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 174.

(59) *Ibidem*, p. 75.

(60) NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 74.

(61) NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Loc. cit.; Id. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob. cit., pp. 74-75.

(62) NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob. cit., p. 74.

(63) NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ob. cit., pp. 129 y ss., y 199 y ss. Más recientemente *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob. cit., pp. 74-82.

(64) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994, p. 133 y ss.

chos humanos⁽⁶⁵⁾, fundamentada en los principios de universalidad y autonomía, concepción que para él es indudablemente liberal: “El enlazamiento de las ideas de universalidad y de autonomía conduce a una teoría política liberal. La concepción kantiana de los derechos humanos es una concepción liberal de los derechos humanos”⁽⁶⁶⁾.

La filiación kantiana de Alexy incluso le ha llevado a afirmar, muy recientemente, que “en el concepto de derecho en Kant está contenido ya casi todo lo que juega algún papel en la actual discusión en torno al concepto de derecho; además, es posible afirmar que las correcciones necesarias para determinar acertadamente la relación de sus elementos (...) se pueden hacer fácilmente o (...) se encuentran ya en su sistema. El concepto de derecho de Kant se muestra con ello, y consideradas todas las cosas, tan vital como en sus primeros días”⁽⁶⁷⁾.

Finalmente, Ronald Dworkin tiene diversos textos en defensa del liberalismo. Así por ejemplo, ha defendido los postulados liberales ante cierta crítica conservadora, manifestando que lo que distingue al liberalismo es la idea de trato igual, requiriéndose del gobierno la igual consideración y respeto para los ciudadanos: por ello, no es admisible la imposición de ideas del bien y, más bien, es necesaria la neutralidad estatal frente a las distintas concepciones de moralidad privada⁽⁶⁸⁾ (aquí es clara la reminiscencia del principio de autonomía y de la libertad como “no interferencia”).

Asimismo, en su clásica obra *Los derechos en serio* ha señalado que los derechos fundamentales son derechos morales contra el gobierno, lo que implica que no es posible instrumentalizar a las personas en beneficio, por ejemplo, de la mayoría o incluso del bien general⁽⁶⁹⁾ (igualmente, es evidente la evocación al principio de dignidad de corte kantiano).

Con lo anotado, para estos autores las ideas de autonomía, universalidad y dignidad (todas liberales de vinculación kantiana) son centrales y precisamente

(65) ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 61 y ss.

(66) ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 63.

(67) ALEXY, Robert. “La definición de Derecho según Kant”. En: *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Felipe Castañeda, Vicente Durán y Luis Eduardo Hoyos (editores). Universidad Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá, 2007, p. 414.

(68) DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. La isla de la luna, Buenos Aires, 2003, p. 18 y ss.

(69) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ob. cit. pp. 285-286.

estas convicciones ideológicas les lleva a defender su particular versión de neoconstitucionalismo.

Al respecto, no obstante la autoridad de estos y otros autores, es necesario precisar que el liberalismo kantiano no es inherente al constitucionalismo contemporáneo. En realidad, bastaría con revisar cada característica de este y del Estado Constitucional (que ya hemos anotado) para darnos cuenta que el liberalismo no le es indispensable. Visto con cuidado, el personalismo (que colocamos como primera característica del constitucionalismo actual) encuentra en el liberalismo una fundamentación de importancia, pero ello no quita que también desde posiciones religiosas, existencialistas, republicanas y hasta anarquistas pueda defenderse igualmente el lugar central de la persona humana en una comunidad política. Es más, en determinado punto el neoconstitucionalismo liberal resulta contrario a la democracia (por ejemplo, cuando se reconoce “contramayoritario” sin más); cuando la democracia, por el contrario, es un pilar fundamental del constitucionalismo contemporáneo.

Creo que todos, en algún momento, hemos asumido estos postulados liberales de manera poco crítica. De hecho, a ello ayuda la lectura aislada del artículo 1 de la Constitución, que parece en cierta medida “confesional”, en el sentido de que el Estado peruano y su ordenamiento jurídico es “liberal kantiano”. Sin embargo, como hemos dejado insinuado en alguna anterior ocasión⁽⁷⁰⁾, esta no es la única lectura posible si atendemos más bien al conjunto de disposiciones constitucionales que recogen valores diversos, especialmente aquellos que provienen de la tradición política republicana⁽⁷¹⁾.

En todo caso, una lectura no liberal requiere que tengamos especial cuidado de no incurrir en fundamentaciones que vacíen de contenido los derechos, cayendo en resultados conservadores y regresivos. Aunque también implica, de otra parte, permitirnos buscar resultados que reconozcan el valor de la democracia en la legitimación de las decisiones (judiciales, incluso); la importancia de la deliberación no solo en sentido ideal-argumentativo sino también político; apostar por los derechos constitucionales no solo como atributo abstracto (universal, indivisible, indisponible), sino inclusive como necesidades humanas concretas (asimismo, unas más urgentes que otras); reconocer que el Estado no es

(70) “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 100-105.

(71) En aquella ocasión nos referimos a las “cláusulas republicanas” de la Constitución.

solo (ni principalmente) un enemigo de las libertades y los derechos, sino que, paradójicamente, también es su principal guardián, por lo que su debilitamiento sería contraproducente, etc.

IV. Peligros de nuestra práctica (en alguna acepción) “neoconstitucionalista”

El que podamos reconocer en nuestro país la mayoría de elementos constitutivos del Estado Constitucional contemporáneo y que varios autores trabajen sus temas en este marco, no enerva la posibilidad de que incurramos en ciertos vicios o prácticas infaustas que podemos considerar como “neoconstitucionales” (en algún sentido).

Es cierto que contar con lugares (o prácticas) comunes o pacíficos nos permite construir una comunidad académica que cuente con consensos básicos sobre los cuales discutir y teorizar; no obstante, esto también puede degenerar en una pérdida del sentido crítico, asimismo que tomemos como ciertas, por fuerza de repetición, cuestiones que merecen nuestro mayor cuidado y tal vez más rotunda oposición.

Atendiendo a ello, vamos a enunciar los tres vicios “neoconstitucionalistas” (en cierto sentido) que nos parecen más evidentes:

(1) El neoconstitucionalismo (sobre todo el ideológico liberal) no reconoce claramente la vocación democrática del constitucionalismo contemporáneo, por lo que los derechos –anclados en una idea metafísica de dignidad humana– aparecen separados y por encima de la sociedad y las instituciones, cuando, en realidad, estas son las finalmente encargadas de dotar de contenido y de sostener el sistema de garantía de los derechos. Así, por ejemplo, en gran parte del discurso en boga se evidencia una oposición entre decisiones de las mayorías y derechos fundamentales, debiéndose decidir a favor de estos últimos.

Como anotamos antes, la centralidad de la persona humana en el Estado Constitucional conlleva la aceptación de la democracia como sistema político, no obstante las tensiones que existen entre constitucionalismo (de evidente rai-gambre liberal) y democracia⁽⁷²⁾. Como explica el profesor Häberle, la democracia puede ser concebida como “consecuencia organizativa” de la dignidad

(72) SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional*. Ob. cit., p. 183 y ss.

humana⁽⁷³⁾. Incluso, trascendiendo también la señalada oposición entre derechos y democracia, se ha llegado a afirmar la existencia de un “derecho [humano] a la democracia”⁽⁷⁴⁾.

En este sentido, es posible —es más, es necesario⁽⁷⁵⁾— conciliar tanto la protección superior de los derechos con la afirmación de los valores esenciales de la sociedad (y del Derecho)⁽⁷⁶⁾, e incluso postular la existencia de algunos deberes fundamentales (o humanos) mínimos.

(2) Aunado a lo anterior, se presenta la denominada “objeción contramayoritaria” con respecto a la tutela judicial de los derechos, asunto que casi ha sido obviado en nuestras discusiones. En efecto, a veces parece una verdad axiomática del neoconstitucionalismo nacional que el juez constitucional es un mejor y más legítimo (por lo menos en términos morales) defensor de los derechos y los valores máximos del ordenamiento constitucional.

Sin embargo, ello está lejos de ser un asunto pacífico⁽⁷⁷⁾. No queda claro por qué el Tribunal Constitucional resolvería mejor que los poderes políticos, cuando pueden estar afectados por sus mismos vicios y defectos; por qué no sería mejor una decisión que ha sido discutida en un debate abierto y plural (por ejemplo la ocurrida en el Parlamento) que en un cenáculo poco accesible; ni por qué los jueces parecen ser sin más dueños de lo constitucional si, hasta donde

(73) HÄBERLE, Pedro. Ob. cit., p. 193 y ss.

(74) Ello en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana aprobada por la OEA durante el Vigésimo Octavo Periodo Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla (...)”.

(75) Como explica Pedro De Vega: “Toda la historia del pensamiento constitucional del siglo XX se presenta sometida a la patética ambigüedad de, por un lado, partir de la proclamación solemne del principio democrático y, por otro, de no encontrar los medios para otorgarle una traducción política efectiva”. DE VEGA GARCÍA. “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”. En: *Teoría y realidad constitucional*. N° 1, primer semestre 1998, UNED, p. 86.

(76) En este sentido, más recientemente autores del neoconstitucionalismo comprometido se habrían alejado del liberalismo estrictamente kantiano, para abrazar valores comunitarios o vinculados con la tradición democrática, como sucede con Alexy, Dworkin y los escritos póstumos de Nino. Por obvias razones, dejamos pendiente el desarrollo de este tema.

(77) Vide, por ejemplo, NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob. cit.; ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997; FERRERES COMELLA, Víctor. *Tribunal constitucional y democracia*. CEC, Madrid, 1997; GARGARELLA, Roberto. “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 1, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009, p. 573 y ss.

tenemos entendido, la Constitución del Estado Constitucional es lo que los ciudadanos legitimamos que es⁽⁷⁸⁾.

Desde luego, con lo último no desconocemos la necesidad de que exista una autoridad última que cierre el circuito de interpretación constitucional, en otras palabras, que exista un intérprete máximo como el Tribunal Constitucional⁽⁷⁹⁾. Así, consideramos que es una realidad lo que señaló el *Chief Justice* Charles Hugues, respecto a que finalmente *la Constitución es lo que los jueces dicen que es*; sin embargo, esto no significa que los tribunales constitucionales puedan considerarse a sí mismos como “dueños” o “señores” de la Constitución⁽⁸⁰⁾.

En el sentido descrito, los tribunales constitucionales, en ejercicio de su función de tutelar los derechos y principios constitucionales, no tienen el deber de *combatir a las mayorías* ni, peor aún, el de *alinearse con ellas*. Recae en estos más bien la responsabilidad de entender que sus decisiones deben estar también legitimadas democráticamente⁽⁸¹⁾.

(3) Finalmente, un riesgo de contar con un neoconstitucionalismo que pierda sentido crítico es que terminemos elevando la jurisprudencia constitucional al lugar que antes ocupaba la ley, pasando del indeseable positivismo legal y la soberanía del legislador, a un *positivismo jurisprudencial*⁽⁸²⁾ en el que los tribunales o cortes constitucionales detentan el máximo poder jurídico.

Incurrimos en ello, por ejemplo, cuando utilizamos como argumento último respecto de determinado tema controvertido, afirmaciones como: “el tribunal ya

(78) Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Legitimidad democrática como límite del Tribunal Constitucional. ¿Veritas (non auctoritas) facit iudicium?” En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1, N° 12, diciembre de 2006, p. 420.

(79) Esto, en el marco del fenómeno de la “judicialización” del Derecho, ya reseñado.

(80) Cfr. BACHOF, Otto. “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política” En: *Boletín mexicano de Derecho comparado*. Nueva serie. N° 57, Año XIX, setiembre-diciembre 1986, IIJ-UNAM, México, p. 842; y BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 43.

(81) LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición, Palestra Editores, Lima, 2007, pássim; GRÁNDEZ, Pedro. “Tribunal Constitucional y transición democrática. Un ensayo de interpretación sobre la legitimidad de su actuación”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N° 4, octubre-diciembre de 2006, p. 7 y ss. (<http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Pedro_Gr_ndez.pdf>); SOSA SACIO, Juan Manuel. “Legitimidad democrática como límite del Tribunal Constitucional. ¿Veritas (non auctoritas) facit iudicium?”. Ob. cit., p. 422 y ss.

(82) DE VEGA GARCÍA, Pedro. “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”. En: *Teoría y realidad constitucional*. N° 1, primer semestre 1998, UNED, p. 85.

lo dejó establecido en tal caso”, “el tribunal ha indicado lo contrario en tal oportunidad”, “el Colegiado ya tiene resuelto esto en tal sentido”, perdiéndose de vista la corrección (e incluso la constitucionalidad) de tales resoluciones.

Desde luego, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha hecho un espacio entre las fuentes del Derecho; sin embargo, ello no significa que esta desplace a la ley en su función de regular la vida social y de desarrollar la Constitución; menos aún que los magistrados del Tribunal Constitucional estén en mejor situación que los legisladores para expresar, con criterios de oportunidad y conveniencia, cuál es el correcto desarrollo de la legislación dentro del orden marco y fundamental que brinda la Constitución (como ha ocurrido en no pocos casos).

Como hemos indicado antes, la Constitución no agota en su articulado toda la vida social y menos le correspondería hacerlo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, debería ser claro que el que contemos con una Constitución “invasiva” no significa que debamos aceptar una jurisprudencia constitucional “entrometida” en asuntos que exceden a su competencia (como también sucede a menudo).

Lo peor es que muchas veces nosotros mismos somos quienes pedimos o esperamos esto del calificado intérprete de la constitucionalidad. Bien visto, una respuesta “entrometida”, aunque en apariencia justa (mejor aún, justiciera), sería claramente contraria a los principios de división de poderes y de corrección funcional.

Señalado con mayor precisión, muchas veces en nombre de la Constitución y del tribunal del neoconstitucionalismo –bajo el paraguas de la moral y los derechos fundamentales– son emitidas –y a veces aceptamos acríticamente– sentencias constitucionales inconstitucionales.

ESTUDIOS JURÍDICOS

**CRITERIOS EN TORNO A LA
INTERPRETACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS**



La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho

Luis Castillo Córdova^()*

I. Introducción: la necesidad de interpretación

A nadie se le escapa que las normas jurídicas (constitucionales, legales o meramente reglamentarias) no se aplican por sí mismas sino que requieren ser aplicadas. La aplicación de las normas, en mayor o menor medida, requiere siempre del previo esclarecimiento del sentido que trae consigo los enunciados lingüísticos en los que consisten, es decir, requiere siempre de interpretación. El Derecho, a diferencia de lo que ocurre con las matemáticas, no es una ciencia exacta. En estas, como se sabe, una vez presentado el problema e identificadas las variables, normalmente la aplicación de la fórmula correspondiente dará la solución del problema planteado, solución que siempre será la misma para ese mismo problema. Por el contrario, en el Derecho las soluciones a los problemas jurídicos son cualquier cosa menos determinables a partir de la mera aplicación de fórmulas matemáticas que den como resultado una respuesta numérica exacta e inamovible. Y esto es así por la sencilla razón de que el Derecho se encarga de regular y hacer frente a las distintas cuestiones que con relevancia jurídica se presentan en la convivencia humana. La persona humana no es equiparable a un número al que se le asigna un valor constante o que reacciona siempre de la misma manera ante determinado supuesto, como lo harían las variables con las que trabajan las ciencias exactas; por el contrario, la consideración de la persona

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

como una realidad esencialmente libre que busca su completo desarrollo dentro de un marco esencialmente cambiante, hace imposible atribuir el carácter de predictibilidad al contenido de las relaciones que emprende así como a la solución de los problemas que de ellas se desprendan.

Esta realidad se manifiesta especialmente cuando se trata de interpretar las disposiciones constitucionales, en particular las que reconocen los derechos fundamentales (disposiciones iusfundamentales). La interpretación iusfundamental tiene un alcance amplio y un contenido esencialmente creador por parte del intérprete constitucional, esto como consecuencia de la estructura gramatical abierta e imprecisa de la disposición constitucional⁽¹⁾. No cabe duda de la necesidad de interpretación de artículos como el 2.1 de la Constitución Política (CP) en el que la disposición ahí contenida “todos tienen derecho a la vida”, es tan vaga y genérica que con su sola literalidad no resolvería prácticamente ningún problema iusfundamental. Y no lo haría porque *vida* no es un concepto ni preciso ni precisable con exactitud matemática⁽²⁾. Así, por ejemplo, con base en la literalidad del artículo 2.1 CP no es posible saber si existe un derecho a la muerte que pueda oponerse al Estado⁽³⁾, o saber si del derecho a la vida es posible concluir especiales deberes de acción estatales y con cuál contenido⁽⁴⁾, o saber si es predicable el derecho a la vida del no nacido⁽⁵⁾, por solo poner tres

- (1) En referencia a los dispositivos de la Constitución, se ha dicho con acierto que “poseen el mayor nivel de abstracción y, por eso, su formulación suele ser considerablemente vaga y usualmente contienen referencias a conceptos valorativos cuyos contornos de aplicación son por lo demás imprecisos”. ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo M. y RODRÍGUEZ, Jorge L. *Estudios sobre la interpretación. Dinámica de los sistemas constitucionales*. Fontamara, México D.F., 2005, p. 19.
- (2) Véase los cinco conceptos que del derecho a la vida se presentan en FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. “Concepto de derecho a la vida”. En: *Ius et Praxis*. Vol. 14-1, 2008, p. 262.
- (3) Cuestión presentada en la jurisdicción constitucional española y respondida negativamente. El derecho a la vida –ha dicho el Tribunal Constitucional español– tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. STC 137/1990, del 19 de julio, f. j. 5.
- (4) En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “[l]a vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad”. Exp. N° 01535-2006-AA/TC, del 31 de enero del 2008, f. j. 82.
- (5) Tiene decidido el Tribunal Constitucional alemán que “la prohibición fundamental de interrupción del embarazo y la obligación fundamental de dar a luz al niño son dos elementos inseparables de la deparada protección constitucional” (Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes). BVerfGE 88, 203 (203).

ejemplos. Una respuesta afirmativa o negativa a cada una de estas dos cuestiones necesariamente exige una suficiente y correcta interpretación, que partiendo del artículo 2.1 CP no se agota en él.

Este problema permanece incluso en aquellas disposiciones que parecen concretas, precisas y sencillas de entender, cuyo significado parece aflorar pacíficamente del mero desciframiento lingüístico del enunciado contenido en ella. Así por ejemplo, a priori nadie tendría duda de que cuando en el artículo 154.2 CP se dispone que “los [jueces y fiscales] no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, lo que se está disponiendo es un mandato deóntico de prohibición: cumplido el supuesto de hecho que es ser juez o fiscal no ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura se aplicaría la consecuencia jurídica consistente en la prohibición de reingreso a la magistratura. Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado precisamente lo contrario: que los jueces y fiscales no ratificados sí pueden reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público⁽⁶⁾. Al margen de su corrección o no⁽⁷⁾, llegar a concluir que el significado del transcrito enunciado es precisamente el contrario al que se desprende del conjunto de palabras que lo conforman ha requerido de una especial actividad interpretativa.

Como es posible apreciar, todo enunciado normativo requiere necesariamente de actividad interpretativa, ya se trate de una disposición abierta e imprecisa que se ha de concretar, como si se trata de una disposición que desde su literalidad parece brotar un mandato preciso⁽⁸⁾. Esa actividad interpretativa presente y necesaria siempre en toda actividad aplicadora de disposiciones normativas se ve claramente influenciada en su formulación y operatividad –entre otros– por el concepto de persona humana y de Derecho que emplee el intérprete. Dependiendo de estas concepciones, se formularán diversos métodos interpretativos, junto a diversas técnicas de solución de las controversias jurídicas y, desde luego, se formularán soluciones jurídicas distintas a un mismo problema jurídico. No es

(6) Cfr. Exps. N°s 0025-2005-PI/TC, 0026-2005-PI/TC, acumulados, del 25 de abril de 2006.

(7) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 100, enero de 2007, pp. 27-38.

(8) Se parte, pues, de un sentido amplio del concepto de interpretación: aquel que “se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación”. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Editorial Porrúa - Universidad Autónoma de México, México, 2008, p. 5.

este el lugar de abordar el estudio analítico de cada una de las distintas doctrinas que se hayan podido formular al respecto. Solo me limitaré a poner de manifiesto los dos presupuestos de los que parto para formular las reflexiones que se presentarán a lo largo de las páginas siguientes.

El primer presupuesto es que el Derecho no se agota en el derecho positivado en una ley interna o internacional, sino que se reconoce como existente y plenamente normativa una serie de exigencias naturales cuyo papel principal es doble. Primero, servir de inspiración a la formulación de la norma positiva; y segundo, servir de parámetro de validez jurídica de la norma positiva. De modo que lo jurídicamente exigible no se agota en la ley formal, sino que el Derecho está compuesto por una serie de valores y principios que se colocan por encima de la ley formal y que precisamente están llamados a convertirse en una ayuda necesaria en la determinación del mandato normativo que se encuentra detrás de su formulación lingüística⁽⁹⁾. Esto vale tanto respecto de la ley, de la Constitución, como de la Convención internacional, de modo que desde ese conjunto de exigencias plenamente normativas y prepositivas se puede llegar a establecer que determinado sentido interpretativo de la ley, de la Constitución o de la Convención es injusto por lo que se concluye su proscripción.

El segundo presupuesto es que la persona humana es una realidad a partir de la cual debe formularse e interpretarse el Derecho. La consecuencia principal de este presupuesto es que los valores y los principios referidos antes no solo no pueden formularse y aplicarse al margen o en contra de la persona humana, sino que decididamente existen para promover su pleno desarrollo. La significación de la persona permitirá formular y dar contenido a principios como la justicia, la igualdad, la libertad, la solidaridad con base en las cuales se ha de interpretar un dispositivo positivado en el derecho interno (ley y Constitución) o en el derecho internacional (Convención).

Mostrados estos dos presupuestos surge la necesidad de hallar la relación entre persona y Derecho, a cuyo logro se destinarán estas páginas. No se pretenderá un estudio acabado de esta relación, ni el lugar ni el momento lo permiten. Sí se abordará, sin embargo, el estudio de un aspecto fundamental de esa relación: los llamados derechos humanos.

(9) Desde la Constitución misma, el ordenamiento jurídico es una realidad abierta a los valores y que –por lo tanto– no puede agotarse en lo positivado por la norma. Cfr. CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Comares, Granada, 2005.

II. La persona humana

1. Los derechos humanos como derechos del hombre por ser hombre

Todo punto de partida en una argumentación jurídica debe ser formulado en términos básicos para generar el mayor consenso posible. Una definición pacífica por básica de “derechos humanos” es la siguiente: *derechos del hombre por ser hombre*. Esta concepción tan elemental, y que a primera vista no parece decir absolutamente nada, es un acertado e importante punto de partida porque presenta la dirección que ha de tomar la definición derechos humanos para ser correcta: el ser humano o la persona humana, utilizando una y otra expresión de modo indistinto⁽¹⁰⁾, en la medida que “todo ser humano es persona en sentido jurídico, pues la noción jurídica de persona no significa otra cosa que *sujeto de Derecho*, y lo es obviamente quien es titular de determinados bienes jurídicos que deben ser respetados por todos y tutelados por el ordenamiento positivo”⁽¹¹⁾. Ni el Estado, ni la sociedad, ni la economía, ni el Derecho mismo son un punto de partida acertado para definir los derechos humanos. Si los derechos humanos pueden definirse de la manera dicha anteriormente, la cuestión se traslada a saber qué es el derecho y qué es la persona humana. En este segundo apartado se tratará acerca de la persona humana, y en el siguiente acerca del Derecho.

2. Una definición básica de persona humana

Como bien se sabe, preguntarse por algo es preguntarse por la esencia (el *ser*) de ese algo. El *ser* define una realidad, animada o inanimada, pues el *ser de la cosa es aquello por lo cual la cosa es lo que es y no es otra cosa distinta*. Aplicada esta categoría conceptual a la persona humana se tendría que afirmar que el *ser* de la persona humana es aquello por lo cual la persona es lo que es y no es otra cosa distinta. Esta aplicación conduce necesariamente a preguntarnos por la naturaleza de la persona humana. Desde luego que no se trata aquí de

(10) En contra, por ejemplo, ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The Foundations of Bioethics*. Segunda edición, Oxford University Press, New York, 1996, p. 107 y ss., quien afirma que no todos los seres humanos son personas, siendo ejemplo de seres humanos que no son personas humanas: “los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentren en coma profundo”.

(11) MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. “Hacia un concepto constitucional de persona”. En: *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. N.ºs 11-12, Valencia, 1995, p. 150.

realizar un estudio antropológico acabado, sino simplemente de apuntar algunos elementos constitutivos de la naturaleza humana que permita al menos una aproximación al conocimiento del *ser* propiamente humano y, a partir de ahí, permita colocarnos en la posición de determinar qué son y cuáles son los derechos humanos. También se deberá acudir a un concepto pacífico y básico de lo que es la persona humana, para definirla como una *realidad compleja que tiende a la perfección*.

3. Las necesidades humanas

Que es compleja significa reconocer que la naturaleza humana es una realidad pluridimensional, es decir, que se manifiesta en ámbitos o dimensiones distintas y a la vez complementarias entre sí. Al menos cuatro son estas dimensiones: una dimensión material y otra espiritual, junto a una dimensión individual y a otra social. Que la naturaleza humana *tiende a la perfección* significa en primer lugar que el hombre es una realidad imperfecta por inacabada; y que, en segundo lugar, va adquiriendo grados de perfeccionamiento según vaya acabando de hacerse. La naturaleza humana en cada una de sus cuatro dimensiones presenta una serie de exigencias y necesidades que reclaman ser atendidas y satisfechas convenientemente, de modo que pueda realizar (poner en acto) una serie de potencialidades. Son necesidades y exigencias *esenciales* a la persona porque brotan de su *esencia humana*. En la medida que más y mejor satisfaga sus necesidades propiamente humanas, la persona humana podrá alcanzar más y mejores niveles de perfeccionamiento humano. Si la felicidad se define como el grado máximo de perfección, entonces mientras más se perfeccione una persona, mayores grados de felicidad podrá alcanzar. Dicho con otras palabras, la persona humana es una realidad imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas. Esta advertencia nos coloca ya sobre una definición esencial de necesidad humana: aquella que es exigida por la naturaleza humana en orden a alcanzar un grado de perfección humana⁽¹²⁾.

Si bien estas exigencias y necesidades humanas se manifiestan siempre en conjunto, unidas unas a otras y predicadas todas respecto de la entera naturaleza humana, conviene –solo con una finalidad didáctica– ejemplificarlas según cada

(12) AÑON ROIG, María José. “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”. En: BALLESTEROS, Jesús. *Derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 100-115.

uno de los cuatro ámbitos referidos anteriormente. Respecto del ámbito material, la materia que conforma la naturaleza humana es lo que se denomina *cuerpo*. El cuerpo de la persona humana presenta una serie de exigencias y necesidades. La primera y fundamental es la de mantenerse con vida, es decir, existir; una segunda, también fundamental, es que la existencia no puede ser cualquier existencia, sino que debe ser una tal que permita a la persona humana operar sus distintas facultades propiamente humanas.

Respecto del ámbito espiritual, se reconoce en la persona humana una fuerza que anima su cuerpo y que es capaz de determinarlo y de dirigirlo en su actuación. En este contexto aparece el *alma humana* como una realidad espiritual dotada de entendimiento y de voluntad libres, por lo que es independiente del cuerpo o materia misma. Siguiendo a Santo Tomás de Aquino, el alma siendo una sola, dota de tres clases de potencia a la persona humana⁽¹³⁾: potencias puramente orgánicas; potencias sensitivas; y potencias intelectuales. Estas últimas potencias son las que singularizan a la persona humana. Dos necesidades son no solo claras sino importantísimas de satisfacer en este ámbito. La primera es la necesidad de adquisición de conocimientos dado que la inteligencia está capacitada para conocer y exige conocer; y la segunda es la necesidad de trascendencia, la inteligencia permite a la persona humana salir de ella misma e ir más allá de lo que sus sentidos puedan constatar empíricamente.

Siendo la persona humana una realidad material a la vez que espiritual, es también una realidad individual. Una persona humana se concibe y se sabe distinta a las demás personas humanas. Ella puede individualizarse y diferenciarse de las demás; cada persona es una realidad irrepetible material y espiritualmente que conforma una única unidad. También de este ámbito es posible concluir exigencias y necesidades propiamente humanas. Una principal es el reconocimiento de un espacio en el cual la persona pueda desplegar esa individualidad. Un espacio en el que pueda reconocerse y desplegarse como unidad irrepetible que es, sin consideraciones de las demás individualidades humanas.

Y en fin, la naturaleza humana siendo una realidad individual tiene a la vez una vocación vital relacional o de convivencia. La persona humana existe con otros. Es en la convivencia con otros en la que hallará mayores grados de perfeccionamiento y, por tanto, de felicidad. Una consecuencia necesaria de

(13) DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologiae* 1 q. 78 a.1.

reconocer este ámbito es admitir la existencia de exigencias (materiales y espirituales) que permitan y promuevan una convivencia social lo más favorable al desarrollo pleno de todas las personas humanas que conforman la comunidad social.

4. Los bienes humanos

Como se reparará fácilmente, la persona humana podrá alcanzar mayores grados de perfeccionamiento en la medida que satisfaga el mayor número de exigencias y necesidades que brotan de su naturaleza humana, necesidades y exigencias presentes al menos en los cuatro ámbitos anteriormente indicados. Es en este contexto en el cual entra a tallar el concepto de *bien*. Una definición no solo básica sino también clásica de *bien* es aquella que lo concibe como *aquello que perfecciona el ser*⁽¹⁴⁾. Para lo que aquí interesa saber, será bien humano aquel bien que perfecciona al ser (naturaleza) humano. Es decir, será bien humano aquellos bienes que satisfacen las exigencias y necesidades de la naturaleza humana manifestadas en las ya referidas cuatro dimensiones. Mientras más bienes humanos consiga la persona humana, más necesidades y exigencias humanas se habrán satisfecho, y en esa medida habrá alcanzado mayores grados de perfeccionamiento y de consecuente felicidad. Por el contrario, mientras menos bienes humanos logre conseguir la persona humana, habrá satisfecho menos necesidades humanas y, consecuentemente, habrá alcanzado menos cotas de perfeccionamiento y de felicidad propiamente humanas.

5. Unidad esencial de la persona humana

Luego de haber argumentado que la persona humana se desenvuelve dentro de cuatro ámbitos, hay inmediatamente que recordar que en ningún momento la persona humana deja de ser una esencial y radical unidad. La separación de la naturaleza humana en cuatro ámbitos ha sido y es meramente didáctica, y ha permitido mostrar las distintas exigencias que pueden brotar de su esencia, adscribiéndolas a un ámbito determinado. Sin embargo, la persona humana es una unidad ontológica, lo que quiere significar que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad no es un ente incoherente ni mucho menos contradictorio en su esencia. Situación bien distinta es que la persona humana, en ejercicio de su libertad, llegue a tomar decisiones

(14) ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I, 1094a-1103a.

incoherentes o contradictorias, sin que esto afecte su esencia. Cuando se habla de la persona humana como unidad, se hace para predicarla de su ser, de su esencia, de su naturaleza.

La radical y esencial unidad de la persona humana desencadena al menos las siguientes dos consecuencias. La primera es que el concepto de persona del cual parte el Derecho deberá ser siempre un concepto completo, que abarque todas las dimensiones en las que puede manifestarse la naturaleza humana. Una antropología incompleta es un mal punto de partida para el Derecho. La persona humana no es solamente cuerpo, o espíritu, o individuo o sociedad, ella es siempre esas cuatro realidades juntas y simultáneas. La segunda consecuencia es que a pesar de esta compleja fisonomía de la naturaleza humana, los distintos ámbitos de realización se encuentran siempre en una situación de armonioso complemento. Precisamente esta armonía es la base y a la vez consecuencia de la unidad de la persona humana.

Es importante poner de manifiesto esta radical unidad y consecuente armonía esencial de la persona humana, para a partir de aquí afirmar que de la naturaleza humana no pueden brotar necesidades ni exigencias que sean contradictorias entre sí. Por ejemplo, de la dimensión individual de la persona no podrá brotar una necesidad que a su vez venga rechazada por la dimensión social de la persona. Lo mismo, una necesidad que pueda adscribirse a la dimensión material de la persona no puede estar proscrita por la dimensión espiritual de esta. Admitir esto es tan sencillo como admitir que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido.

En efecto, no puede ser considerada una necesidad humana aquella que es exigida por la (dimensión material de la) naturaleza humana, y a la vez y en el mismo sentido es rechazada por la (dimensión espiritual de la) naturaleza humana. Si ocurriese el caso de que se califique de necesidad humana una tal que adscrita a una de las dimensiones de la naturaleza humana sea rechazada por la propia naturaleza humana en cualesquiera de sus otras dimensiones, entonces no se estará delante de una verdadera necesidad humana. Una necesidad o es exigida por la naturaleza humana, o es rechazada por esta. La naturaleza humana, debido a su mencionada unidad, no puede necesitar algo y su contrario a la vez; o dicho con otras palabras, algo no puede ser requerido por una dimensión de la naturaleza humana y rechazado por otra.

En la medida que el concepto de bien humano se formula de la mano de las necesidades humanas, este mismo razonamiento puede realizarse del bien

humano, de modo que pueda concluirse que algo o es un bien para la entera naturaleza humana o es solo –y en el mejor de los casos– un pseudo bien. Por ejemplo, no puede ser verdad que se considere que algo es un bien para la dimensión individual de la persona humana y resulte siendo un antibien para la convivencia social. De esto que se ha dicho se puede seguir con facilidad que algo se constituye efectivamente en un bien humano en la medida que llega a satisfacer realmente una necesidad humana sin imposibilitar la satisfacción de otras necesidades humanas. La naturaleza humana, precisamente por su esencial y radical unidad, no puede exigir un bien y un antibien a la vez.

De lo que se ha dicho debe concluirse, entonces, que las necesidades y consecuentes bienes humanos si bien es cierto pueden adscribirse a determinada dimensión de la naturaleza humana, esa adscripción es solo didáctica sin que trascienda a la esencia humana; de modo que tales necesidades y bienes humanos se predicen de la entera naturaleza humana que conforma una radical y esencial unidad. Consecuentemente, no es posible desprender de ella necesidades contradictorias, ni es posible adscribir a ella bienes humanos contradictorios.

Admitido que es posible reconocer en la complejidad de la naturaleza humana una serie de necesidades y exigencias que a través de la consecución de bienes han de ser satisfechas por la persona humana a fin de alcanzar grados de perfeccionamiento, conviene cuestionarse por la respuesta que el Derecho ha otorgado a esta realidad. A resolver esta cuestión se ha destinado el apartado siguiente.

III. Un concepto de derechos humanos

1. La persona humana como fuente de juridicidad

El primer elemento de la definición básica de derechos humanos fue definido en el apartado anterior, corresponde ahora examinar el segundo elemento: Derecho. Se ha de empezar reconociendo que el Derecho es una creación del hombre. En este sentido el Derecho es una herramienta, un artefacto, un constructor, un medio. Debido a que toda creación humana se define en función de su finalidad, es necesario preguntarnos por la finalidad del Derecho. Dicho de modo sencillo y básico para generar acuerdo, el Derecho tiene por fin último a la persona humana, en la medida que ella es un absoluto, un fin en sí misma. Esto significa que su finalidad es favorecer lo más posible el pleno desarrollo de la persona humana, su felicidad, la cual es conseguida en la convivencia con

otros⁽¹⁵⁾. La persona humana es una realidad ontológicamente relacional⁽¹⁶⁾, que necesita de un orden regulativo de las relaciones que emprenda⁽¹⁷⁾. Esto significa reconocer en el Derecho al menos las dos siguientes finalidades. La primera es que el Derecho debe favorecer la existencia de una convivencia humana⁽¹⁸⁾; y la segunda es que el Derecho debe favorecer que en esa convivencia humana las personas alcancen lo más posible el desarrollo pleno de cada una de ellas⁽¹⁹⁾.

Si esta es la finalidad del Derecho entonces este no puede formularse de espaldas a la persona humana sino de cara a ella. Formularse de cara a la persona humana exige tomar en consideración su modo de ser humano (su esencia), pues “el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico”⁽²⁰⁾. Así, si el *Ius* (el Derecho) significa *ars boni et aequi*⁽²¹⁾, es decir, “lo justo”⁽²²⁾, y lo justo es lo debido, y lo debido es “lo que hay que dar, ni más ni menos”⁽²³⁾, lo justo, lo debido, lo que hay que dar a la persona humana son los bienes humanos. En la medida que Derecho “es el término técnico para designar

-
- (15) En este sentido, hay que reconocer “que el derecho existe por y para el hombre, porque del mismo modo que la moral, la finalidad última de ambos órdenes normativos no es otra que hacer feliz al individuo”. CARPINTERO, Francisco. *Derecho y ontología jurídica*. Actas, Madrid, 1993, p. 168.
- (16) Hay que partir del hecho de que “la persona es sí misma, y tiene íntegra conciencia de sí solo como ente-en-relación. Tal relacionalidad no es el producto ni de la voluntad personal ni de la imposición de un ente colectivo ideal o histórico-sociológico. Es determinación ontológica y por tanto es condición intrascendible de la existencia humana”. COTTA, Sergio. “Persona”. En: *ADH*. Nueva época, volumen 1, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 34.
- (17) El Derecho se ha escrito, “de cualquier modo que se entienda, constituye relaciones coexistenciales bajo el modo de una regularidad y objetividad sincrónica y diacrónica, que es garantía del ser y del hacer de la persona”. Ídem, p. 35.
- (18) Como bien se ha hecho notar, “[n]o parece posible la existencia de las sociedades y el correcto funcionamiento de la vida social sin la permanente intervención de una adecuada organización. Por eso, en el seno de todas las sociedades ha venido actuando en forma constante una gran multiplicidad de medios o agentes que colaboran en la consecución de tal objetivo. Entre todos ellos destacan los códigos normativos y muy especialmente el código de las normas jurídicas”. DE CASTRO CID, Benito. *Manual de Teoría del Derecho*. Universitas, Madrid, 2004, pp. 61-62.
- (19) Este favorecimiento se exige debido a la consideración de la persona humana como fin de toda realidad social, política y jurídica, a la que se hará referencia más adelante.
- (20) HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Tercera edición, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 424.
- (21) “El arte de lo bueno y de lo justo”, según la definición de Celso, con la que se abre el Digesto. D. 1, 1, 1 pr.
- (22) D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Tercera edición, Pamplona, 1977, p. 18.
- (23) HERVADA, Javier. *Lecciones de propedéutica de Filosofía del Derecho*. Eunsa, Pamplona, 1992, p. 207.

lo suyo del titular en una relación de justicia”⁽²⁴⁾, *lo suyo* de la persona humana son los bienes humanos.

Dicho con otras palabras, se es justo con la persona humana cuando se le reconoce y otorga lo suyo propio, y lo suyo propio es adquirir el más pleno desarrollo posible, adquiriendo el mayor grado de perfeccionamiento humano posible. Este perfeccionamiento, como ya se explicó, se adquirirá a través de la satisfacción de las necesidades y exigencias humanas, es decir, a través de la adquisición de bienes humanos. De modo que lo justo con la persona humana es la procura de esos bienes humanos; y lo injusto con ella es la negación o el impedimento de adquirirlos. Al ser esto lo justo, esto ya es Derecho, es decir, esto ya obliga, de modo que la persona humana se convierte en fuente de juricidad: de ella brota una serie de principios y valores jurídicos que conforman el Derecho natural⁽²⁵⁾.

2. Un concepto más acabado de derechos humanos

Con base en lo dicho hasta ahora, es posible complementar la definición básica de derechos humanos dada al inicio, con una definición más elaborada que es la siguiente: *los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas.*

Al margen de reconocer que los derechos humanos constituyen una categoría conceptual producto de la modernidad⁽²⁶⁾, lo cierto es que el derecho positivo si realmente quiere formularse a favor de la persona humana, debe convertirse en una herramienta eficaz que posibilite efectivamente a la persona alcanzar grados cada vez mayores de perfeccionamiento humano, es decir, que permita al hombre la consecución de bienes humanos que satisfagan necesidades propiamente humanas. De no hacerlo se mostraría como artefacto inútil, cuando no peligroso para la existencia y pleno desarrollo de la persona, por lo que sería

(24) Ídem.

(25) No se equivoca el Tribunal Constitucional peruano cuando afirma que “[l]a persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma”. Exp. N° 318-1996-HC/TC, del 6 de agosto de 1996, f. j. 1.

(26) BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Segunda edición, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 54-65.

posible calificarlo de injusto y, por ello, de jurídicamente inválido. Así, los derechos humanos se convierten en la principal vía con la que cuenta el Derecho positivo para justificar su existencia como constructo, al favorecer con ellos el pleno desarrollo de la persona humana.

Definidos de esta manera los derechos humanos, podremos llegar a saber cuáles son si atendemos a los bienes humanos que han de satisfacer las necesidades humanas que brotan de la naturaleza humana, como se pasa a ejemplificar.

3. A modo de ejemplos

A) Respetto del ámbito material

a. El derecho humano a la vida

Por seguir con los supuestos expresados antes, puede llegar a concluirse derechos humanos en cada uno de los ámbitos de la naturaleza humana referidos líneas arriba, siguiendo la lógica necesidades humanas - bienes humanos. En lo que respecta al ámbito material, se apuntó como necesidad humana la exigencia de mantener vivo el cuerpo orgánico que significa el sustento físico de la persona. Por lo que se ha de considerar que es un bien humano la vida, como modo de existir propio de los seres humanos⁽²⁷⁾, respecto del cual “se puede comprender, afirmar, respetar y promover la ‘auténtica realización’ de las personas humanas”⁽²⁸⁾. Consecuentemente puede hablarse del derecho a la vida como un derecho humano, que protege “el carácter igualmente valioso de toda vida humana o, si se prefiere, la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida”⁽²⁹⁾; que genera tanto deberes de abstención estatal como de acción estatal⁽³⁰⁾; y que es oponible incluso a terceros⁽³¹⁾.

(27) MASSINI, Carlos Ignacio. “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”. En: MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro. *El derecho a la vida*. Eunsa, Barañáin (Navarra), 1998, p. 208.

(28) FINNIS, Jonh. “Derecho natural - Derecho positivo. A propósito del derecho a la vida”. En: MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro. *El derecho a la vida*. Ob. cit., p. 228.

(29) DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda edición, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 215.

(30) Es el caso de reos en cárcel cuya vida peligra debido a la huelga de hambre reivindicativa que han decidido seguir. En estos casos, aun contra el consentimiento del reo, la Administración penitenciaria debe decidir la alimentación forzosa del huelguista a fin de salvarle la vida. Cfr. STC 120/1990, del 27 de junio, f. j. 6.

(31) BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II - Die grundrechte*. 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, p. 622.

b. El derecho humano a la salud

Siempre en el ámbito material, y junto a esa necesidad de mantener vivo el cuerpo o sustrato orgánico de la persona, se halla otra necesidad humana muy vinculada a aquella: existir en unas condiciones que permitan a la persona estar en la posibilidad real de operar sus distintas facultades como persona. Es una necesidad humana, por ejemplo, que la vida de ese cuerpo se desenvuelva dentro de un equilibrio psicossomático que posibilite mantener a la persona en las condiciones más óptimas a fin de que pueda poner en acto todas sus potencialidades humanas. Consecuentemente, es posible hablar de la salud como un bien humano, y a partir de ahí, de la salud como lo debido a la persona humana, es decir, del derecho humano a la salud.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se ha definido el derecho a la salud como “la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo”⁽³²⁾, lo que implica “una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”⁽³³⁾. Es decir, en el derecho a la salud se reconoce “el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica”⁽³⁴⁾, razón por la cual “tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, *correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad*”⁽³⁵⁾.

Y es que para el Supremo Intérprete de la Constitución peruana, un Estado Social de Derecho debe “asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida”⁽³⁶⁾. Así, “la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es

(32) Exp. N° 1429-2002-HC/TC, del 19 de noviembre de 2002, f. j. 12.

(33) Exp. N° 2016-2004-AA/TC, del 5 de octubre de 2004, f. j. 27.

(34) Exp. N° 2945-2003-AA/TC, del 20 de abril de 2004, f. j. 30.

(35) Exp. N° 3208-2004-AA/TC, del 30 de mayo de 2005, f. j. 8.

(36) Exp. N° 01535-2006-AA/TC, citado, f. j. 82.

indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable”⁽³⁷⁾, lo que a su vez exige del Estado *la provisión de un mínimo vital*⁽³⁸⁾.

B) Respetto del ámbito espiritual

a. El derecho humano a la educación

En lo referido al ámbito espiritual de la naturaleza humana, se advertía anteriormente al menos dos necesidades esenciales. La primera es la necesidad de conocer. Las potencias intelectuales que identifican y singularizan a la persona humana están hechas para conocer y exigen conocer. De modo que el saber y el conocimiento son un bien humano. No hay que esforzarse demasiado para caer en la cuenta que el conocimiento perfecciona a la persona humana⁽³⁹⁾. La consideración del conocimiento y el saber como *lo suyo* de la persona humana permite el reconocimiento y aseguramiento del derecho a la educación como derecho humano⁽⁴⁰⁾, al menos en un nivel básico de modo obligatorio⁽⁴¹⁾. Así se comprueba en ordenamientos constitucionales en los que se coloca al pleno desarrollo de la persona humana como finalidad del derecho a la educación, como

(37) Exp. N° 05954-2007-PHC/TC, del 27 de noviembre del 2007, f. j. 11.

(38) Exps. N°s 0050-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), del 3 de junio de 2005, f. j. 105.

(39) En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación del hombre para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana”. Exp. N° 4232-2004-AA/TC, del 3 de marzo de 2005, f. j. 10.

(40) Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, “la educación opera como la ‘natural obligación’ derivada del ansia de perfección”. Exp. N° 4232-2004-AA/TC, del 3 de marzo de 2005, f. j. 10.

(41) Así, por ejemplo, en el artículo 13.3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador), se ha dispuesto que “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

por ejemplo ocurre en el caso peruano⁽⁴²⁾ y en el caso español⁽⁴³⁾. Este pleno desarrollo, por otra parte, “debe consistir no solo en un desarrollo cuantitativo, sino también –y particularmente– cualitativo; así mismo, debe tender a abarcar todos los ámbitos de la personalidad, de modo que pueda hablarse de un desarrollo efectivamente integral”⁽⁴⁴⁾.

b. El derecho humano a la libertad religiosa

La segunda exigencia esencial en este ámbito espiritual de la naturaleza humana es la necesidad de trascender que tiene la persona, lo que le ha llevado –desde siempre, como se puede constatar en las culturas más antiguas en la historia de la humanidad– a vincularse con una entidad considerada superior a él (divinidad). Esta exigencia supone reconocer como un bien humano la posibilidad real de decidir realizar y de tener la libertad de ejecutar actos y manifestaciones de vinculación con la divinidad, dicho negativamente, es un bien “el rechazo de toda forma de coerción por razón de creencias religiosas o no religiosas”⁽⁴⁵⁾. Puesto en lenguaje jurídico esto, se trata del reconocimiento como *lo debido* a la persona de la libertad de profesar una o ninguna religión, lo que lleva a hablar del derecho humano de libertad religiosa y de culto que depara a su titular la facultad de decidir vincularse o no con una divinidad, y si decide hacerlo, aceptar libremente las exigencias doctrinales y de culto que de ahí se

(42) Se ha dispuesto en el artículo 13 CP que “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”.

(43) En el artículo 27.2 de la Constitución española (CE) se ha dispuesto que “[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

(44) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La libertad de Cátedra en una relación laboral con ideario. Hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 264-265.

(45) DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Ob. cit., p. 237.

deriven. Sobre esto hay acuerdo tanto en la doctrina⁽⁴⁶⁾ como en la jurisprudencia nacional⁽⁴⁷⁾, comparada⁽⁴⁸⁾ e internacional⁽⁴⁹⁾.

C) Respetto del ámbito individual: el derecho humano a la intimidad

Algo semejante ocurre en las dimensiones individual y social de la persona humana. En lo que respecta a la primera de ellas, se concluyó que una de las necesidades o exigencias esenciales que pueden establecerse desde la dimensión individual de la persona humana es la existencia de un espacio en el cual pueda

(46) La libertad de religión, se ha dicho “comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”. MOSQUERA MONELOS, Susana. *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Universidad de Piura - Palestra, Lima, 2005, pp. 146-147.

(47) En el caso peruano, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “el reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes: a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona. b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso. c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa. d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros”. Exp. N° 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio de 2004, f. j. 18.

(48) El Tribunal Constitucional español tiene declarado que “hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad (...) del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico”. STC 24/1982, del 13 de mayo, f. j. 1.

(49) Ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’ en el sentido del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos vitales que deciden la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero es también un valor precioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. El pluralismo, indisoluble de una sociedad democrática y que ha sido ganado con esfuerzo a lo largo de siglos, depende de ello”. Asunto de la Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia, del 5 de octubre de 2006, apartado 57.

volcar y manifestar su singularidad como individuo único e irrepetible que es, singularidad conformadora de “aquellos extremos más personales de su propia vida”⁽⁵⁰⁾. Ese espacio es decidido y gobernado por la propia persona, no solo para darle el contenido que libremente quiera disponerle, sino también –y especialmente– para decidir compartirlo o no, y si decide compartirlo, para decidir con quién hacerlo y con qué alcance. Frente a esta necesidad humana esencial, aparece como bien humano la consecución de un ámbito propio e íntimo en el cual la persona humana pueda estar a solas consigo misma, un espacio alejado de la mirada y del interés de los demás. El reconocimiento jurídico de este bien humano permite admitir que “ese ámbito, que ha de quedar oculto a la mirada curiosa de los demás”⁽⁵¹⁾ es lo suyo propio de la persona, lo que permite hablar del derecho humano a la intimidad. Este derecho humano resulta siendo necesario no solo “para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁽⁵²⁾; sino también “para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad”⁽⁵³⁾. Y es que sin el bien humano que aparea este derecho, “no cabría la autodeterminación personal”⁽⁵⁴⁾.

D) Respetto del ámbito social: el derecho humano a participar en la vida social y política del Estado

Y en lo referido a la dimensión social de la persona humana, líneas arriba se afirmó que aquí pueden reconocerse una serie de exigencias que promuevan una convivencia lo más favorable al pleno desarrollo de todas las personas humanas. Esta necesidad esencial de la persona humana permite reconocer como un bien humano la organización de la convivencia según un sistema que reconozca lo más posible a la persona humana y que intente satisfacer lo más posible también sus necesidades propiamente humanas. Así, la naturaleza humana demanda vivir en una comunidad política en la que más se posibilite y se favorezca su pleno desarrollo como persona humana. Un sistema con esa virtualidad solo podrá ser posible si reconoce el siguiente elemento estructural: la libre participación de la persona humana en la configuración de la organización de la convivencia humana. Hoy en día el sistema que más se acerca a cumplir esta finalidad es el

(50) ESPÍN, Eduardo. “Los derechos de la esfera personal”. En: AA. VV. *Derecho Constitucional*. Vol. I, quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 228.

(51) DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Ob. cit., p. 288.

(52) STC N° 231/1988, del 2 diciembre, f. j. 3.

(53) Exp. N° 6712-2005-HC/TC-Lima, del 17 de octubre de 2005, f. j. 38.

(54) DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Ob. cit., p. 287.

sistema democrático⁽⁵⁵⁾ como organizador de la convivencia en una comunidad política⁽⁵⁶⁾ con base en las exigencias éticas y jurídicas que brotan de la persona humana⁽⁵⁷⁾.

Puesto en lenguaje jurídico, se pueden reconocer como derechos humanos ese conjunto de atribuciones y facultades que reconocidas al ciudadano, permiten crear lo más posible una convivencia favorable al pleno desarrollo de la persona humana: el derecho de elegir y ser elegidos, el derecho de participación en la vida política, social y cultural de un país⁽⁵⁸⁾, el derecho de fundar partidos políticos⁽⁵⁹⁾, e incluso la libertad de opinión como derecho que consolida un sistema democrático⁽⁶⁰⁾. Y es que los derechos humanos han evolucionado “hasta configurarse ya no solo en límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder, esto es, en la adopción de las decisiones colectivas de gobierno”⁽⁶¹⁾, lo cual significará un efectivo control de los gobernantes sobre los gobernados a través de *la interiorización del poder en la sociedad*⁽⁶²⁾, todo lo

(55) SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Alianza editorial, Madrid, 2002, p. 29 y ss.

(56) NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Séptima edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 450 y ss.

(57) Es lo que se conoce como dimensión material de la democracia, la que “se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Quinta edición, Trotta, Madrid, 2006, p. 23.

(58) Respecto del cual ha manifestado el Tribunal Constitucional que “constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que este no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado”. Exp. N° 5741-2006-PA/TC, del 11 de diciembre de 2006, f. j. 3.

(59) Se trata de los llamados derechos fundamentales democráticos tendientes a “cooperar en el establecimiento del orden común al que uno está sometido”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta, Madrid, 2000, p. 78.

(60) En palabras del Tribunal Constitucional alemán, la libertad de opinión (*Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung*), “para un orden estatal democrático y libre se constituye en una libertad por antonomasia” (*Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend*). BVerfGE 7, 198 (208).

(61) SQUELLA, Agustín. *Estudios sobre derechos humanos*. Edeval, Valparaíso, 1991, p. 144.

(62) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo”. En: *ADH*. Universidad Complutense - Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1992, p. 117.

cual es “presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos [humanos]”⁽⁶³⁾.

IV. Historicidad de la persona humana

Definidos los derechos humanos como se ha hecho, es preciso plantear e intentar resolver la siguiente cuestión: si el Derecho debe ayudar en la consecución de los grados de perfeccionamiento y de felicidad de la persona humana, ¿debe hacerlo en abstracto y de modo general, o más bien en concreto? La respuesta a esta cuestión se encuentra vinculada con el reconocimiento de la persona humana como una realidad histórica, como inmediatamente se pasa a estudiar. La persona humana no existe en abstracto, sino que existe siempre en unas coordenadas de espacio-tiempo concretas. Será en esas coordenadas en las que se manifiesten las distintas necesidades y exigencias de la naturaleza humana, y –consecuentemente– será también ahí en las que deberán ser adquiridos los bienes humanos. No debe cometerse el error –como el cometido por los iusnaturalistas racionalistas– de pensar a la persona humana como una realidad ahistórica, que existe y se desenvuelve en abstracto y al margen de toda referencia a una concreta realidad⁽⁶⁴⁾, que reclama solo el reconocimiento de derechos (subjettivos) al margen de cualquier deber⁽⁶⁵⁾. El hombre no es una entequeia o un mero concepto, sino que existe y ha de encontrar su más pleno desarrollo dentro de un contexto histórico determinado. La persona humana habita el mundo y en las limitaciones, carencias y dolores de ese mundo ha de encontrar su felicidad.

Tener en cuenta la realidad en la que existe la persona humana lleva a advertir que el contenido de los bienes humanos es uno concreto, determinado por

(63) Exp. N° 4677-2004-PA/TC, del 7 de diciembre de 2005, f. j. 12.

(64) Para ellos los derechos humanos “[s]on producto de la razón, descubribles en la naturaleza humana, tienen un carácter abstracto, afectan al hombre genérico y al ciudadano”. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 42.

(65) Y es que “[e]l punto de partida del ‘Derecho Natural’ (...) es el individuo independiente y libre, y el Derecho fue considerado por los iusnaturalistas como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento, el Derecho –valga la redundancia– consiste en *derechos*, ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún ‘deber’”. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Una introducción a la ciencia jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, pp. 43-44.

las circunstancias que definen la existencia concreta de la persona humana⁽⁶⁶⁾. Consecuentemente, supone tomar conciencia de que el contenido de los bienes humanos no tiene por qué ser el mismo siempre, sino que en la medida que las necesidades humanas existen y se satisfacen en unas concretas circunstancias, el cambio de estas puede conllevar el cambio del contenido de los bienes (contenidos implícitos de derechos fundamentales expresos)⁽⁶⁷⁾ e incluso conllevar la formulación de nuevos bienes humanos (nuevos derechos humanos o derechos humanos implícitos) por la aparición de necesidades nuevas⁽⁶⁸⁾. Este cambio no debe sorprender, pues de lo que se trata es de satisfacer realmente –y no teóricamente– unas necesidades, para lo cual se requiere que los bienes humanos estén conformados de tal manera que las satisfagan efectivamente⁽⁶⁹⁾. Por tanto, del cambio de las circunstancias puede generarse un cambio en las necesidades humanas, tanto en su número como en su contenido. Estos cambios necesariamente se manifestarán sobre los bienes humanos y consecuentes derechos humanos, en uno y otro caso igualmente tanto en su número como en su contenido⁽⁷⁰⁾.

Esta advertencia ha supuesto la consideración de los derechos humanos como una realidad también histórica. Como se sabe, el concepto “derechos humanos” es un producto de la modernidad, alentado por el pensamiento racionalista que avivó las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Desde entonces, los derechos como tales derechos humanos han sido reconocidos y garantizados

(66) Por este motivo, “hablar de ordinario de cosas tan generales como ‘el bien del hombre’ es un sinsentido. Lo que es bueno para el hombre se concreta en bienes determinados, muy concretos: que se proteja y fomenta su familia, su profesión, la comunidad en que vive, etc.”. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Derecho y ontología jurídica*. Ob. cit., p. 168.

(67) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 5, mayo, 2008, pp. 40-42.

(68) Para el Tribunal Constitucional peruano “[e]s bien conocido que en un sinnúmero de oportunidades la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de ‘desarrollo de los derechos fundamentales’, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente”. Exp. N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, f. j. 5.

(69) Como bien se ha dicho “[l]os hombres vivimos, por tanto, en situaciones muy distintas que *determinan* lo que es exigible a cada persona, así como las competencias o facultades que corresponden a esas personas”. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Una introducción a...* Ob. cit., p. 213.

(70) Esta es la justificación por la cual las distintas listas nacionales o internacionales en las que se reconocen los derechos del hombre son listas meramente enunciativas y en ningún caso son listas cerradas. Cfr. artículo 3 CP.

por el Derecho positivo (nacional e internacional) de modo paulatino. En este contexto es en el que se hablan de las generaciones de los derechos humanos⁽⁷¹⁾. Desde la primera generación, caracterizada por el reconocimiento y garantía de derechos exclusivamente de libertad e individuales propios de un Estado Liberal de Derecho; pasando por la segunda generación, en la que se efectúa el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales dentro de un Estado Social de Derecho; hasta llegar a una tercera generación, en la que aparecen reconocidos y garantizados derechos como el derecho a la paz, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, derechos estos que tendrán que ser asegurados dentro de un Estado Constitucional de Derecho⁽⁷²⁾.

En estas generaciones se pone de manifiesto, entre otras cosas, cómo las circunstancias (materiales, intelectuales y culturales) han ido propiciando la consolidación jurídica de derechos distintos, agrupados alrededor de los principios de libertad los primeros, de igualdad los segundos y de solidaridad los terceros. Esta visión generacional de los derechos humanos, implica “reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”⁽⁷³⁾.

La formulación positiva de los bienes humanos y su reconocimiento y garantía como derechos humanos aconteció de modo paulatino en la medida que las circunstancias lo permitieron y exigieron. Lo permitieron en tanto mejoró el conocimiento de la persona humana y de su relación con el poder político o con el poder social o con el poder informático. Y lo exigieron en la medida que los cambios políticos, sociales y tecnológicos (en definitiva, el cambio de las circunstancias), supusieron nuevos ataques o impedimentos al pleno desarrollo de la persona humana. Sin embargo, es necesario advertir que mientras la naturaleza humana es una e invariable siempre –característica de toda esencia–, su existencia en una realidad concreta condiciona la manera que tiene de manifestarse tanto respecto de las necesidades propiamente humanas, como de su

(71) PIZZORUSSO, Alessandro. “Las ‘generaciones’ de derechos”. En: *ADH*. Vol. 3, Madrid, 2002, pp. 493-514.

(72) La separación de los derechos fundamentales en derechos de libertad y derechos sociales es solo explicativa. Esto se nota especialmente con la aplicación de la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición, Palestra, Lima, 2007, p. 315 y ss.

(73) PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de los derechos humanos*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 42.

satisfacción. Se ha de insistir en que de lo que se trata cuando se reconocen los derechos humanos, es de brindar a la persona humana todas las posibilidades de pleno desarrollo, o si se quiere, de brindarle el mayor grado de satisfacción del mayor número de sus necesidades humanas, lo cual siempre se intentará conseguir dentro de unas circunstancias determinadas y a través de unos medios determinados. Por tanto, sin variar la naturaleza y esencia humanas, es variable tanto el modo de aparecer como el de satisfacer sus necesidades esenciales.

V. La obligatoriedad de los derechos humanos

Acudir a la persona humana, más precisamente a su naturaleza humana, no solo ha permitido fundamentar los derechos humanos, sino que también hace posible saber y reconocer un derecho como derecho humano en la medida que sea posible la identificación de una necesidad y su correlativo bien humano. Sin embargo, nada se ha dicho hasta ahora acerca de la obligatoriedad de los derechos humanos. Bien puede llegarse a reconocer que desde la naturaleza humana pueden concluirse una serie de necesidades propiamente humanas que pueden (deberían) ser satisfechas a través de la consecución de determinados bienes humanos. Pero, ¿cuál es la razón por la que resulta obligatorio permitir y favorecer que la persona humana alcance bienes humanos? Si se repara en el hecho de que reconocer jurídicamente un bien humano significará la posibilidad de exigir su cumplimiento y de sancionar su incumplimiento, surge la siguiente cuestión: ¿cuál es la razón por la que el Derecho debe reconocer y garantizar la obtención de determinados bienes humanos? Es decir, ¿cuál es el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos? A resolver esta cuestión se destina este apartado.

1. La obligatoriedad no proviene de la ley

El planteamiento de esta cuestión nos coloca en un ámbito distinto de argumentación al que se ha seguido hasta ahora. Afirmar que la persona humana tiene una serie de necesidades humanas las cuales demandan la consecución de bienes humanos, no dice nada acerca de la obligatoriedad de esta consecución. Hasta ahora se ha argumentado qué son los derechos humanos; de lo que ahora se trata es de hallar el fundamento de la obligatoriedad y, por lo tanto, de la exigibilidad de los derechos humanos. Varias respuestas pueden darse a esta cuestión. Puede argumentarse –de hecho así se ha argumentado en no pocas oportunidades– que el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos se

encuentra en la ley positivada, que emana de los parlamentos nacionales o de los organismos internacionales a través de tratados. Según esta forma de entender el fundamento de los mencionados derechos, la ley será la que decida cuáles son los derechos humanos y será ella misma la que justifique su cumplimiento. En otras palabras, hay que respetar los derechos humanos porque la ley así lo ha dispuesto⁽⁷⁴⁾.

Sin embargo, esta justificación se enfrenta a un gravísimo inconveniente. Si se afirma que la ley es el fundamento por el cual se han de respetar los derechos humanos, entonces deberemos admitir también que cuando la ley decida no reconocer ni proteger determinado bien humano como derecho humano, este no tiene existencia jurídica alguna por lo que no vincularía de ningún modo. Admitir esto último, en buena cuenta, supondrá admitir que el legislador es quien crea los derechos humanos, y que será él quien decida cuáles son, cuando y cómo se han de cumplir, y si se han de cumplir, será quien decida finalmente la medida del cumplimiento. Los derechos humanos, de esta forma, quedarán sujetos a la arbitrariedad del legislador, este no se verá sujeto a ningún límite a la hora de *crear* y de decidir la vinculación de los derechos humanos. Y en la medida que la ley se aprueba según una mayoría de votos, los derechos humanos quedarán en definitiva a expensas de lo que una mayoría parlamentaria –siempre circunstancial– diga que es lo debido o no debido sin más limitación que alcanzar el mayor número de votos para tomar la decisión.

Con acierto se ha destacado que “[e]l consenso sirve como criterio único de legitimación si se reduce al hombre a pura libertad, es decir, a naturaleza hueca. Si el hombre es algo más que pura autonomía, entonces el consenso tiene unos límites naturales. Y sucede, paradójicamente, que cuando se reduce la idea del ser humano a la de una libertad pura, vacía, deja de tener interés fundamentar nada porque entonces cualquier moral pierde su sentido, y el respeto al otro en que consiste propiamente toda relación jurídica resulta ser un absurdo (...); la actitud más consecuente con tal propuesta pasa a ser el imperio de la violencia, del dominio de los fuertes sobre los débiles, es decir, la supresión del derecho”⁽⁷⁵⁾.

(74) De modo general, sobre el positivismo puede consultarse PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2005, pp. 315-325. También ARA PINILLA, Ignacio. *Teoría del Derecho*. Taller ediciones J. B., Madrid, 1996, pp. 45-68.

(75) SERNA BERMÚDEZ, Pedro. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Eunsa, Pamplona, 1990, pp. 194-195.

Varias muestras históricas nos confirman que no puede depositarse el fundamento de los derechos humanos en la ley. Acaso la muestra más dolorosa fue lo ocurrido durante el régimen nazi en Alemania y fuera de ella. No cabe duda que los militares nazis actuaron en cumplimiento de las leyes nazis cuando desarrollaron sus políticas internas y externas de exterminio del pueblo judío. Legalmente su comportamiento fue irreprochable, pero jurídicamente fue condenable e incluso sancionable precisamente por “delitos contra la humanidad” a través –entre otros– del conocido como Juicio de Nuremberg. Más recientemente, tampoco cabe duda que los militares de la República Democrática Alemana se ceñían a las leyes de su país cuando disparaban a matar a aquellas personas que intentaban cruzar el ya histórico Muro de Berlín, o cuando colocaban las minas antipersona alrededor del muro que acabó con la vida de muchos alemanes de Berlín del Este. Pero el cumplimiento de la ley tampoco impidió el juicio y condena por violación de los derechos humanos –entre otros– a altos cargos del aparato del Estado y del Partido Socialista Unificado de la República Democrática Alemana⁽⁷⁶⁾.

Y es que no hay que olvidar que el Derecho no se reduce a la ley, ya sea esta la del Parlamento o la del Ejecutivo, e incluso ya sea la Constitución misma. Tan cierta es esta aseveración que es posible reconocer la existencia de leyes justas e injustas, e incluso y en circunstancias excepcionales, hablar de una justificación a la desobediencia civil⁽⁷⁷⁾. El Derecho necesita de una referencia anterior y superior al poder público del que emana la ley, o mejor dicho, anterior y superior a la ideología de quienes circunstancialmente tienen atribuido el ejercicio del poder. Si se quiere, se hace necesaria una referencia *metalegal* o *metapositiva* para afrontar la cuestión de la validez, interpretación y aplicación de la ley. Sin esta referencia *metajurídica*, el Derecho se reduce a la arbitrariedad de aquel (mayoría parlamentaria, por ejemplo) que en un momento determinado tiene la capacidad para emitir mandatos con carácter imperativo porque tiene la fuerza (de las armas, por ejemplo) para hacerlos cumplir.

(76) Cfr. el asunto Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia del 22 de marzo del 2001.

(77) Cfr. RIVAS PALÁ, Pedro. *Las ironías de la sociedad liberal*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004, pp. 109-144.

2. La obligatoriedad proviene de la dignidad de la persona humana

Esa referencia anterior y superior al poder público no puede ser otra distinta que la persona humana misma, la cual —como ya se argumentó— es fuente de juridicidad. Si se toma en cuenta que el Derecho y, por tanto también la ley, se define (y legitima) según su finalidad; y además se considera que la finalidad del Derecho es regular las relaciones humanas a fin de favorecer la convivencia humana y el pleno desarrollo de las personas en ella, entonces, no es difícil concluir que el Derecho debe formularse siempre en atención y referencia a la persona humana. Precisamente porque el Derecho debe formularse en referencia a la persona humana es que al reconocer los derechos humanos se ha reconocido también la protección jurídica de los bienes humanos que satisfacen necesidades humanas. En efecto, si el Derecho es el *Ius* y este tiene que ver con la *Iustitia*, y la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, lo primero que le corresponde a la persona humana es su pleno desarrollo como tal. Y en la medida que este pleno desarrollo lo adquiere alcanzando cuotas de perfeccionamiento humano, es decir, satisfaciendo sus necesidades humanas a través de la consecución de bienes humanos, entonces lo justo a la persona humana es la adquisición de tales bienes humanos. Esto es lo debido y, por ello, lo vinculante, es decir, es el *Ius*.

Pero, ¿qué criatura es esta que exige que el Derecho sancione como de obligatorio cumplimiento la adquisición de bienes humanos? Esta pregunta nos coloca inmediatamente sobre una de las cuestiones más importantes del Derecho: el valor jurídico de la persona humana⁽⁷⁸⁾. Cuando nos preguntamos por el valor de algo nos preguntamos por su dignidad. Algo digno es algo con valor. Una dignidad o un dignatario muestra la consideración que recae sobre quien ejerce la dignidad o sobre quien es el dignatario. Preguntarse por el valor de la persona humana es preguntarse por el significado de su dignidad: la persona humana tiene una dignidad (un valor) que consiste en ser un fin en sí misma. A ella se le reconoce un valor que no se formula por consideración a otra cosa o realidad que no sea ella misma. Esto supone reconocerle un valor tal (una dignidad) que rechaza frontalmente ser considerada como un medio⁽⁷⁹⁾ o como un objeto⁽⁸⁰⁾.

(78) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El valor jurídico de la persona humana”. En: *RGCCI*. N° 11, 2005, pp. 31-40.

(79) La persona humana, “existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin”. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Segunda edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 1996, p. 187.

(80) Como ha expresado el Tribunal Constitucional alemán, “A la persona le corresponde en la comunidad una pretensión a ser considerada y respetada; por ello vulnera la dignidad humana tratarla

Pues bien, es precisamente este valor de la persona humana por lo que resulta siendo jurídicamente obligatorio favorecer que ella consiga el mayor número de bienes humanos el mayor número de veces, es decir, la dignidad de la persona humana es el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos⁽⁸¹⁾.

Los derechos humanos se han de cumplir porque la persona humana es un fin en sí misma, el Estado, la sociedad, el Derecho, son un medio al servicio de la persona humana. Los derechos humanos no se han de cumplir porque lo dispone la ley, de hecho, si una ley le es contraria, jurídicamente no tendrá validez alguna y sería justo levantarse y rebelarse contra ella a fin de lograr la consecución del bien que está detrás del derecho humano contrariado. El fundamento último de obligatoriedad de los derechos humanos es, pues, el valor de fin en sí misma que tiene la persona humana, es decir, su dignidad humana⁽⁸²⁾. De modo que ya se le considere a la dignidad humana como un derecho⁽⁸³⁾, como un principio⁽⁸⁴⁾ o como un valor⁽⁸⁵⁾, no puede dejarse de reconocer su función de fundamento de la vinculación de los derechos humanos.

como mero objeto del Estado". (Dem Menschen kommt in der Gemeinschaft ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu; deshalb widerspricht es der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen). BVerfGE 27, 1 (6).

- (81) Así, la dignidad humana "constituye el fundamento del carácter valioso de la libertad, del deber de proteger aquellos despliegues suyos en que consiste la mayoría de los derechos (...) actúa como dato que fundamenta la obligatoriedad moral o jurídica, de realizar aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en que consisten los derechos humanos". SERNA, Pedro. "La dignidad de la persona como principio de derecho público". En: *Derechos y Libertades*. N° 4, 1995, p. 294.
- (82) En definitiva, esto muestra la vinculación entre naturaleza y dignidad. Vinculándolas "cabe considerar normativa a la naturaleza: porque es la naturaleza de una persona. La exigencia de respeto a las personas, el que sean merecedoras de reconocimiento, requiere reconocerlas en su naturaleza". GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*. Eunsa, Pamplona, 1996, p. 214.
- (83) Para el Tribunal Constitucional peruano, la dignidad humana "en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos". Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril del 2006, f. j. 1.
- (84) Mientras que "en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares". Ídem.
- (85) A decir del Tribunal Constitucional alemán, "el valor supremo del sistema de valores iusfundamentales" (Die Würde des Menschen ist der oberste Wert im grundrechtlichen Wertsystem).

VI. Algunas consecuencias hermenéuticas

Al inicio de este trabajo se justificó que el Derecho requiere necesariamente de interpretación. Descubrir lo ordenado, prohibido o permitido por un dispositivo es el paso necesario y previo a la aplicación del Derecho. Pues bien, de lo que se lleva dicho acerca de la persona humana y de los derechos humanos, se desprenden importantísimas consecuencias para la hermenéutica jurídica sobre los derechos humanos, especialmente –aunque no exclusivamente– para la hermenéutica constitucional, como inmediatamente se pasa a estudiar.

1. La persona humana como fin

A) Principio de legitimación del poder y el principio de favorecimiento de la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales

La primera consecuencia tiene que ver con el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos, es decir, con el valor de la persona humana (su dignidad humana), que la coloca como finalidad del Estado, del poder (social, político y económico), y de la sociedad. Esta significación de la persona humana ha sido expresada en los distintos textos internacionales y en los nacionales de las diferentes comunidades políticas. Así, por ejemplo, se tiene mencionado en el primer considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁽⁸⁶⁾. Se cree firmemente que *la justicia y la paz en el mundo* se sustenta en el tratamiento de la persona humana como un ser que tiene una dignidad y de la cual brotan una serie de exigencias que se han de respetar de modo irrestricto: sus derechos humanos. Para asumir efectivamente esta creencia se requiere atribuir a la persona el carácter de fin.

BVerfGE 6, 32 (36).

(86) Igualmente, en el tercer considerando de la conocida como Convención de Roma se ha manifestado que “la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, para inmediatamente después reafirmar (los Estados miembros del Consejo de Europa) “su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan”.

Pero este convencimiento también se proclama en las constituciones de comunidades políticas concretas. En la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, se ha dispuesto que “El pueblo alemán (...) reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (artículo 1.2 Ley Fundamental (LF)). En la Constitución española por su parte se ha afirmado que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE). Mientras que, y por citar un ordenamiento jurídico constitucional más, en la Constitución peruana se ha establecido que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 CP). En definitiva, la dignidad humana “es el valor superior de la Constitución sobre la cual se ha de orientar la entera actividad estatal, ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado”⁽⁸⁷⁾.

La consideración de la persona humana como fin y no como medio tiene una consecuencia directa y además necesaria en el ámbito jurídico: la promoción de la plena vigencia de sus derechos humanos o llamados también fundamentales. Colocar a la persona humana como fin de toda realidad estatal y social jurídicamente significa colocar a sus derechos humanos o fundamentales como fin, lo cual a su vez significa que todo lo demás (el Poder estatal, por ejemplo) es medio, es decir, que halla legitimidad en su existencia y actuación en tanto se dirige a conseguir la vigencia de los mencionados derechos. Esa es la razón por la que en el ámbito internacional⁽⁸⁸⁾ y en el nacional⁽⁸⁹⁾ se ha comprometido al poder estatal con el favorecimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales.

(87) BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II...* Ob. cit., p. 539.

(88) Así, por ejemplo, en el ámbito internacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha dispuesto que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1.1).

(89) En los ordenamientos constitucionales nacionales ha habido igualmente un reconocimiento parecido. Así, por ejemplo, en la Constitución alemana se ha establecido que “[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (artículo 1.1 LF); en la Constitución española que “[c]orresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2). Mientras que en la Constitución peruana se ha dispuesto que “[s]on deberes primordiales del Estado: (...) garantizar

He aquí, entonces, dos criterios hermenéuticos constitucionales predicables también del ordenamiento constitucional peruano. El primero, la consideración de que toda actuación tanto del poder público como la de los particulares que esté destinada a menoscabar la categoría de fin que tenemos todas las personas humanas será por ese motivo injusta (e inconstitucional) y, consecuentemente, nula. El segundo es que la actividad estatal (judicial, ejecutiva y legislativa) se legitima en la medida que va dirigida a conseguir el aseguramiento y ejercicio pleno de los distintos derechos y libertades humanas o fundamentales. Consecuentemente, una sentencia judicial, un acto administrativo o una ley serán inconstitucionales no solo si agreden los derechos humanos o fundamentales, sino también si colocan ese derecho en una situación de desprotección o de simple vigencia formal⁽⁹⁰⁾.

B) Principio de unidad de los derechos humanos o fundamentales

A este contexto pertenecen criterios de interpretación como el principio de unidad de los derechos humanos o fundamentales. En efecto, la consideración de la persona humana como fin es predicable de toda ella. Y toda ella es toda su unitaria y compleja esencia como persona. Al ser toda ella el fin, se convierte en fin todos los derechos humanos o fundamentales, es decir, se convierte en fin la adquisición de todos los bienes humanos por igual, en la medida que todos ellos son igualmente necesarios para conseguir de un *pleno* desarrollo de la persona humana. De ahí que los llamados derechos sociales y los derechos políticos son igualmente derechos humanos o fundamentales, tal y como lo son los derechos de libertad o civiles, conformando todos una sola realidad y dando origen al principio de indivisibilidad de los derechos humanos⁽⁹¹⁾, principio no ajeno a la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*⁽⁹²⁾.

la plena vigencia de los derechos humanos” (artículo 44).

- (90) Estas exigencias de promoción de la plena vigencia de los derechos humanos es consecuencia del reconocimiento de su dimensión objetiva o institucional que complementa su dimensión de libertad o subjetiva. Cfr. DREIER Horst. *Dimensionen der Grundrechte*. Hannover, 1993, p. 27 y ss.
- (91) Al respecto, Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, en particular el tercer capítulo denominado “La indivisibilidad de los derechos humanos: la búsqueda de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, p. 93 y ss.
- (92) Por todas cfr. Exp. N° 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio del 2005, f. j. 32.

C) Principio de interpretación *pro libertatis* o *pro homine*

Del mismo modo, a este contexto pertenece el criterio de interpretación *in dubio pro libertatis*⁽⁹³⁾ y el *in dubio pro homine*⁽⁹⁴⁾. A través de ellos se exige al operador jurídico que si al interpretar un dispositivo normativo es posible concluir dos o más interpretaciones, se ha de decantar por aquella que más y mejor favorezca o promueva la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales, en buena cuenta, que más y mejor promueva el pleno desarrollo de la persona humana como fin. Este principio se predica tanto de las disposiciones infraconstitucionales como de las de rango constitucional, porque “en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)”⁽⁹⁵⁾.

2. La inexistencia de conflictos entre derechos humanos o fundamentales

A) Interpretación armonizadora de los derechos humanos o fundamentales

La segunda consecuencia está relacionada con el concepto de derechos humanos: bienes humanos que se reconocen y garantizan jurídicamente, destinados todos ellos a satisfacer las necesidades humanas esenciales en la medida que brotan de la esencia humana, y a fin de que la persona pueda lograr el máximo grado de realización. Pues bien, si los derechos humanos o derechos fundamentales significan bienes humanos, y el bien humano se define como aquello que satisface alguna necesidad humana, y la naturaleza humana de la cual se predicán esas necesidades y consecuentes bienes es una realidad esencialmente unitaria, entonces, no será posible hablar de bienes humanos contradictorios entre sí, ni –consecuentemente– de derechos humanos o de derechos fundamentales en conflicto.

(93) Por todas cfr. Exp. N° 0320-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, f. j. 2.

(94) Por todas cfr. Exp. N° 5033-2006-PA/TC, del 29 de agosto de 2006, f. j. 37.

(95) Exp. N° 5976-2006-PA/TC, del 20 de setiembre de 2006, f. j. 18.

Como ya se argumentó, solo con una finalidad didáctica pueden distinguirse hasta cuatro dimensiones en las que se desenvuelve la naturaleza humana, pues todas ellas están conformando una esencial y radical unidad, es decir, no existen aisladamente, sino que existen conjunta y unitariamente. La persona humana no tiene una esencia dividida en estancos o ámbitos aislados e incommunicados. Los distintos ámbitos de la naturaleza humana terminan conformando una unidad, de modo que algo es realmente un bien en la medida que favorece tal unidad, esto es, en la medida que satisfaciendo una concreta necesidad humana no impide la satisfacción de otra. Como se tuvo oportunidad de argumentar antes, si un bien es realmente tal, entonces ese bien no podrá satisfacer una necesidad humana a la vez que interferir o imposibilitar la satisfacción de otra necesidad humana. Si ocurriese esto segundo, entonces lo inicialmente definido como bien humano no sería realmente tal, pues debido a la esencial unidad de la naturaleza humana el bien se predica de toda ella y a toda ella debe terminar favoreciendo.

Un bien o es realmente un bien o no es un bien; y solo será un bien si es que cumple dos condiciones. La primera, que satisfaga una necesidad humana; y la segunda, que al satisfacer esa necesidad humana no impida la satisfacción de otra necesidad humana y, por tanto, que no impida la consecución de otro bien humano. Consecuentemente, un bien humano si realmente es tal, no puede entrar en contradicción con otro bien humano que también es realmente tal, pues, o ambos bienes son realmente bienes humanos y no se impiden o se dificultan uno al otro en su consecución, o uno de los bienes no es realmente un bien humano y se opone a otro bien humano que realmente es tal⁽⁹⁶⁾.

En la medida que detrás de un derecho humano o de un derecho fundamental existe un bien humano, el razonamiento efectuado puede formularse también respecto de los mencionados derechos. Así, no habrá realmente un derecho humano o fundamental que proteger ni garantizar ahí donde lo que se pretende proteger es solo un bien en apariencia. Un derecho humano o fundamental si realmente es tal solo podrá perseguir el aseguramiento de un bien que favorezca el pleno desarrollo de la persona humana considerada como una unidad. De modo que no puede ocurrir que un derecho humano intente asegurar como

(96) Se acierta cuando se dice que “la persecución de un cierto bien humano hasta el punto de lesionar otros o poner en riesgo los otros bienes que ese mismo sujeto comparte con el resto de los individuos no proporciona un bien real, sino meramente aparente”. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 93.

bien una realidad que es contradictoria con otra realidad que intenta ser asegurada igualmente como bien humano por otro derecho humano o fundamental⁽⁹⁷⁾. Dado que no puede tener la categoría de bien algo y su contrario, tampoco podrá considerarse como derecho humano o fundamental algo y su contrario. Consecuentemente un derecho humano o fundamental no puede ser opuesto (contradictorio) con otro derecho humano o fundamental. Es decir, en estricto no es posible hablar de conflicto entre derechos humanos o fundamentales⁽⁹⁸⁾.

B) El principio de interpretación de concordancia práctica

A este ámbito pertenecen criterios de interpretación constitucional que buscan el *equilibrio* y la *armonización* antes que el conflicto entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es posible encontrar un criterio hermenéutico que se condice con la armonización de derechos. Tal criterio es llamado el principio de concordancia práctica, por el cual “toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación, es decir, sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores, derechos o principios concernidos”⁽⁹⁹⁾. De aquí se concluye los siguientes dos presupuestos. Primero, que la tensión o conflicto entre derechos fundamentales es solo aparente mas no real, lo que permite y exige hablar de armonización antes que de confrontación; y segundo, que al no existir conflicto de derechos no hay confrontación entre estos por lo que la solución de la controversia iusfundamental se obtiene sin sacrificar derechos fundamentales, es decir, sin jerarquizarlos (ni en abstracto ni en concreto).

Así, por ejemplo, con base en el principio de concordancia práctica no es posible hablar de verdadero conflicto entre derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho al honor⁽¹⁰⁰⁾; o entre un derecho fundamental

(97) Así, “[l]a imposibilidad de conflicto entre los fines se traduce en una imposibilidad de conflicto entre los derechos que los persiguen”. DESANTES, José María y SORIA, Carlos. *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*. Asociación de la Prensa de Madrid, Madrid 1991, p. 66.

(98) Cfr. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...* Ob. cit., pp. 37-40.

(99) Exp. N° 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, f. j. 12.b.

(100) Por ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional peruano que “[e]n igual sentido, el artículo 32, inciso 2), de la Convención Americana consagra que el derecho de cada persona está limitado por el derecho de los demás. En consecuencia, debe procurarse la garantía del justo equilibrio y la armonización concreta, en cada caso, entre el derecho fundamental al honor y los derechos comunicativos, por intermedio de un procedimiento que asegure la garantía de los derechos en juego

y un bien jurídico constitucional, como el derecho de propiedad y el bien común⁽¹⁰¹⁾. En referencia a la pareja de derechos mencionados, no puede ser verdad que el ejercicio de la libertad de expresión dé cobertura a la emisión de un juicio de valor a través del cual se insulte o injurie a una persona. La emisión del juicio de valor no es un bien para el emisor ni para la sociedad misma debido a que ha producido el deshonor de otro miembro de la comunidad por lo que se ha convertido en un antibien para la convivencia social, es decir, en un antibien también para la dimensión social del emisor. Dicho con otras palabras, emitir un juicio de valor insultante o injurioso jamás puede quedar justificado por el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que en estricto no es cierto que la libertad de expresión entró en conflicto con el derecho al honor, pues lo que ha habido es ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, y lo extralimitado cae fuera de la cobertura jurídica del derecho humano o fundamental mismo⁽¹⁰²⁾.

C) Principio de unidad de la Constitución

De modo complementario, y siempre dentro del marco de la interpretación armonizadora de los derechos humanos o fundamentales, se ha de mencionar otros principios de interpretación constitucional. Así, el principio de unidad de la Constitución. La justificación filosófica de la inexistencia real de los conflictos entre derechos humanos es la radical y esencial unidad de la naturaleza humana. Esta unidad exige necesariamente que a la hora de ser positivados se hagan contener también en una realidad normativa unitaria. Así, cuando los derechos humanos son positivados en la norma de mayor jerarquía en un derecho interno, la Constitución, la esencial unidad humana exige considerar también a la Constitución como una unidad. El principio de unidad de la Constitución afirma que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla

y que determine el carácter inexacto o agravante del mensaje emitido, siempre que haya una diferencia resultante del intento de hacer valer, en un caso o situación concreta, la rectificación”. Exp. N° 3362-2004-PA/TC, del 29 de agosto de 2006, f. j. 9.

- (101) Tiene declarado el Tribunal Constitucional peruano que “el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas *no se concibe como fin en sí mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo*; prueba de ello es que la propia Constitución ha determinado los límites a su ejercicio, conforme se advierte de su artículo 59, sancionando el abuso de estas libertades en perjuicio de la moral, la salud y las seguridades públicas; de igual modo, el artículo 60 condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a su armonización con el bien común”. Exp. N° 0034-2004-AI/TC, del 15 de febrero de 2005, f. j. 25.
- (102) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”. Ídem, *Las libertades de expresión e información*, Universidad de Piura - Palestra, Lima, 2006, pp. 83-135.

como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”⁽¹⁰³⁾.

La principal consecuencia de este principio de interpretación constitucional es que si de un dispositivo de la Constitución se desprende más de un sentido interpretativo (más de una norma), se ha de desterrar aquella interpretación que entre en contradicción con otra norma constitucional⁽¹⁰⁴⁾. Es decir, quedan proscritas las contradicciones entre los sentidos interpretativos de una disposición constitucional. Consecuentemente no será posible hablar de verdadero conflicto entre derechos fundamentales porque los derechos fundamentales significan su contenido constitucional y estos son producto de interpretación de las disposiciones de la Constitución, y al ser esta una unidad no es posible concluir sentidos interpretativos iusfundamentales contradictorios y, por tanto, no se puede admitir conflictos entre derechos fundamentales. De modo que es una incoherencia admitir la unidad de la Constitución y a la vez admitir que ella entra en contradicción a la hora que recoge derechos fundamentales.

D) El principio de normatividad de la Constitución

Afirmar que los derechos fundamentales no entran en conflicto exige también interpretar la Constitución como una realidad plenamente vinculante. El principio de normatividad de la Constitución afirma que “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”⁽¹⁰⁵⁾. Si los conflictos entre derechos fundamentales fuesen reales, la solución vendría por la jerarquización de derechos y el consecuente sacrificio de uno de ellos. Si fuese verdad que los derechos fundamentales pudieran sacrificarse, necesariamente lo serían en su contenido constitucional. Si fuese verdad que es posible sacrificar los derechos fundamentales en su contenido constitucional, significa que es posible sacrificar la Constitución, al menos en aquella parte que le sirve de cobertura al contenido constitucional sacrificado. Si es posible sacrificar la Constitución, entonces, la Constitución no es vinculante, es decir, no tendría fuerza normativa.

(103) Exp. N° 5854-2005-PA/TC, citado, f. j. 12.a.

(104) HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27.

(105) Exp. N° 5854-2005-PA/TC, citado, f. j. 12.e.

3. El contenido constitucional de un derecho fundamental: el criterio de la delimitación de las fronteras internas del derecho humano o fundamental

La tercera consecuencia tiene que ver con el significado del ejercicio de un derecho humano o fundamental. En referencia a un ordenamiento constitucional concreto, el derecho humano o fundamental vale y significa su contenido constitucionalmente reconocido y garantizado. Este contenido está conformado por las distintas manifestaciones del bien humano protegido a través de ese derecho humano o fundamental, manifestaciones que nunca podrán dar cobertura a intereses o pretensiones que no configuren realmente un bien humano. Así, ejercer un derecho humano o fundamental significará ejercer su contenido constitucional. Solo se puede ejercer aquello y en la medida que el contenido constitucional del derecho lo permita. Cuando alguien realiza un acto y afirma que lo ha realizado en ejercicio de un derecho humano o fundamental, lo que hay que determinar es si el contenido del derecho invocado permite o no la acción realizada. Si efectivamente un acto resulta siendo ejercicio del contenido constitucional de un derecho, entonces esa acción está permitida y garantizada constitucionalmente. Si un acto realizado es consecuencia del ejercicio extralimitado del contenido de un derecho fundamental, entonces ese acto es inconstitucional y queda proscrito.

Todas las cuestiones en las que se invocan derechos humanos o fundamentales como justificación de un acto realizado o por realizar o como justificación para exigir una determinada prestación, no solo se resolverán sin sacrificar derechos, como ya se dijo, sino que se resolverán con base en la determinación o delimitación del contenido constitucional del derecho. Se deberá permitir el acto o se deberá entregar la prestación si así se concluye del contenido constitucional del derecho humano o fundamental invocado. Cuando se contraponen derechos fundamentales como sustento de dos pretensiones irreconciliables, normalmente el juez constitucional asume la controversia como si existiese un verdadero conflicto de derechos⁽¹⁰⁶⁾, para inmediatamente después intentar solucionarlo estableciendo ponderativamente cuál de los dos derechos tiene más peso y hacerlo prevalecer sobre el otro.

(106) Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español tiene dichas afirmaciones como que “cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante” (STC 154/2002, del 18 julio, f. j. 12); igualmente “en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 C.E., de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos” (STC 214/1991, del 11 noviembre, f. j. 6).

Sin embargo, la mejor manera de resolver estas controversias no es ponderando los derechos invocados en una controversia para determinar cuál derecho ha de imponerse y cuál ha de sacrificarse. Y no lo es al menos por las dos siguientes razones. La primera es que todos los derechos humanos o fundamentales tienen una misma importancia para la consecución del fin, que es el pleno desarrollo de la persona humana. El igual valor jurídico de los derechos humanos o fundamentales no solo se manifiesta en abstracto o en general, sino que también se extiende a las circunstancias que definen los casos concretos. Lo que es igual permanece siendo igual siempre y al margen de las circunstancias. Si los derechos humanos o fundamentales tienen un mismo valor, entonces no habrá derecho alguno que sopesar o ponderar.

La segunda razón es que –como ya se argumentó– en la medida que no pueden existir dos bienes humanos realmente tales y contradictorios, tampoco podrán existir dos derechos humanos o fundamentales realmente tales y confrontados entre sí. De modo que no pueden existir dos contenidos constitucionales de dos derechos humanos o fundamentales en conflicto, por lo que no podrá ocurrir tampoco que el ejercicio de uno de ellos haya supuesto la colisión con el ejercicio del otro.

Cuando en un litigio concreto una de las partes invoca el ejercicio de un derecho humano o fundamental para sustentar su pretensión, y la otra parte ha invocado el ejercicio de otro derecho fundamental para sustentar una pretensión contraria, lo que ocurre realmente es que solo una de las dos partes ha invocado correctamente su derecho humano o fundamental como sustento de su pretensión, es decir, solo una de las dos partes pretende un ejercicio constitucionalmente correcto de su derecho fundamental. La otra parte lo ha invocado incorrectamente y su pretensión se presenta como un intento de ejercicio extralimitado de su derecho.

Al no ser posible que el ejercicio constitucionalmente correcto de un derecho humano o fundamental colisione con el ejercicio también constitucionalmente correcto de otro derecho humano o fundamental, entonces la cuestión no es determinar cuál de los dos derechos humanos o fundamentales invocados en el litigio ha de preceder y prevalecer sobre el otro, sino cuál de los dos ejercicios del derecho humano o fundamental invocado es efectivamente un ejercicio constitucionalmente correcto del contenido del derecho. Consecuentemente, la cuestión no es encontrar a través de determinadas fórmulas –como la ley de

la colisión⁽¹⁰⁷⁾ o la fórmula del peso⁽¹⁰⁸⁾— cuál derecho tiene mayores razones a su favor para prevalecer sobre el otro; sino que la cuestión es emplear técnicas de interpretación que permitan determinar argumentativamente cuál de las dos pretensiones cae efectivamente dentro del contenido constitucional del derecho invocado como sustento y cuál fuera. Y es que hay que diferenciar la limitación de la delimitación⁽¹⁰⁹⁾, de modo que concretar una norma iusfundamental será establecer sus límites internos⁽¹¹⁰⁾. Esto último significa que de lo que se trata es de delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental⁽¹¹¹⁾ antes que justificar *restricciones*⁽¹¹²⁾, *lesiones*⁽¹¹³⁾ y *sacrificios*⁽¹¹⁴⁾ del contenido constitucional de otros derechos fundamentales⁽¹¹⁵⁾.

(107) Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría general de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 89-98.

(108) Cfr. ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 67-81.

(109) MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 81 y ss.

(110) HÄBERLE, Peter. *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983, p. 56.

(111) Necesidad de delimitación no ajena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la determinación del contenido esencial del derecho a la propiedad (Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, del 3 de junio del 2005, f. j. 96); “la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, del 2 de febrero del 2006, f. j. 27.b); “delimitación del contenido esencial del derecho de huelga” (Exp. N° 00008-2008-PI/TC, del 22 de abril de 2009, f. j. 25); “la delimitación del contenido esencial efectuada por este Tribunal, referida al acceso a una pensión de invalidez por incapacidad laboral” (Exp. N° 00141-2005-PA/TC, del 25 de setiembre de 2006, f. j. 5); la determinación del contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Exp. N° 00023-2005-PI/TC, del 27 de noviembre de 2005, ff. jj. 44 a 46); “delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser objeto de una doble persecución penal” (Exp. N° 4587-2004-AA/TC, del 29 de noviembre de 2005, f. j. 21.c.); delimitación del contenido de acceso a información pública (Exp. N° 04573-2007-PHD/TC, del 15 de octubre de 2007, f. j. 10); “delimitar el contenido de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva” (Exp. N° 1209-2006-PA/TC, del 14 de marzo de 2006, f. j. 21); “delimitar el contenido protegido del derecho constitucional a la seguridad social” (Exp. N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre de 2007, f. j. 24); entre otras.

(112) Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Ob. cit., p. 227.

(113) Término empleado también por Prieto Sanchís. Ídem, p. 239.

(114) Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”. En: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 61, 2002, p. 25.

(115) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. En: *AJ*. Tomo 139, Gaceta Jurídica, junio de 2005, pp. 144-149.

4. La consecución de bienes humanos como fin de los derechos fundamentales: en particular sobre la interpretación teleológica

La cuarta consecuencia es que el contenido constitucional de un derecho humano o fundamental no puede delimitarse o determinarse al margen del bien humano cuya consecución se pretende asegurar. Si detrás de un derecho humano o fundamental se encuentra un bien humano, porque detrás del Derecho está la persona⁽¹¹⁶⁾, entonces el bien humano en el que se concreta la naturaleza (y necesidades) humana tendrá mucho que decir cuando haya que establecer si una determinada pretensión forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho humano o fundamental. Es decir, en la labor de delimitación de su contenido habrá que apelar al bien humano que se encuentra detrás del derecho, es decir, habrá que apelar a la finalidad que se intenta conseguir con el reconocimiento de un derecho. Esto que se acaba de decir viene a ser el significado de la llamada interpretación teleológica en la determinación del contenido constitucional de los derechos humanos o fundamentales.

Cuando se invoca este principio hermenéutico se hace con el objeto de exigir que la interpretación de un derecho humano o fundamental deba tomar en consideración la finalidad (el *telos*) que se persigue con el reconocimiento jurídico de tal derecho⁽¹¹⁷⁾. La finalidad general de los derechos humanos o fundamentales, como ya se argumentó antes, no es otra que la consecución del pleno desarrollo de la persona humana, fin en sí misma. La finalidad en particular se predica de cada derecho, y vendrá definida según el bien humano que se intente conseguir. No existe interpretación teleológica al margen del bien humano que está detrás del derecho humano o fundamental cuyo contenido constitucional se intenta determinar o delimitar.

Dos ejemplos servirán para entender mejor lo dicho. El primero tiene que ver con el derecho a la libertad de información. Esta libertad fundamental se ha reconocido con la finalidad de permitir el debate de los asuntos con relevancia pública en la medida que con ello, entre otras cosas, se permite el conocimiento y debate de los asuntos que atañen el ejercicio del poder público, lo cual a su

(116) Habrá que reiterar cada vez que sea necesario que “detrás de cada norma jurídica están siempre los hombres”. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Derecho y ontología jurídica...* Ob. cit., p. 169.

(117) Al punto que “la promoción, optimización, desarrollo y garantía de los derechos [fundamentales] no puede acometerse sin una visión finalista de los mismos que oriente dichas actividades”. TORRES DEL MORAL, Antonio. “Interpretación teleológica de la Constitución”. En: *Revista de Derecho Político*. N° 63, 2005, p. 27.

vez permitirá la creación y formación de una opinión pública libre y permitirá también la transparencia en el ejercicio del poder, ambas exigencias necesarias para hablar de un verdadero régimen democrático⁽¹¹⁸⁾. Si esta es la finalidad de la libertad de información, entonces no podrán formar parte de su contenido constitucionalmente protegido aquellas pretensiones de informar sobre el ámbito privado de las personas⁽¹¹⁹⁾.

El otro ejemplo está relacionado con la libertad de conciencia y religión. Esta libertad se ha reconocido con la finalidad de permitir a la persona humana dar respuesta a su necesidad de trascendencia al vincularse con una divinidad. Siendo esta la necesidad de la mencionada libertad, la pretensión de un enfermo de rechazar una transfusión sanguínea porque se lo prohíbe su creencia religiosa no puede formar parte de su contenido constitucional si al rechazarla se perjudica la salud o se coloca en riesgo de muerte. La consecución de la pretensión es solo en apariencia un bien, ya que con ello se provocaría que las exigencias materiales de vida y salud se viesen postergadas⁽¹²⁰⁾.

5. Especial referencia a las declaraciones sobre derechos humanos

Tanto el modo de entender la persona humana y los derechos humanos o fundamentales que de ahí se pueden concluir, como los criterios hermenéuticos que son posibles de mantener desde el Derecho convencional sobre derechos humanos, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas declaraciones de derechos tienen en común, entre otras cosas, que al listado –enunciativo, se ha de entender– de una serie de derechos humanos le antecede una serie de guías interpretativas a modo de considerandos. Estos dan el marco en el cual se han de interpretar las distintas

(118) EGUIGUREN, Francisco, Cfr. “La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Conclusiones”, en CASTILLO CÓRDOVA, Luis (coordinador). *Las libertades de expresión e información*. Universidad de Piura - Palestra, Lima, 2006, p. 138 y ss.

(119) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 152, Gaceta Jurídica, julio de 2006, pp. 13-25.

(120) En esta línea tiene manifestado el Tribunal Constitucional español que “[l]a respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, solo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho –que no es ilimitado o absoluto– a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley”. STC 154/2002, citado, f. j. 7.

disposiciones referidas a los derechos humanos. De ese marco, conviene destacar ahora lo siguiente.

En primer lugar, que la persona humana es el fin de toda realidad estatal y jurídica, lo cual significará que los derechos humanos –su plena vigencia– es el fin de esas realidades. Es así que, “las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre”⁽¹²¹⁾. El Estado ha de procurar, en la mayor medida posible, que esta protección sea efectiva, es decir, tienen la obligación de asegurar “por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos [de los derechos humanos]”⁽¹²²⁾.

En segundo lugar, la plena vigencia de los derechos humanos significa la satisfacción de necesidades humanas, como se ha explicado antes, es decir, “en el respeto de los derechos esenciales del hombre”⁽¹²³⁾, en tanto que brotan de su esencia humana. Esta satisfacción va a suponer necesariamente “la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente”⁽¹²⁴⁾, dicho de otro modo, el pleno desarrollo de la persona humana se obtendrá “si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”⁽¹²⁵⁾. Ese progreso permitirá al hombre alcanzar grados de perfeccionamiento humano, y en definitiva, “alcanzar la felicidad”⁽¹²⁶⁾ humana. En tercer lugar, el reconocimiento y cumplimiento de los derechos humanos “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”⁽¹²⁷⁾, que es precisamente lo que en definitiva determinará “la dignidad y el valor de la persona humana”⁽¹²⁸⁾. La importancia de radicarlos aquí –y no en la ley positiva, por ejemplo– justifica plenamente que del respeto de la dignidad humana, es decir, del cumplimiento efectivo de los derechos humanos, se haga depender “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”⁽¹²⁹⁾.

(121) Primer considerando de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

(122) Párrafo de proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(123) Primer párrafo del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(124) Primer considerando de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

(125) Cuarto párrafo del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(126) Primer considerando de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

(127) Segundo considerando de la Declaración Americana de Derechos Humanos; y primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(128) Quinto considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(129) Primer considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A partir de aquí, y del reconocimiento que tanto en la Constitución como en la Convención Internacional las fórmulas lingüísticas empleadas para el reconocimiento de los diferentes derechos humanos son abiertas e imprecisas, lo que hace especialmente importante una adecuada actividad interpretativa, es posible sostener la validez de todos y cada uno de los criterios hermenéuticos concluidos más arriba; y posibilita a la vez formular un nuevo criterio de interpretación iusfundamental: el principio de interpretación según la norma internacional sobre derechos humanos. Este principio afirma que el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental necesariamente se configura tomando en consideración lo que la norma internacional y la jurisprudencia internacional vinculante para un ordenamiento jurídico concreto haya dispuesto⁽¹³⁰⁾. Y es que al tratarse de exigencias que dibujan *lo debido* a la persona humana por ser tal, es “razón por la cual justifica una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados”⁽¹³¹⁾.

VII. Conclusión

A lo largo de este trabajo se ha argumentado un modo de entender a la relación entre persona y Derecho: la persona humana es el inicio y el fin del Derecho. Qué es el inicio significa que el Derecho se formula tomando en consideración la naturaleza y consecuente dignidad humanas. Qué es el fin significa que el Derecho se formula de modo que sirva a la persona humana como medio efectivo para lograr su más pleno desarrollo como persona. En este marco de un Derecho humanista (o humanizador) se generan y se aplican los diferentes criterios de interpretación iusfundamental. Tales criterios, como los justificados anteriormente, son instrumentos hermenéuticos para obtener sentidos interpretativos que más favorezcan a la consideración de la persona humana como fin en sí misma.

(130) En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “[l]os derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”. Exp. N° 5854-2005-PA/TC, citado, f. j. 23.

(131) Segundo párrafo del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



El principio favor libertatis en la interpretación de la ley

Úrsula Indacochea Prevost^()*

I. Introducción

Según señala acertadamente Pérez Luño, la Constitución no es solo una norma que debe ser interpretada, sino también y sobre todo, un criterio de interpretación permanente de todo el ordenamiento jurídico, siendo el criterio hermenéutico fundamental⁽¹⁾.

Ahora bien, la interpretación de las leyes y del ordenamiento conforme a la Constitución implica un sometimiento de los jueces y de los demás operadores del Derecho al sistema de valores y principios recogidos de manera expresa o implícita en el texto constitucional, los que deben orientar la interpretación y aplicación del Derecho.

Ello es consecuencia del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y su supremacía respecto de las demás fuentes del Derecho, lo cual conduce, en opinión de Sagüés, a “repensar todo el derecho positivo en ‘clave constitucional’” y a resolver los casos desde esta perspectiva. “El veredicto judicial, en definitiva, tiene que estar insuflado de constitucionalidad, lo que implica la

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Echeconpar Abogados, integrante del Área Constitucional.

(1) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 268 y ss.

condena de la sentencia ‘abstemia’ de la Constitución, y no solo de la opuesta a la Constitución”⁽²⁾.

Ello plantea una serie de problemas, porque la Constitución como norma jurídica constituye un texto más a interpretar⁽³⁾ a efectos de establecer cuál es el mandato que esta contiene, el que a su vez debe servir como una guía con contenido material para la interpretación de las demás normas del ordenamiento jurídico.

A su vez, la interpretación de la ley mediante los métodos clásicos de la interpretación jurídica (gramatical, lógico, sistemático e histórico) resulta insuficiente para desentrañar su sentido, por lo que requiere ser complementada con otras pautas o directrices que orienten al intérprete al momento de elegir entre los diversos significados posibles del texto legal, de manera que la decisión que finalmente se adopte se encuentre debidamente justificada.

En ese contexto, en el presente artículo nos aproximaremos al principio *favor libertatis* como principio de interpretación de la ley, con la finalidad de determinar sus alcances e intentar diferenciarlo de otros principios con los que tiene cierta afinidad, en razón de guardar con estos un fundamento común.

Asimismo, nos referiremos de manera especial al estatus jurídico de dicho principio, a fin de justificar que no nos encontramos ante un criterio más que puede resultar simplemente útil para la justificación de la decisión del intérprete, sino ante un verdadero principio jurídico de carácter normativo que, por esa razón, no puede ser dejado de lado por el operador en la interpretación y la aplicación de la ley.

II. El principio *favor libertatis*

1. Una cuestión fundamental: la distinción entre disposición y norma

Una primera cuestión que en nuestra opinión es necesario abordar para comprender adecuadamente los alcances del principio *favor libertatis* en el

(2) SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Del juez legal al juez constitucional”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 4, 2000, p. 343.

(3) BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Civitas, Madrid, 1990, p. 144.

contexto de la interpretación constitucional es la distinción formulada desde la teoría del Derecho entre las nociones de *disposición* y *norma*.

Para ello, es necesario advertir que el objeto de la actividad interpretativa lo constituyen los *textos* normativos que vienen formulados en un lenguaje natural y que pertenecen al discurso de las fuentes del Derecho, a las cuales el intérprete les asigna un sentido, formulando a continuación un enunciado interpretativo.

Sin embargo, es posible que un mismo texto normativo admita varios sentidos posibles, dando lugar a una pluralidad de enunciados normativos, situación que genera un nuevo problema para el intérprete, quien debe entonces realizar una elección. Esta elección viene a ser una cuestión compleja, sobre la cual se ha escrito mucho y que no abordaremos en esta oportunidad; no obstante, es importante tener en cuenta que el objeto de la interpretación —el texto— y su producto son cuestiones distintas. Esta distinción ha sido explicada adecuadamente por los teóricos mediante las nociones de disposición y norma. Siguiendo al profesor italiano Riccardo Guastini:

“Podemos llamar ‘disposición’ a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho, y reservar el nombre de ‘norma’ para consignar el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación.

En ese sentido, la disposición constituye el objeto de la interpretación, y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete”⁽⁴⁾.

Como se puede apreciar, las *disposiciones* son los enunciados que forman parte de un documento normativo vinculante para el intérprete; y las *normas* los sentidos o significados que se les atribuye a las primeras, *luego* de la interpretación⁽⁵⁾, pero *antes* de su aplicación a un caso concreto. En ese mismo sentido, Alessandro Pizzorusso señala:

(4) GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Segunda edición. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 11.

(5) LÓPEZ RUIZ, Francisco. “Sistema jurídico y criterios de producción normativa”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, N° 40, enero-abril de 1994, p. 167. Ver también: CRISAFULLI, Vezio Voz “Disposizione (e norma)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, Milano, Vol. III, p. 195 y ss.

“Entendemos por ‘disposiciones’ las proposiciones normativas contenidas en los textos que resultan de una fuente-acto, y entendemos por ‘normas’ (en un significado más restringido del que se emplea comúnmente), las reglas elaboradas por los jueces o por otros operadores del Derecho, para su aplicación a un supuesto de hecho concreto a través de la interpretación de las disposiciones (...)”⁽⁶⁾.

Estas nociones también han sido reconocidas en diversas resoluciones y sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, como por ejemplo, en la resolución de fecha 28 de octubre de 2005, emitida en el Exp. N° 00025-2005-AI y 0026-2005-AI/TC (acumulados)⁽⁷⁾, o en la sentencia emitida en el Exp. N° 0004-2006-AI/TC⁽⁸⁾, para fundamentar la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, en las que se mantenga la validez de la disposición legal impugnada cuando alguno de sus sentidos interpretativos resulte compatible con la Constitución, descartando aquellos que no lo son.

Pues bien, como señalamos, la posibilidad de disociar la *disposición* que es materia de control constitucional, de las *normas* o sentidos interpretativos que pueden ser adscritos a ella, genera un nuevo problema para el intérprete, quien ante una pluralidad de *normas* debe contar con criterios que le permitan escoger entre ellas y, sobre todo, que le ayuden a justificar su elección descartando la arbitrariedad, ya que el proceso interpretativo debe ser racional y, por lo tanto, objeto de control⁽⁹⁾.

(6) PIZZORUSSO, Alessandro. “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 3, mayo-agosto de 1989, p. 282.

(7) En el fundamento jurídico 9 de dicha sentencia, el Tribunal indicó que esta distinción debía entenderse así: “La disposición constitucional en cuanto enunciado lingüístico y la norma en cuanto significado de dicho enunciado. Desde esta perspectiva, una disposición constitucional puede contener más de una norma, más de un significado”.

(8) F. j. 168.

(9) En ese sentido, coincidimos con García Belaunde cuando señala: “(...) la norma siempre representa un marco abierto a varias posibilidades, con lo cual quiere decir que cada norma no tiene por qué dar pie a una sola interpretación; quizá dos, tres o más. Pero lo que importa no es eso, sino que las consecuencias del proceso interpretativo sean el resultado de una argumentación jurídica que pueda justificarse por sí misma. Esto es que no sea arbitraria, con lo cual queda claro que el proceso interpretativo no es caótico, sino racional, pero no es único ni tampoco absoluto. De ahí la importancia de los métodos que escojamos. O mejor dicho, de los instrumentos que empleemos para llegar a un resultado”. (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2005, p. 609).

Así, se han desarrollado una serie de directrices o principios de interpretación constitucional, resaltando las particularidades de esta última respecto de la interpretación en general⁽¹⁰⁾. Estas directrices operan, por así decirlo, en un segundo nivel en el proceso interpretativo, pues a diferencia de los *métodos*, su finalidad no es desentrañar directamente el sentido de una disposición, sino fijar una pauta de preferencia entre los diversos sentidos interpretativos que ya han sido obtenidos en un primer nivel de análisis, luego de aplicar los diversos *métodos*.

Indudablemente, tales pautas encierran valoraciones y no agotan sus alcances en la interpretación del texto constitucional, sino que se proyectan también hacia la interpretación de la ley. Tal es el caso del principio *favor libertatis*, que prescribe que debe elegirse la norma más favorable a los derechos y libertades fundamentales del individuo.

2. La formulación básica del principio *favor libertatis*

El principio *favor libertatis*, como ha sido señalado, constituye una pauta que orienta la elección entre los diversos sentidos interpretativos de una disposición hacia aquella que favorezca en mayor medida o maximice los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Siguiendo a Sagüés, nos encontramos ante una *directriz de preferencia interpretativa* que postula entender al precepto normativo “en el sentido más propicio para la libertad que está en juego”⁽¹¹⁾, lo cual tiene dos consecuencias claramente definidas por la doctrina:

- (i) La preferencia por la interpretación más amplia de aquellas normas que reconocen derechos o libertades fundamentales.

(10) “La operación de interpretar la ley y la Constitución son distintas por el objeto, por el intérprete y por la finalidad que persiguen. Por eso ha habido que construir una teoría de la interpretación de la Constitución”. (PÉREZ ROYO, Javier. “La interpretación de la Constitución”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador) Tomo I, Ob. cit., p. 892). Ver también: GUASTINI, Riccardo. “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Ob. cit., pp. 653-672.

(11) SAGÜÉS, Néstor Pedro. “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”. Citado por: CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra, Lima, 2004, p. 29.

- (ii) La preferencia por la interpretación más estricta o restringida de aquellas normas que imponen limitaciones a tales derechos⁽¹²⁾.

Ahora bien, se ha señalado que un presupuesto para la aplicación de este principio es que exista una *duda* sobre el sentido del precepto legal, pues solo ante dicha situación se debería optar por asignarle el sentido más favorable a la libertad. De otro modo –se sostiene– antes que proteger dicho valor se le estaría asignando a la ley un sentido que ella misma no tiene⁽¹³⁾.

Al respecto, creemos que la distinción entre normas claras u oscuras que asoma detrás de tales afirmaciones solo es posible después de la interpretación, pues la afirmación de que un texto es claro implica igualmente una previa operación de comprensión de su sentido para llegar a tal conclusión⁽¹⁴⁾.

Con esta salvedad, creemos que la exigencia de duda como un requisito indispensable para la aplicación del principio *favor libertatis* debe ser entendida como la necesidad de que exista más de un sentido interpretativo posible, pues, como es evidente, si la disposición normativa solo puede ser interpretada en un solo sentido, no es necesaria ni la aplicación de este principio, ni la de alguna otra directriz de preferencia interpretativa.

Es importante destacar, además, que la aplicación del principio *favor libertatis* solo es posible cuando la situación concreta que la aplicación de la norma pretende resolver no involucra a más de un derecho fundamental, pues de producirse tal situación la preferencia a favor de uno de ellos implicará la postergación del otro y, en esa medida, el mismo principio *favor libertatis* que se pretende aplicar por un lado, terminaría siendo violado por otro. Es por ese motivo que entendemos que este tipo de situaciones estarían fuera del alcance de este principio, debiendo ser resueltas mediante la aplicación de otras pautas, como los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁽¹⁵⁾.

(12) Ibídem, p. 30.

(13) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, N° 39, setiembre-diciembre de 1993, p. 224.

(14) GAMAS TORRUCO, José. “Interpretación constitucional”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Ob. cit., p. 577.

(15) Tales principios han sido desarrollados para resolver las situaciones de real o aparente colisión de derechos fundamentales entre sí, y/o con otros bienes constitucionalmente protegidos. Al respecto, ver: MORESO, José Juan. “Conflitti tra principi costituzionali”. En: *Diritto & Questioni pubbliche*. N° 2, agosto de 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis. “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”. En: *Diritti & Questioni pubbliche*, N° 2. Ob. cit., entre otros.

Por otro lado, advertimos que muchas veces el contenido del principio *favor libertatis* aparece vinculado a otras pautas interpretativas con las cuales normalmente se llega a confundir, interpretándose como parte de su contenido. Tal es el caso del principio *pro homine*, que ha sido definido por Mónica Pinto en una fórmula que aparece reseñada en diversos trabajos sobre esta materia, y que es la siguiente:

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁽¹⁶⁾.

Como se puede apreciar, la fórmula aludida por la autora recoge lo que nosotros venimos entendiendo como el contenido del principio *favor libertatis*. Ello ocurre también en el trabajo del profesor Carpio Marcos, en el que se considera el principio de *favor libertatis* solo como uno de los contenidos del principio *pro homine*, al que se presenta con un alcance más general⁽¹⁷⁾. Como veremos más adelante, debido a su origen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, somos de la opinión que el principio *pro homine* tiene unos matices propios que lo distinguen del *favor libertatis*.

Sin perjuicio de ello, creemos que ambos principios expresan la *vis expansiva* de los derechos humanos y el mayor valor de la libertad de la persona, características principales de este tipo de derechos, según la cual su eficacia se extiende hacia todo el ordenamiento jurídico y reclama la mayor satisfacción posible de su contenido⁽¹⁸⁾.

(16) PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: AA.VV. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

(17) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit., pp. 28-34.

(18) En esa línea, el profesor Nogueira Alcalá ha destacado: “La hermenéutica constitucional en tal sentido, debe basarse en el principio *favor libertatis*, que da fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que lo informan”. (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática*

En cuanto al fundamento del principio *favor libertatis*, el profesor Fernández Segado considera que este se encuentra en la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, por la cual constituyen una decisión básica que influye forzosamente en la interpretación de tales derechos y de todo el sistema jurídico en su conjunto.

En efecto, refiriéndose al lugar que ocupan los derechos fundamentales en nuestra Constitución, concluye que de ello resulta la necesidad de interpretar la ley en la forma más favorable a la “maximalización” de su contenido:

“Se comprende de esta forma que la interpretación de los preceptos legales haya de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo prevalecer en caso de duda la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental. Puede, pues, afirmarse que una de las constantes de nuestra doctrina constitucional y, por efecto de ella, de la propia jurisprudencia *tout court*, es la reafirmación del principio hermenéutico *favor libertatis*, esto es, del ya aludido principio de que los derechos deben interpretarse del modo más amplio posible. La legalidad ordinaria (...) ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”⁽¹⁹⁾.

En una línea diferente se ha destacado que el principio *favor libertatis* implica una opción clara por la libertad como valor esencial de la democracia liberal, forma de gobierno adoptada por una gran cantidad de ordenamientos constitucionales⁽²⁰⁾.

Precisamente en esa línea, el profesor italiano Riccardo Guastini menciona el principio de “interpretación liberal de la Constitución”, según el cual, el texto constitucional debe ser interpretado de modo que se restrinja lo más posible el poder estatal, y a la vez, se extienda al máximo los derechos de libertad:

“Este punto de vista –que quizá nadie ha teorizado expresamente, pero que ha sido practicado por juristas de orientación liberal– se traduce en, por un

de los derechos fundamentales. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 76).

(19) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit., pp. 223-224.

(20) HOYOS, Arturo. *La interpretación constitucional*. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Ob. cit., p. 718.

lado, la interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del Estado, y, por otro, la interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos. Sin embargo, es evidente que la doctrina que se examina puede ser extendida a la interpretación de cualquier documento normativo –también no constitucional– que instituya poderes públicos o confiera derechos de libertad”⁽²¹⁾.

Respecto a este punto, creemos que una lectura exclusivamente liberal de los preceptos constitucionales, en los términos esbozados por Guastini, podría enfrentar serias objeciones. Así por ejemplo, dicho enfoque podría poner en riesgo la protección de los derechos fundamentales de carácter social, cuya satisfacción exige una intervención positiva del poder estatal, por lo que debe observarse con cuidado, con la conciencia de que se trata de una lectura que solo sería posible en un modelo de Estado liberal, y que no prosperaría bajo un modelo estatal de carácter social y democrático como el nuestro⁽²²⁾.

En este escenario, una lectura liberal de las disposiciones constitucionales podría conducir a la limitación de los poderes conferidos al Estado para la promoción y defensa de los derechos sociales, bajo el argumento de la defensa preferente de la libertad, desvirtuándose así la comprensión de la Constitución como una unidad, así como el deber estatal de promover las condiciones materiales mínimas para que la libertad y la igualdad del individuo, que en un Estado liberal son proclamadas en términos formales, sean realmente efectivas⁽²³⁾.

Por ello creemos que bajo el escenario de un Estado Social y Democrático de Derecho el principio *favor libertatis* no puede operar como un principio de interpretación liberal de la Constitución, sino que su ámbito propio debe

(21) GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. Segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 121.

(22) Sobre el reconocimiento de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el ordenamiento peruano, ver: STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, f. j. 11, STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, f. j. 4; STC Exp. N° 6089-2006-AA/TC, f. j. 11; STC Exp. N° 2002-2006-CC/TC, f. j. 4.

(23) Según señala Carmona Cuenca, la cláusula del Estado Social “ha de ser interpretada como una norma definidora de los fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está dirigida, ante todo, a asegurar un mínimo existencial de cada persona” (CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 75). Ver también: ALVITES ALVITES, Elena. “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático”. En: AA.VV. *El derecho fundamental a la igualdad. II Jornadas sobre Derechos Humanos*. Universidad de Piura - Palestra, Lima, 2006, pp. 127-192.

ubicarse en el nivel inferior, vale decir, en la interpretación de las normas infraconstitucionales, ámbito en el que ya no es entendido como una directriz de preferencia exclusivamente a favor de la libertad, sino de todos los derechos fundamentales del individuo que se vean limitados por la ley, incluyendo los derechos fundamentales de carácter social.

Por último, debemos resaltar que este principio se halla recogido en nuestro ordenamiento jurídico, en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Constitución, que dispone la prohibición de aplicar por analogía la ley penal y las normas que restringen derechos. Asimismo, se trata de una directiva que viene invocada frecuentemente en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, para justificar una interpretación restrictiva de la detención judicial preventiva⁽²⁴⁾, de las limitaciones al derecho de reunión⁽²⁵⁾ y del plazo razonable de detención en los casos de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros⁽²⁶⁾.

3. Distinción del principio *favor libertatis* con otros principios afines de la interpretación constitucional

Como hemos señalado, el contenido del principio *favor libertatis* viene normalmente asociado a otros principios interpretativos con los cuales puede llegar a confundirse, por lo que creemos necesario realizar algunas precisiones que permitan distinguirlos.

a. El principio de interpretación conforme a la Constitución

Un primer principio que normalmente aparece asociado al principio *favor libertatis* es el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, probablemente debido a que ambos operan como criterios de interpretación de la ley⁽²⁷⁾ y no como directivas para la interpretación del texto constitucional.

(24) STC Exp. N° 5175-2006-HC/TC, f. j. 14; STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f. j. 12.

(25) STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC, f. j. 18.

(26) STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 41, literal c.

(27) “Cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, no se está hablando de interpretación constitucional, pues no es la Constitución la que debe ser interpretada en conformidad consigo misma, sino con las leyes infraconstitucionales (...)” (DA SILVA, Virgilio Alfonso. “La interpretación conforme a la Constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial”. En: *Cuestiones Constitucionales*. N° 12, enero-junio de 2005, p. 4).

Según Guastini, se denomina “conforme” a aquella interpretación que adapta el significado de una disposición al de un parámetro previamente identificado, que puede ser de rango superior o no. En ese sentido, mediante este principio se afirma que “la interpretación de la ley debe adecuarse, si es posible, a los principios constitucionales”⁽²⁸⁾.

Ahora bien, el profesor italiano señala, además, que la interpretación “conforme” constituye una especie de la interpretación sistemática, que constituye el criterio general. En el caso de la interpretación conforme *a la Constitución*, el significado de la disposición legal se adapta al de una disposición constitucional que tiene rango superior, y que ha sido previamente establecido. “Así por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales, mientras que la segunda está en contraste con ellas; se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda”⁽²⁹⁾.

Marina Gascón destaca que el principio de interpretación *conforme a la Constitución* fue acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*), para evitar la declaratoria de invalidez de una norma cuando sea posible encontrar al menos un sentido interpretativo que sea compatible con el texto constitucional.

Como contrapartida de ello, la ley solo podría ser expulsada del ordenamiento jurídico cuando ninguno de sus sentidos interpretativos guarde dicha compatibilidad. “Mediante esta técnica, la jurisdicción constitucional viene a desempeñar una función propia del Tribunal Supremo, dado que establece cuál es el sentido correcto que debe atribuirse a un enunciado o cuáles procede excluir”⁽³⁰⁾.

(28) GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 164.

(29) *Ibídem*, p. 231. Conviene traer a colación en este punto la citada definición de este principio, esbozada por Paulo Bonavides: “una norma puede admitir varias interpretaciones. De estas, algunas conducen al reconocimiento de la inconstitucionalidad, otras sin embargo consienten en tomarla por compatible con la Constitución. El intérprete, adoptado el método propuesto [la interpretación conforme a la Constitución] tiene que inclinarse por esta última salida o vía de solución. La norma, interpretada ‘conforme a la Constitución’ será por lo tanto considerada constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Citado por: DA SILVA, Virgilio Alfonso. *Ibídem*, p. 5).

(30) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, N° 41, mayo-agosto de 1994, p. 71.

De esta manera, este principio permite asignar un sentido a la ley cuestionada a efectos de que ella guarde coherencia y armonía con el orden valorativo del texto fundamental⁽³¹⁾, ya que descansa sobre la presunción de que el legislador es respetuoso de la Constitución y que no pretende violarla⁽³²⁾.

Pues bien, a diferencia del citado principio de interpretación *conforme a la Constitución*, el principio *favor libertatis* no expresa un criterio para salvar la constitucionalidad de una disposición cuando alguna de sus interpretaciones resulta compatible con el texto constitucional; sino más bien un criterio de elección entre varios sentidos interpretativos, todos ellos en principio conformes con la Constitución, pero entre los que existe alguno que optimiza o genera un mayor beneficio o protección para los derechos o libertades fundamentales involucrados.

En efecto, ante una situación como la descrita, en que la ley permite dos o más sentidos interpretativos que resultan compatibles con la Constitución, el criterio de la interpretación *conforme* no puede darnos ninguna respuesta al problema, mientras que el principio *favor libertatis* nos aconsejará la elección del que sea más amplio, más beneficioso o que satisfaga en mayor medida el derecho fundamental que está en juego, aun cuando aquel sentido que resulte finalmente descartado también sea compatible con la Constitución.

b. El principio *pro homine*

En segundo lugar, el principio *favor libertatis* ha sido comúnmente asociado al principio *pro homine*. Como hemos señalado, una de las definiciones más difundidas de este principio es la formulada por Mónica Pinto, quien lo concibe como un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que prescribe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva de los derechos protegidos, así como a la interpretación más restringida de las normas que les impongan limitaciones⁽³³⁾.

(31) “El Derecho Constitucional no es un Derecho sectorial más, separable materialmente de todos los demás, sino que es la cúpula (o en otra perspectiva, si se quiere, la base) del ordenamiento entero, de modo que sus principios y preceptos están presentes en todos y cada uno de los sectores especializados de ese ordenamiento”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4, N° 10, enero-abril de 1984, p. 43).

(32) GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Ob. cit., p. 231.

(33) Vide nota 12.

Sin embargo, hemos destacado también que esta definición se superpone con el contenido que se le reconoce al principio *favor libertatis*, al punto que se ha considerado a este último como uno de sus varias expresiones⁽³⁴⁾. En nuestra opinión, antes que asimilarlos, resulta aconsejable diferenciarlos, ya que es posible atribuir un contenido propio al principio *pro homine*, atendiendo a su origen, que trataremos de delinear.

El origen del principio *pro homine* se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde donde se ha ido incorporando a los ordenamientos nacionales de los Estados que han suscrito los diversos tratados internacionales sobre la materia. Específicamente, se trata de una pauta para la interpretación de estos instrumentos, que resulta determinante para definir las obligaciones asumidas por los Estados parte, y que aparecía recogida en los mismos tratados. A manera de ejemplo, veamos lo que señala el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁵⁾:

“Artículo 29. Normas de Interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*;
- b) *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (el resaltado es nuestro).

De esta manera, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la mayoría de tratados internacionales sobre esta materia establecen

(34) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit., pp. 28-34.

(35) Además, aparece recogida también en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre muchos otros.

que la interpretación de los derechos allí reconocidos a los individuos no debe efectuarse de manera restrictiva, sino más bien amplia. Asimismo, en el caso de la Convención se señala expresamente que ninguna de sus estipulaciones debía interpretarse de modo que se desplace aquellas derivadas de otros tratados o del Derecho interno de un Estado parte, en las que el goce y ejercicio del derecho aparezca protegido de modo más amplio, prefiriendo estas últimas.

Por otro lado, al estar sometidos al régimen jurídico de los tratados contenido en la Convención de Viena, la interpretación de las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos debe efectuarse de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos, y teniendo en cuenta su objeto y fin, tal como lo prescribe la regla general de interpretación de tratados contenida en el artículo 31 de la citada Convención. Dado que en este tipo de tratados su objeto no es otro que la protección de los derechos de la persona humana, se concluye que cualquier interpretación de sus cláusulas, en caso de duda, debe favorecer a la persona⁽³⁶⁾.

De esta manera, dada la interrelación existente entre el orden jurídico internacional de los derechos humanos y el orden interno de cada Estado, y sin perjuicio de la postura monista o dualista que en cada caso se pueda adoptar, el principio *pro homine* se ha desarrollado más bien como un *criterio de preferencia de normas*, a efectos de considerar aplicable aquella que resulte más protectora de los derechos humanos de la persona, con independencia de su jerarquía en el sistema de fuentes del Derecho, es decir, sin importar si pertenece al derecho interno o al derecho internacional. En esa línea, Humberto Henderson señala:

“Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho, tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos importa tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar, y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano”⁽³⁷⁾.

(36) AMAYA VILLARREAL, Álvaro. “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”. En: *Internacional Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional. N° 5, junio de 2005, p. 351.

(37) HENDERSON, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N° 39, enero-julio 2004, p. 87. En esa misma línea, ver ZARAGOZA HUERTA,

Este mismo autor destaca el hecho de que actualmente la mayoría de los países latinoamericanos han adoptado un sistema monista, de manera que sus Constituciones suelen indicar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos forma parte del Derecho interno, con la jerarquía que en cada caso se le reconozca. “Este tema de la jerarquía es de suma importancia para aplicar esos tratados y para su interpretación por los órganos internos, pues una consecuencia de esa jerarquía es el sometimiento de las normas inferiores a las superiores, y el establecimiento de parámetros de validez. En materia de derechos humanos, el principio *pro homine* establece una corrección a esta regla”⁽³⁸⁾.

De otro lado, hay quienes consideran que este principio expresa la superioridad de las disposiciones que reconocen derechos humanos, sobre aquellas que regulan el ejercicio del poder. En ese sentido se expresa Carlos Ayala Corao:

“Cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho. En este sentido, las normas sobre derecho son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano (...)”⁽³⁹⁾.

Sobre esta afirmación, creemos antes que una superioridad de carácter formal, lo que existe es el reconocimiento de un *mayor valor* axiológico que genera como consecuencia la necesidad de interpretar las normas de poder de conformidad con aquellas que reconocen derechos fundamentales, y no al revés.

Con todo, el principio *pro homine* constituye una directiva de preferencia que permite efectuar una elección entre diversas disposiciones vigentes, nacionales e internacionales, estableciendo una *excepción al principio de jerarquía*, el cual, como se sabe, impone la aplicación de aquella disposición que se encuentra en un nivel más alto en el sistema de fuentes, aun cuando se trate de una norma más restrictiva. El *principio pro homine* permite escapar de esta regla, no solo autorizando sino imponiendo la aplicación de la norma que brinde mejor protección o que sea más favorable para los derechos humanos del individuo, sin importar que sea de un nivel jerárquico inferior que otra.

José y MARTÍNEZ ZAMORA, Juan Jesús. “Medios de protección de las garantías individuales: principio *pro homine*”. En: *Letras Jurídicas*. Revista Electrónica de Derecho, N° 4, primavera de 2007. Disponible en: <<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/inicio/antiores.htm>> (consultado el 2 de julio de 2008).

(38) HENDERSON, Humberto. Ob. cit., pp. 71-76.

(39) AYALA CORAO, Carlos. “El derecho de los derechos humanos”. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. N° 3, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 68.

A diferencia de dicho principio, el principio *favor libertatis* establecería más bien una directriz de *preferencia interpretativa*, que no autoriza excepciones al principio de jerarquía normativa en una situación de concurrencia de normas de distintos rangos, sino que impone la elección del sentido interpretativo más favorable a los derechos y libertades fundamentales de la persona, cuando ya se ha establecido cuál es la norma aplicable al caso⁽⁴⁰⁾. Como se puede apreciar, sin perjuicio de que ambos principios puedan tener un fundamento común en la defensa de la persona humana y su dignidad, es posible establecer ciertas distinciones entre ellos, aun cuando en la práctica jurisprudencial y en la doctrina, ambos sean mencionados de manera indistinta.

c. Otros principios hermenéuticos especiales (*favor debitoris, pro actione, in dubio pro reo, in dubio pro operario, etc.*)

Además de los anteriormente señalados, existen ciertos criterios hermenéuticos que operan únicamente en ciertos sectores del ordenamiento jurídico, y que con frecuencia aparecen vinculados con el principio *favor libertatis*. Nos referimos al principio *in dubio pro reo* en el ámbito del Derecho Penal, el principio *in dubio pro operario* en el Derecho del Trabajo, el principio *favor debitoris* en el Derecho Civil, el principio *pro actione* en el Derecho Procesal, entre otros.

En este punto es necesario hacer una distinción. Por un lado, encontramos entre tales principios hermenéuticos algunos que implican una preferencia interpretativa en favor de los derechos fundamentales del individuo en ciertos ámbitos específicos, por lo que en tales casos podría hablarse de manifestaciones especiales del principio *favor libertatis*, el cual tiene un alcance más general.

Tal sería el caso del principio *in dubio pro reo*, recogido en el inciso 11 del artículo 139 de nuestra Constitución, que obliga al juez penal a la aplicación de la disposición más favorable a la libertad personal en caso de duda sobre su sentido, aunque este mismo principio establezca también una directriz de elección para el caso de concurrencia de normas.

Ello ocurre también en el caso del principio *pro actione*, recogido en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, que exige al juez que ante la duda acerca de la procedencia de una determinada pretensión, se interprete la norma

(40) Cabe señalar que Henderson considera que la interpretación con sentido tutelar es una de las manifestaciones del principio *pro homine*, aunque reconoce que en ella no se produce un fenómeno de concurrencia de normas (HENDERSON, Humberto. Ob. cit. pp. 94-96).

procesal en el sentido que más favorezca la emisión de una decisión sobre el fondo, protegiéndose así el derecho de acceso a la justicia⁽⁴¹⁾.

Por otro lado, podemos ubicar un segundo grupo de principios que establecen una preferencia interpretativa por los derechos fundamentales de aquella parte que se considera la más *débil* en una relación de derecho privado, como es el caso del principio *favor debitoris* o del principio *in dubio pro operario*.

En tales casos, según señala Carpio, estamos ante manifestaciones del “principio de protección de las víctimas”, que imponen al intérprete la obligación de realizar una labor interpretativa con sentido tutelar, a favor de aquella parte que se halla en una situación de inferioridad o desventaja en su relación con la otra.

Es importante advertir que en estos casos la preferencia interpretativa en favor de uno de los dos extremos de la relación implicará sin duda la postergación del otro, pues mientras los derechos del favorecido sean interpretados de manera amplia o extensiva, los derechos de su contraparte lo serán de manera restrictiva, lo que parecería contradictorio con el principio de *favor libertatis*. A manera de ejemplo, la interpretación extensiva de los derechos laborales del trabajador implicará interpretar restrictivamente la libertad de empresa del empleador, la cual reviste también carácter fundamental. ¿Cómo superar esta contradicción, teniendo en cuenta que todos los derechos fundamentales se encuentran en el mismo plano, y que el principio *favor libertatis* prescribe realizar una elección del sentido interpretativo más favorable a tales derechos?

Como hemos señalado líneas arriba, creemos que las situaciones en las que concurren dos o más derechos fundamentales, no pueden ser resueltas mediante la aplicación del principio *favor libertatis* como criterio interpretativo, pues este siempre resultaría siendo incumplido. Es por ello que, en nuestra opinión,

(41) Nuestro Tribunal ha reconocido la aplicación del principio *pro actione* en nuestro ordenamiento. A manera de ejemplo, en la STC Exp. N° 06512-2005-AA/TC, sostuvo: “En consecuencia, corresponde aplicar el principio *pro actione* estipulado en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, según el cual, en caso de duda, se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Dicho principio ya ha sido invocado por este Tribunal en anteriores oportunidades, imponiendo a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho de obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe ser por la continuación del proceso y no por su extinción (cf. STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC, STC Exp. N° 2302-2003-AA/TC). Por lo tanto, corresponde a este Colegiado proceder con la evaluación de la controversia de fondo”.

ciertos principios específicos como el *favor debitoris* o el principio *in dubio pro operario* no pueden ser considerados como una especie del primero; sino que su fundamento debe buscarse en el principio de igualdad material, en la medida que buscan fortalecer la posición de quienes se encuentran en una posición debilitada frente a otro, otorgándole una directriz de preferencia interpretativa a su favor.

4. Un enfoque comprehensivo a partir de la naturaleza propia de los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*

A partir de lo expuesto, vemos que si bien es posible establecer distinciones entre los diversos principios comentados en el acápite anterior, en todos ellos se trasluce un fundamento común; pues, de diversos modos, tales principios expresan una opción preferente por los derechos fundamentales de la persona, en el plano de la interpretación de la ley. En ese sentido, creemos que es posible realizar un enfoque comprehensivo de todos ellos, sobre la base de su comprensión como *mandatos de optimización*.

La idea de los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*, fue desarrollada por el profesor alemán Robert Alexy, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, para explicar las diferencias entre las disposiciones normativas propias del modelo positivista del Derecho, denominadas *reglas*, y aquellas otras pautas o directrices denominadas *principios*, a los que consideraba cualitativamente distintos de las primeras.

En palabras de Alexy, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”⁽⁴²⁾. Así, los principios serían *mandatos de optimización* que se caracterizarían por admitir un cumplimiento gradual, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo dependería de las circunstancias fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, estas últimas, determinadas a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario⁽⁴³⁾.

(42) ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios y razón práctica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 5, 1988, p. 134.

(43) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

Pues bien, actualmente existe un relativo consenso en la constatación de que las disposiciones iusfundamentales que reconocen derechos vienen formuladas en tono de principio⁽⁴⁴⁾, de manera que los derechos fundamentales serían *mandatos de optimización* cuyo contenido debe realizarse en la mayor medida posible⁽⁴⁵⁾. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales serían, en principio y por su propia naturaleza, realidades jurídicas que tienden a expandirse de forma ilimitada y que necesitarían de restricciones externas solo por la necesidad de tener que coexistir con otros derechos fundamentales (en principio también ilimitados) y otros bienes jurídicos⁽⁴⁶⁾.

Es precisamente esta *vis expansiva* de los derechos fundamentales la que se encontraría en la base del principio *favor libertatis* y de las demás pautas interpretativas que imponen una preferencia a favor de la mayor satisfacción de estos derechos, sirviéndole de fundamento. Al respecto, Enrique Alonso García señala:

“Uno de los fenómenos más extendidos en la interpretación de los derechos fundamentales es su ‘vis expansiva’ que tiene innumerables manifestaciones. Partiendo de la paráfrasis de Plauto, que fija una especie de presunción de jurisdicción y competencia del Tribunal Constitucional en todo tema cercano a los derechos fundamentales, la mejor manifestación de la vis expansiva es el llamado principio de efectividad. En palabras del Tribunal Constitucional, ‘la obligación de interpretar la normativa en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental’”⁽⁴⁷⁾.

En consecuencia, en el plano de la interpretación jurídica, a través del principio *favor libertatis* se hace efectivo el mandato de optimización del derecho

(44) Sobre los derechos fundamentales como normas de principios, véase GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 61 y ss; ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta - Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995, p. 110.

(45) El carácter *principal* de los derechos fundamentales, y de la mayoría de bienes jurídicos que gozan de protección constitucional, se explicaría por su alto contenido axiológico y valorativo, y además, porque se encuentran recogidos en enunciados normativos con un amplio grado de vaguedad e indeterminación, e incluso en ocasiones, mediante enunciados que no establecen siquiera cuáles son sus condiciones de aplicación –como sería el caso de la igualdad–, ni sus consecuencias jurídicas.

(46) CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo II, Título Preliminar y disposiciones generales*. Palestra, Lima, 2006, p. 259.

(47) ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 362.

fundamental involucrado, pues ante la posibilidad de elegir entre dos sentidos interpretativos de una misma disposición normativa, se establece la elección de aquel que implique la mayor satisfacción del derecho fundamental, aquel que resulte más amplio o favorable a este. Como señala acertadamente Gloria Lopera, “afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar ‘en la mayor medida posible’ implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso, no basta acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino *el más alto posible*, en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas”⁽⁴⁸⁾.

5. Sobre el estatus jurídico del principio *favor libertatis*: ¿estamos ante un criterio o ante un principio de la interpretación de la ley?

Como corolario de lo anterior, queremos referirnos al estatus del principio *favor libertatis* a efectos de definir si se trata de un criterio interpretativo o si, por el contrario, se trata de un auténtico principio con carácter normativo.

Ello resulta sumamente relevante, pues si llegamos a la conclusión de que nos encontramos ante un *criterio* de interpretación de la ley, el intérprete podría recurrir a él sin una vinculación necesaria cuando lo considere necesario o cuando le resulte útil para justificar el resultado de su labor. Ello no ocurriría si se tratase de un principio, pues en tal caso el intérprete no podría eximirse de su aplicación, vale decir, que ante una situación de pluralidad de normas necesariamente tendría que escoger aquella que resulte más favorable para el derecho fundamental involucrado.

Ahora bien, para despejar esta interrogante debemos realizar una aclaración que nos evitará posteriores confusiones: cuando los diversos teóricos rechazan la idea de que existan reglas preestablecidas para la interpretación, con frecuencia se están refiriendo a los *métodos* de interpretación jurídica en general.

En efecto, los *métodos* de interpretación de la ley no son otra cosa que distintas formas o “caminos” para desentrañar el sentido de las disposiciones normativas⁽⁴⁹⁾. Así, los métodos clásicos identificados por Savigny y por otros

(48) LOPERA MESA, Gloria. “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 27, 2004, pp. 216-217.

(49) “La palabra ‘método’ significa camino. Por tanto, todo método es un conjunto de disposiciones que pretenden llevar hacia algo; el método jurídico en este supuesto es uno solo, aun cuando se acostumbra por comodidad, hablar de métodos, y entre ellos, los más conocidos, los de Savigny, como son el gramatical, el histórico, el sistemático y el lógico, que aún se siguen usando” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit., p. 607).

autores, que han servido para la interpretación jurídica en general, dan lugar a distintos tipos de interpretación, que son los siguientes:

- La *interpretación gramatical*, que se funda en el texto de la norma, en su redacción y el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador.
- La *interpretación sistemática*, que resalta la conexión del precepto que se interpreta, con el sistema dentro del cual se inserta.
- La *interpretación teleológica*, que resalta la finalidad perseguida con la norma.
- La *interpretación histórica*, que funda su sentido en los antecedentes de la norma y en la forma en que ha sido producida⁽⁵⁰⁾.

De esta manera, cada uno de los métodos nos puede conducir a un sentido interpretativo distinto de una misma disposición normativa, lo que ha generado que se reconozca que entre ellos no existe ningún orden de preferencia. En ese sentido, Pérez Royo señala:

“Esos cuatro criterios no son alternativos, es decir, no tienen por qué conducir a resultados interpretativos distintos, aunque puede ocurrir que así sea. Obviamente, la interpretación más segura es aquella en la que las cuatro reglas conducen a un mismo resultado. La coincidencia de las cuatro reglas es una suerte de prueba del nueve de que el resultado es correcto. Pero es frecuente que las reglas no coincidan en sus resultados y que haya que optar por una de ellas”⁽⁵¹⁾.

En la misma línea, Linares Quintana resalta la necesaria libertad del intérprete constitucional para elegir el método que resulte más adecuado para desentrañar el sentido de la norma constitucional:

“En materia de interpretación constitucional (...) rechazamos toda posición de pureza metodológica que pretenda imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o de las recetas medicinales. El constitucionalista ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con

(50) PÉREZ ROYO, Javier. Ob. cit. p. 893.

(51) Ibídem, loc. cit. Debemos aclarar que aunque el autor se refiera a ellos como criterios, lo afirmado corresponde a sus apreciaciones acerca de los métodos clásicos de la interpretación jurídica identificados por Savigny.

que trabaja, diversos procedimientos metodológicos que la técnica constitucional prevé. El éxito afincará, entonces, no en la aplicación rigurosa de tal o cual método (...) sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico-constitucional que satisfaga más plenamente la finalidad de nuestra ciencia: la protección y el amparo de la libertad humana”⁽⁵²⁾.

Ahora bien, cuando nos referimos a los *principios* de la interpretación constitucional, estamos hablando de algo distinto a los *métodos*⁽⁵³⁾. No nos referimos a nuevos y distintos caminos que conducen a otros tantos sentidos interpretativos de la ley (o de la norma constitucional), sino más bien a aquellas directrices que orientan al intérprete en la elección que debe efectuar entre dichos sentidos. Como señala Hesse, “a los principios de la interpretación constitucional les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llegar a la solución del problema”⁽⁵⁴⁾.

Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del *principio de unidad de la Constitución*, que promueve una lectura sistemática de la norma fundamental como un todo y prescribe dejar de lado aquellos sentidos interpretativos que consideren a la disposición constitucional de manera aislada⁽⁵⁵⁾. Del mismo modo, en el caso del *principio de concordancia práctica* se establece una preferencia por aquel sentido interpretativo que permita optimizar o equilibrar los diversos derechos y bienes constitucionales en juego, frente a aquellos que impliquen el sacrificio absoluto de alguno de ellos frente a otro.

Siendo ello así, cabría entonces preguntarse hasta qué punto el intérprete se encuentra obligado a aplicar tales directrices de preferencia, o si estos realmente le imponen realizar una determinada elección, sobre todo cuando se presenta

(52) LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de interpretación constitucional*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 224.

(53) Häberle diferencia los *principios* de los *métodos* de la interpretación constitucional, indicando que los primeros representan contenidos de la Constitución, mientras que los segundos serían las vías de acceso a tales contenidos. Con todo, aclara que existe una intensa interrelación entre contenidos, métodos y principios de la interpretación constitucional. (HÄBERLE, Peter. “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Ob. cit., pp. 695-696).

(54) HESSE, Konrad. “La interpretación constitucional”. En: *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 47.

(55) *Ibidem*, p. 48.

alguna situación en la cual, aplicando distintas directrices, es posible llegar a soluciones diferentes.

En opinión de Segura Ortega, este es uno de los principales problemas de la interpretación jurídica, pues los operadores pueden utilizar cualquiera de los criterios admitidos, abriendo un amplio abanico de posibilidades acerca de las posibles decisiones, que impide prever cómo será la actuación judicial en la decisión final, afectando la seguridad jurídica⁽⁵⁶⁾.

Este autor señala que en realidad el resultado final no depende del criterio interpretativo que se utilice (aunque formalmente este determine el contenido de la decisión), sino de la voluntad del juez quien, partiendo del resultado interpretativo que quiere conseguir, utiliza los medios hermenéuticos necesarios que conducen a él para justificar su decisión. “De ahí que puede afirmarse que los criterios interpretativos representan tan solo una fachada formal que esconde actos de voluntad que no están determinados por reglas”⁽⁵⁷⁾.

En un sentido similar parece inclinarse Zagrebelsky, para quien “el método es, en general, solo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado”⁽⁵⁸⁾.

Así, tales autores representan una postura que rechaza, o cuando menos, se aproxima con escepticismo a la idea de una vinculación necesaria del intérprete respecto de los principios de interpretación constitucional que establecen reglas de preferencia, postura que nos llevaría a concluir que el principio *favor libertatis* constituye tan solo un criterio a disposición del intérprete, que serviría para justificar su elección de un determinado sentido interpretativo⁽⁵⁹⁾, la cual quedaría simplemente reducida a un acto de voluntad.

(56) En ese mismo sentido, aunque refiriéndose al “arsenal argumentativo” de la Corte Suprema argentina, ver: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Segunda edición. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 161.

(57) SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sobre la interpretación del Derecho*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, pp. 97-98.

(58) ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta: Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995, p. 134.

(59) Entre tales autores podríamos ubicar también a García Belaunde, quien considera al principio de “preferencia por los derechos humanos” como un criterio orientador de la interpretación constitucional” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit. pp. 615-616).

Sin embargo, existen otros autores que sí admiten que tales reglas de preferencia vinculan al intérprete en cierta medida. Así lo considera por ejemplo, el español Gamas Torruco, quien si bien reconoce que no existe un criterio interpretativo que prevalezca sobre los demás, señala que pueden extraerse algunas reglas de carácter general derivadas de la experiencia interpretativa del órgano que tiene a cargo la labor interpretativa, es decir, de su jurisprudencia. Entre ellas, menciona expresamente al principio *favor libertatis*⁽⁶⁰⁾.

Por su parte, en respaldo de esta tesis, La Fuente destaca que existen reglas interpretativas comunes en la justicia constitucional y otras ramas del Derecho; sin embargo, existen reglas interpretativas propiamente constitucionales que han sido identificadas por el Tribunal Constitucional (en su caso, el español) entre ellas, la llamada “regla de la efectividad constitucional”, que define de esta manera:

“Conforme a esta regla, supuestas diversas interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir, de las reguladoras de los derechos y libertades (interpretación *pro libertat*, equivalente a las *preferred freedoms* estadounidense)”⁽⁶¹⁾

Como se puede apreciar, la llamada “regla de la efectividad constitucional”, no es otra cosa que el principio *favor libertatis*, cuyo fundamento se encontraría en la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional español⁽⁶²⁾.

(60) “Como criterios interpretativos podrían sostenerse los siguientes: (...)

6º Los derechos humanos han de interpretarse con criterio extensivo frente a las autoridades, pero con sentido restrictivo por lo que hace a terceros. Los derechos subjetivos públicos son limitaciones al Estado en respeto a la persona humana, cuya dignidad debe prevalecer en caso de duda sobre la extensión de disposiciones en su favor. Sin embargo, los derechos de un individuo tienen su límite en los de otro a fin de mantener la igualdad de protección que es parte de su esencia misma” (GAMAS TORRUCO, José. “Interpretación constitucional”. En: AA.VV. *Interpretación constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). Ob. cit., p. 587).

(61) LA FUENTE BALLE, José María. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Colex, Madrid, 2000, p. 113.

(62) Según el autor, el Tribunal Constitucional español ha sido reiterativo en esta regla. Menciona especialmente la STC 34/83 del 6 de mayo (f. j. 3), como la primera plasmación de esta regla interpretativa. Ver también la STC 76/87 (f. j. 2) en materia electoral, y las SSTC 19/83 del 14 de marzo, 67/84 del 7 de julio, 17/85 del 5 de febrero, 24/90 del 15 de febrero, entre otras. *Ibidem*, pp. 114-115.

Finalmente, autores como Alonso García expresan la necesaria elección de la alternativa más favorable (o menos gravosa) al derecho fundamental involucrado, como una *regla* que debe ser observada en la interpretación constitucional⁽⁶³⁾. En un sentido similar, aunque refiriéndose al principio *pro homine*, Henderson señala que “constituye una significativa herramienta de hermenéutica de creación nacional e internacional, de aceptación doctrinaria especializada y que los jueces no pueden ni deberían desconocer”⁽⁶⁴⁾.

Pues bien, nosotros consideramos que en general, el principio *favor libertatis* sí constituye una regla que vincula al intérprete, imponiéndole el deber de interpretar la ley del modo más favorable al derecho o libertad fundamental afectado, al punto que una decisión que desconozca este principio devendría en inválida, no solo por encontrarse indebidamente motivada, sino por vulnerar al derecho fundamental en cuestión.

Ello es así, porque el fundamento de este principio se encuentra en la propia naturaleza de los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*, cuyo contenido debe ser cumplido en la mayor medida posible, de manera que una decisión basada en la elección de otro sentido interpretativo, distinto al más favorable, implicaría afectar este deber de optimizarlo.

Una segunda razón para considerar el *favor libertatis* como un principio vinculante para el intérprete de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico es su recepción en el inciso 9 del artículo 139 de nuestra Constitución, lo que lo distingue de otros criterios interpretativos que no están recogidos en la norma fundamental, pese a ser reconocidos en nuestra jurisprudencia constitucional. En nuestra opinión, esta recepción le otorga un carácter normativo que no puede ser desconocido por el intérprete, pues ello implicaría afirmar la ineficacia de una parte del texto constitucional.

Finalmente, teniendo en cuenta que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución⁽⁶⁵⁾ prescribe que los derechos fundamentales que

(63) “En suma, a nuestro juicio, salvo cuando actúa el legislador, la ‘alternativa menos gravosa’ es una técnica argumental que debe emplearse siempre que estén en juego derechos fundamentales”. (ALONSO GARCÍA, Enrique. Ob. cit., p. 371).

(64) HENDERSON, Humberto. Ob. cit., p. 98.

(65) “**Cuarta.-** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

están reconocidos en ella deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Perú, es preciso considerar que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales comprende el deber del juzgador de interpretar la ley de modo favorable a la libertad, de conformidad con los criterios hermenéuticos aplicables a dichos tratados.

En efecto, si dichos instrumentos recogen las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, y si tales obligaciones deben interpretarse de modo favorable a la libertad, entonces ello alcanza a los jueces y tribunales que forman parte del Estado, quienes deben dar cumplimiento a dichos compromisos internacionales, interpretando las leyes del modo más favorable a la protección de tales derechos.

III. A manera de conclusión

Como señala Jerzy Wroblewski, toda decisión interpretativa se justifica por referencia a directrices que son concebidas como reglas, para determinar el significado de los textos que se está interpretando, las cuales siempre encierran valoraciones⁽⁶⁶⁾.

Esto nos lleva a reflexionar acerca del principio *favor libertatis*, ya que a través de él se expresa de manera clara el mayor valor que se otorga a la libertad del ser humano, concretizada a través de los derechos fundamentales, en el orden axiológico establecido en la Constitución y que se proyecta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Consideramos importante advertir la falta de precisión que existe entre este y otros principios afines y vinculados, con los que comparte un fundamento común, pero de los cuales puede ser distinguido, como hemos dejado indicado en este trabajo, lo que convendría ser aclarado en nuestra jurisprudencia constitucional.

Con todo, creemos que el mejor terreno para la aplicación de este principio de interpretación de la ley, no es necesariamente el de los procesos

(66) WROBLEWSKY, Jerzy. *Teoría general de la interpretación jurídica*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 36.

constitucionales, sino más bien el ámbito de los procesos ordinarios, en la medida que constituye una importante herramienta hermenéutica para resolver conflictos de la más diversa índole, mediante una interpretación de la legalidad desde la Constitución.

IV. Corolario: un reciente caso de aplicación de estos principios por parte del Tribunal Constitucional peruano: el caso de “la píldora del día siguiente”

Como corolario del presente trabajo, queremos referirnos a una reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, que nos resulta de interés para el objeto de nuestro comentario, dado que en ella se ha invocado la aplicación de los principios *pro homine* y *favor debilis*, de un modo que en nuestra opinión, no sería el más acertado.

Nos referimos a la sentencia emitida en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, que resolvió una demanda de amparo presentada por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, entre otros, con el objeto de que se abstenga de iniciar el programa de distribución de la llamada “píldora del día siguiente” en cualquier centro público de salud, a fin de evitar la vulneración del derecho a la vida del concebido.

La sentencia expone en primer lugar, las diversas posiciones existentes sobre la evidencia científica del carácter abortivo o no de este medicamento, para concluir que “como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido”, y que “es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor debilis*”.

Esta primera aproximación al tema sitúa a ambos principios como criterios que permitirían elegir entre alguna de las posiciones existentes desde el punto de vista jurídico, respecto de los alcances de la protección dispensada por el derecho a la vida, pese a que en el caso del principio *pro homine* estamos más bien ante un criterio de preferencia de normas, que permite elegir aquella que dispense una mayor protección al derecho en cuestión, más allá de su ubicación en el sistema de fuentes; mientras que el principio *pro debilis* resulta aplicable ante una situación de conflicto de derechos o principios fundamentales.

Pero la sentencia prosigue enunciando una definición de ambos principios. En el caso del principio *pro homine* señala que “es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir, aquella que despliegue la mayor eficacia de la norma”.

Esta definición coincide con lo expresado en el presente artículo; sin embargo, debemos precisar que la opción que este principio privilegia no se refiere a la norma iusfundamental de rango constitucional necesariamente, sino a cualquier otra norma –de rango legal o reglamentario, incluso– que brinde una protección más amplia a la posición jurídica adscrita al derecho fundamental en cuestión.

No obstante, el Tribunal a continuación se remite a una definición anterior de este principio –realizada en la STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC– que la caracteriza también como una directriz de interpretación de normas, lo que en nuestra opinión, lo identificaría con lo que venimos entendiendo más bien como principio *favor libertatis*⁽⁶⁷⁾, lo que también aparece correctamente advertido en el voto del magistrado Mesía Ramírez. Finalmente, el Tribunal afirma que este principio “alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”.

En cuanto al principio *pro debilis*, el Tribunal afirma que este “manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse en especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.

Ahora bien, pese a que aparecen así anunciados, no se desprende de la sentencia que la decisión de proteger la vida del concebido se haya adoptado en aplicación de estos principios. Más bien, la definición del caso parece signada

(67) Así, señala que “(...) el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales (...). Asimismo, pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinario”.

por una incertidumbre de tipo fáctico, y concretamente, por la falta de certeza acerca de si el medicamento en cuestión inhibe o no la implantación del óvulo fecundado en el endometrio de la mujer. Ante ello, el Tribunal resuelve asumir como premisa que tales efectos sí se producen, para luego pronunciarse sobre la protección que el derecho a la vida dispensaría ante dicha situación.

Creemos que estos principios no resultan útiles para resolver una situación de este tipo. El principio *pro homine* permite elegir entre una diversidad de normas que dispensan distintos niveles de protección a un derecho fundamental, situación que no se verifica en este caso.

Por otro lado, el principio *pro debilis* funciona como criterio en la ponderación que debe efectuarse ante un real o aparente conflicto de derechos, conflicto que en la sentencia no se analiza, y que opondría los derechos del concebido frente a los derechos de autodeterminación reproductiva de la mujer e incluso, en algunos casos, de sus derechos a la integridad física o a la vida. En tales situaciones, el principio *pro debilis* funciona como un criterio hermenéutico que en nuestra opinión no define necesariamente el resultado de la ponderación, aun cuando sí inclina la balanza a favor del más débil debido a una exigencia derivada del principio de igualdad material, lo que finalmente debe ponderarse con la afectación del sujeto que se encuentra en el otro extremo de la relación, y con otros intereses constitucionalmente legítimos, a fin de determinar el resultado final de la ponderación.

No parece, entonces, que tales principios deban servir de criterios para realizar una definición de los *hechos*, siendo más bien aplicables en este plano otro tipo de directrices, como podría ser el *principio precautorio*, que aparece también reseñado en la sentencia. Con todo, la sentencia vale para llamar la atención acerca del uso adecuado de estos conceptos y de la importancia de su delimitación conceptual, a fin de potenciar su utilidad al momento de justificar una decisión de carácter jurisdiccional.



Sobre la distinción entre reglas y principios

Jorge Alexander Portocarrero Quispe^()*

I. Introducción

La así llamada teoría de los principios y su planteada distinción normativa entre reglas y principios se muestra como una de las más discutidas teorías iusfilosóficas de la segunda parte del siglo veinte. Aunque las opiniones discrepan entre sí y numerosos iusfilósofos se muestran escépticos a ella, se puede decir que la teoría dominante es aquella que defiende esta distinción.

Tanto los principios como también las reglas son conceptos que pertenecen a la estructura de las normas iusfundamentales y, como tales, también al concepto general de norma. Por lo tanto, una distinción entre ambas es de gran relevancia, sobre todo cuando se tratan cuestiones relacionadas a la dogmática de los derechos fundamentales, los límites a los derechos fundamentales y el rol de estos en el sistema jurídico.

El origen de esta distinción se remonta a los años cuarenta, específicamente a la teoría jurídica de Walter Wilburg. Esta teoría entiende –sucintamente– a la ciencia del derecho como un “sistema oscilante”. Se trata de una dinámica de “fuerzas oscilantes”, las cuales deben ser determinadas en función de las normas individuales y sus respectivos supuestos jurídicos, en ese sentido se trata de

(*) Graduado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Doctorando en el Seminario de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Christian Albrecht (Kiel, Alemania).

hallar una decisión “caso por caso”⁽¹⁾. Unos años más tarde Joseph Esser introduce por primera vez al ámbito germano la distinción entre reglas y principios⁽²⁾. Pero fue Ronald Dworkin, en su intento de refutación al positivismo hartiano, quien puso esta distinción en discusión⁽³⁾. Desde entonces se ha escrito mucho sobre la necesidad y la existencia de esta diferenciación, pero, a pesar de todas las opiniones que se contraponen, hay algo que todos estos puntos de vista tienen en común: una idea particular sobre el concepto de Derecho y sus consecuencias a nivel de la dogmática. Efectivamente, esta distinción entre reglas y principios se refleja a su vez en la aún más controvertida discusión sobre la relación entre Derecho y moral. El rechazo o la aceptación de esta distinción trae consigo importantes consecuencias para el sistema jurídico en su conjunto⁽⁴⁾. Por ello, es de especial importancia aceptar o rechazar categóricamente aquella. Detrás de esta relación de tensión se encuentra el gran punto de discusión en el que autores tanto de teorías positivistas como no positivistas polemizan. Según la opinión de Alexy, los primeros (las teorías positivistas) ven al Derecho como un orden de reglas que se fundamenta en la conformidad con las leyes y la efectividad social (es decir, un sistema racionalista de reglas), mientras que los segundos (teorías no positivistas) ven al Derecho como un orden objetivo de valores, el cual no solo se apoya en la conformidad a las leyes y en la efectividad social, sino también en una corrección interna⁽⁵⁾ (es decir, un modelo de principios). Así, Alexy sostiene: “Esta distinción sería la base de la teoría de fundamentación de los derechos fundamentales y una llave a la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”⁽⁶⁾.

(1) WILBURG, W. *Die Elemente des Schadensrechts*. Marburg, 1941; ver Beitzke, entre otros con: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*. Graz, 1965, p. 14; BÄHR entre otros, *Gesetz Recht Geschichte, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerhard Otte*; para una definición sistemática ver: LARENZ y CANARIS. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Auflage, 1995, p. 298 y ss.; Michaels, L. *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*. Berlin, 1997, p. 50 y ss.

(2) ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3. Auflage, Tübingen, 1974.

(3) DWORKIN, R. “Is Law a System of Rules?” En: *The Philosophy of Law*. R. Dworkin (edit.), Oxford University Press, 1977, pp. 17-37.

(4) “En los últimos treinta años la distinción entre reglas y principios encierra dentro de sus implicaciones a la teoría de la aplicación del derecho, la estructura del sistema jurídico, la relación entre derecho y moral y la dogmática jurídica, sobre todo la referida a los derechos fundamentales siendo estos objeto de una innumerable cantidad de estudios”, comparar aquí con: ALEXY, R. “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”. En: *Regeln, Prinzipien und Elemente in System des Rechts*. Schilder y otros, Wien, 2000, p. 31.

(5) ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. München, 2002, p. 29.

(6) ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 1. Auflage, Frankfurt an Main, 1994, p. 71.

El objetivo de este trabajo consiste en brindar algunas luces acerca de los criterios de distinción empleados para diferenciar reglas de principios, y una revisión tangencial acerca del estado actual de la discusión sobre el tema. Nos limitaremos, sin embargo, a las más tratadas teorías de los principios y a sus más notables representantes.

Para ello serán expuestas en el capítulo 2 las teorías de los principios de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Hemos escogido estas dos teorías por la importancia que tuvieron para la formación y desarrollo de la teoría de los principios, su contenido conceptual, así como las características de sus tipos de distinción serán definidas y sucintamente aclaradas. Así también, en el capítulo 3 será presentada una teoría alternativa, la cual no encuentra criterio alguno para una distinción “estricta” entre reglas y principios, sino tan solo criterios débiles que caracterizarían la misma. El capítulo 4 describe otro modelo, el cual no encuentra motivo alguno para sostener dicha diferenciación, por el contrario: esta teoría afirma que tanto reglas como principios tienen una estructura similar (es decir una teoría armonizadora). Por último, se buscará elaborar un resumen general de los temas tratados y a su vez introducir la opinión del autor.

II. La tesis de la distinción estricta entre reglas y principios

El principal enunciado de esta tesis afirma: “Dentro de la estructura de las normas existen dos variantes a reconocer, que no solo gradual sino cualitativamente han de ser definidas de manera distinta, específicamente las reglas y los principios”⁽⁷⁾. Según la opinión de Alexy: “La tesis de la diferenciación estricta quiere decir que tanto reglas como principios son parámetros normativos con una estructura lógica totalmente diferente, ya que un parámetro normativo es siempre o una regla o un principio”⁽⁸⁾. De ahí se puede determinar que tanto las reglas como también los principios son un tipo de norma con distinta estructura

(7) RAABE, M. *Grundrechte und Erkenntnis*. 1. Auflage, Baden Baden 1998, p. 176. “(...) según la tesis estricta de la separación tanto las reglas como los principios poseen una distinta estructura lógica”. Ver: AFONSO DA SILVA, V. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. 1. Auflage, Baden Baden 2003, pp. 37-38.

(8) ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt, 1986, p. 184. Además también en: *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Rechtstheorie, Beiheft 1, Berlin, 1979, pp. 59-87. A. Aarnio es básicamente de la misma opinión: “According to the strong demarcation thesis the difference between rules and principles is qualitative”. AARNIO, A. “Taking Rules Seriously”. En: *ARSP*. Beiheft 42, 1990, p. 180; lo mismo en: *Reason and Authority*. Cambridge, 1997, p. 175.

lógica⁽⁹⁾. Esta diferencia se deja identificar al momento de la aplicación de las normas⁽¹⁰⁾. Justamente en este punto es en el que discrepan las opiniones de los principales defensores de la tesis de la separación estricta, especialmente Dworkin y Alexy emplean distintos criterios de distinción⁽¹¹⁾. Las particularidades de estas posiciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

III. La posición de Ronald Dworkin

La distinción propuesta en la teoría de Dworkin tiene su origen en la crítica que este autor realiza contra el concepto normativo positivista. Él parte afirmando que el concepto iuspositivista no es suficiente tanto para la aplicación como para la interpretación de las normas. Dworkin determina tres tesis que, según él, caracterizan al concepto positivista de norma. La primera tesis se refiere a la estructura y límites del sistema normativo. “Según ella el derecho de una sociedad está configurado solamente con base en reglas, las cuales han de ser clasificadas no en función de su contenido sino en función de una norma de identificación o proveniencia (*pedigree*), además estas reglas jurídicas han de ser diferenciadas de otras reglas sociales, especialmente de aquellas que tengan un contenido moral”. Esta sería la *rule of recognition* (regla de reconocimiento) de Hart. La segunda tesis reza: “Cuando el Derecho está constituido solamente por reglas válidas identificables a través de una regla de reconocimiento, y además se acepta la existencia de casos en los cuales estas reglas no contienen la solución a un determinado caso, se otorga al operador del derecho total discreción para resolver el caso en función de su crítica”. La tercera tesis está referida al concepto de las obligaciones jurídicas, Dworkin explica: “Según ella solamente se podría decir que alguien tiene una obligación jurídica cuando exista una regla que diga que esto es así”⁽¹²⁾.

(9) Una opinión en contra: CANARIS, C. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. Auflage, Berlin, 1983, p. 57.

(10) “(...) la differenza tra regola e principio emerge esclusivamente nel momento della interpretazione-applicazione”. Ver: GIANFORMAGGIO, L. “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”. En: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, 1985/I, p. 72.

(11) Otros autores que consideran acertada esta distinción son: ATIENZA, M. y MANERO, J.R. “Sobre principios y reglas”. En: *Doxa*. N° 10, 1991, pp. 101- 120; PEZCENIK, A. *Legal Rules and Moral Principles*; con una opinión distinta pero en el mismo sentido comparar aquí con: WEINBERGER, O. “Das Wesen der Regeln”. En: *Rechtstheorie*. Beiheft 11, 1991, pp. 169-191.

(12) DWORKIN, R. “The Models of Rules I”. En: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978, p. 17; comparar aquí con: ALEXY, R. (nota 8) p. 178, p. 60.

Para superar a estos criterios Dworkin desarrolla su propio concepto de norma, el cual contradice al concepto normativo iuspositivista hartiano al conferirle a las reglas y a los principios un rol central en la estructura de las normas.

1. El todo o nada de las reglas (*all or nothing fashion*)

Cuando el supuesto de hecho de una regla es cumplido, solo existirían dos posibilidades: O bien la regla es válida, por lo tanto, las consecuencias jurídicas han de ser aceptadas, o bien no lo es, entonces esta no contribuye en lo absoluto a la solución (*all-or-nothing fashion*)⁽¹³⁾. No hay otra posibilidad (*tertium non datur*), de ahí que las reglas poseen un carácter todo o nada. Incluso la introducción de excepciones no cambiaría este esquema, ya que las excepciones son una parte de la propia regla, y por ello cada regla debería ser formulada tan específicamente que en ellas se deberían incluir todas las excepciones posibles a su aplicación⁽¹⁴⁾. Como el mismo Dworkin afirma: “Cuanto más excepciones sean nombradas, tanto más precisa será la formulación de la regla”⁽¹⁵⁾. En contraposición a la estructura de las reglas se encuentra la estructura de los principios, los cuales no contienen un mandato de la forma “todo o nada” para su aplicación, sino tan solo motivos que fundamentan una decisión⁽¹⁶⁾. Eso significa que, aunque el supuesto de hecho de un principio válido sea cumplido, no se sigue de esto que las consecuencias jurídicas del mismo serán cumplidas inevitablemente, pues “en el esquema de los principios, podrían entrar en juego otras razones que podrían cambiar estas consecuencias jurídicas”⁽¹⁷⁾.

2. La dimensión del peso

Entre las reglas y los principios se configura otra diferencia, la cual muestra explícitamente la distinta estructura de cada una de ellas. Así respectivamente

(13) Vgl. DWORKIN, R. *Ibidem*, p. 24: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

(14) En contra: ALEXY, R. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 68 y ss. Él no cree en la posibilidad de contabilizar completamente todas las excepciones.

(15) *Ibidem*, p. 25: “In theory, at least, the exception could all be listed, and the more of them that are, the more complete ist the statement of the rule”.

(16) *Ibidem*, p. 26.

(17) AFONSO DA SILVA, V. (nota 7) S. 41.

son: La dimensión de la validez y la dimensión del peso⁽¹⁸⁾. Ellas se presentan sobre todo en la colisión de reglas y el conflicto entre principios. Cuando dos reglas colisionan en un caso a resolver, solo se podría resolver este conflicto a través de la declaración de invalidez de una de ellas y con ello expulsar a una de estas del ordenamiento jurídico. Por el contrario, lo que se ha de valorar en una colisión entre principios no será la validez de uno de ellos, sino el correspondiente peso que cada uno contiene. En efecto “cuando dos principios colisionan, el principio con mayor peso será el decisivo, sin que por ello el otro sea declarado como inválido”⁽¹⁹⁾. La decisión dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas, pues un conflicto similar, entre los mismos principios en un caso distinto, podría ser resuelto de otra manera. Las reglas carecen de esta dimensión.

IV. La distinción de Robert Alexy

La tesis de distinción propuesta por Alexy expone una diferenciación tanto lógica como cualitativa entre las reglas y los principios. Alexy desarrolla una reformulación de la teoría de los principios dworkiniana, ya que esta según la opinión de Alexy no puede expresar la completa dimensión de los principios⁽²⁰⁾. Estos planteamientos pertenecen a la teoría de los principios alexyiana. Esta teoría se compone de tres elementos constitutivos, propiamente el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación⁽²¹⁾. En cada uno de ellos se demuestra la especial estructura que poseen los principios.

1. El criterio del mandato de optimización

a. La definición estándar de los principios como mandatos de optimización

A diferencia de la tesis sostenida por Dworkin, Alexy reconoce en los principios normas que exigen “que algo sea realizado en la mayor medida posible,

(18) ALEXY, R. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. En: ALEXY; KOCH; KUHLEN y RÜBMANN. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. 1. Auflage, Baden Baden, 2003, p. 220; lo mismo en: ALEXY, R. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. ARSP Beiheft 25, 1985 p. 16.

(19) Ídem.

(20) Alexy, R. *Zum Begriff der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 63 y ss; para una crítica a Dworkin ver: BITTNER, C. *Recht als interpretative Praxis*. Berlin, 1988; ver aquí también: PINTORE, A. “Norme e principi, una critica a Dworkin”. En: *Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto*. Milano, 1982.

(21) ALEXY, R. *Zur Struktur des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 32 y ss.

en función de las posibilidades fácticas y jurídicas”⁽²²⁾. “Los principios son en consecuencia mandatos de optimización”⁽²³⁾. De este enunciado podemos distinguir dos elementos que caracterizan a los principios. Por un lado, que los principios son cumplidos en grados distintos, y por otro, que el grado de su cumplimiento no depende solamente de las posibilidades materiales (fácticas), sino además de las posibilidades jurídicas⁽²⁴⁾. Este carácter de optimización caracteriza solamente a los principios, pues las reglas son normas que solamente pueden ser cumplidas o no serlo⁽²⁵⁾. “Cuando una regla tiene validez, entonces es ordenado realizar exactamente lo que ella manda, ni más ni menos. Las reglas contienen con ello determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible”⁽²⁶⁾. Ellas son en consecuencia mandatos definitivos⁽²⁷⁾. Una regla determina siempre un límite entre lo que es obligatorio y lo que no lo es, entre lo que es prohibido y lo que es permitido. Por el contrario, en los principios el grado de su cumplimiento está siempre en relación con su validez. Un principio determina un ideal, el cual puede ser realizado en un mayor o menor grado. La óptima realización de este ideal significa la óptima realización del principio⁽²⁸⁾.

b. Mandatos de optimización y mandatos a optimizar

En recientes escritos, y a raíz de las críticas⁽²⁹⁾ formuladas por Aarnio⁽³⁰⁾ y Sieckmann⁽³¹⁾, Alexy ha refinado su definición estándar de principios como

(22) ALEXY, R. (nota 6), S. 75; comparar aquí también con: *Zum Begriff der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 79; lo mismo en: *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 224; *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 32; lo mismo en: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Ob. cit., pp. 183-184.

(23) Ídem.

(24) ALEXY, R. (nota 6), S. 76, en el mismo sentido también: PECZENIK, A. *Legal Rules and Moral Principles*. *Rechtstheorie, Beiheft* 11, p. 151: “A principle establishes an ideal. The ideal can be carried into effect to certain, more or less”.

(25) Ídem; una opinión similar en PECZENIK, A. *Legal Rules and Moral Principles*. Ob. cit., p. 151: “The rule thus establishes a borderline between the obligatory and non-obligatory, the forbidden and permitted”.

(26) Ídem.

(27) ALEXY, R. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 32.

(28) PECZENIK, A. Ob. cit., p. 151.

(29) Una exposición de estas críticas en: BÄCKER, C. *Begründen und Entscheiden*. 1. Auflage, Baden-Baden, 2008, p. 130 y ss.

(30) AARNIO, A. *Taking Rules Seriously*: “Either one does or one does not optimize. For example, in the case of conflict between two value principles, the principle must be brought together in the optimum manner, and only in the optimum manner”.

(31) SIECKMANN, J.-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden 1990, p. 65.

mandatos de optimización⁽³²⁾. Según estas críticas el concepto de principios como mandatos de optimización sería inadecuado para fundamentar una diferenciación entre reglas y principios. Principios como mandatos de optimización exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta exigencia expresa un mandato definitivo que exige que siempre sea alcanzado el óptimo. Este mandato solamente puede ser cumplido o no, exigiendo siempre su máxima realización⁽³³⁾. De ahí que tanto las reglas como los principios tendrían una estructura similar, es decir, una estructura que se corresponde a las reglas.

La respuesta de Alexy a estas críticas presupone una distinción de dos niveles entre mandatos a ser optimizados y mandatos para optimizar⁽³⁴⁾. Los principios se encuentran en el nivel de objeto y son por ello mandatos a ser optimizados. Ellos son el objeto de acción de los mandatos para optimizar (mandatos de optimización) que se encuentra en un meta nivel. “Ahí ellos ordenan que sus objetos de acción, los mandatos a ser optimizados, deben ser realizados en la mayor medida posible. Como mandatos de optimización no son objeto de optimización sino que siempre han de ser cumplidos al optimizar los mandatos del nivel objetivo, es decir, los principios⁽³⁵⁾. De ahí Alexy deduce que los principios como objeto de la ponderación no son mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados. Como tales encierran un deber ser ideal que aún no ha sido realizado fáctica y jurídicamente⁽³⁶⁾. Una vez optimizados se transforman en un deber ser definitivo. Por consiguiente, Alexy mantiene su definición estándar de principios como mandatos de optimización solo por motivos prácticos. “Ella expresa clara y sencillamente qué es lo que pasa con los principios, al mostrar qué ha de hacerse con ellos”⁽³⁷⁾. De este aspecto práctico Alexy deduce otro aspecto teórico, propiamente la necesaria relación entre “deber ser ideal”, es decir principios como tales, y el mandato de optimización como reglas.

(32) ALEXY, R. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 38; lo mismo en: “My Philosophy of Law: The Institutionalization of Reason”. En: Luc J. Wintgens (edit.), *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophie of Law*, Dordrecht 1999, pp. 39, (nota 55).

(33) SIECKMANN, J.-R. (nota 30), p. 65.

(34) ALEXY, R. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 38.

(35) *Ibidem*, p. 39.

(36) *Ídem*.

(37) *Ídem*.

2. La ley de colisión

Alexy señala que la diferencia entre reglas y principios se muestra claramente en los conflictos entre reglas y la colisión entre principios. “Común tanto en la colisión entre principios como en los conflictos entre reglas es que dos normas, aplicadas cada una por sí solas, llevan a resultados incompatibles, expresamente a dos juicios de deber ser contrarios. Ellas se diferencian en la forma en que se solucionan estos conflictos”⁽³⁸⁾. Así la solución de los conflictos entre reglas está en la determinación de la validez de cada regla, por el contrario en la colisión de principios la solución no está en la validez de los principios que colisionan, pues ambos podrían pretenderla para sí, sino que el problema reside en la determinación del peso correcto y con ello una relación de prioridad condicionada en el caso concreto. En el conflicto entre reglas se trata de la pertenencia al ordenamiento jurídico. Por el contrario, las colisiones entre principios solo ocurren dentro del ordenamiento jurídico⁽³⁹⁾.

a. Conflictos entre reglas

Los conflictos entre reglas pueden ser resueltos de dos formas: o bien a través de la introducción de una cláusula de excepción en una de las reglas que colisionan, o bien a través de la declaración de invalidez de por lo menos una de ellas⁽⁴⁰⁾. Alexy da un ejemplo para esto: “El reglamento de una escuela que por un lado prohíbe abandonar el aula antes que suene del timbre de salida, y que por otro lado, ordena precisamente lo contrario cuando suene la alarma de incendio. Este conflicto es fácil de resolver a través de la introducción de una “excepción en caso de incendio” a la prohibición de dejar el aula antes de que suene el timbre de salida. Si no se llegase a una solución tal, quedaría aún la posibilidad de por lo menos declarar por inválida a una de estas reglas”⁽⁴¹⁾.

b. Colisión entre principios

La colisión entre principios se soluciona de otra manera. Más bien la solución está en determinar una relación de prioridad que esté en conexión con el concepto de “principios como mandatos de optimización”. Cómo se determina

(38) ALEXY, R. (nota 6), p. 77.

(39) LUTHE, E. *Optimierende Sozialgestaltung*. 1. Auflage, Tübingen 2001, p. 431.

(40) ALEXY, R. (nota 6), p. 77 y ss; lo mismo en: *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, p. 32 y ss; además en: *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 72 y ss; *Recht, Vernunft, Diskurs*. Ob. cit., p. 183 y ss. Una opinión similar en: DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Ob. cit., p. 24.

(41) ALEXY, R. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*. Ob. cit., p. 33.

esta relación de prioridad, depende de la ley de colisión. Se trata de una relación condicionada a las circunstancias del caso. “Esta determinación de la relación condicionada consiste en señalar las condiciones vinculadas al caso, bajo las cuales un principio tiene prioridad sobre el otro con el que colisiona”⁽⁴²⁾.

Dos principios colisionan cuando cada uno de ellos conduce a distintos y contrarios juicios de deber ser. Ambos pretenden para sí validez y prioridad. Este tipo de colisiones han de ser resueltas al realizarse una ponderación entre los principios que colisionan. Lo que vale depende de cómo este, en función de las circunstancias del caso, ha de ser resuelto⁽⁴³⁾.

3. La ley de ponderación

Los principios como mandatos de optimización exigen ser realizados en la mayor medida, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto se corresponde con el principio de proporcionalidad en sentido amplio y sus tres subprincipios. La realización en relación con las posibilidades fácticas será determinada por dos principios, específicamente a través del principio de adecuación y el principio de necesidad⁽⁴⁴⁾. Para la realización de las posibilidades jurídicas se requiere del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio exige que sea realizada una ponderación entre los principios contrapuestos, en el sentido de la ley de colisión. Estos principios contrapuestos limitan, según las condiciones en las cuales se presente la colisión, su ámbito de realización jurídica⁽⁴⁵⁾. La ponderación se constituye como la principal característica de solución en caso de colisión de principios, ella establece una relación de prioridad entre los principios que colisionan. Cuando el cumplimiento de un principio presupone el no cumplimiento de otro, se debe hallar una relación fundamentada racionalmente entre estos principios. Así se sigue la fórmula del peso: “Mientras más alto sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto igual ha de ser la importancia de cumplimiento del otro”⁽⁴⁶⁾.

(42) ALEXY, R. (nota 6), p. 81.

(43) *Ibidem*, p. 85.

(44) Comparar aquí con: BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Auflage, Baden Baden, 2006, p. 90.

(45) ALEXY, R. (nota 6), p. 100.

(46) ALEXY, R. (nota 6), p. 146.

La idea del mandato de optimización, así como la colisión y la fórmula del peso, conforman la teoría de los principios de Alexy. A través de ella se puede entender los fundamentos esgrimidos por este para identificar una diferenciación entre reglas y principios. Se trata de una diferencia material y lógica y no como la tesis sustentada por Dworkin.

4. Las críticas de Alexy a la teoría de los principios de Dworkin

El punto central de la crítica de Alexy al modelo “todo o nada” de Dworkin como criterio para diferenciar las reglas de los principios, gira en torno al rol que desempeñan las excepciones en este esquema. La forma “todo o nada” se basa en la posibilidad de enumeración e identificación de todas las conocidas y posibles excepciones de la regla⁽⁴⁷⁾, ya que una completa formulación de una regla supondría la enumeración y consideración de todas las posibles excepciones a esta⁽⁴⁸⁾. En efecto, para Dworkin: tanto más excepciones sean nombradas, tanto más precisa será la formulación de la regla⁽⁴⁹⁾. Precisamente es en este punto en el que Alexy levanta sus críticas contra Dworkin. Para él la posibilidad de introducir nuevas excepciones contradice la afirmación que las reglas sean aplicables en un modo “todo o nada”. Cuantas más excepciones sean introducidas, tantos menos casos se darán en los que las reglas sean aplicadas en un modo “todo o nada”. Al final Alexy determina que el modo de aplicación “todo o nada” de Dworkin solo es posible en reglas que no contengan cláusulas de excepción⁽⁵⁰⁾, y con ello descarta Alexy esta tesis como argumento para diferenciar reglas de principios⁽⁵¹⁾.

(47) Así, también se pueden introducir excepciones a los principios, específicamente sus contra ejemplos. En los principios estos contra ejemplos tampoco pueden ser previstos completamente y con ello tampoco sus casos de aplicación. En consecuencia, ni las reglas, ni los principios podrían ser aplicados en una forma “todo o nada”. Comparar aquí con: ALEXY, R. *Zur Begriff des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 69.

(48) DWORKIN, R. (nota 12), p. 25.

(49) DWORKIN, R. (nota 15).

(50) “Son factibles de pensar sistemas normativos constituidos exclusivamente de reglas, que no permitan ninguna excepción a no ser de las previamente estatuidas. Es decir una regla que prohíba la introducción de excepciones a las reglas de dicho sistema normativo. Los modernos sistemas normativos en los cuales se basa Dworkin no son de esta naturaleza”. ALEXY, R. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 69.

(51) ALEXY, R. Ob. cit., p. 71.

V. Críticas contra la diferenciación estricta entre reglas y principios

1. La tesis débil de distinción entre reglas y principios

La tesis de la distinción débil se muestra como una alternativa a la tesis de la distinción estricta. Esta tesis reconoce que entre reglas y principios existe una diferencia estructural, pero que está orientada más bien al grado de generalidad de las normas. Aunque esta tesis identifica tanto a las reglas como a los principios como tipo de normas, no reconoce entre ellas diferencia cualitativa alguna, sino más bien una solamente gradual⁽⁵²⁾. Así los principios son normas que poseen un alto grado de generalidad, por el contrario las reglas son normas que poseen un bajo grado de generalidad⁽⁵³⁾. Un alto grado de generalidad lo encontramos en una norma que garantiza a todos poder elegir su profesión libremente, una norma con un bajo grado de generalidad la encontramos, por ejemplo, en aquella que autoriza a todo farmacéutico que haya sido autorizado, a realizar sus actividades en cualquier lugar⁽⁵⁴⁾. Entre los principales representantes de esta corriente tenemos a Ulrich Penski y a Joseph Raz.

a. La tesis débil de Ulrich Penski

Según la opinión de Ulrich Penski es el grado de generalidad del contenido normativo y no un contenido determinado, lo que diferencia a las reglas de los principios⁽⁵⁵⁾. Penski conecta esta afirmación con la generalidad de los destinatarios de la norma. Así, sería una formulación de esto último: tanto más indeterminado sea el grupo de destinatarios, tanto más general e indeterminada será la norma. Normas que se dirigen a una determinada persona, así como

(52) Son representantes de esta tesis: RAZ, J. "Legal Principles and the Limits of Law". En: *The Yale Law Journal*. 81, 1972, p. 830; PENSKI, U. "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln". En: *JZ*. 1989, p. 105 y ss; G.C. Christie. "The model of principles". En: *Duke Law Journal*. 1968, S 669; G. Hughes, Rules. "Policy and Decision Making". En: *The Yale Law Journal* 77 (1968), p. 419; COMANDUCCI, P. "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho". En: *Doxa*. 21-II, 1998, pp. 89-104; GIANFORMAGGIO, L. (nota 10); PINTORE, A. (nota 20), p. 22 ff.

(53) ALEXY, R. (nota 6), p. 73; comparar con: RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford, 1975, p. 49: "The word 'principles' usually carries an implication of greater generality and greater importance than the word 'rules'".

(54) En ese sentido el conocido juicio de las farmacias (*Apothekenurteil*) BVerfGE 7, 377 y ss., comparar aquí también BVerfGE 12,1 el así llamado juicio de la libertad de religión (*Glaubensabwertungsurteil*).

(55) Penski utiliza en lugar de términos como norma, reglas o principios, otros como norma jurídica, regla de Derecho y principios de Derecho. PENSKI U. Ob. cit., p. 105 y ss.

a un determinado grupo de personas serían normas individuales con un bajo grado de generalidad. Por el contrario, normas que se dirigen a un indeterminado número de personas serían normas generales. Penski reconoce además que tan solo el grado de la generalidad y la indeterminación de los destinatarios no bastan para diferenciar a las reglas de Derecho de los principios de Derecho⁽⁵⁶⁾. Por esta razón Penski añade que los principios de Derecho se muestran como “normas-objetivo o normas-programa”, mientras que las reglas de Derecho se comprueban como normas que determinan acciones. Él entiende como “normas-objetivo o normas-programa” aquellas normas que determinan que una determinada meta sea alcanzada, es decir, un estado digno de ser logrado⁽⁵⁷⁾. Un objetivo es un estado deseado, el cual exige que las acciones necesarias para su concreción sean realizadas, sin embargo, con ello no se supone determinar cuáles serían esas acciones. En las normas que determinan un comportamiento se exige una conducta determinada, sin que sea manifiesta la persecución con ello de un objetivo⁽⁵⁸⁾.

Las reglas de Derecho serían entonces normas que ordenan o prohíben la realización de un determinado comportamiento. Por el contrario, los principios de Derecho serían, por consiguiente, normas que solo exigirían abstractamente la realización de un objetivo o meta, sin determinar exactamente a través de qué acciones ocurrirá esto⁽⁵⁹⁾.

Penski critica además el mandato de optimización de Alexy como criterio para diferenciar a las reglas de los principios. Penski sostiene que el mandato a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, es totalmente indeterminado y expresaría solamente la visión de Alexy⁽⁶⁰⁾. Penski expone que el concepto del principio de Derecho, como realización de un objetivo o meta, es más preciso y vinculante que la exigencia de Alexy a que algo sea realizado en la mayor medida posible. A pesar de ello, Penski reconoce que las colisiones entre principios son inevitables y por ello sería necesario ponderar⁽⁶¹⁾. Según Penski la necesidad de ponderar no se

(56) Ibídem, p. 106 y ss.

(57) Aquí Penski se aproxima a la definición de Dworkin de los programas o políticas (*Policies*), “I call a Policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community”. DWORKIN, R. (nota 12), p. 22.

(58) Ibídem, p. 107.

(59) Ibídem, p. 107 y ss.

(60) Ibídem, p. 109.

(61) Ibídem, p. 110.

sigue del carácter de principio de una norma. Más bien esto se sigue de la indeterminación del comportamiento exigido a través de los principios de Derecho⁽⁶²⁾. Así la necesidad de la ponderación en caso de colisión de principios de Derecho no depende de la relativización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas, sino de la indeterminabilidad del mandato de comportamiento. También la expresión “en la mayor medida posible” es criticada por Penski, para él se reconoce en ella la falta de determinación de cuáles son los requisitos para alcanzar esa mayor medida⁽⁶³⁾. Por esta razón Penski utiliza el concepto de proporcionalidad para determinar esta medida. Por ello es difícil decir si las críticas de Penski son en verdad críticas en contra del mandato de optimización⁽⁶⁴⁾.

b. La tesis débil de Joseph Raz

La tesis débil de la diferenciación defendida por Joseph Raz se basa en su crítica a los criterios de diferenciación propuestos por Dworkin para distinguir reglas de principios. Propiamente la afirmación de la inexistencia de conflictos entre las reglas, pues a ellas podrían introducirse siempre excepciones, y la dimensión del peso en la colisión de principios⁽⁶⁵⁾. Él argumenta que los conflictos también pueden darse entre las reglas, para demostrarlo Raz utiliza el concepto de “*principle of individuation* (principio de individualización)”⁽⁶⁶⁾. Para Raz las reglas interactúan mutuamente ya que son partes individualizadas de un sistema jurídico⁽⁶⁷⁾ dado que ellas se pueden modificar y cualificar entre sí. De ahí que ellas –aunque no sean principios– pueden colisionar.

Raz critica también la opinión de Dworkin respecto a la idea del peso. Aunque las reglas podrían colisionar, ellas carecerían de peso. Cuando sea el caso que dos reglas colisionen, el ordenamiento jurídico proporcionará una solución para resolver esta situación. Pero esta solución determina cuál de las dos prima sobre la otra. Esta solución siempre valdrá cuando estas dos reglas colisionen⁽⁶⁸⁾.

(62) BOROWSKI, M. (nota 44), p. 107.

(63) PENSKI, U. (nota 52), p. 110.

(64) HAIN, Karl-E. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*. Baden Baden, 1999, p. 119.

(65) “I would like to suggest that legal rules may conflict and have weights, and that therefore Professor Dworkin’s remarks should not be regarded as defining the characteristics of rules and principles”; RAZ, J. “Legal Principles and the Limits of Law”. En: *The Yale Law Journal*. 81,1972, p. 830.

(66) “The principles of individuation are method of carving small and manageable units out of the total legal material in a way which will promote our understanding of the law by classifying laws into various types and by showing how these laws interrelate and interact with one another”. *Ibidem*, p. 831.

(67) Raz utiliza la expresión de Dworkin “interact”. *Ibidem*, p. 832.

(68) *Ibidem*.

Raz propone el ejemplo de las reglas de legítima defensa o las del error del tipo pues ellas siempre tendrán prioridad a la regla que prohíbe el asalto.

En los principios esto es distinto. Raz opina que aunque un principio en razón de su peso tenga prioridad sobre otro, esto no significa, sin embargo, que esto deba ser siempre así. Los principios son relativos al “the amount of good or harm” (*la equivalencia entre el costo y el beneficio*), que está vinculado a la consecución de un objetivo o meta⁽⁶⁹⁾.

De estos argumentos Raz deduce que los conflictos entre reglas solamente deberán ser resueltos en función de su importancia relativa, mientras que las colisiones entre principios serán resueltos en función de su importancia relativa conjuntamente con las consecuencias de sus objetivos o metas. Raz considera a esto como el rasgo fundamental que distingue a las reglas de los principios. Así Raz no ve ninguna diferencia de naturaleza lógica entre las reglas y los principios. Por el contrario, Raz opina que esta diferencia es solo gradual. Él ve este rasgo en el grado de determinabilidad del contenido normativo. Las reglas describen una acción específica, mientras que los principios una indeterminada.

Pero entre una acción específica y una acción no específica existen distintos grados de intensidad. Así un accionar específico puede ser descrito en distintas formas. Raz da el siguiente ejemplo: el acto de fumar puede ser determinado en distintas formas, ya que se puede tratar de cigarros, cigarrillos o pipas⁽⁷⁰⁾.

En consecuencia, la diferencia entre reglas y principios es de naturaleza gradual, ya que no existe una línea clara que diferencie estrictamente entre acciones específicas y no específicas.

2. Tesis de la coincidencia o armonía de Aulis Aarnio

La tesis de la coincidencia sostiene que la pretendida diferencia entre reglas y principios no es de naturaleza lógica ni gradual, por el contrario, estos conceptos tendrían una estructura similar. Todas las características que se muestran en los principios se podrían reconocer también en las reglas⁽⁷¹⁾.

(69) Ibídem, p. 833.

(70) Ibídem, p. 838.

(71) ALEX Y, R. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Ob. cit., p. 65.

En el centro de la argumentación de Aarnio se encuentra la tesis de que a nivel de los enunciados normativos no existiría límite alguno reconocible que diferencie a las reglas de los principios, aún más, estos límites aparentes serían tan imprecisos que entre reglas y principios podrían reconocerse otras categorías como: “rule-like principles” (reglas como principios) y “principle-like rules” (principios como reglas)⁽⁷²⁾, en consecuencia, no existen diferencias estrictas entre estas categorías, sino simplemente una leve matizado de una sobre la otra⁽⁷³⁾. Aarnio deduce de ahí que a nivel de los enunciados normativos no se constituye la pretendida diferenciación, pues a este nivel domina la vaguedad y la apertura. Esta ambigüedad se puede solucionar a través de un proceso interpretativo que tome en cuenta a todas las circunstancias posibles que tengan conexión con el caso, específicamente lo que él llama el significado de consideración de todos los factores o *all-things-considerate* (ATC). Con ello sería irrelevante si se trata de una regla, de una regla como principio, de un principio como regla o de un simple principio, en todos los casos se obtendrá, luego de la interpretación, una regla válida e inequívoca⁽⁷⁴⁾. Una separación estricta entre reglas y principios sería solo posible cuando se trate de una regla inequívoca y un principio como valor⁽⁷⁵⁾.

A nivel de la estructura normativa Aarnio critica también al mandato de optimización como criterio de diferenciación entre reglas y principios. Según él tanto las reglas así como los principios poseen la misma estructura deóntica. Esto significa que ambas categorías contienen al mismo operador deóntico: el mandato que exige que algo sea realizado si y solo si, en la mayor medida posible, es decir, alcanzar la óptima realización de lo mandado⁽⁷⁶⁾. Con esto los principios entendidos como mandatos de optimización contendrían una estructura de regla, pues ellos exigen siempre la óptima realización de su objeto. Por esta razón tanto la teoría de la distinción estricta, así como la de la distinción débil no contribuirían en nada para fundamentar la pretendida separación entre reglas y principios.

VI. Resultado

En la discusión sobre la posibilidad de distinción entre reglas y principios existen tres posiciones básicas. La primera, defendida por Ronald Dworkin y

(72) AARNIO, A. *Taking Rules Seriously*. Ob. cit., p. 184.

(73) *Ibidem*, p. 185.

(74) *Ibidem*, p. 187.

(75) *Ibidem*, p. 192.

(76) *Ibidem*, p. 187.

Robert Alexy, sostiene que se debe distinguir estrictamente entre reglas y principios. Dentro de esta posición existen distintos criterios para fundamentar esta distinción. Dworkin se apoya en una estructura de reglas que contiene una forma “todo o nada” y en una estructura de principios que contiene un peso. Robert Alexy critica la propuesta de Dworkin por carecer esta de argumentos para fundamentar una distinción. Por ello, Alexy construye una teoría propia sobre criterios que sí podrían sustentar una distinción estricta. Estos criterios son: el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación. La segunda posición sostiene que a nivel de la estructura normativa no existe distinción estricta alguna entre reglas y principios, sino solo una de naturaleza gradual. Los principales representantes de esta tesis son Ulrich Pensi y Joseph Raz. Una tercera posición es sostenida por la tesis de correspondencia, esta tesis sostiene que las reglas y los principios poseen una estructura similar y no cabría distinguir entre ellos. El principal representante de esta tesis es Aulis Aarnio.

Se hace reconocible que la distinción entre reglas y principios es de especial importancia, siendo aún discutido si esta distinción es una estricta, gradual o inexistente. Pero para poder entender la especial estructura de los derechos fundamentales no solamente hacen falta criterios que favorezcan y faciliten su aplicación en la praxis, son también necesarios criterios que permitan fundamentar la validez y la primacía de una norma.

La importancia de distinguir entre reglas y principios reside en que esta distinción tiene que ver tanto con la estructura normativa como con las razones argumentativas diferenciadas para la solución de los posibles conflictos entre normas de derecho fundamental. En ese sentido una opinión que no diferencia entre reglas y principios o que lo hace de una manera gradual va en contra de la esencia de las normas así como en contra de su aplicación. Tesis como la separación débil carecen de una adecuada forma de aplicación, por esta razón requieren del esquema de aplicación de la tesis de la separación estricta. En cuanto a la tesis de la concordancia, el problema reside en la estructura deontológica del mandato en las reglas y en los principios. Por un lado, lo que en ambos es idéntico es el mandato, por otro lado, lo que es distinto es la consecución del fin. Esta teoría asume también una parte de la tesis de la separación estricta, cuando sostiene que una prueba *all things considerate* (la consideración de todos los factores) debe llevarse a cabo, lo cual se asemeja a un análisis que toma en cuenta tanto las circunstancias fácticas así como las jurídicas, es decir, una parte del mandato de optimización de Alexy.

Las mencionadas críticas dirigidas en contra de la tesis de la separación estricta entre reglas y principios se ubican a nivel de la estructura de las normas y sostienen que la estructura de una norma es el principal argumento que fundamenta su validez. Esto contradice al propio concepto de derecho. La validez de una norma no depende de su estructura, sino más bien de su conformidad con el ordenamiento jurídico, de su eficacia social y de su corrección interna. Normas entendidas como reglas y principios poseen no solamente un nivel normativo, sino también un nivel argumentativo.

Ahora surge la pregunta: ¿cuál es el fin de esta distinción? Una posible respuesta sería: el fin es la racionalidad del sistema jurídico. De esta respuesta surge otra pregunta: ¿Es esta distinción de naturaleza teleológica? Con la distinción entre reglas y principios no se quiere decir que el fin sea un argumento teleológico que solo busca la racionalidad del sistema jurídico. Se trata más bien de una relación implicativa que vincula tanto a la estructura de las normas (sean reglas o principios) como a la estructura de la aplicación normativa (subsunción o ponderación). Por ello se puede deducir que cuando el fin es la racionalidad de la ponderación, se debe entender a las normas de derecho fundamental como principios.

Aunque Dworkin reconoció en la estructura de las normas a las reglas y a los principios, este esfuerzo no basta para exponer la distinción que existe entre ambos. Dworkin dice que los principios poseen un peso, pero él no da criterio alguno para determinar dicho peso. Dworkin determina que se debe llevar a cabo un *balancing* (ponderación), pero él no sigue con su tesis. Por el contrario, Alexy expone un esquema argumentativo que abarca ambos lados de la teoría de los principios, es decir, el lado teórico-normativo y el lado argumentativo. Por esta razón Alexy coloca junto a la característica del peso, otras estructuras argumentativas: el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación. Todo esto culmina en el reforzamiento de la validez de una norma.

Para concluir quisiera realizar una pregunta más: ¿es la teoría del Derecho siempre dependiente de su aplicabilidad en la praxis? Una teoría jurídica depende no solo de la praxis, sino de cómo la praxis debe ser cuando ella es justa y racional.

**CRITERIOS EN TORNO A LA
ACTIVIDAD DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**



Justicia constitucional y argumentación jurídica

Pedro P. Grández Castro^()*

I. Premisa: la “marcha triunfal” de la justicia constitucional y sus desafíos

La significativa presencia de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas viene generando una serie de transformaciones no solo en el ámbito propio del Derecho Constitucional, sino que sus consecuencias se expanden y tocan la propia estructura de las normas jurídicas y de la teoría del Derecho en general⁽¹⁾.

(*) Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Asesor del Tribunal Constitucional.

(1) Sobre la incidencia del modelo del constitucionalismo en la teoría del Derecho puede verse, entre otros muchos trabajos en castellano: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón, Trotta, 1995; PRIETO, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1999; SASTRE, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill, Interamericana de España, 1999; *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell Sánchez, Trotta, 2003; *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell Sánchez Trotta, 2007; FERRAJOLI, Luigi; MORESO MATEOS, Juan José, y ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Constitución y argumentación”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*. N° 24, 2007, pp. 197-228. Un diálogo reciente entre dos profesores de Filosofía del Derecho da cuenta de la actualidad del debate en España: “Imperio de la Ley y Constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”. En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N° 0, 2008. Se trata, en palabras de Luis Prieto, de la transformación que se va operando en los sistemas jurídicos contemporáneos como consecuencia de asumir “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002.

Peter Häberle⁽²⁾ ha calificado de “marcha triunfal” con alcance “mundial” a la proyección de la justicia constitucional en las actuales democracias. En la misma dirección, Martín Shapiro ha anotado que este entusiasmo por la justicia constitucional viene en realidad auspiciado por el “entusiasmo global por los derechos”⁽³⁾ que se ha suscitado en todo Europa en la segunda mitad del siglo XX y que sugiere una suerte de encuentro entre la tradición europeo continental tan apegada a los códigos normativos y la tradición norteamericana que tempranamente estructuró su ideal de democracia sobre la base de los derechos individuales inalienables⁽⁴⁾.

En este contexto, las decisiones de estos órganos constitucionales se han convertido en una pieza fundamental en el discurso jurídico contemporáneo y en un poderoso instrumento para la defensa tanto del modelo de democracia constitucional como de los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones. La razón de esto puede encontrarse en el consenso que ha alcanzado en la vida de las democracias más consolidadas la idea del control del poder a través del juicio de constitucionalidad, o la propia defensa de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción constitucional, que muestran al juez constitucional como un “soberano” bastante querido por los “súbditos” del Estado Constitucional.

Desde otro lugar, Cappelletti ha presentado a la jurisdicción constitucional como la “más importante y más prometedora de las respuestas que un número creciente de naciones ha intentado dar al problema de la opresión gubernamental”⁽⁵⁾. El juez constitucional es, desde esta perspectiva, un garante frente al “enemigo” histórico de las libertades: el Estado mismo. En este sentido, se ha sostenido que la creciente presencia de los Tribunales Constitucionales, que constituyen una suerte de timonel en la marcha de la justicia constitucional,

-
- (2) HÄBERLE, P. “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”. Traducción de Joaquín Brague Camazano. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, Madrid, 2001, recientemente ha sido incluido en el volumen del autor publicado en Perú bajo el título de: *Nueve ensayos constitucionales y una lección Jubilar*, Palestra, Lima, 2004, p. 128.
 - (3) SHAPIRO, M. “Revisión Judicial en democracias desarrolladas”. En: *Tribunales Constitucionales y democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 242.
 - (4) HAMILTON, Alexander. *El Federalista*. (Paper N° LXXVIII) FCE, México, 2000.
 - (5) CAPPELLETTI, M. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”. En: *REDC*. N° 17, CEC, Madrid, 1986, p. 13.

“ha desafiado al clásico principio de división de poderes”⁽⁶⁾, constituyéndose en la práctica en una suerte de árbitro inseparable de dicha “división”.

Más todavía, desde España se ha lanzado la tesis conforme a la cual el juez constitucional vendría a actuar como “comisionado del poder constituyente”⁽⁷⁾, encargado no solo del “sostenimiento” de dicha obra, sino de su constante revitalización. No sería pues un celoso restaurador o guardián de las grafías o textos históricos⁽⁸⁾, sino un delegado actual para defender su obra interpretándola en cada momento histórico y contextualizándola conforme a los requerimientos de cada época. Aun cuando esta tesis no ha merecido mayor polémica en España, quizá por el prestigio y ascendencia de su mentor, no hay que olvidar, sin embargo, que una tesis similar constituye el núcleo de un debate abierto en la tradición del constitucionalismo norteamericano en el que una afirmación en tal sentido llevaría a calificar la presencia de los jueces constitucionales, como “una seria amenaza para el sistema de democracia representativa”⁽⁹⁾.

1. El Tribunal Constitucional como “órgano oficial” de interpretación

Sea como fuere, al margen de este debate que tiene dimensiones no solo jurídicas sino fundamentalmente políticas y hasta sociológicas, los tribunales constitucionales suelen ser identificados en las democracias contemporáneas como “intérpretes supremos” o, mejor aún, como órganos “oficiales” de

(6) LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición, Pa-lestra, Lima, 2007, p. 74.

(7) Así en la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición, Madrid, 1983, p. 198.

(8) Aunque esta sea la tesis sustancial del textualismo y del originalismo norteamericanos. El *originalismo* ha tenido gran desarrollo, sobre todo en el Derecho Constitucional norteamericano y ha respondido al prestigio que ha adquirido en su más de 200 años, la Constitución de los Estados Unidos. Sobre el originalismo y su actual desarrollo Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984. Una versión de textualismo lingüístico un tanto más desarrollado y con matices, puede verse en el caso español en: GARCÍA AMADO, Juan A. “Sobre la interpretación Constitucional”, incluido en su libro *Ensayos de Filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, pp. 67 y ss.

(9) Cfr. WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid, 2005. Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga, p. 264. Un intento de armonizar democracia representativa y poder de control de los jueces puede verse en: ELY, John H. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980. Cito de la versión castellana, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

asignación de significados a los textos constitucionales. Una suerte de traductor oficial de las grafías del constituyente y, si se entiende por “grafía” –como lo hace la Real Academia Española– el “Modo de escribir o representar los sonidos”, el Tribunal Constitucional bien puede ser representado simbólicamente como la *orquesta oficial* encargada de interpretar los “sonidos constitucionales” adecuando su ritmo y compás a cada tiempo y época en que se ejecute.

El que sea la “orquesta oficial” no quita la posibilidad, desde luego, de que también la melodía constitucional pueda ser interpretada y ejecutada por otras orquestas o incluso por “solistas aficionados”⁽¹⁰⁾. La *oficialidad* no quiere decir aquí estatalidad de la interpretación ni mucho menos verticalidad para imponer alguna “verdad oficial”. La sociedad plural del Estado Constitucional no podría admitir intérpretes oficiales en tal sentido. En cualquier caso, el rótulo de *orquesta oficial* solo quiere poner de manifiesto la calidad de sonido *auténtico* de la melodía que debe ser interpretada de manera autorizada. El Tribunal actúa así, en más de una ocasión, como una especie de “retocador” de múltiples interpretaciones todas posibles desde el atril de la Constitución, institucionalizando las versiones de otros intérpretes que no tienen la posibilidad de hacer valer sus versiones si no fuera por la recepción que pueda hacer de estas el Tribunal Constitucional. En este sentido, también actúa “convirtiendo” en *oficial* otras versiones posibles en la recreación acústica de la Constitución⁽¹¹⁾.

Tener la responsabilidad de una interpretación autorizada de la partitura constitucional le ha merecido al Tribunal un prestigio indiscutible, sobre todo si analizamos sus hazañas en contextos de estabilidad democrática⁽¹²⁾. Pese a este prestigio que está precedido, como ya dijimos, de aquel que ha adquirido en el contexto de las democracias actuales, el propio modelo del Constitucionalismo

(10) Intérpretes autorizados y necesarios de la Constitución son desde luego el Parlamento, el Poder Ejecutivo, los órganos constitucionales autónomos etc.

(11) Se puede hablar en este sentido del “derecho de acceso a la interpretación constitucional” a través de los procesos constitucionales que es la vía a través de la cual la *sociedad plural* participa de este “proceso público”, como lo ha llamado Häberle.

(12) Expresiva de estas hazañas es la siguiente frase de Alexy aludiendo a la obra del Tribunal Federal Alemán: “Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino solo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de setiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”. Cfr. ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. Traducción de Alfonso García Figueroa. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (edición de), Trotta, 2003.

como modelo de organización que maximiza los controles⁽¹³⁾ viene suscitando constantes disputas con otros actores de la vida democrática, como son el Parlamento, el propio Poder Judicial, los organismos autónomos⁽¹⁴⁾ cuando no el propio Gobierno o incluso determinados actores sociales, como las ONG o determinados sectores organizados de la sociedad. En este contexto, el argumento más recurrente ha sido desde luego, el acusar al Tribunal de carencia de legitimidad democrática para ejercer el control del Parlamento⁽¹⁵⁾ o, cuando se trata del Poder Judicial, se suele recurrir al principio de independencia judicial, dejando entrever que la anulación de una sentencia firme por parte del Tribunal supone en muchos casos, la afectación no solo de la cosa juzgada sino también de la propia independencia y autonomía del Poder Judicial⁽¹⁶⁾. Pero quizá la acusación que más debe preocupar a un Tribunal que decide conflictos como tercero imparcial sea el que se cuestione precisamente su falta de independencia e imparcialidad en determinadas causas, puesto que en el mantenimiento de estos valores radica la propia legitimidad del Tribunal⁽¹⁷⁾.

2. El control constitucional como colaboración

Frente a la acusación de actuar en “terreno ajeno” cuando se trata del control del Parlamento, Lawrence Sager⁽¹⁸⁾ ha sugerido la idea de la *colaboración* como un modelo posible entre los esquemas teóricos que tratan de describir

(13) Una caracterización del constitucionalismo en sus rasgos fundamentales puede verse en: PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En: REDC. N° 71, Madrid, 2004.

(14) Especialmente relevante y significativa de esto es en el contexto peruano la reticencia pública frente a las sentencias del TC por parte del Jurado Nacional de Elecciones o del Consejo Nacional de la Magistratura. En ambos casos el TC ha establecido que tales organismos no están exentos de control por parte del Tribunal en su actuación, cuando violen algún derecho fundamental. Sobre las reacciones del propio Parlamento frente al TC, puede verse el proyecto de reforma constitucional que intenta limitar las potestades interpretativas de este organismo. Cfr. al respecto *Tribunal Constitucional y control de poderes*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2006.

(15) Sobre el carácter contra mayoritario de la justicia constitucional, las referencias son extensas. Cito por todas, la reciente argumentación contra esta tesis que ha propuesto Juan Carlos Bayón en: “Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En: AA. VV. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid, 2004, pp. 67-138.

(16) En el contexto nacional, expresivo de este tipo de problemas es la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 006-2006-CC/TC (Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial). Un análisis crítico de esta decisión puede verse en; GARCÍA BELAUNDE, D. *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Palestra, Lima, 2007.

(17) ZAGREBELSKY. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2008.

(18) Cfr. SAGER, L. G. *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Traducción de Víctor Ferreres Comella, Marcial Pons, 2004, p. 44.

la práctica del control judicial norteamericano. La idea de la colaboración resulta del hecho real de “la generalidad con la que se expresan la mayoría de las cláusulas que garantizan la libertad”, lo que requiere para su concreción de “interpretaciones elaboradas”, puesto que (las cláusulas constitucionales) no se tratan de “instrucciones para la resolución de casos específicos”, sino más bien de “ideales normativos” en los que los “juicios” de los tribunales resultan indispensables. De este modo, “la tarea de interpretar la Constitución requiere la colaboración entre las generaciones constituyentes que fijaron el texto de este documento y quienes tienen la función de aplicar los preceptos textuales a casos concretos que se plantean en nuestra comunidad política”⁽¹⁹⁾.

Así, la idea de la colaboración se presenta como una tesis sugestiva que puede ahuyentar cualquier prejuicio que ve en la presencia de los tribunales una suerte de “fiscalizador” antidemocrático. Por lo demás, en la práctica, es claro que la presencia del Tribunal contribuye también al propio fortalecimiento tanto del Parlamento como del Poder Judicial, en la medida en que en la gran mayoría de casos el Tribunal confirma la constitucionalidad no solo de la ley, sino también de la actuación del Poder Judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este dato resulta relevante en democracias con déficit de legitimidad social y donde existe también fragilidad de las instituciones. En estos contextos, el Tribunal Constitucional bien puede ser visto además como un auténtico moderador de las luchas o conflictos de intereses y un pacificador de las tensiones que se producen entre Derecho y poderes fácticos⁽²⁰⁾. De este modo, parece más razonable comprender el accionar del Tribunal como un *colaborador* en el desarrollo de las instituciones de la democracia y, llegado el caso, como un comprometido “nivelador” de las serias asimetrías existentes en una sociedad fragmentada como la nuestra, que en muchos casos compromete la propia dignidad humana, como es el caso de la extrema pobreza⁽²¹⁾.

Con relación a las “tensiones” con el Poder Judicial, en nuestro contexto esto acontece en el marco de un claro “despertar” del juez ordinario como juez del Estado constitucional, que encuentra en el Tribunal Constitucional una

(19) SAGER, L. Ob. cit., p. 85.

(20) Una lectura en esta dirección puede verse en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Tribunal Constitucional y Transición democrática. Un ensayo de interpretación de su actuación”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N° 4, Tribunal Constitucional, Lima, 2006. Versión on-line: <www.tc.gob.pe/gaceta>.

(21) Cfr. POGGE, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Paidós, Barcelona, 2005.

suerte de “superjuez”, capaz no solo de actuar como instancia definitiva en los procesos constitucionales, sino que, además, se presenta como un poder de corrección sustancial del proceder de la justicia ordinaria, invalidando sus decisiones cuando estas, a criterio del Tribunal, invaden zonas vedadas, como son los derechos fundamentales⁽²²⁾. Tal actuación se desarrolla además en un esquema bastante imperfecto de articulación entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional⁽²³⁾, lo que permite en muchos casos, un avance en las potestades del máximo intérprete constitucional, apoyado en su propia doctrina jurisprudencial⁽²⁴⁾, que tiene, en los últimos años, un importante arsenal teórico a partir de una práctica de recepción que ha sido manifiesta en los últimos años⁽²⁵⁾.

Salidos de los cauces y disputas institucionales, el Tribunal Constitucional se enfrenta a otras tantas amenazas respecto de su legitimidad. Esta vez es su actuación en las decisiones difíciles para la sociedad misma. Las cuestiones sobre la moral pública extraídas desde la Constitución como auténticos problemas jurídicos llegan de modo inevitable al Tribunal y someten a este a nuevos

- (22) Esto ocurre por ejemplo con el control de decisiones judiciales penales, en las que el Tribunal peruano no ha dudado en actuar, en más de una ocasión, ya no solo como juez excepcional, sino como verdadera instancia de corrección, incluso controlando el solo avocamiento en un proceso penal, al admitir por ejemplo el control del auto de apertura de un proceso penal. Véase la reciente sentencia en el caso, John McCarter, Contra la Primera Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte de Lima (Exp. N° 4989-2006-PHC/TC).
- (23) Sobre el desarrollo de estas relaciones en los últimos años, cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú”. En: *Estudios Constitucionales*. ARA, Lima, 2002, p. 341 y ss.
- (24) Especial lugar ocupa en esta dirección la llamada autonomía procesal del Tribunal, recogida en tales términos de la jurisprudencia alemana y que ha servido de argumento central a muchas de las “intervenciones” por parte del TC peruano, en el seno de las decisiones del juez ordinario. Sobre la autonomía procesal y su recepción en la jurisprudencia del TC peruano. Cfr. RTC N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (auto de admisión). Si bien se trataba en esta ocasión de una demanda de inconstitucionalidad, lo cierto es que la doctrina de la autonomía procesal del TC y la concepción del Derecho Procesal Constitucional, como “un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva”, orientado a los fines “del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución”; viene generando espacios de actuación, especialmente importantes a la hora de controlar las propias decisiones de los jueces ordinarios a través, sobre todo, del proceso de amparo contra decisiones judiciales.
- (25) Cfr. PEGORARO, L. “La utilización del Derecho Comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). Tomo II. UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008; versión <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2556/21.pdf>> consultado el 10 de septiembre de 2009.

desafíos⁽²⁶⁾. Las características de una sociedad pluralista, con credos y aspiraciones diferentes que conviven en el Estado democrático, hace inevitable que las soluciones puedan satisfacer a todos. Los ejemplos abundan, desde el aborto y el Derecho penal, hasta la libertad religiosa y la tolerancia; sin dejar de mencionar el clásico conflicto entre libertad de expresión e información con los derechos al honor e intimidad⁽²⁷⁾.

Este es, más o menos, el escenario en que transita actualmente la justicia constitucional, no solo en Europa, sino también en los países donde se ha venido desarrollando en los últimos años el Estado constitucional, como es el caso peruano. En cualquiera de los escenarios, el Tribunal Constitucional es, no obstante, un juez vinculado a la Constitución que debe dar cuenta pública de sus decisiones y en el que, sin duda, la argumentación juega un rol relevante.

3. La argumentación como estrategia de legitimación

Frente al panorama descrito, la justificación (argumentación) se presenta como una poderosa herramienta de autolegitimación, no solo para TC, sino para el *poder jurisdiccional* en general, entendido como poder compartido entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Frente a las “fuerzas” de la política, de los grupos de presión, de las “mayorías”, de los medios de comunicación y su “juicios paralelos”, “los jueces solo pueden utilizar la fuerza de las razones jurídicas”⁽²⁸⁾. Justificando cada una de sus decisiones, el juez logra conectar su potestad jurisdiccional con la *República* que es, en la sutil distinción de Zagrebelsky, el *genus* de la democracia, que es la *especie*. De este modo, frente a las desviaciones o “degeneraciones” de la *especie*, la justicia constitucional que protege al *género* que es la república, reivindicándola; puede incluso limitar a “la democracia porque sirve para preservar el carácter de

(26) En el caso peruano, este extremo tampoco ha estado ausente. Solo como muestra véase el caso sobre la píldora del día siguiente, resuelto vía un proceso de cumplimiento en el Exp. N° 7435-2006-PC/TC. Esta decisión ha sido dejada de lado en una polémica decisión del Tribunal por mayoría, que dispuso que el Gobierno peruano se abstenga de repartir en forma gratuita del AOE a través de los centros de atención del Ministerio de Salud (cfr. STC Exp. N° 2005-2009-AA/TC).

(27) Sobre estos conflictos en el caso peruano cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal: su desarrollo actual y sus conflictos*. Palestra, Lima, 2004. Más recientemente, MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*, Palestra, Lima, 2007.

(28) ZAGREBELSKY, G. Ob. cit., p. 100.

especificación de la República” en tal sentido: “la justicia constitucional es una función republicana”⁽²⁹⁾.

Comprender la actuación de la justicia Constitucional desde la perspectiva de la *República* y no de la *democracia* no supone, sin embargo, renunciar a la necesidad de presentar argumentos a favor de su legitimidad. La justificación es aquí el arma inofensiva pero irrenunciable del carácter *republicano* de la función jurisdiccional del juez constitucional. La motivación de las decisiones del juez constitucional se presenta en este punto, no solo como legitimación de su propio actuar, sino también como punto de contención frente a las críticas que suelen hacerse a la forma en que desarrolla su accionar frente a los demás poderes, más conectados con la legitimidad que proyecta la *democracia*.

Se trata de comprender la argumentación constitucional en su doble función: como actividad orientada al proceso en concreto, pero también como proceso público de decisión en el que el órgano constitucional logra legitimarse en sus funciones. No es solo “técnica” de la subsunción para la corrección en el razonamiento deductivo, sino discurso abierto en busca de adhesiones⁽³⁰⁾. Esto supone, desde luego, asumir una cierta concepción de la Constitución y sus contenidos, y también de las posibilidades de actuación de un Tribunal Constitucional en un determinado contexto o realidad.

Así, una teoría de la argumentación constitucional debe asumir que ya no se trata solo de conectar los textos de la Constitución con determinadas teorías jurídicas de interpretación de textos legales, porque la Constitución no puede ser comprendida como un texto legal más, sino más bien como un pacto social que intenta la cohesión de una sociedad plural que, pese a todo, confía en las soluciones jurídicas de sus problemas. De esta manera, “la interpretación constitucional en sociedades desintegradas debe pasar por incorporar la realidad en la norma e interpretar a esta a través de las instituciones”⁽³¹⁾. Habría que postular entonces la necesidad de migrar el discurso *de la interpretación jurídica a la argumentación*, con la finalidad de abrir el razonamiento técnico-jurídico al razonamiento moral y social más amplio, al discurso práctico general, como lo ha propuesto Alexy⁽³²⁾.

(29) Ibídem, p. 102.

(30) Cfr. VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964.

(31) Cfr. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional...* Ob. cit., p. 573.

(32) En este sentido Alexy ha planteado la necesidad de conectar el razonamiento jurídico con el razonamiento práctico: “La necesidad de razonamiento jurídico, como algo más que la mera subsunción y, en cuanto tal, más que la mera ejecución de lo autoritativo, surge de la frecuentemente

En una tarea de tal envergadura, la interpretación constitucional no puede limitarse a una actividad de técnica jurídica⁽³³⁾, pues se trata, en el fondo, de asumir compromisos y convicciones sobre valores, derechos y preferencias, a partir de un texto que, en muchos casos, resulta demasiado parco para el jurista acostumbrado a las subsunciones. Más aún, la multiplicidad de métodos, antes que caminos “objetivos” para encontrar respuestas correctas y únicas desde la Constitución, nos hablan de diversos modos de entender el Derecho o la Constitución a partir de ciertas concepciones de la vida práctica o a partir de ciertas ideologías de la propia interpretación.

Entonces, parece indispensable el abordar el problema en su dimensión integral, esto es, ver la actuación de los Tribunales Constitucionales como órganos de asignación de derechos y de creación de normas constitucionales⁽³⁴⁾ a partir de su actuación jurisdiccional, esto es, a partir de la argumentación que desarrollan de cara a los casos concretos. Ello supone analizar la estructura misma del razonamiento del juez constitucional y asumir de entrada el rol que juega en esta tarea los esquemas mentales o ideologías como “precomprensiones” tanto de la Constitución como de los fines que esta persigue en las actuales sociedades.

Que los Jueces constitucionales justifiquen o argumenten sus decisiones parece una obviedad; es más, en la práctica, es posible encontrar que las sentencias constitucionales son bastante más extensas y consistentes en argumentos respecto de las que expide el Poder Judicial. Lo cual, desde luego, tampoco quiere decir que estén bien fundamentadas y, menos aún, que las respuestas dadas a los

mencionada textura abierta del material autoritativo (Hart, 1994, 126 y ss.). El razonamiento en defecto de material autoritativo puede, por definición, no estar determinado únicamente por lo que es autoritativo. Este razonamiento puede resultar libre hasta un cierto grado”. Cfr. “La tesis del caso especial”. En: *Isegoría*. N° 19, 1999, p. 24.

- (33) Aun cuando incluso en esta tarea, hasta hace poco, se denunciaba cierta ausencia de trabajos de investigación en el campo constitucional. Así por ejemplo el profesor Pérez Luño en la década del ochenta del siglo pasado daba cuenta con “cierta perplejidad”, la “escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional”. Cfr. del autor, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, 1984. Por esos mismos años, Francisco Rubio Llorente con modestia confesaba enfrentarse a una *nova terra* al referirse a la interpretación constitucional y luego, tranquilizándose un poco, escribía: “Una consideración bien simple viene a tranquilizarme: la de que este antiguo desinterés y reciente apasionamiento por el problema de la interpretación no es una veleidad personal, sino por así decirlo, una actitud colectiva”. Cfr. El Prólogo al libro de Alonso García, E. *La interpretación de la Constitución*. CEC, Madrid, 1984.

- (34) SPADARO, Antonino. “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como ‘técnica’ de creación de normas constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N° 12, Lima, diciembre de 2007.

casos planteados, sean, desde un punto de vista jurídico, siempre las más correctas. “Una suma de argumentos no asegura la solución correcta”, anota Garrido Falla⁽³⁵⁾ desde su experiencia personal como magistrado del Tribunal Constitucional español.

¿Cómo debe afrontarse el problema de la justificación racional de la decisión jurisdiccional y, en concreto, el de la justificación de la sentencia constitucional? ¿Es posible dar respuestas correctas desde la Constitución? ¿Cuáles son los modelos teóricos y como actúa en la práctica un Tribunal Constitucional? El punto de partida para responder estas cuestiones hay que ubicarlo en los precompromisos o preconcepciones que constituyen el primer parámetro en el discurso argumentativo de los tribunales.

II. Ideologías y argumentación

Desde luego, todas las interrogantes planteadas *supra* no podrían ser abordadas en esta ocasión. Aquí⁽³⁶⁾ nos limitamos a indagar sobre los modelos o esquemas ideológicos, otrora explorados con ocasión de analizar las actitudes del juez frente a la ley⁽³⁷⁾, como puntos de partida para una indagación sobre la argumentación constitucional y sus problemas. Las actitudes del juez, obviamente, deben también ser analizadas a partir de los modelos o concepciones de Constitución, pues es claro que no da lo mismo interpretar o argumentar a partir de una Constitución entendida como norma política o procedimental, que hacerlo desde una Constitución entendida como norma material o con contenidos que condicionan el propio proceso político⁽³⁸⁾.

En lo que sigue, sin embargo, quisiera referirme a las actitudes más salientes con relación a la interpretación de la Constitución y que creo expresan *precompresiones*⁽³⁹⁾ que condicionan de manera relevante el trabajo judicial y la respuesta que deben dar los Tribunales Constitucionales en la mayoría de casos.

(35) GARRIDO FALLA, F. Ob. cit., p. 143.

(36) El presente desarrollo forma parte de un trabajo de mayor extensión sobre *La argumentación constitucional y sus problemas* (en prensa).

(37) Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos, Madrid, 1987.

(38) Sobre estos modelos véase: AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004; especialmente el Cap. II. También COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”. En: *Interpretación Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Tomo I, México, 2005, p. 469 y ss.

(39) Utilizo el término *precompresión* en el sentido de Gadamer. Cfr. su libro fundamental: *Verdad y método*. Sígueme, Salamanca, 1977.

1. El “juez vinculado” al texto de la Constitución: el control *semántico* de la Constitución

El primero de los esquemas ideológicos frente a la Constitución en Europa Continental tiene su antecedente en la actitud de los exégetas frente al Código de Napoleón. Esto es, una actitud de dependencia y de compromiso frente a la obra del legislador racional y expresión del poder legítimo de la burguesía en el poder. Se trata de ver en el juez un órgano de ejecución de los actos legislativos. De este modo, se pretende separar conceptualmente los actos de creación (política) de la ley, con los actos de aplicación (técnico-judicial) a cargo de los jueces a quienes se les delega un “poder nulo” o de simple subsunción.

En la medida que el juez del Antiguo Régimen era un juez dispuesto al soberano, pero también a su propia voluntad, la idea de los revolucionarios franceses era limitar el razonamiento judicial a la simple aplicación de la ley. De ahí que Montesquieu haya escrito que: “Si las sentencias fueran una opinión particular del juez se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella; sin embargo, puesto que el poder judicial tiene que renunciar a su opinión particular en aras de la generalidad de la ley, ha de aspirar por tanto a ser un poder nulo”⁽⁴⁰⁾. Desde esta perspectiva, es de algún modo, el cambio de la voluntad particular del juez por la razón de la ley, la que opera con el advenimiento del nuevo régimen tras la revolución burguesa.

Si trasladamos este esquema mental a la aplicación de la Constitución y vemos en ella una ley más, es fácil suponer el modelo de argumentación y de judicatura constitucional resultante. Aunque existen diversos matices al interior de un entendimiento como el presentado aquí, podríamos afirmar, de manera general, que el textualismo⁽⁴¹⁾ es una buena expresión de este modelo ideológico. Según esta concepción, la Constitución debe ser interpretada atendiendo a lo que los constituyentes quisieron expresar al escribir determinado texto, de modo que la argumentación constitucional tiene como objeto el conocimiento o averiguación respecto de las *grafías* y de los significados tal como se entendieron en el momento en que fueron escritos.

(40) MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Lib. XI, Cap. 6.

(41) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La interpretación constitucional”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 2, 2004, p. 35 y ss.

En este sentido, García Amado expresará que “para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas”, comportándose como “juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos)”⁽⁴²⁾. Más recientemente García Amado ha insistido en una suerte de nuevo “noble sueño”⁽⁴³⁾ al sostener que: “No es mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y solo dice lo que dice”.

De este modo de entender el proceso de interpretación constitucional como un acto de conocimiento o indagación en los textos, se deriva inmediatamente un modelo de judicatura constitucional cuya actividad central es, como lo precisa el propio García Amado, una actividad de control “negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que *patentemente* vulneran la *semántica* de los enunciados constitucionales” (cursiva agregada)⁽⁴⁴⁾. En esta línea, la actividad de los tribunales constitucionales bien podría estar encomendada no a juristas con reconocida trayectoria profesional, como ocurre en la mayoría de los países, sino a filólogos o especialistas en descubrimiento de los significados “originarios” de textos arcaicos.

En esta misma dirección, aunque con matices propios de su tradición, encontramos al originalismo norteamericano sustentado, como es conocido, en la legitimidad histórica y social con que cuenta en dicho país los *framers* o padres fundadores. No obstante, se trata, también aquí, de reafirmar la vinculación a los autores del texto constitucional y, desde esta concepción, reducir el papel del juez constitucional a un ser angustiado por encontrar el sentido de las frases contextualizándolas, además, en el momento en que fueron escritas.

El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, es sin duda el exponente más visible del originalismo de nuestros días. Para el *Justice* Scalia la interpretación de la Constitución constituye una actividad orientada a “(...) tratar de entender qué es lo que quiere decir, que entendió la sociedad

(42) *Ibídem*, p. 61.

(43) HART, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericano: la pesadilla y el noble sueño”. En: *El Ámbito de lo Jurídico*. Pompeau Casanovas y Juan José Moreso (editores), Crítica, Barcelona, 2000, pp- 327-350.

(44) GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (edición de), Trotta, Madrid, 2007, p. 239.

y que significaba cuando fue adoptada. No creo que ello haya cambiado desde entonces”. Frente a la tesis de una concepción evolutiva en la interpretación constitucional, que permita incorporar los cambios a través de las decisiones judiciales, el *Justice* Scalia reacciona de manera enérgica: “¿Qué los hace pensar que el progreso humano es un plano inclinado que, todos los días y de todas las maneras posibles, nos hace mejores y mejores? A mí me parece que el propósito del *Bill of Rights* fue prevenir el cambio, no alentarlos y escribir ese propósito en la propia Constitución”⁽⁴⁵⁾.

Textualismo y originalismo, aun con sus múltiples variantes de contexto, confluyen sin embargo en sus fundamentos y modos de abordar determinados problemas jurídicos que tienen como punto de discordia la asignación de significados a un texto constitucional. Aun cuando no es posible (y con frecuencia ahí radica el problema) distinguir el significado literal de un texto de la intención de su autor, el originalismo, a diferencia de cómo lo haría un textualista, pretende reconstruir el significado de un texto a partir de la intención del autor del mismo.

De este modo, cabría hacer alguna distinción entre textualismo y originalismo, en la medida que, al menos para un sector, desde el textualismo lingüístico, es posible separar el significado del texto en sentido objetivo de las intenciones de su autor (sentido subjetivo). En el primer caso se trata de construir los significados al margen de las intenciones del autor, incluso acudiendo a convenciones lingüísticas o técnico-jurídicas, mientras que en el textualismo de tipo subjetivo lo determinante es el significado original, tal como lo entendía su autor o autores. Para ser justos, esta sería la postura más compatible con el *originalismo semántico*, para el que la única lectura posible es la que es capaz de descifrar la intención original del texto vinculándola a su mentor⁽⁴⁶⁾.

(45) Traducción libre del debate con Breyer, S. En: <<http://www.acslaw.org/node/3909>>. Debate del 5 de diciembre de 2006.

(46) Un ejemplo puede ilustrar mejor esta perspectiva. En el caso *Dred Scott* (1857), la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, fiel a una concepción originalista se preguntó si un negro, “cuyos antepasados llegaron a este país para ser vendidos como esclavos, convertirse en un miembro de pleno derecho de la comunidad política creada por nuestra Constitución y, por consiguiente, gozar de todos los derechos, libertades e inmunidades que esta garantiza”, para responder en sentido negativo esta cuestión, la Corte asignó un significado “original” al concepto “ciudadano” como sinónimo de “pueblo”. En tal sentido, la Corte argumentó, “este tipo de personas (sic) no están incluidas, y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de “ciudadanos” y, por consiguiente, no pueden válidamente reclamar ninguno de los derechos, libertades e inmunidades que la Constitución garantiza a los ciudadanos de los Estados Unidos.

El texto y sus significados históricos o *intencionales*⁽⁴⁷⁾ por un lado, y el texto y sus expresiones o significados *convencionales* por otro, formarían, sin embargo, dos manifestaciones de una misma concepción en la interpretación constitucional, en tanto dependientes de un texto. Por un lado, la interpretación se presenta como lectura literal (objetiva), y por otro como lectura intencional (subjetiva); mientras que el *convencionalismo lingüístico* apostaría más bien por una asignación de significados que, partiendo del texto, puede sin embargo apartarse de una lectura literal en busca de consensos lingüísticos que contextualicen el significado⁽⁴⁸⁾. De este modo, creo que en este esquema general el originalismo estaría más cerca del textualismo literal que de un textualismo *convencional*, que considera que en la interpretación de un texto vale tanto la intención como las convenciones lingüísticas que, en muchos casos incluso, pueden imponerse en busca de un mínimo de racionalidad que exige la labor de interpretación⁽⁴⁹⁾.

2. El juez *escéptico* y la interpretación como “creación” libre

En la versión de Hart, esta es la posición de la “pesadilla”⁽⁵⁰⁾: “El punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso”. Si bien, Hart intenta una “imagen” de lo que

Al contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante, y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidas a ella (sic) y no tenían más derechos que los que las autoridades quisiesen otorgarles”. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. CEPC, BOE, Madrid, 2005, p. 145 y ss.

(47) Dworkin ha propuesto una distinción más radical al referirse al originalismo “semántico”; “que entiende que lo que colectivamente querían decir los legisladores es decisivo para la determinación del significado constitucional” y el originalismo de la “expectativa”; “para el que lo decisivo es qué esperaban conseguir al decir lo que dijeron”. Cfr. DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz, Marcial Pons, 2007, p. 143.

(48) Aun cuando este es un problema irresuelto, como lo advirtiera el propio Kelsen: “Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, en favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión (...) Inclinar a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad —por lo general, problemática—, del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero”. Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de R. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 352.

(49) Un buen sector de la teoría jurídica analítica compartiría este punto de vista incluso desde una postura que se ha dado en llamar el *positivismo inclusivo*. Cfr. José Juan Moreso, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”. En: *Doxa*. N° 27, Alicante, 2004.

(50) HART, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericano: la pesadilla y el noble sueño”. En: *El Ámbito de lo Jurídico*. Pompeu Casanovas y Juan José Moreso (editores), Crítica, Barcelona, 2000, pp. 327-350.

sucede en el mundo jurídico norteamericano, el realismo ha traspasado fronteras. La siguiente cita recoge con bastante elocuencia el sentido de esta postura: “Las reglas jurídicas, no juegan ya el papel de instrumentos fiables que ayudan a los individuos a trazar, de manera precisa, las líneas según las cuales puedan organizar su conducta. Estas reglas se convierten, más bien, en instrumentos maleables que pueden plegarse a las estrategias y los intereses de cada jugador... el Derecho no es lo que la *ratio* dice, tras un examen público del texto de la ley, sino lo que impone la *voluntas* de quien en cada ocasión tiene más poder sobre el lenguaje. El cosmos del Derecho se rompe en una pluralidad indefinida de mundos, cada uno de los cuales obtiene, en definitiva, su propia legitimidad de los *speech acts* de los infinitos juegos del lenguaje, en el que los miembros de cada comunidad jurídica hacen estallar su fantasía hermenéutica”⁽⁵¹⁾.

Llevado al ámbito constitucional, esto supone asumir que la Constitución nada o poco le dice al Tribunal a la hora de interpretar sus cláusulas. El Tribunal es siempre libre al momento de interpretar la Constitución, la misma que, al final de cuentas, es “lo que los jueces dicen que es”, en la famosa expresión del *Chief justice* Hughes⁽⁵²⁾. Es verdad que esta afirmación no puede ser entendida en clave normativa o prescriptiva, sino más bien como descriptiva de lo que suele suceder en la práctica, pero es verdad también que este es el argumento que mejor define y fundamenta el *realismo constitucional*⁽⁵³⁾.

Es verdad que la imagen de la “pesadilla” ha sido expuesta para tratar de describir una cierta corriente de pensamiento norteamericano muy crítica del formalismo y escéptica respecto de los controles racionales a la actividad judicial; pero es verdad también que, en la medida que el modelo del constitucionalismo se resuelve en términos prácticos como judicialismo⁽⁵⁴⁾, conviene

(51) VOGLIOTTI, M. “La bande de Möbius : Un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit”. En : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. N° 38, 1997, p. 106.

(52) Cfr. HUGHES, Charles Evans. *La Corte Suprema de los Estados Unidos*. México, FCE, 1971, p. 7.

(53) Adopto este *nomen iuris* en clara alusión al realismo jurídico de procedencia norteamericana, para referirme a una cierta actitud a veces inconsciente en la práctica de los tribunales constitucionales que suele sobreponer el poder del Tribunal a los propios mandatos del poder del pueblo constituyente, sobreestimando la labor de la concreción judicial y poniendo en serio riesgo por esta vía, las bases conceptuales del modelo de la democracia representativa liberal para reemplazarla por una suerte de aristocracia judicial.

(54) En este sentido, Luis Prieto, cuando afirma: “En resumen, el neoconstitucionalismo como modelo de organización jurídico-política quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de este el sometimiento de todo poder al Derecho, el tipo de Constitución que hemos examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador. *Bien*

prevenirnos respecto de los límites a la actividad judicial, sobre todo cuando dicha actividad se desarrolla en el ámbito de la justicia constitucional que, a veces inconscientemente, parece adoptar una suerte de *realismo ingenuo*, en la creencia que el único órgano con capacidad para crear Derecho definitivo es el Tribunal Constitucional, o que todo lo que el Tribunal dice o crea se transforma sin más en “sustancia constitucional”.

El escepticismo interpretativo tiene múltiples expresiones, por lo que conviene seguir el esquema analítico que ha planteado Moreso⁽⁵⁵⁾. En tal sentido, las tesis atribuibles a esta perspectiva serían: a) Imposibilidad de conocer la verdad o falsedad de las proposiciones constitucionales (tesis metafísica); b) imposibilidad de asignar significados irrefutables a los enunciados constitucionales (tesis semántica); c) Imposibilidad de construir productos interpretativos verdaderos. Los significados (normas) no existen (tesis lógica); d) No existen respuestas correctas en los casos constitucionales (la tesis jurídica).

Una versión fuerte del escepticismo sería incompatible con cualquier esquema en el que se intente formular una teoría de la argumentación constitucional racional, en la medida que no sería posible incorporar criterios de corrección en la toma de decisiones. Sin embargo, desde una perspectiva de la argumentación racional, podría aceptarse la tesis jurídica de la imposibilidad de respuestas correctas, pero asumiendo como premisas algunas tesis diferentes a las establecidas en las tres tesis que anteceden a la tesis jurídica de la negación de una única respuesta en todo caso constitucional, como trataremos de ver más adelante. De este modo, el escepticismo puede resultar compatible en algunos puntos con teorías racionales de la argumentación.

La tesis de la interpretación escéptica o *libre creación judicial* que se observa con claridad en el realismo norteamericano no es, sin embargo, una tesis teórica solo perceptible en el esquema norteamericano. Moreso ha introducido

*es cierto que, a cambio, el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el Estado de Derecho, por un lado, no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”. Cfr. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2001, p. 89 (resaltado agregado).*

(55) Cfr. MORESO J. J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*. CEC, Madrid, 1997, pp. 186-187.

en su análisis dentro de esta perspectiva a una de las versiones, hoy por hoy, de mucha influencia en la práctica de los tribunales constitucionales. Nos referimos a la corriente analítica que ha propuesto la distinción entre disposición y norma. Conforme a esta concepción, el objeto de la interpretación no son las normas sino los enunciados lingüísticos, las grafías o textos con que se expresa el constituyente. La cuestión central aquí radica en establecer si los enunciados interpretativos (es decir, la justificación de los significados de un texto), pueden o no ser sometidos a control sobre su verdad o falsedad. Respondiendo de manera negativa esta cuestión, Moreso ha sostenido que “si la interpretación nunca tiene como resultado proposiciones susceptibles de verdad o falsedad y dado que las proposiciones jurídicas presuponen la actividad interpretativa –la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas–, entonces la tesis lógica del escepticismo es adecuada y ello conlleva la tesis jurídica: nunca hay respuesta correcta para ningún caso, esto es, los jueces siempre crean y nunca aplican el derecho a los casos concretos”⁽⁵⁶⁾.

Si bien esta es una afirmación que luego es sometida a crítica por el profesor catalán, vale la pena dejar establecido que, en esencia, esta parece ser una descripción adecuada de lo que sucede en todo proceso de interpretación, en el que siempre es posible distinguir los actos de redacción, los de interpretación y los actos de aplicación del Derecho. De manera que los controles que se pueden establecer no están orientados a verificar la verdad o falsedad de los enunciados interpretativos que decodifican un texto, sino más bien a buscar la adhesión del auditorio con base en una racionalidad limitada por el contexto, respecto de las posibilidades interpretativas que ofrecen la mejor solución a un problema concreto.

De este modo, la tarea se orienta a construir un modelo de argumentación más dialógica y menos depurada lógicamente, con incidencia en su aceptabilidad o razonabilidad y ya no tanto en su armonía lógica. Aquí cabe la contraposición que propone Zagrebelsky en el contexto del moderno constitucionalismo entre *scientia juris* y *juris prudentia*: “la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. (...) Mientras que el criterio que preside la primera es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside la segunda es una progresión cuantitativa

(56) Cfr. MORESO, J. J. Ob. cit., p. 212.

que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo”⁽⁵⁷⁾.

La crisis de certeza en el Derecho, sin embargo, no puede conducirnos al escepticismo de no poder construir un modelo capaz de asumir los retos del modelo del constitucionalismo. El que alguien pueda juzgar un argumento como mejor que otro a partir de ciertos parámetros racionales pone de manifiesto la posibilidad de límites a una creación interpretativa sin fronteras. De este modo, incluso en los procesos más volitivos o aparentemente libérrimos, siempre es posible un juicio externo a partir de criterios mínimos de corrección⁽⁵⁸⁾. De este modo, Derecho válido no es todo que los tribunales dicen que es, al margen que por la fuerza institucional del Derecho, en un caso en concreto resulten aplicables⁽⁵⁹⁾.

En el fondo, sin embargo, los dos extremos expuestos hasta ahora presentan paradójicamente similares signos de irracionalidad. La primera opción, por sobredimensionar el papel del autor de los textos y desestimar el protagonismo irreducible del juez o tribunal en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho; el segundo, en cambio, por convertir el Derecho en un asunto de “brujas y unicornios” y por presentar al juez como un ser incontrolable en sus decisiones. Conviene por tanto identificar un punto medio.

3. Juez comprometido con los valores pero limitado por la argumentación racional

Una tercera opción solo es posible si aceptamos la actividad interpretativa como actividad de creación pero sometida a ciertos controles de racionalidad. Creo que esta se encuentra entre la lectura moral que propone Dworkin y las teorías de la argumentación racional que se han desarrollado hacia finales del

(57) Cfr. ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Traducción de Marina Gascón, sexta edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 123.

(58) Cfr. MORESO, J. J. Ob. cit., p. 215.

(59) Ilustrativo de esto puede resultar la declaración del Presidente del Tribunal Constitucional peruano, frente a una sentencia que, contra lo que el propio Tribunal ya había dispuesto hace un par de años, dispuso recientemente que el Ministerio de Salud se abstenga de distribuir gratuitamente el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) entre las mujeres que acuden a los servicios de salud pública. Esto pese a que en cualquier farmacia se puede comprar estos productos. Frente a un pedido de “aclaración” el magistrado Vergara Gotelli declara: “La aclaración se presenta porque hay una duda, una oscuridad. Con el pedido no se va a pretender que cambiemos de opinión. Ya está dicha nuestra palabra, buena, mala regular, eso es lo que hemos dicho y eso es lo que tiene que ejecutarse” (*Perú 21*, Lima, 04/11/09).

siglo XX sobre todo en Europa. La lectura moral nos presenta la interpretación constitucional como un espacio de inevitable creación. Las teorías de la argumentación racional nos plantean la necesidad de controlar estos actos de creación en la medida que se presentan como inevitables.

En la disputa con el originalismo, Dworkin ha reclamado una actitud de compromiso con los valores constitucionales, proponiendo una lectura moral de la Constitución⁽⁶⁰⁾. “La lectura moral —a decir de este autor— insiste que la Constitución significa lo que los constituyentes intentaron decir. El originalismo insiste en que significa lo que estos esperaban que su lenguaje significaría”⁽⁶¹⁾. Si comprendo de manera correcta, una lectura moral supone, en primer lugar, asumir que el punto de partida del proceso interpretativo tiene que ver con enunciados de tipo moral contenidos en la Constitución. Los derechos fundamentales son “compromisos morales” dirá Dworkin, por lo que asumir una lectura moral supone, más que interpretar un texto, descifrar ciertos conceptos, sin que ello signifique reivindicar las “concepciones” que llevaron a sus autores a redactarlos en determinado momento⁽⁶²⁾.

De este modo, los redactores del texto constitucional, en tanto “prudentes estadistas”, apelaron a la abstracción de los conceptos porque se proponían redactar una Constitución “a partir de principios morales abstractos, no de encriptadas referencias a sus propias opiniones (o las de sus coetáneos) sobre la mejor forma de aplicar tales principios”⁽⁶³⁾.

De manera que una forma de ser fiel a los *estadistas* que redactaron la Constitución sería también asumiendo los compromisos morales que ellos nos plantearon pero contextualizándolos en el momento en que dichos compromisos deben ser asumidos. A eso apunta Dworkin cuando propone la distinción entre concepto y concepción. El concepto es indispensable, pues sin él, no existe la comunidad a la que dirigen los mensajes de la Constitución. Como nos lo ha hecho notar Marisa Iglesias “el concepto indica algo sobre el mundo, no sobre las palabras”, de manera que, “el concepto no tiene carácter semántico sino interpretativo. Podría decirse que es el juicio o la idea más abstracta acerca de

(60) Cfr. DWORKIN, R. “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”. En: *Cuestiones Constitucionales*, México, 2002, p. 3 y ss.

(61) *Ibidem*, p. 19.

(62) Cfr. DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1999.

(63) DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Ob. cit., p. 140.

cuál es la mejor forma de presentar un fenómeno, cuyo acierto o cuya verdad es incontrovertible en un determinado contexto discursivo y en un tiempo dado”⁽⁶⁴⁾.

Las *concepciones*, en cambio, son las diferentes formas en que puede ser reconstruido un *concepto* en un determinado caso o un tiempo y espacio determinado. Así, mientras los conceptos requieren unidad, pues de lo contrario nadie los identificaría como tales, las concepciones tienden a ser controvertidas. Podríamos así decir que los conceptos sirven a la hora de generalizar, y las concepciones son indispensables a la hora de particularizar o de concretar los mensajes conceptuales.

Me parece que la distinción entre concepto y concepción constituye un buen punto de partida para comprender el rol de la interpretación constitucional en el contexto de las actuales sociedades en las que las concepciones y convicciones son diferentes. El pluralismo requiere ser incorporado en los procesos de interpretación, la cual se muestra ya no como una estrategia orientada a descifrar textos del pasado, sino más bien como una reacción a partir de nuestras experiencias y necesidades. La distinción entre concepto y concepción constituye también una forma de introducir las exigencias del caso en los procesos de interpretación.

Por otro lado, los problemas de interpretación constituyen siempre (a menos que se traten de meras especulaciones teóricas de los juristas) disputas frente a casos concretos. Esta elemental constatación muestra también que el caso es el que orienta y a veces “moldea” la solución interpretativa. Creo que en esta dirección Zagrebelsky ha dado un paso más en la propuesta de Dworkin al plantear la necesidad de la asignación de “sentido” y de “valor” en la interpretación de los casos como antesala o, mejor aún, como contrapartida a todo proceso de interpretación normativa. El sentido orienta la acción humana hacia un “resultado” social, mientras que la asignación de valor se ve condicionada por dicho sentido⁽⁶⁵⁾.

La construcción de sentido y de valor da cuenta de la posibilidad de objetividad en los juicios interpretativos, y alejan las sospechas de subjetividad y de incurrir en la “pesadilla” a la que alude Hart en su famoso ensayo. Pero también,

(64) IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discrecionalidad judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. CEC, Madrid, 1999, p. 137.

(65) ZAGREBELSKY, G. Ob. cit., p. 137.

por otro lado, la posibilidad de leer los contenidos morales de la Constitución a partir de las exigencias que plantean los casos nos muestra que los argumentos de Dworkin no pueden ser desaprovechados acusándolo de ser un “soñador” ingenuo por el solo hecho de haber planteado el ideal regulativo de la única respuesta correcta⁽⁶⁶⁾.

Al parecer la mayor contribución de Dworkin, al menos con relación a la interpretación de la Constitución, no radica en la tesis de la única respuesta correcta, sino en habernos mostrado sin sobrecogimientos que la tarea de interpretar una Constitución que contiene derechos supone asumir compromisos y convicciones morales, así como mostrarnos que los desacuerdos en esta tarea no son ni metodológicos ni lingüísticos, sino básicamente se tratan de desacuerdos sobre nuestras concepciones acerca de lo que entendemos como bueno o malo en un determinado momento.

Una adecuada teoría de la interpretación supone, entonces, mostrar cuál es la mejor lectura moral en un tiempo y lugar determinado, una lectura que, llegado el caso como lo plantea el propio Dworkin, “cuando no haya manera de reconciliar el texto y la práctica en una interpretación constructiva (...)” puede incluso “(...) desbancar a una pieza tan básica de los elementos interpretativos como el texto de la Constitución”⁽⁶⁷⁾. Creo que aquí se da la vinculación entre la teoría moral de la interpretación y las exigencias de corrección en el razonamiento interpretativo: la posibilidad de que la argumentación racional, aun cuando Dworkin no lo plantee en estos términos, pueda derrotar la propia “claridad” de los textos normativos. Interpretar la Constitución supone entonces encontrar su sentido más racional a la luz de los casos que plantea la práctica social.

De este modo, sin embargo, si bien se está ante un juez más comprometido con los valores que con los textos, el propio Dworkin reconoce que también se asume el riesgo de un juez con poderes peligrosamente ilimitados⁽⁶⁸⁾. Como lo

(66) Puede resultar paradójico que el potencial argumentativo de Dworkin sobre el activismo judicial y las posibilidades de lecturas alternativas al texto constitucional terminen finalmente en una formulación tan insostenible como el de la única respuesta, pero creo que el propio Dworkin se ha encargado de atenuar sus iniciales planteamientos sobre esta tesis. Cfr. su texto *La justicia con toga*. Ob. cit., especialmente las páginas 52 a 54.

(67) Cfr. DWORKIN, R. Ob. cit., p. 147.

(68) “Aunque la queja familiar de que la lectura moral da a los jueces un poder ilimitado es hiperbólica, contiene suficiente verdad para alarmar a aquellos quienes creen que tal poder judicial es inconsistente con una forma republicana de gobierno”. Cfr. “La lectura moral...” Ob. cit., p. 17.

ha hecho notar Luis Prieto⁽⁶⁹⁾, si bien esta manera de comprender la labor judicial resulta paradójica, si se toma en cuenta los demás postulados de la teoría del Derecho de Dworkin, queda claro que el compromiso con los mandatos morales de la Constitución requiere no solo de “un Tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política”⁽⁷⁰⁾; sino además, una teoría del razonamiento y de la argumentación que sea capaz de poner unos límites más o menos razonables, ahí donde el Derecho deja a la moral en una suerte de “tierra de nadie”.

Lo que sigue de aquí en adelante, impone la necesidad de indagar en el desarrollo de las teorías de la argumentación que, en los últimos años, han construido un importante arsenal para mitigar de algún modo, las angustias de quienes creen que la lectura moral abre camino a un activismo sin fronteras hasta convertir a la democracia constitucional en una suerte de dictadura de los jueces. Ello, sin embargo, nos convoca a nuevas indagaciones que deben esperar por ahora.

(69) Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”. En: *REDC*. N° 14, Madrid, 1985.

(70) Cfr. DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ob. cit., p. 231.



El pensamiento de Peter Häberle en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil^(*)

***Gilmar Ferreira Mendes^(**)
André Rufino do Vale^(***)***

I. Introducción

Peter Häberle es sin duda uno de los mayores constitucionalistas de nuestro tiempo y, no estaría de más considerarlo, uno de los grandes hombres de la historia del constitucionalismo occidental. Esa no es, de ninguna manera, una afirmación vaga o imprecisa, y mucho menos hiperbólica. La difusión transnacional de su pensamiento, casi siempre acompañada de procesos formales de institucionalización de estructuras, organismos y procedimientos dirigidos a la implementación práctica de los institutos por él concebidos a nivel doctrinario,

(*) Traducido del portugués por Yolanda Soledad Tito Puca. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Área de Derecho Constitucional de Gaceta Jurídica y del Equipo de Investigación de la revista *Gaceta Constitucional*. Edición al cuidado de Juan Manuel Sosa Sacio.

(**) Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Presidente del Consejo Nacional de Justicia. Profesor de Derecho Constitucional de grado y postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidade de Brasília - UnB. Magíster en Derecho por la Universidade de Brasília - UnB (1988); Magíster en Derecho por la Universidad de Münster, República Federal de Alemania - RFA (1989). Doctor en Derecho por la Universidad de Münster, República Federal de Alemania - RFA (1990).

(***) Asesor-Jefe de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal. Magíster en Derecho por la Universidade de Brasília. Profesor del Instituto Brasiliense de Derecho Público.

es capaz de revelar los sólidos fundamentos que proporcionan sus creaciones para el desarrollo del Estado constitucional en tiempos hodiernos⁽¹⁾.

Las dos últimas décadas han estado marcadas por la difusión de los sistemas de jurisdicción constitucional en nuevas democracias, principalmente en Europa oriental, Asia y América Latina⁽²⁾, así como por el fortalecimiento y consolidación de la estructura institucional del Estado Constitucional en diversos países, procesos en los cuales el pensamiento de Peter Häberle ha contribuido de forma decisiva, como es posible observar en países como Perú, México y Argentina⁽³⁾.

- (1) El Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Peter Häberle es profesor titular jubilado de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bayreuth, República Federal de Alemania, y, actualmente, desempeña las funciones de Director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica Europea, del mismo centro universitario. Nacido en Göppingen, Alemania, en 1934, el Profesor Peter Häberle estudió en las Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (Francia) y Freiburg. En su tesis de doctorado, trató, de manera brillante, respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Su trabajo como investigador fue objeto de numerosas distinciones honrosas, entre ellas, los doctorados Honoris Causa por la Universidad de Atenas, en 1994, por la Universidad de Granada, en 2002, y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en 2004. En 1998, fue distinguido con el premio de investigación de cooperación internacional del Max Planck Institut (Max-Planck-Forschungspreis für Internationale Kooperation). Su obra es extensa, se compone de centenares de artículos y más de veinte monografías, con aportes fundamentales para la doctrina constitucional europea y mundial, en diversas obras, como *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1962) (La garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970) (Interés Público como problema jurídico), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976) (Jurisdicción Constitucional), *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978) (Constitución como Proceso Público), *Die Verfassung des Pluralismus* (1980) (La Constitución del pluralismo), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) (Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (1988) (El hombre en el Estado Constitucional), entre otras. En setiembre del 2005, la Universidad de Brasíla - UnB le concedió el título de Doctor Honoris Causa, reconociendo su inestimable contribución al desarrollo de la ciencia jurídica y su creciente influencia en Brasil.
- (2) Cfr. GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases*. Cambridge University Press, New York, 2003. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- (3) Sobre la influencia de la doctrina de Peter Häberle en el Perú, vide: LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Palestra, Lima, 2007. En México, vide: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. En Argentina, vide: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 2007. En el contexto iberoamericano, existen diversas traducciones de las obras de Peter Häberle: *Retos actuales del Estado constitucional*. IVAP, Önat, 1996; *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; *Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trotta, Madrid, 1998; *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid, Tecnos, 2000; *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos, Madrid, 2002.

En ese aspecto, su especial interés por América Latina derivó en la construcción de un Derecho Constitucional común latinoamericano, por medio de la identificación de los elementos culturales de las Constituciones del continente, lo que contribuyó al proceso de integración constitucional y, de esa forma, al fortalecimiento de la región como comunidad política y cultural.

En Brasil, desde la primera traducción al portugués de su obra “*Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*”⁽⁴⁾, la doctrina de Peter Häberle ha sido incorporada con evidente vivacidad, sea en el ámbito académico por medio de la vertiginosa producción bibliográfica o de la práctica docente y estudiantil en las facultades de Derecho, sea por los poderes constituidos en la forma de producción legislativa y en la jurisprudencia de los tribunales.

En el ámbito legislativo, la Ley N° 9.868/99, al institucionalizar la figura del *amicus curiae* en la jurisdicción constitucional brasileña, representa un elocuente ejemplo de la fuerte influencia de la doctrina de Häberle que propugna una interpretación abierta y pluralista de la Constitución.

En la jurisprudencia, decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal en tiempos recientes demuestran la inestimable contribución de Peter Häberle al desarrollo del Derecho Constitucional en Brasil, lo que será objeto de las consideraciones a seguir, divididas en cuatro tópicos temáticos centrales de su pensamiento: 1) *Amicus curiae* y audiencias públicas; 2) Pensamiento de posibilidades; 3) Tiempo y Constitución: la mutación constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo.

II. *Amicus curiae* y audiencias públicas

El Supremo Tribunal Federal ha perfeccionado los mecanismos de acceso al proceso constitucional a una, cada vez mayor, pluralidad de sujetos. La Ley N° 9.868/99, en su artículo 7, § 2, permite que la Corte Constitucional admita la intervención en el proceso de otros órganos o entidades, denominados *amici*

(4) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Traducción de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

curiae, para que estos se puedan manifestar sobre la cuestión constitucional en debate.

Ese modelo presupone no solo la posibilidad de que el Tribunal se valga de todos los elementos técnicos disponibles para la apreciación de la legitimidad del acto cuestionado, sino también un amplio derecho de participación por parte de terceros interesados.

Los denominados *amici curiae* poseen, actualmente, amplia participación en las acciones de control abstracto de constitucionalidad y constituyen piezas fundamentales del proceso de interpretación de la Constitución por parte del Supremo Tribunal Federal.

Así, es posible afirmar que la jurisdicción constitucional en Brasil adopta, hoy, un modelo procedimental que ofrece alternativas y condiciones, las cuales tornan posible, de modo cada vez más intenso, la interferencia de una pluralidad de sujetos, argumentos y visiones en el proceso constitucional.

Más allá de la intervención del *amicus curiae*, la Ley N° 9.868/99 (artículo 9) permite que el Supremo Tribunal Federal, en caso de necesidad de esclarecimiento de una materia o circunstancia de facto, requiera informaciones adicionales, designe peritos o una comisión de peritos para que emitan su parecer sobre la cuestión constitucional en debate, o realice audiencias públicas destinadas a recoger las declaraciones de personas con experiencia y autoridad en la materia.

El Tribunal ha utilizado ampliamente esos nuevos mecanismos de apertura procedimental, con relieve en las audiencias públicas recientemente realizadas en el ámbito de las acciones del control abstracto de constitucionalidad.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) N° 3.510/DF⁽⁵⁾, en la que se discutió sobre la constitucionalidad de la investigación científica con células-madre embrionarias, la audiencia pública realizada el día 20 de abril del 2007 contó con la participación de especialistas en la materia (investigadores, académicos y médicos), además de diversas entidades de la sociedad civil⁽⁶⁾,

(5) STF, Pleno, ADI N° 3.510/DF, Rel. Ministro Carlos Britto, juzg. 29.5.2008.

(6) Cfr. MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF: Breves Considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, año 1, octubre, 2007.

produciéndose una impresionante gama de informaciones y datos que permitieron al Tribunal, en el juzgamiento definitivo de la acción (el 29/05/2008), realizar un efectivo control y revisión de hechos y prognosis legislativas, apreciando el tema en sus diversas connotaciones jurídicas, científicas y éticas. El resultado fue la declaración de constitucionalidad del artículo 5 de la Ley N° 11.105/2005, aunque por una apretada mayoría de seis votos contra otros cinco, que contenían diversos considerandos fundados en distintos aspectos de esa compleja cuestión constitucional, algunos de ellos representando verdaderas sentencias aditivas con contenido manipulativo de los sentidos normativos de la ley impugnada⁽⁷⁾. Lo que quedó marcado en ese juzgamiento, de todos modos, fue la amplia participación de múltiples segmentos de la sociedad, lo que hizo de la Corte un foro de argumentación y de reflexión con eco en la colectividad y en las instituciones democráticas.

Otras audiencias públicas fueron realizadas por el Supremo Tribunal Federal en acciones cuyo juzgamiento todavía no ha sido concluido. En la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF⁽⁸⁾) N° 101, la audiencia pública realizada el día 27 de junio de 2008 debatió el tema de la importación de neumáticos usados y su problemática de cara a los principios constitucionales que protegen el ambiente ecológicamente equilibrado. En la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 54, fueron realizadas audiencias públicas los días 26, 28 de agosto y 4 de setiembre de 2008 para discutir el complejo tema del aborto de fetos anencefálicos.

En ambas acciones se esperan juzgamientos llenos de discusiones que reflejen los argumentos recogidos por diversos segmentos de la sociedad civil, lo que ciertamente propiciará mayor legitimidad democrática respecto de las decisiones que serán emitidas.

El Reglamento del Supremo Tribunal Federal ya cuenta con normas que prevén las competencias y el procedimiento de convocatoria y realización de las audiencias públicas (Enmienda Reglamentaria N° 29, del 18 de febrero de 2009).

(7) Se confieren los votos de los ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso y Gilmar Mendes (presidente).

(8) **Nota de traducción:** La ADPF es una herramienta legal utilizada para evitar o reparar la lesión de un precepto por parte del poder público. No existe una traducción precisa de los recursos procesales del Derecho brasileño, sin embargo puede ser entendido como: *argumento de incumplimiento de precepto fundamental*.

El 5 de marzo de 2009, la Presidencia de la Corte, con fundamento en las referidas disposiciones reglamentarias, convocó a audiencia pública para la discusión de diversas cuestiones relacionadas a la salud pública en Brasil⁽⁹⁾. Las informaciones y los datos producidos en esa audiencia pueden ser utilizados para la instrucción de cualquier proceso en el ámbito del Tribunal que discuta la materia relativa a la aplicación de normas constitucionales en el tema de salud pública.

Es importante resaltar que el artículo 154 del Reglamento señala que las audiencias públicas deben ser transmitidas por TV Justicia y por Radio Justicia, lo que pone en conocimiento general, irrestricto e inmediato, por parte de toda la población, los debates producidos en las audiencias. Por ello no existe duda de que el STF cuenta, actualmente, con eficientes canales de comunicación y participación democrática en relación con las actividades del Tribunal⁽¹⁰⁾.

(9) Despacho de Convocatoria de Audiencia Pública, del 5 de marzo de 2009, del Presidente del Supremo Tribunal Federal. Entre otras, la Audiencia Pública sobre salud se destina a debatir las siguientes cuestiones: 1) Responsabilidad de los entes de la Federación en materia de derecho a la salud; 2) Obligación del Estado de proporcionar prestaciones de salud prescritas por un médico no perteneciente al cuadro del Sistema Único de Salud (SUS) o sin que el pedido haya sido hecho previamente a la Administración Pública; 3) Obligación del Estado de costear prestaciones de salud no cubiertas por las políticas públicas existentes; 4) Obligación del Estado de disponer medicamentos o tratamientos experimentales no registrados en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria o no aconsejados por los Protocolos Clínicos del SUS; 5) Obligación del Estado de proporcionar medicamentos no licitados y no previstos en las listas del SUS; 6) Fraudes al Sistema Único de Salud.

(10) El Supremo Tribunal Federal cuenta con diversos mecanismos de aproximación con la sociedad, dentro de los cuales sobresalen *TV Justicia*, *Radio Justicia* y la *Central del Ciudadano*. *TV Justicia* es un canal de televisión pública de carácter institucional, administrado por el Supremo Tribunal Federal y que tiene como propósito ser un espacio de comunicación y aproximación entre los ciudadanos y el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Pública y los abogados. Más allá de llenar una laguna dejada por las emisoras comerciales en relación con las noticias ligadas a cuestiones judiciales, el trabajo de la emisora es desarrollado en la perspectiva de informar, esclarecer y ampliar el acceso a la justicia, buscando tornar transparentes sus acciones y decisiones. La emisora tiene como principal objetivo concientizar a la sociedad brasileña en favor de la independencia de la judicatura, la justicia, la ética, la democracia y el desarrollo social además de proporcionar a las personas el conocimiento sobre sus derechos y deberes. *Radio Justicia* es una emisora pública de carácter institucional administrada por el Supremo Tribunal Federal. Las transmisiones en FM comenzaron el 5 de mayo de 2004. Además de la frecuencia 104.7 MHz, la emisora también es sintonizada vía satélite y por la Internet. Al tratar los temas jurídicos a profundidad, *Radio Justicia* busca evitar que asuntos importantes y complejos sean abordados superficialmente. Más allá de la producción de noticias por parte de su propio equipo, periodistas de otros tribunales y de entidades ligadas al Poder Judicial son corresponsales de *Radio Justicia* en todos los Estados. Actualmente, uno de los principales canales de comunicación entre la sociedad y el Tribunal es la Central del Ciudadano. En la redacción del artículo 2 de la Resolución N° 361, del 21 de mayo del 2008, la misión de la Central del Ciudadano es servir de canal de

En el caso de los *amici curiae*, la Corte ya reconoció inclusive el derecho de esos órganos o entidades a sustentar oralmente en los juzgamientos (ADI-QO 2.777, Rel. Ministro Cezar Peluso, juzgamiento 26.11.2003; artículo 131, § 3, Reglamento Interno del STF), lo que antes estaba restringido al abogado de la parte requiriente, al Abogado-General de la Unión y al Ministerio Público.

Esa nueva realidad permite —además del amplio acceso y participación de sujetos interesados en el sistema de control de constitucionalidad de normas— la posibilidad efectiva del Tribunal Constitucional de contemplar las diversas perspectivas en la apreciación de la legitimidad de un determinado acto cuestionado.

Es innegable que esa apertura del proceso constitucional fue fuertemente influenciada, en el Brasil, por la doctrina de Peter Häberle⁽¹¹⁾.

A propósito, obsérvese que Peter Häberle defiende la necesidad de que los instrumentos de información de los jueces constitucionales sean ampliados, especialmente en lo que se refiere a las audiencias públicas y las “intervenciones de eventuales interesados”, asegurándose nuevas formas de participación

comunicación directa entre el ciudadano y el Supremo Tribunal Federal, con vista a orientar y transmitir informaciones sobre el funcionamiento del Tribunal, promover acciones que apunten a la mejora continua de la atención de las demandas, colaborar en la toma de decisiones destinada a simplificar y modernizar los procesos de entrega de la justicia, ampliando su alcance, como elevar los patrones de transparencia, presteza y seguridad de las actividades desarrolladas en el Tribunal. En esa línea de actuación, compete a la Central del Ciudadano, de acuerdo con el artículo 3 de la referida Resolución: I) recibir consultas, diligenciar junto a los sectores administrativos competentes y prestar las informaciones y esclarecimientos sobre actos practicados en el Tribunal o de su responsabilidad; II) recibir informaciones, sugerencias, reclamos, denuncias, críticas y elogios sobre las actividades del Tribunal y encaminar tales manifestaciones a los sectores administrativos competentes, manteniendo al interesado siempre informado sobre las providencias adoptadas; III) mediar la interacción entre las unidades internas para la solución de los cuestionamientos recibidos; IV) sugerir al Presidente políticas administrativas tendientes a la mejora y al perfeccionamiento de las actividades desarrolladas por las unidades administrativas, con base en las informaciones, sugerencias, reclamaciones, denuncias, críticas y elogios recibidos; V) realizar, en sociedad con otros sectores del Tribunal, eventos destinados al esclarecimiento de los derechos del ciudadano, incentivando la participación popular y promoviendo internamente la cultura de la institución dirigida hacia los intereses y las necesidades del ciudadano; VI) mantener y garantizar, a pedido o siempre que la situación lo exija, el sigilo de la fuente de las sugerencias, reclamos, denuncias, críticas y elogios; VII) encaminar al Presidente del Supremo Tribunal Federal un informe trimestral de las actividades desarrolladas por la Central del Ciudadano.

- (11) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Traducción al portugués por Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

de las potencias públicas pluralistas como intérpretes en sentido amplio de la Constitución.

De este modo, no hay cómo negar la “comunicación entre norma y hecho” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), la cual constituye condición de la propia interpretación constitucional. El proceso de conocimiento envuelve la investigación integrada de elementos fácticos y jurídicos⁽¹²⁾.

Si en el proceso de control de constitucionalidad es inevitable la verificación de hechos y prognosis legislativas, es posible constatar la necesidad de adopción de un modelo procedimental que otorgue al Tribunal las condiciones suficientes para proceder a ese contraste.

Así, es cierto que al cumplir las funciones de Corte Constitucional, el Tribunal no puede dejar de ejercer su competencia, especialmente en lo que se refiere a la defensa de los derechos fundamentales frente a una decisión legislativa, bajo el alegato de que no dispone de los mecanismos probatorios adecuados para examinar la materia.

Entonces, es evidente que esa fórmula procedimental abierta constituye un excelente instrumento de información para la Corte Suprema.

No existe duda de que la participación de diferentes grupos en procesos judiciales de gran significado para toda la sociedad cumple una función de integración extremadamente relevante en el Estado de Derecho.

Al tener acceso a esa pluralidad de visiones en permanente diálogo, el Supremo Tribunal Federal pasa a contar con los beneficios decurrentes de los subsidios técnicos, implicaciones político-jurídicas de elementos de repercusión económica que puedan ser presentados por los “amigos de la Corte”.

Esa innovación institucional, además de contribuir para a la calidad de la prestación jurisdiccional, garantiza nuevas posibilidades de legitimación de los juzgamientos del Tribunal en el ámbito de su tarea precipua de guardián de la Constitución.

(12) MARENHOLZ, Ernst Gottfried. “Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht“. En: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst. Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse*. Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

Finalmente, la admisión del *amicus curiae* confiere al proceso constitucional un colorido diferenciado, prestándole carácter pluralista y abierto, fundamental para el reconocimiento de derechos y la realización de garantías constitucionales en el Estado Democrático de Derecho.

III. El pensamiento de posibilidades

La Constitución no es una norma cerrada, sino un proyecto en continuo desarrollo, representativo de conquistas y experiencias y al mismo tiempo abierto a la evolución y a la utopía. En el Estado Constitucional, la interpretación de la Constitución, por tanto, no debe ser realizada según la lógica del “uno u otro” (*Entweder-oder*), sino de acuerdo con un pensamiento permanentemente abierto a múltiples alternativas y posibilidades.

Peter Häberle es el más expresivo defensor de esa forma de pensar el Derecho Constitucional en tiempos hodiernos, entendiendo el “pensamiento jurídico de lo posible” expresión, consecuencia, presupuesto y límite de una interpretación constitucional abierta⁽¹³⁾.

En esa medida, y esa parece ser una de las importantes consecuencias de la orientación perfilada por Häberle, “una teoría constitucional de las alternativas” puede convertirse en una “teoría constitucional de la tolerancia”⁽¹⁴⁾. De ahí se percibe también que la “alternativa como pensamiento posible se torna relevante especialmente en el proceso interpretativo: en la elección del método, tal como quedó verificado en la controversia sobre la tópica como fuerza productiva de interpretación”⁽¹⁵⁾.

A propósito, anota Häberle:

“El pensamiento de lo posible es el pensamiento en alternativas. Debe estar abierto para terceras o cuartas posibilidades, así como para compromisos. El pensamiento de lo posible es pensamiento indagativo (*fragendes Denken*). En la *res publica* existe un *ethos* jurídico específico del pensamiento en alternativa, que contempla la realidad y la necesidad, sin dejarse dominar

(13) HÄBERLE, Peter. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken“. En: *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein/TS, 1980, p. 9.

(14) HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6.

(15) Ibídem, p. 7.

por ellas. El pensamiento de lo posible o el pensamiento pluralista de alternativas abre sus perspectivas para “nuevas” realidades, al hecho de que la realidad de hoy puede corregir la de ayer, especialmente la adaptación a las necesidades del tiempo de una visión normativa, sin que se considere el nuevo como el mejor”⁽¹⁶⁾.

En esa línea, observa Häberle que “para el Estado de libertad de la *res publica* se configura que la libertad de alternativa sea reconocida por aquellos que defienden determinadas alternativas”. De ahí enseña que “no existen solo alternativas en relación a la realidad, existen también alternativas en relación a esas alternativas”⁽¹⁷⁾.

El pensamiento de lo posible tiene una doble relación con la realidad. Una es de carácter negativo: “el pensamiento de lo posible” indaga sobre lo también posible, sobre alternativas en relación a la realidad, sobre aquello que todavía no es real. “El pensamiento de lo posible” depende también de la realidad en otro sentido: solo es posible aquello que puede ser real en el futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). Es la perspectiva de la realidad (futura) que permite separar lo imposible de lo posible⁽¹⁸⁾.

Según la lección de Scheuner, citada por Häberle, la Constitución, para tener preservada su fuerza regulatoria en una sociedad pluralista, no puede ser vista como texto acabado o definitivo, sino como “proyecto” (*Entwurf*) en desarrollo continuo⁽¹⁹⁾. El pensamiento de posibilidades como presupuesto y expresión de una interpretación constitucional abierta ha sido adoptado por el Supremo Tribunal Federal en la solución de cuestiones constitucionales diversas.

El análisis de la decisión del Supremo Tribunal Federal en la ADI N° 1.289⁽²⁰⁾ muestra, de forma evidente, la adopción, en la especie, de un “pensamiento de lo posible”, tal como es concebido en el pensamiento de Peter Häberle. La sumilla del juzgamiento así dejó consignado el resumen de la decisión del Tribunal:

(16) Ibídem, p. 3.

(17) Ibídem, p. 6.

(18) Ibídem, p.10.

(19) Ibídem, p. 4.

(20) STF, Pleno, ADI-EI N° 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003.

SUMILLA: Acción Directa de Inconstitucionalidad. 2. Embargos Infringentes. Cabida, en la hipótesis del recurso interpuesto antes de la vigencia de la Ley N° 9.868, del 10 de noviembre de 1999. 3. Cargos vacantes de jueces del Tribunal Regional del Trabajo (TRT). Composición de lista. 4. Requisitos de los artículos 94 y 115 de la Constitución: quinto constitucional y lista séxtupla. 5. Acto normativo que menos se distancia del sistema constitucional, al asegurar a los órganos participantes del proceso un margen de elección necesaria. 6. Salvaguarda simultánea de principios constitucionales en lugar de la prevalencia de uno sobre otro. 7. *Interpretación constitucional abierta que tiene como presupuesto y límite el llamado “pensamiento jurídico de lo posible”*. 8. Laguna constitucional. 9. Embargos acogidos para que sea reformado el *acórdão*⁽²¹⁾ y juzgada improcedente la ADI 1.289, declarándose la constitucionalidad de la norma impugnada (resaltado nuestro).

La Constitución brasileña, en su artículo 94, prescribe que un quinto de las plazas en los Tribunales Regionales y Estaduales estará compuesto por miembros del Ministerio Público y de abogados con más de diez años de efectiva actividad profesional, indicados en lista séxtupla por los órganos de representación de las respectivas órdenes. En el caso, el Supremo Tribunal enfrentó la cuestión de saber si –ante la inexistencia temporal de miembros del Ministerio Público con más de diez años de carrera– podrían concurrir en dichas plazas para el Tribunal Regional del Trabajo otros miembros que no cumpliesen el mencionado requisito constitucional.

El Tribunal procuró adoptar una solución que propiciase, en la mayor medida posible, la realización de los principios constitucionales en cuestión, permitiendo la participación de miembros del Ministerio Público en la composición del Tribunal Laboral. Al considerar que uno de los valores constitucionales para la composición de órganos judiciales era la observancia del denominado “quinto constitucional”, el Tribunal llamó la atención de un elemento que adquiere un valor sin par en las sociedades pluralistas: la composición plural de los órganos judiciales.

En Brasil, el principio del quinto constitucional rinde notorio homenaje a ese valor, permitiendo que las Cortes tengan, necesariamente, una composición diversificada. La no satisfacción del principio del quinto constitucional

(21) **Nota de traducción:** un *acórdão* debe ser entendido como un fallo o decisión emitida por un órgano colegiado, a diferencia de la sentencia que es expedida por un juez unipersonal.

configura, por lo tanto, un desvalor que, ciertamente, no encuentra respaldo en la estructura constitucional brasileña, tal como lo tiene anotado en su decisión el STF.

Además, corresponde observar que, al consagrar el criterio de la lista séxtupla compuesta por procuradores que aún no reunían el requisito temporal, en el caso de falta de miembros habilitados, se atiende a otro valor igualmente importante para el texto constitucional: el respeto a la libertad de escoger por parte del Tribunal y del propio Poder Ejecutivo. De lo contrario, quedaría perjudicado el equilibrio que el texto constitucional pretendió formular para el sistema de elección: participación de dicha orden en la formación de la lista séxtupla, participación del Tribunal en la elección de la lista triple y participación del Ejecutivo en la elección de uno de los nombres. La formación incompleta de la lista séxtupla o incluso el envío de uno o dos nombres que reuniesen todos los requisitos constitucionales acabaría por afectar el modelo original concebido por el constituyente, reduciendo o eliminando la participación del Tribunal y del Ejecutivo en el proceso de elección.

Por lo tanto, entre las interpretaciones reflexionadas, aquella que más se aproxima a ese “pensamiento de lo posible”, en la especie, es exactamente la perfilada en la decisión del STF, que, como se ve, logra realizar los principios en eventual tensión dialéctica sin comprometer aspectos fundamentales de la compleja decisión constitucional, o sea, se respeta el principio del quinto constitucional y la cláusula de la lista séxtupla, que, menos que la revelación de un número cabalístico, contiene una definición en favor de la libertad relativa de elección por parte del Tribunal y del Poder Ejecutivo.

Mucho más distante de la voluntad constitucional sería la composición del Tribunal sin la participación de los integrantes del Ministerio Público, es decir, sin la observancia del principio del quinto constitucional. De esa misma forma, habría de revelarse lejana del texto constitucional la composición de la lista con un número inferior a lo establecido constitucionalmente, afectando el modelo ya restricto de libertad de elección. No existe duda, pues, de que, entre los caminos posibles de ser andados, se adoptó aquel que más se aproximaba a la integridad de la decisión constitucional, respetando el principio del quinto constitucional y la libertad de elección de los órganos de los Poderes Judicial y Ejecutivo.

No es difícil encontrar otros ejemplos del pensamiento de lo posible en la rica jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, no raras veces asentada en la eventual configuración de una omisión o laguna constitucional. Son ejemplos

notorios de ese pensamiento las decisiones del Tribunal que reconocieron la existencia de una “situación jurídica aún constitucional” relativamente a algunas normas aplicables a las defensorías públicas.

De cierta forma, el precedente firmado en el Recurso Extraordinario N° 135.328⁽²²⁾ y consolidado en el Recurso Extraordinario N° 147.776⁽²³⁾, parece aquel que mejor expresa la idea de omisión o laguna constitucional apta para justificar la interpretación comprensiva del texto constitucional y de las situaciones jurídicas preconstitucionales.

La sumilla del *acórdão* RE N° 147.776 revela, por sí solo, el significado de la decisión para la versión brasileña del “pensamiento constitucional de lo posible”:

SUMILLA: Ministerio Público: Legitimación para promoción, en el juicio civil, del resarcimiento del daño resultante de crimen, sobre el titular del derecho a la reparación: Código del Proceso Penal, artículo 68, aún constitucional (cf. RE 135.328): proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

1. La alternativa radical de la jurisdicción constitucional ortodoxa entre la constitucionalidad plena y la declaración de inconstitucionalidad o revocación por inconstitucionalidad de la ley con fulminante eficacia *ex tunc* hace abstracción de la evidencia de que la implementación de un nuevo orden constitucional no es un hecho instantáneo, sino un proceso, en el cual la posibilidad de realización de la norma de constitucional —aunque teóricamente no se cuide de precepto de eficacia limitada— muchas veces se subordina a alteraciones de la realidad fáctica que la viabilicen.
2. En el contexto de la Constitución de 1988, la atribución anteriormente dada al Ministerio Público por el artículo 68, Código del Proceso Penal —constituyendo modalidad de asistencia judicial— debe reputarse transferida a la Defensoría Pública: esa, no obstante, para ese fin, solo se puede considerar existente, donde y cuando organizada, de Derecho y de facto, en los modelos del artículo 134 de la propia Constitución y de la ley complementaria por ella ordenada: hasta que —en la Unión o en cada Estado considerado—, se implemente esa condición de viabilización de la pensada transferencia constitucional de atribuciones, el artículo 68,

(22) STF, Pleno, RE N° 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, juzg. 29.6.1994.

(23) STF, Pleno, RE N° 147.776-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, juzg. 19.5.1998.

Código del Proceso Penal será considerado aún vigente: es el caso del Estado de São Paulo, como decidió el Pleno en el RE 135.328” (RE-Crim 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390).

También aquí se identificó una laguna en el texto constitucional, que, al otorgar la atribución de asistencia judicial a las defensorías públicas, no resguardó las situaciones jurídicas reguladas de manera diversa en el Derecho preconstitucional –ausencia de cláusula transitoria–, especialmente en aquellas unidades federadas que todavía no habían instituido los órganos propios de defensoría. De este modo, la justificación para el sustento del Derecho preconstitucional se hace sobre la base de una disposición transitoria implícita, que autorizaba la aplicación del modelo legal preconstitucional hasta la completa implementación del nuevo sistema previsto en la Constitución.

Así también, en la ADI 1.289, decisión citada arriba, le pareció al Tribunal legítimo admitir que la regla constitucional contenía una laguna: la no regulación de las situaciones excepcionales existentes en la fase inicial de implementación del nuevo modelo constitucional. No habiendo sido la materia regulada en alguna disposición transitoria, parece adecuado que el propio intérprete pueda hacerlo en consonancia con el sistema constitucional. Y, tal como quedó demostrado, la aplicación que menos se distancia del sistema formulado por el constituyente parece ser aquella que admite la composición de la lista con procuradores de trabajo que todavía no reunían el requisito concerniente al tiempo de servicio. Se aseguró a los órganos participantes del proceso al margen de la elección necesaria entre procuradores con tiempo de servicio inferior a diez años, en la hipótesis de inexistencia de candidatos que reuniesen el requisito temporal fijado.

Otros ejemplos de aplicación del pensamiento de lo posible son encontrados en la jurisprudencia del STF:

En la *Suspensão de Segurança*⁽²⁴⁾ N° 3.154⁽²⁵⁾, se entendió que, en un cuadro fáctico extraordinario en que las finanzas del Estado miembro estén en colapso, la interpretación de garantía del pago el día de la remuneración de los servidores públicos estatales, según un pensamiento de posibilidades, permite

(24) **Nota de traducción:** *Suspensão de Segurança* es un requerimiento para suspender los efectos de una decisión judicial en caso de manifiesto agravio al interés público y cuando se ponga en riesgo el orden, salud, seguridad y economía pública.

(25) STF, Presidencia, SS N° 3.154-6/RS, Rel. Ministro Presidente, juzg. 28.3.2007.

la alternativa de una prórroga excepcional y momentánea, por algunos días, de parte del efectivo pago de la remuneración. Eso porque la eficacia plena de la norma constitucional dependería de un Estado de normalidad de las finanzas estatales. Se entiende así que, sin desbordar los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, el Estado puede, sin reducir el valor específico de la remuneración, prorrogar por algunos días parte del pago, ante la absoluta imposibilidad financiera.

En el *Mandado de Segurança*⁽²⁶⁾ (MS) N° 26.690⁽²⁷⁾, el Tribunal una vez más se encontró con la ausencia de reglas de transición destinadas a solucionar situaciones no previstas por los nuevos preceptos constitucionales. En el caso, se cuestionaba la posibilidad de que el miembro del Ministerio Público estadual pudiese participar del concurso público para cargo en el Ministerio Público Federal, sin tener el requisito constitucional de tres años de actividad jurídica. En la hipótesis, el nuevo requisito constitucional de tres años de actividad jurídica había sido implementado por la Enmienda Constitucional N° 45/2004, después de la aprobación de la candidata en el concurso para Promotor de Justicia del Ministerio Público Estadual. Sin embargo, cuando la misma candidata pretendió realizar concurso público para el Ministerio Público Federal, ya estaba vigente el nuevo requisito constitucional. El Tribunal se encontró entonces delante de una situación singular, en que un miembro del Ministerio Público Estadual no podría, en principio, participar de certamen público para pretender un puesto en el Ministerio Público Federal. La solución encontrada fue interpretar la nueva norma constitucional teniendo en cuenta la excepcionalidad de la situación, ocurrida en el momento de transición constitucional, lo que requeriría la aplicación de un típico pensamiento de lo posible, tal como ya ha hecho el Tribunal en el citado juzgamiento de la ADI 1.289. Así, entendió el Tribunal que, delante de la notoria contradicción fáctica surgida en el momento de transición de regímenes jurídicos, y teniendo en vista el principio de la isonomía aplicable, en la especie [de fiscales], para igualar la situación de los miembros de los Ministerios Públicos Federal y Estadual, pues están sometidos a un mismo régimen constitucional (artículo 128 de la Constitución), la solución más apropiada con el orden constitucional sería el permiso excepcional para que la candidata participase del

(26) **Nota de traducción:** el *Mandado de Segurança* es un proceso sumarísimo destinado a la protección de un derecho (líquido y cierto) no protegido por el hábeas corpus y el hábeas data, y es comúnmente comparado con nuestro proceso constitucional de amparo.

(27) STF, Pleno, MS N° 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, juzg. 3.9.2008.

concurso aun sin reunir el requisito constitucional de los tres años de actividad jurídica.

El análisis de esos fallos hace traslucir la constatación de que el pensamiento de lo posible –en la medida que permite la interpretación constitucional abierta a nuevas alternativas e incentiva la adaptabilidad del texto a la evolución social constante de una sociedad compleja y plural– constituye también un modo de pensar sobre la relación entre tiempo y Constitución (*Zeit und Verfassung*) y, de ese modo, sobre el fenómeno de la mutación constitucional, cuyo tratamiento en la obra de Peter Häberle también ha sido incorporado por el Supremo Tribunal Federal del Brasil.

IV. Tiempo y Constitución: la mutación constitucional

Tal vez uno de los temas más ricos de la Teoría del Derecho y de la moderna Teoría Constitucional sea aquel relativo a la evolución jurisprudencial y, especialmente, a la posible mutación constitucional. Si su repercusión en el plano material es innegable, son innumerables los desafíos en el plano del proceso en general y, en especial, del proceso constitucional.

Se tiene de la obra de Peter Häberle la observación según la cual no existe norma jurídica, sino norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar un acto normativo nada más que colocarlo en el tiempo o integrarlo en la realidad pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). Por ello, Häberle introdujo el concepto de *poscomprensión* (*Nachverständnis*), entendido como el conjunto de factores temporalmente condicionados con base en los cuales se comprende “supervenientemente” una norma dada. La *poscomprensión* sería, para Häberle, la *precomprensión del futuro*, esto es, el elemento dialéctico correspondiente de la idea de *precomprensión*⁽²⁸⁾.

Tal concepción permite a Häberle afirmar que, en sentido amplio, toda ley interpretada –no solo las llamadas leyes temporales– es una ley con duración temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle - interpretierten - Gesetzen*

(28) HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*. En: DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Nomos, Baden-Baden, 1976, pp. 312-313.

“*Zeitgesetze*” - *nicht nur die zeitlich befristeten*). En otras palabras, la norma, confrontada con nuevas experiencias, se transforma necesariamente en otra norma.

Esa reflexión y la idea según la cual la actividad hermenéutica solamente es un procedimiento históricamente situado permitieron a Häberle destacar que una interpretación constitucional abierta no tiene al concepto de *mutación constitucional* (*Verfassungswandel*) como una categoría autónoma.

En esos casos, es evidente que el Tribunal no podrá *fingir* que siempre pensará de esa forma. De ahí la necesidad de, en tales casos, hacer el ajuste del resultado, adoptando la técnica de decisión que, tanto cuanto sea posible, traduzca el cambio de valoración. En el plano constitucional, esos casos de mudanza en la concepción jurídica pueden producir una *mutación normativa* o la *evolución en la interpretación*, permitiendo que sea reconocida la inconstitucionalidad de situaciones anteriormente consideradas legítimas. La orientación doctrinaria tradicional, marcada por una alternativa rigurosa entre *actos legítimos* o *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encuentra dificultades para identificar la consolidación de un *proceso de inconstitucionalidad* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Se prefiere admitir que, aunque no hubiese sido identificada, la ilegitimidad siempre existirá.

De allí que afirme Häberle:

“El Derecho Constitucional vive, *prima facie*, una problemática temporal. De un lado, la dificultad de alteración y la consecuente duración y continuidad, confiabilidad y seguridad; de otro, el tiempo envuelve el ahora [mismo], específicamente el Derecho Constitucional. Es que el proceso de reforma constitucional deberá ser hecho de forma flexible y a partir de una interpretación constitucional abierta. La continuidad de la Constitución solamente será posible si *pasado* y *futuro* estuvieren en ella asociados”⁽²⁹⁾.

Häberle entonces indaga:

“¿Qué significa tiempo? Objetivamente, tiempo es la posibilidad de introducir cambios, aunque no haya necesidad de producirlos”⁽³⁰⁾.

(29) HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*, Ob. cit., pp. 295-296

(30) *Ibidem*, p. 300.

Tal como anota Häberle, “el tiempo señala o indica una reunión *conjunta* de fuerzas sociales e ideas. (...) El énfasis al ‘factor tiempo’ no debe llevar al entendimiento de que el tiempo ha de ser utilizado como ‘sujeto’ de transformación o de movimiento (...). La historia (de la comunidad) tiene muchos sujetos. El tiempo nada más la dimensión en la cual los cambios se tornan posibles y necesarios (...)”⁽³¹⁾.

No es raro que esas alteraciones de concepciones se verifiquen, entre otros campos, exactamente en materia de defensa de los derechos fundamentales. Aquí tal vez se mezclen las más diversas concepciones existentes en la propia sociedad y el proceso dialéctico que las envuelve. Y los diversos entendimientos del mundo conviven, sin que, muchas veces, lo “nuevo” tenga condiciones de superar a lo “viejo”.

Es natural también que ese tipo de situación se coloque de forma bastante evidente en el cuadro de un nuevo orden constitucional. Aquí, entendimientos de la jurisprudencia, doctrina y legislación torna, a veces, inevitable que la interpretación de la Constitución se realice, en un primer momento, con base en la situación jurídica preexistente. Así, inclusive los institutos nuevos podrán ser interpretados según el entendimiento consolidado en la jurisprudencia y en la legislación preconstitucionales. En ese caso, es igualmente comprensible que una nueva orientación hermenéutica reclame cuidados especiales.

Algunos ejemplos de cambio en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal revelan que el abandono de precedentes y la adopción de nueva interpretación de textos normativos, especialmente de disposiciones constitucionales, deben estar basadas en cuidadosas y bien fundamentadas razones al decidir. En el Recurso Extraordinario N° 165.438⁽³²⁾, por ejemplo, el Tribunal revisó su posicionamiento anterior –fijado en los RE N° 140.616⁽³³⁾, RE N° 141.290⁽³⁴⁾ y RE N° 141.367⁽³⁵⁾– que consolidaba el entendimiento en el sentido de que el artículo 8 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) de la Constitución de 1988 (amnistía) no se aplicaría a las promociones por merecimiento de militares. Después de un largo juzgamiento y amplia discusión, el Tribunal pasó a interpretar, de forma más amplia, el artículo 8 del ADCT de la

(31) Ídem.

(32) STF, Pleno, RE N° 165.438-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 5.5.2006.

(33) STF, Pleno, RE N° 140.616, Rel. Ministro. Paulo Brossard, DJ 2.4.1993.

(34) STF, Pleno, RE N° 141.290, Rel. Ministro. Néri da Silveira, DJ 2.4.1993.

(35) STF, Pleno, RE N° 141.367, Rel. Ministro. Moreira Alves, DJ 6.11.1992.

Constitución Federal de 1988 (CF/88), en el sentido de que para la concesión de promociones, inclusive por merecimiento, en la jubilación o en la reserva, debe ser considerado tan solo el decurso de tiempo necesario para alcanzar el puesto en la jerarquía militar, de acuerdo con la legislación vigente.

En la práctica del Supremo Tribunal Federal, las citadas concepciones han sido utilizadas en los casos en que la Corte produce un cambio sustancial en entendimientos jurisprudenciales anteriormente consolidados. En hipótesis típicas de mutación constitucional o de evolución en la interpretación, en que se altera jurisprudencia consolidada, la Corte ha adoptado la técnica de la modulación de los efectos de la decisión, con base en razones de seguridad jurídica.

Así ocurrió en la decisión emitida en la *Questão de Ordem*⁽³⁶⁾ en la investigación N° 687⁽³⁷⁾, en que el Tribunal canceló el enunciado de la *Súmula*⁽³⁸⁾ N° 394 –que consolidaba un entendimiento jurisprudencial en el sentido de que la competencia de la Corte para juzgar agentes públicos con prerrogativa de foro prevalecería aun cuando la investigación o la acción penal fuesen iniciados después que el agente haya dejado el cargo⁽³⁹⁾– exceptuando los actos practicados y las decisiones ya proferidas en ella basadas.

En el Conflicto de Competencia N° 7.204⁽⁴⁰⁾, se fijó el entendimiento en el sentido de que “el Supremo Tribunal Federal, guardián mayor de la Constitución Republicana, puede y debe, en pro de la seguridad jurídica, atribuir eficacia prospectiva a sus decisiones, con la delimitación precisa de los respectivos efectos, toda vez que procede a revisar la jurisprudencia definidora de competencia ex ratione materiae. El objetivo es preservar los fallos de alteraciones jurisprudenciales que ocurran sin cambio formal del Magno Texto”.

En el juzgamiento del Hábeas Corpus (HC) N° 82.959, el Tribunal declaró, con efectos prospectivos, la inconstitucionalidad de la prohibición legal

(36) **Nota de traducción:** la *Questão de Ordem* se refiere al caso argumentado ante los órganos colegiados, en este caso ante el Pleno del STF para que se defina la legitimidad, o no, de la instauración de la investigación o acción penal.

(37) STF, Pleno, INQ N° 687, Rel. Ministro. Sepúlveda Pertence, DJ 9.11.2001.

(38) **Nota de traducción:** *Súmula* es una “sumilla” que revela la orientación jurisprudencial de un tribunal para casos análogos.

(39) STF, *Súmula* 394: “*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*”.

(40) STF, Pleno, CC N° 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, juzg. em 29.6.2005.

absoluta de la progresión del régimen penal para los crímenes hediondos⁽⁴¹⁾ (artículo 2, § 1, de la Ley N° 8.072/90), con radical modificación de su anterior jurisprudencia.

Uno de los casos más interesantes de mudanza jurisprudencial está reflejado en el juzgamiento de los *Mandados de Segurança* N°s 26.602, 26.603 y 26.604⁽⁴²⁾. Se discutió, en esos casos, si los partidos políticos tienen derecho a mantener los puestos ganados por ellos en elecciones regidos por las reglas del sistema proporcional, en caso de desafiliación de los parlamentarios que los ocuparon.

Después de la Constitución de 1988, el tema de la fidelidad partidaria y la cuestión específica de la extinción del mandato del parlamentario que deja la agrupación bajo la cual ha sido elegido encontraron respuesta en la jurisprudencia del STF, desde el juzgamiento del MS N° 20.927⁽⁴³⁾. Basado en el entendimiento de que la vinculación del candidato con el partido sería apenas condición de elegibilidad (artículo 14, § 3, de la Constitución de 1988), el Tribunal mantenía firme posición en el sentido de que, en el sistema constitucional brasileño, a pesar de la valorización dada a la representación parlamentaria de los partidos, no se exigiría cualquier modalidad de fidelidad partidaria para los candidatos electos.

En sesión del 4 de octubre de 2007, la Corte revisó ese entendimiento y, basándose en una renovada interpretación de los principios de la democracia partidaria, de la representación proporcional, del pluralismo político y de la fidelidad partidaria, cambió radicalmente su jurisprudencia y pasó a considerar que el mandato parlamentario pertenece al partido. Así, en el nuevo entendimiento de la Corte, excepcionales situaciones específicas decurrentes de ruptura de compromisos programáticos por parte de la agremiación, persecución política

(41) **Nota de traducción:** *crime hediondo* es una categoría de delito donde por la violencia propia del tipo penal resulta una lesión corporal grave o la muerte de la víctima. Los delitos de estupro y atentado violento al pudor en sus formas básicas, aun cuando de ellos no resulte lesión corporal grave o muerte, están incluidos en la categoría de los crímenes hediondos conforme a la STF Hábeas Corpus N° 81288. Vide < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=2&id=264>>.

(42) STF, Pleno, MS N° 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS N° 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS N° 26.604, Rel. Min. Carmen Lúcia, juzg. 4.10.2007.

(43) MS N° 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, juzg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994.

u otra situación de igual significado, el abandono del partido debe producir la extinción del mandato.

En aquella ocasión, ante el cambio que se operó respecto a la anterior jurisprudencia, y con base en razones de seguridad jurídica, el Tribunal entendió que los efectos de la decisión debían ser modulados en el tiempo. Entonces, fijó un marco temporal desde el cual tales efectos podrían ser efectivamente producidos, lo que debería coincidir con la decisión del Tribunal Superior Electoral en la Consulta N° 1.398/2007⁽⁴⁴⁾, Rel. Min. César Asfor Rocha, que ocurriera en la Sesión del día 27 de marzo del 2007, en la cual la Corte Electoral ya había adoptado tal entendimiento.

Otro interesante caso de mutación constitucional verificada en la jurisprudencia del STF está en el juzgamiento de los Recursos Extraordinarios N°s 349.703 y 466.343, en los cuales la Corte modificó el antiguo entendimiento respecto del *status* normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Como el caso también envuelve consideraciones respecto de las lecciones de Peter Häberle sobre el Estado constitucional cooperativo, destinamos un tópico específico (a seguir) para analizar esa importante decisión.

Déjese acentuado, finalmente, que la evolución jurisprudencial siempre fue una marca de cualquier jurisdicción de perfil constitucional. La afirmación de la mutación constitucional no implica el reconocimiento, por parte de la Corte, de error o equívoco interpretativo del texto constitucional en sus fallos anteriores. Al contrario, ella reconoce y reafirma, la necesidad de la continua y paulatina adaptación de los sentidos posibles de la letra de la Constitución a los cambios observados en una sociedad que, como la actual, está marcada por la complejidad y por el pluralismo.

V. Estado Constitucional cooperativo

El Supremo Tribunal Federal por mucho tiempo adoptó la idea de que los tratados de derechos humanos, como cualquier otro instrumento convencional de carácter internacional, podrían ser concebidos como equivalentes a las leyes ordinarias. Según esa tesis, denominada “tesis de la legalidad ordinaria” de los

(44) TSE, Consulta N° 1.398/2007, Rel. Min. César Asfor Rocha.

tratados internacionales, tales acuerdos no poseían la debida legitimidad para confrontar, ni para complementar lo preceptuado por la Constitución Federal en materia de derechos fundamentales.

El Tribunal pasó a adoptar esa tesis en el juzgamiento del RE N° 80.004/SE, juzgado el 1.6.1977⁽⁴⁵⁾. En aquella ocasión, los Ministros integrantes del Tribunal discutieron ampliamente el tema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. El Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcando la jurisprudencia anterior, votó en el sentido de la primacía de los tratados y convenciones internacionales con relación a la legislación infraconstitucional. La mayoría, pero después del voto-vista del Ministro Cunha Peixoto, entendió que el acto normativo internacional –en este caso, la Convención de Ginebra, Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias– podría ser modificado por ley nacional posterior, quedando consignado que los conflictos entre dos disposiciones normativas, una de Derecho interno y otra de Derecho internacional, deben ser resueltos por la misma regla general destinada a solucionar antinomias normativas en un mismo grado jerárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

Bajo la égida de la Constitución de 1988, exactamente el 22 de noviembre de 1995, el Plenario del STF volvió a discutir la materia en el HC N° 72.131/RJ, Red. p/ el *acórdão* Ministro Moreira Alves, pero ahora teniendo como foco el problema específico de la prisión civil del deudor como depositario infiel en la enajenación fiduciaria en garantía. En esa oportunidad, se reafirmó el entendimiento en el sentido de que los documentos normativos de carácter internacional adentrarían el ordenamiento jurídico interno en el nivel de la legislación ordinaria y eventuales conflictos normativos serían resueltos por la regla *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaron ese entendimiento también los votos vencidos⁽⁴⁶⁾ de los Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek y Carlos Velloso. Se dejó sentado, no obstante, siguiéndose el entendimiento adquirido en el voto del ministro Moreira Alves, que el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, por ser norma general, no revocaría la legislación ordinaria de carácter especial, como el Decreto Ley N° 911/69, que equipara al deudor-fiduciante al depositario infiel para fines de la prisión civil.

(45) STF, Pleno, RE N° 80.004/SE, Rel. p/ el *acórdão* Ministro Cunha Peixoto, juzgado el 1.6.1977.

(46) **Nota de traducción:** el *voto vencido* –en contraposición con las “tesis vencedoras” de un caso resuelto– es lo que llamamos “voto en minoría”.

Posteriormente, en el importante juzgamiento de la medida cautelar en la ADI N° 1.480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello (4.9.1997), el Tribunal volvió a afirmar que entre los tratados internacionales y las leyes internas brasileñas existiría mera relación de paridad normativa, entendiéndose las “leyes internas” en el sentido de simples leyes ordinarias y no de leyes complementarias.

La tesis de la legalidad ordinaria de los tratados internacionales fue reafirmada en fallos posteriores⁽⁴⁷⁾ y se mantuvo firme en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal hasta el año de 2008, cuando el Tribunal, al juzgar los Recursos Extraordinarios N°s 349.703⁽⁴⁸⁾ y 466.343⁽⁴⁹⁾, constató que, en el contexto actual, en que se puede observar la apertura cada vez mayor del Estado constitucional a ordenamientos jurídicos supranacionales de protección de derechos humanos, esa jurisprudencia se había tornado completamente desfasada.

No se puede perder de vista que, hoy, vivimos en un “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado por el profesor Peter Häberle como aquel que no solo se presenta como un Estado Constitucional volcado para sí mismo, sino que se ofrece como referencia para los otros Estados Constitucionales miembros de una comunidad, y en la cual gana relevancia el papel de los derechos humanos y fundamentales⁽⁵⁰⁾.

Para Häberle, aunque en una perspectiva internacional muchas veces la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de mera coordinación y de simple orden para la coexistencia pacífica (o sea, de mera delimitación de los ámbitos de las soberanías nacionales), en el campo del Derecho constitucional nacional, tal fenómeno, por sí solo, puede inducir al menos a tendencias que apunten a un enflaquecimiento de los límites entre lo interno y lo externo, generando una concepción que hace prevalecer el Derecho comunitario sobre el Derecho interno⁽⁵¹⁾.

(47) RE N° 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, juzgado el 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC N° 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, juzgado el 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC N° 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, juzgado el 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC N° 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, juzgado el 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE N° 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ el *acórdão* Min. Nelson Jobim, juzgado el 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

(48) STF, Pleno, RE N° 349.703, Rel. p/ *acórdão* Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008.

(49) STF, Pleno, RE N° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, juzg. el 3.12.2008.

(50) HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. p. 75-77.

(51) *Ibidem*, p. 74.

En ese contexto, aun conscientemente de que los motivos que conducen a la concepción de un Estado Constitucional cooperativo son complejos, es preciso reconocer los aspectos sociológico-económico e ideal-moral⁽⁵²⁾ como los más evidentes. Y en lo que se refiere al aspecto ideal-moral, no se puede dejar de considerar la protección a los derechos humanos como la fórmula más concreta de la que dispone el sistema constitucional, para exigir de los actores de la vida sociopolítica del Estado una contribución positiva para la máxima eficacia de las normas constitucionales que protegen la cooperación internacional amistosa como principio vector de las relaciones entre los Estados nacionales⁽⁵³⁾ y la protección de los derechos humanos como corolario de la propia garantía de la dignidad de la persona humana.

En la realidad europea, es importante mencionar la apertura institucional a órdenes supranacionales consagrada en diversos textos constitucionales (cfr. v. gr. Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn y artículo 24, (I); el artículo 11 de la Constitución italiana⁽⁵⁴⁾; los artículos 8⁽⁵⁵⁾ y 16⁽⁵⁶⁾ de la Constitución portuguesa; y, finalmente, los artículos 9 (2) y 96 (1) de la Constitución española⁽⁵⁷⁾; entre otros)⁽⁵⁸⁾.

(52) Ibídem, p. 68.

(53) Ibídem, p. 67.

(54) El artículo 11 de la Constitución italiana preceptúa que Italia “consiente, en condiciones de reciprocidad con otros Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias un orden asegurador de la paz y de la justicia entre las Naciones”.

(55) Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1999, p. 725-727. Dispone el actual artículo 8 de la Constitución de la República Portuguesa (cuarta Revisión/1997): “Artículo 8 (Derecho Internacional). 1. *Las normas y los principios de Derecho internacional general o común hacen parte integrante del Derecho portugués*. 2. *Las normas constantes de convenciones internacionales regularmente ratificadas o aprobadas vigorizan al ordenamiento interno después de su publicación oficial y en cuanto vinculen internamente al Estado portugués*. 3. *Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal sea parte fortalecen directamente el ordenamiento interno, desde que tal se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos*”.

(56) El artículo 16, N° 1 de la Constitución portuguesa preceptúa que: “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualquier otros constantes de las leyes y de las reglas aplicables de Derecho Internacional”. Además, el artículo 16, N° 2 aduce que: “los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con a Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

(57) La Constitución española, en su artículo 9 N° 2, afirma que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Además, en el artículo 96, N° 1, dicta la regla que: “los tratados internacionales, luego que publicados oficialmente en España, harán parte del ordenamiento interno español”.

(58) Cfr. FROWEIN, Jochen Abr. “Die“ Europäisierung des Verfassungsrechts“. En: BADURA, Peter y DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

Resáltese, en ese sentido, que existen disposiciones de la Constitución brasileña de 1988 que remiten al intérprete a realidades normativas relativamente diferenciadas de cara a la concepción tradicional del Derecho Internacional público. Me refiero, específicamente, a cuatro disposiciones que señalan una mayor apertura constitucional al Derecho Internacional y, en la visión de algunos, al Derecho supranacional.

La primera cláusula consta del párrafo único del artículo 4, que establece que la “República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, apuntando a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

En comentario a este artículo, el nostálgico profesor Celso Bastos enseñaba que tal dispositivo constitucional representa una clara opción del constituyente por la integración del Brasil en organismos supranacionales⁽⁵⁹⁾.

La segunda cláusula es aquella constante del § 2 del artículo 5, al establecer que los derechos y garantías expuestos en la Constitución brasileña “no excluyen otros decurrentes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

La tercera y cuarta cláusulas fueron incorporadas por la Enmienda Constitucional (EC) N° 45, del 8.12.2004, constantes de los §§ 3 y 4 del artículo 5, que rezan, respectivamente, que “los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”, y “el Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha manifestado adhesión”.

Recuérdese también que varios países latinoamericanos ya avanzaron en el sentido de su inserción en contextos supranacionales, reservando a los tratados internacionales de derechos humanos un lugar especial en el ordenamiento jurídico, algunas veces concediéndoles valor normativo constitucional.

(59) BASTOS, Celso Ribeiro y MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 466.

Así, Paraguay (artículo 9 de la Constitución)⁽⁶⁰⁾ y Argentina (artículo 75 inciso 24)⁽⁶¹⁾, probablemente influenciados por la institucionalización de la Unión Europea, insertaron conceptos de *supranacionalidad* en sus Constituciones. La Constitución uruguaya, a su vez, promulgada en febrero de 1967, insertó un nuevo inciso en su artículo 6, en 1994, aunque más tímidamente que sus vecinos argentinos y paraguayos, al prever que “La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

Esos datos revelan una tendencia contemporánea del constitucionalismo mundial de prestigiar las normas internacionales destinadas a la protección del ser humano. Por consiguiente, a partir de ese universo jurídico volcado a los derechos y garantías fundamentales, las constituciones apenas representan mayores posibilidades de concretización de su eficacia normativa, como también solo pueden ser concebidas en un abordaje que aproxime el Derecho Internacional al Derecho Constitucional.

En el continente americano, el régimen de responsabilidad del Estado por la violación de tratados internacionales viene presentando una considerable evolución desde la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, adoptada por conferencia interamericana especializada sobre derechos humanos, del 21 de noviembre de 1969. Entretanto, en la práctica, el cambio de la forma por la cual tales derechos son tratados por el Estado brasileño aún ocurre de manera lenta y gradual. Y uno de los factores primordiales de ese hecho está en el modo como se venía concibiendo el proceso de incorporación de tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico interno.

(60) Constitución de Paraguay, del 20.06.1992, artículo 9: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo político, económico, social y cultural”.

(61) La Constitución de Argentina, en el inciso 24 del artículo 75, establece que “Corresponde al Congreso: aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

El Supremo Tribunal Federal, teniendo en consideración esa tendencia hodierna de inserción del Estado Constitucional brasileño en contextos supranacionales, promovió una vigorosa renovación de su jurisprudencia y pasó a adoptar la tesis de la *supralegalidad* de los tratados internacionales de derechos humanos, en el histórico juzgamiento de los Recursos Extraordinarios N° 349.703 (Relator para el *acórdão* Ministro Gilmar Mendes) y N° 466.343 (Relator Ministro Cezar Peluso)⁽⁶²⁾.

No hay duda de que en el Estado Constitucional cooperativo es más consistente la interpretación que atribuye la característica de *supralegalidad* a los tratados y convenciones de derechos humanos. Esa tesis pugna por el argumento de que los tratados sobre derechos humanos serían infraconstitucionales, sin embargo, delante de su carácter especial con relación a los demás actos normativos internacionales, también estarían dotados de un atributo de *supralegalidad*.

En otros términos, los tratados sobre derechos humanos no pueden confrontar la supremacía de la Constitución, pero tienen un lugar especial reservado en el ordenamiento jurídico. Equipararlos con la legislación ordinaria significa subestimar su valor especial en el contexto del Sistema de Protección de los Derechos de la Persona Humana.

Así, delante del inequívoco carácter especial de los tratados internacionales que cuidan de la protección de los derechos humanos, entiéndase que su internalización en el ordenamiento jurídico, por medio del procedimiento de ratificación previsto en la Constitución, tiene el don de paralizar la eficacia jurídica de toda y cualquier disciplina normativa infraconstitucional que conflictúe con ella.

En ese sentido, el Supremo Tribunal Federal concluyó que delante de la supremacía de la Constitución sobre los actos normativos internacionales, la previsión constitucional de la prisión civil del depositario infiel (artículo 5, inciso LXVII) no fue revocada por el acto de adhesión del Brasil al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 11) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7, 7), pero dejó de tener aplicabilidad delante del efecto paralizante de esos tratados con relación a la legislación infraconstitucional que disciplina la materia, incluidos

(62) STF, Pleno, RE N° 349.703, Rel. p/ *acórdão* Min. Gilmar Mendes, juzg. el 3.12.2008. STF, Pleno, RE N° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, juzg. el 3.12.2008.

el artículo 1.287 del Código Civil de 1916 y el Decreto Ley N° 911, del 1 de octubre de 1969⁽⁶³⁾.

Teniendo a la vista el carácter supralegal de esos diplomas normativos internacionales, la legislación infraconstitucional posterior que con ellos sea conflictivo también tiene su eficacia paralizada. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 652 del Nuevo Código Civil (Ley N° 10.406/2002), que reproduce la disposición idéntica del artículo 1.287 del Código Civil de 1916⁽⁶⁴⁾.

Es decir, desde la adhesión del Brasil, en el año de 1992, al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 11) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7, 7), no existe base legal para la aplicación de la parte final del artículo 5, inciso LXVII, de la Constitución, o sea, para la prisión civil del depositario infiel.

Con la decisión del Tribunal, el legislador constitucional no queda impedido de someter el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, además de otros tratados de derechos humanos, al procedimiento especial de aprobación previsto en el artículo 5, § 3, de la Constitución, tal como está definido por la EC N° 45/2004, confiriéndoles *status* de enmienda constitucional.

En la experiencia del Derecho Comparado, es válido mencionar que esa misma calificación de los tratados internacionales (supralegalidad) es expresamente consagrada en la Constitución de Alemania que, en su artículo 25, dispone que “las normas generales del Derecho Internacional Público constituyen parte integrante del Derecho Federal. Ellas prevalecen sobre las leyes y producen directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio nacional”.

(63) STF, Pleno, RE N° 349.703, Rel. p/ *acórdão* Min. Gilmar Mendes, juzg. el 3.12.2008. STF, Pleno, RE N° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, juzg. el 3.12.2008.

(64) STF, Pleno, RE N° 349.703, Rel. p/ *acórdão* Min. Gilmar Mendes, juzg. el 3.12.2008. STF, Pleno, RE N° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, juzg. el 3.12.2008.

El mismo tratamiento jerárquico-normativo es dado a los tratados y convenciones internacionales por la Constitución de Francia de 1958 (artículo 55)⁽⁶⁵⁾ y por la Constitución de Grecia de 1975 (artículo 28)⁽⁶⁶⁾.

En el caso argentino, la Constitución trae expresa la supremacía de las normas supranacionales en el orden jurídico interno (artículo 75 inciso 24)⁽⁶⁷⁾.

La jurisprudencia de las Cortes vienen reconociendo la superioridad normativa del orden jurídico internacional. El profesor Malcolm Shaw anota los siguientes ordenamientos que prevén la prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas: Francia (caso *Café Jacques Fabre, Cour de Cassation*, 16 Common Market Law Review, 1975); Holanda (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74, *International Law Review - ILR*); Italia (*Canadá v. Cargnello*, Corte de Casación Italiana, 114 *ILR*); Chipre (*Malachtou v. Armefti and Armefti*, 88 *ILR*); y Rusia (artículo 5 de la Ley Federal Rusa sobre Tratados Internacionales, adoptada el 16 de junio de 1995)⁽⁶⁸⁾.

Resáltese que en el Reino Unido, desde 1972, se asentó la prevalencia no solo de las normas comunitarias, sino de la propia Convención Europea sobre Derechos Humanos sobre el ordenamiento interno ordinario, confirmado por la *House of Lords* en el famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 *ILR*, p. 652).

Así, también el Reino Unido viene dando muestras de una verdadera revisión de conceptos. El Parlamento ya no se muestra más como un soberano absoluto. El *European Communities Act*, de 1972, atribuyó al Derecho

(65) Artículo 55 de la Constitución de Francia de 1958: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie”. **Nota de traducción:** Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte (traducción libre).

(66) Artículo 28 de la Constitución de Grecia de 1975: “The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary”.

(67) La Constitución de Argentina, en el inciso 24 del artículo 75, establece que “Corresponde al Congreso: aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas como consecuencia de ello tienen jerarquía superior a las leyes”.

(68) SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge University Press, 5ª ed., Cambridge, 2003, pp. 151-162.

Comunitario Europeo jerarquía superior en frente de leyes formales aprobadas por el Parlamento⁽⁶⁹⁾.

En los Estados Unidos Mexicanos, a pesar de que la Constitución no trae una norma expresa en ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación viene interpretando el artículo 133 del texto constitucional en el sentido de que los tratados internacionales se situaban debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes federales y locales⁽⁷⁰⁾.

También resáltese que en diversos países los tratados internacionales son utilizados como parámetro de control de las leyes internas. En ese sentido, el profesor Christian Tomuschat relata la experiencia singular de Bélgica, Luxemburgo y Holanda que admitieron el control de leyes ordinarias internas por lo dispuesto en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) antes de posibilitar el propio control de constitucionalidad.

Es interesante anotar que, hasta hoy, Finlandia no posee una Corte Constitucional, ni sus jueces están autorizados a realizar el control de constitucionalidad de las leyes, aunque la CEDH puede oponerse a la aplicación de las leyes internas⁽⁷¹⁾.

(69) TOMUSCHAT, Christian. “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”. En: Peter Badura e Horst Dreier (org.) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Mohr-Siebeck, v. 1, Tübingen, 2001, p. 249.

(70) “Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6, tesis P. IX/2007, aislada, Constitucional.

Rubro: Tratados Internacionales son parte integrante de la Ley Suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios del Derecho Internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del Derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de Derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.

(71) TOMUSCHAT, Christian. “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”. En: BADURA & DREIER. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 1 Vol. Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 247-249.

En Grecia y en Austria, la Convención Europea de Derechos Humanos tiene *status* constitucional; en cuanto a Alemania ese tratado posee, en la práctica, prioridad frente al Derecho interno (*faktischen Vorrang der EMRK vor deutschen Recht*)⁽⁷²⁾.

Finalmente, el Supremo Tribunal Federal profirió una decisión histórica⁽⁷³⁾. El Brasil ahora se adhiere al entendimiento ya adoptado en diversos países en el sentido de la *supralegalidad* de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno.

Si tenemos en mente que el Estado Constitucional contemporáneo es también un Estado Cooperativo –identificado por el profesor Peter Häberle como aquel que no solo se presenta como un Estado Constitucional dirigido hacia sí mismo, sino que se ofrece como referencia para los otros Estados Constitucionales miembros de una comunidad, en el cual gana relieve el papel de los derechos humanos y fundamentales⁽⁷⁴⁾–, si consideramos eso, podemos concluir que acabamos de dar un importante paso en la protección de los derechos humanos en nuestro país y en nuestra comunidad latinoamericana.

No podemos olvidar que el Brasil está inserto en ese contexto latinoamericano, en el cual estamos todos sometidos a un orden comunitario en materia de derechos humanos; un orden positivo expresado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya protección jurídica sigue avanzando a pasos largos por el provechoso trabajo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁷⁵⁾.

Debemos caminar juntos en la construcción de un Derecho Constitucional latinoamericano, en la cual la protección de los derechos sea un deber indeclinable de todos y cada uno de los Estados. Son las lecciones que podemos obtener de la obra de ese magnífico constitucionalista que es Peter Häberle⁽⁷⁶⁾.

(72) STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7ª ed. Muller Verlag, Heidelberg, 2005. Rn 73-75, pp. 29-30.

(73) STF, Pleno, RE N° 349.703, Rel. p/ *acórdão* Min. Gilmar Mendes, juzg. el 3.12.2008.

STF, Pleno, RE N° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, juzg. el 3.12.2008.

(74) HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit., pp. 75-77.

(75) Cf. LANDA ARROYO, César (comp.). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra, Lima, 2005.

(76) HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un Derecho Constitucional común americano: un *ius commune americanum*. En: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2003, pp. 21-23.

VI. Conclusiones

Al término de esos análisis, se puede constatar la fuerte presencia del pensamiento de Peter Häberle en la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal.

La cita de doctrina y precedentes extranjeros por los tribunales supremos y cortes constitucionales constituye uno de los principales focos del debate actual en el tema de la jurisdicción constitucional⁽⁷⁷⁾.

El Supremo Tribunal Federal ha utilizado el Derecho Comparado como parámetro para sus decisiones, aunque ello no sea decisivo en la formación de su jurisprudencia. No existe un reglamento legal para el ejercicio de esa actividad por el Tribunal, hecho que no ha representado obstáculo para una ordenada utilización de precedentes desarrollados en otros países.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Derecho Comparado son invocadas en los votos proferidos por los Ministros de la Corte, que lo hacen como forma de cualificar el debate y de profundizar los análisis y argumentaciones desarrolladas en los juzgamientos. El resultado puede ser observado en decisiones extremadamente bien fundamentadas, con el consecuente perfeccionamiento de la jurisprudencia del Tribunal.

Es innegable que el Derecho Comparado ejerce fuerte influencia en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en la actualidad. Hay que tener en cuenta, en ese sentido, que la comparación de derechos fundamentales puede ser calificada, como así lo hizo Peter Häberle, como el quinto método de interpretación constitucional, al lado de los clásicos métodos desarrollados por Savigny⁽⁷⁸⁾.

Siguiendo esa tendencia, el Supremo Tribunal Federal permanece abierto a la producción doctrinaria y jurisprudencial desarrollada en el Derecho Comparado.

(77) Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie. "A typology of transjudicial communication". En: HeinOnline - 29 U. Rich. L. Rev. 138 1994-1995. ÍDEM. *Judicial globalization*. En: HeinOnline -- 40 Va. J. Int'l L. 1103 1999-2000. Idem. "A global community of Courts". En: HeinOnline -- 44 Harv. Int'l L.J. 191 2003.

(78) HÄBERLE, Peter. "El concepto de los derechos fundamentales". En: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 109.

Ese proceso se intensifica delante de la perspectiva de un crecimiento cada vez mayor de los procesos de intercambio entre las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales de los diversos países. La cooperación entre órganos de la jurisdicción constitucional innegablemente favorece el intercambio de informaciones entre los Tribunales⁽⁷⁹⁾.

Es en ese contexto que la doctrina de Peter Häberle viene siendo incorporada por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil. No se puede negar, de esa forma, que existe una tendencia actual a que el intercambio de conocimientos entre los diversos órganos de la jurisdicción constitucional, principalmente en nuestro ambiente latinoamericano, sea decisivo en la construcción, aunque paulatina, de un Derecho Constitucional común en la región. La difusión del pensamiento de Häberle en países latinoamericanos ciertamente puede constituir la causa, y al mismo tiempo ser la consecuencia, de ese importante proceso de formación de un Derecho Constitucional común latinoamericano.

(79) Cfr. VALE, André Rufino do. *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de Jurisdição Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Año 2008/2009 - IDP - ISSN 1982-4564, <www.idp.edu.br>.

**DEBATE SOBRE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN EL CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÁNEO**



Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?

Eduardo Hernando Nieto^()*

I. Introducción

En los últimos años se advierte un enorme interés entre los filósofos del Derecho y los teóricos del constitucionalismo tanto por el llamado *neoconstitucionalismo* como por la *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Si bien encontramos abundante literatura en España y América Latina sobre el particular, enfocando fundamentalmente problemas de carácter conceptual o normativos⁽¹⁾, puede resultar útil analizar las semejanzas y las diferencias entre ambos discursos a la

(*) Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP, de los posgrados de la misma universidad y de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor principal en la Academia de la Magistratura. Doctor en Filosofía.

(1) Textos que también discuten, por ejemplo, las ambigüedades del concepto neoconstitucionalismo o la diversa variedad de enfoques argumentativos en el Derecho. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá Externado de Colombia, 2006; Miguel Carbonell (edit.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2007; Miguel Carbonell (edit.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002; GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008. Con relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica, se puede ver, ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006; ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Palestra, Lima, 2004; FETERIS, Eveline. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra, Lima, 2009; GASCÓN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, entre otros.

luz del protagonismo que hoy adoptan los valores liberales dentro de los ordenamientos normativos, tratándose precisamente de corrientes que han sido catalogadas de novedosas y que incluso en el caso del neoconstitucionalismo ha sido calificada también como una Teoría del Derecho⁽²⁾.

Ahora bien, tomando en cuenta los referentes teóricos de los que parten importantes representantes del neoconstitucionalismo, como el profesor Robert Alexy⁽³⁾ (Kant y Habermas) o Ronald Dworkin (también deudor del liberalismo kantiano y la famosa moral de los derechos individuales⁽⁴⁾), parecería obvia la vinculación de este con el liberalismo; sin embargo, mi mayor interés se centra en la consideración de la Teoría de la Argumentación Jurídica como una herramienta empleada en la solución de problemas prácticos, como sostiene Manuel Atienza⁽⁵⁾. Por ello, me parece importante analizar algunas propuestas dentro de la corriente neoconstitucional –en especial Alexy, Prieto Sanchís y Ernesto Garzón Valdés– contrastándola con la lectura más común elaborada por Manuel Atienza, con la finalidad de destacar el carácter eminentemente ideológico de la primera (al menos entre los autores citados) no siendo este el caso de la argumentación jurídica que, siendo una “técnica” (neutral), podría llevarnos a obtener resultados “no liberales” (como liberales también por cierto).

- (2) FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho contemporáneo*. Hispania Libros, Madrid, 2007, p. 82. Ciertamente, existe también el conocido artículo de Paolo Commanduci, “Formas de Neo (Constitucionalismo) un análisis metateórico” en el cual siguiendo la distinción planteada por Norberto Bobbio respecto a las distintas lecturas que podríamos tener respecto al positivismo, hace lo propio con respecto al neoconstitucionalismo, tomándolo como una teoría del Derecho, como un método de análisis del Derecho y como una ideología del Derecho. En este sentido, el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho implicaría “describir los logros de la institucionalización, es decir, de este proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Ob. cit., p. 83.
- (3) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra, Lima, 2007.
- (4) Ampliamente expuesta por diversos trabajos en el mundo académico anglosajón, como por ejemplo los clásicos textos de Michael Sandel. Cfr. SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice*. Cambridge University Press, 1982 o también *Liberalism and its critics*. Cambridge University Press, 1992.
- (5) ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 p. 17. Además como veremos luego, la argumentación tiene un desarrollo bastante más antiguo y algunas de sus desarrollos podríamos hallarlos en contextos premodernos como en caso de la tópica o la retórica aristotélica y ciceroniana.

Dicho sea de paso, en el presente trabajo identificaré lo liberal en términos de “individualismo” asociándolo por ende con la denominada moral de los derechos individuales⁽⁶⁾.

II. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Bien es cierto que, tratándose de un concepto novedoso y no exento de complejidades, no es posible encontrar una única definición; incluso, como se suele indicar, este es un término que puede tomarse como un “cajón de sastre” para enmarcar a autores con ciertas diferencias⁽⁷⁾. Pero, dado que mi interés no está en el terreno de las definiciones conceptuales sino en las divergencias entre neoconstitucionalismo y argumentación jurídica, seguiré aquí simplemente las ideas expuestas por el profesor de la Universidad de Castilla la Mancha, Luis Prieto Sanchís; así señalamos que el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica⁽⁸⁾, los cuales pueden ser compartidos, al mismo tiempo, por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del Derecho de la actualidad⁽⁹⁾.

En realidad, podemos afirmar que por neoconstitucionalismo se entiende básicamente a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial, siendo los casos de las Constituciones italiana (1947) y alemana (1949), las de Portugal (1976) y de España (1978), y en Latinoamérica las constituciones brasileña de 1988 o la colombiana de 1991, caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de

(6) Esto por la sencilla razón de que no todo liberalismo depende de la moral de los derechos individuales como podríamos encontrar en el caso del liberalismo clásico o del liberalismo comunitario por ejemplo.

(7) BERNAL PULIDO, Carlos. *El Constitucionalismo en debate*. Ob. cit., p. 29. En dicho texto, también se hace alusión a la primera mención del término que procede de POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. En: *Doxa*. N° 21, 1998, pp. 355-370.

(8) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003, p. 101.

(9) Autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, N. McCormick, Carlos Santiago Nino, Ernesto Garzón Valdés, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz entre muchos otros que citaremos en el desarrollo de este trabajo.

establecimiento de competencias, para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos⁽¹⁰⁾.

Como se indica en un reciente texto sobre Filosofía del Derecho contemporáneo: “la Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales”⁽¹¹⁾.

En este sentido, es también usual el considerar que el neoconstitucionalismo surge de la integración de dos clásicos modelos constitucionales, el modelo norteamericano y el modelo europeo. En el primer caso, nos encontramos con la idea de la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pactos de mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus planes de vida dentro del marco de un *Estado neutral*, en cambio, en el modelo Europeo la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política⁽¹²⁾ que busca aproximarse a los ideales políticos de la Revolución Francesa, en el sentido de afirmar valores como el de la libertad y sobre todo el de la democracia (léase igualdad)

Precisamente, como primer rasgo que podría percibirse sería el hecho de que esta tradición constitucional al haber surgido dentro de países que atravesaron por regímenes poco afines a la ideología liberal⁽¹³⁾ estaría muy interesada en afirmar con mucha vehemencia los principios del liberalismo, en especial, la defensa de los derechos humanos.

(10) CARBONELL, Miguel. “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-10. También, CARBONELL, Miguel. “El nuevo tiempo para el Constitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2005, p. 9; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. Ob. cit., pp. 21-31.

(11) FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Ob. cit., p.85.

(12) Al respecto ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Ob. cit., cap.1

(13) Por ejemplo, el caso de la Alemania nacionalsocialista, la Italia fascista, la España de Franco entre otros.

De esta manera, el tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para encontrarnos ahora con el *Estado Constitucional de Derecho*, en el cual la Constitución se convierte como señalábamos, en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el Derecho y que, por lo tanto, se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la *vinculación necesaria entre el Derecho y la moral*⁽¹⁴⁾, es decir, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de la *separación entre el Derecho y la moral*⁽¹⁵⁾.

Esta tesis de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral ha sido ampliamente difundida en el contexto anglosajón por el profesor Ronald Dworkin y en Europa continental por Robert Alexy⁽¹⁶⁾ quienes, a su vez, han concluido en una defensa bastante fuerte de los derechos individuales llegando inclusive a proponer tesis tan categóricas como la de Dworkin, en el sentido de que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta (léase la defensa de un principio)⁽¹⁷⁾ aun cuando la perspectiva de Alexy podría ser menos rígida en el sentido de reconocer la posibilidad de que existan varias posibles respuestas, no obstante que exista también quienes piensan que no se trata necesariamente de posiciones antagónicas⁽¹⁸⁾.

(14) Tesis que se caracteriza precisamente por reconocer la presencia de valores y de principios dentro del Derecho como lo indica el profesor Alfonso García Figueroa: “La Constitución aúna dos características relevantes para nuestros propósitos: por su contenido incorpora una serie de valores morales; por su forma, sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. En términos muy generales, estas dos propiedades comparten dos consecuencias interesantes para el no positivismo principialista: en primer lugar, el constitucionalismo parece favorecer el no positivismo porque facilita la vinculación conceptual del derecho a la moral y, en segundo lugar, parece favorecer a un no positivismo principialista. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61-62.

(15) Para permitir precisamente que el Derecho sea una ciencia exacta y no una ciencia especulativa.

(16) GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ob. cit., p. 45.

(17) Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel, Barcelona, 1999

(18) Dice García Figueroa: “Sin embargo, esta apariencia conciliadora de la teoría de Alexy debe ser matizada porque, a pesar de su rechazo del holismo, el resultado de su propia teoría es próximo al de Dworkin, dado que Alexy mantendrá una concepción del Derecho, a partir de lo que él denomina “el lado activo del Derecho”, es decir, a partir de los procedimientos”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ob. cit., p. 58. De hecho, estas cercanías se deberían a su relación con la filosofía kantiana y su adhesión a la moral de los derechos individuales. Para un desarrollo del pensamiento de Dworkin, ver: SANTOS PÉREZ, Lourdes. *Liberalismo e Igualdad, una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Ahora bien, algunos de los cambios que podemos destacar entre la vieja teoría positivista y su Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho del neoconstitucionalismo encontramos, por ejemplo, la flexibilización estatal frente al clásico estatismo, la relevancia de los principios frente al legicentrismo y una interpretación más material respecto a la interpretación formal del Derecho anterior.

En esta línea, el profesor Prieto Sanchís destacará a su vez cinco características que definirían lo que significa hoy el neoconstitucionalismo; a saber, el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, Riccardo Guastini ha encontrado otra serie de condiciones que nos harían saber cuándo nos encontramos en un contexto “neoconstitucional”: entre otras cosas podría señalarse lo siguiente: rigidez constitucional, con la consiguiente Constitución escrita y la dificultad de su modificación por parte de la legislación; la garantía jurisdiccional de la Constitución, vale decir, el control sobre la conformación de las normas con la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución, que destaca precisamente el hecho de que las constituciones, además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica; la sobreinterpretación de la Constitución, que permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales, pues antes la Constitución solo controlaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios; la interpretación conforme de las leyes, que no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, así, el juez debe preferir la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional y, finalmente, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se percibe, por ejemplo, en la argumentación que puedan brindar los órganos legislativos y que justamente se basarían en el texto constitucional⁽²⁰⁾.

(19) PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Ob. cit., pp. 131-132. Ver también, Robert Alexy. “Sistema jurídico y razón práctica”. En: *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994.

(20) GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Ob. cit., p. 49 y ss.

No obstante lo dicho, se puede entender que, desde un punto de vista teórico, el eje del neoconstitucionalismo lo constituye sin duda los derechos fundamentales, base del discurso liberal contemporáneo. Este tiene, como ya anotamos, una serie de adherentes como Ronald Dworkin, John Rawls, Thomas Nagel, Jürgen Habermas, Robert Alexy y otros también en América Latina y España a través de diversos discípulos.

Precisamente para reforzar mi argumento respecto a la deuda directa del neoconstitucionalismo con la moral de los derechos individuales, ahora voy a referirme a uno de los más importantes filósofos del Derecho en América Latina y, desde mi punto de vista, muy afín al neoconstitucionalismo, el profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, quien ha difundido desde hace ya mucho tiempo el concepto de “coto vedado” para referirse a aquel espacio conformado por los derechos fundamentales y donde no podría negociarse absolutamente nada ni tampoco haber disensos, en tanto se tratan de los denominados derechos básicos⁽²¹⁾.

Este “coto vedado” en términos de Garzón Valdés resguardaría, entonces, a los llamados derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder afirmar la democracia representativa.

Ciertamente, esta concepción de democracia representativa como moralmente correcta procedería, en su caso, de la lectura de Hans Kelsen y la idea de que la democracia representativa no se da en función al dominio de las mayorías, sino más bien en términos del principio de las mayorías, que es diferente, porque significa reconocer la presencia de una minoría que debe ser respetada:

“En Kelsen, el ejercicio del principio de la mayoría está limitado por el respeto a los derechos de la minoría a los que significativamente llama derechos fundamentales y humanos”⁽²²⁾.

De esta tesis kelseniana, Garzón Valdés extrae conclusiones propias sobre el sentido de la democracia: “una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos. Cuando tal no es el caso, el principio de la mayoría se transforma en dominio de

(21) Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Representación y Democracia”. En: *Tolerancia, dignidad y democracia*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006. También, del mismo autor, *Instituciones suicidas: estudios de ética y política*. Paidós, México, 2000.

(22) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Ob. cit., p. 147.

la mayoría (Kelsen) o constituye una forma ideológica de justificación del poder normativo (Habermas)”⁽²³⁾.

Convergente con las ideas de otros académicos liberales –Dworkin por ejemplo⁽²⁴⁾–, se maneja la tesis de que los derechos individuales deben ser entendidos como los medios de protección con los que cuentan las minorías a fin de defenderse de las agresiones o de las preferencias de las mayorías.

Así pues, si se trata de justificar la existencia de este “coto vedado” de los derechos entonces vamos a encontrar distintas razones que en teoría podría justificarlos, a pesar de que, como se ha indicado, sería un espacio no negociable bajo ningún punto de vista y, como se dice también, ataría a las generaciones futuras en la medida que solamente podrían agregarse nuevos derechos, mas no podrían excluirse aquellos que ya encuentran dentro del coto vedado⁽²⁵⁾. Es más, Garzón Valdés llega a llamar “incompetente básico” a aquel que no comprenda la importancia de los bienes básicos que se encuentran dentro del coto ya que solamente podría desconocerlos alguien que no se mueva bajo los parámetros de la racionalidad⁽²⁶⁾. En este sentido, se justifica una intervención paternalista, si se trata de proteger la autonomía de los sujetos.

En efecto, al referirse al coto vedado se estaría pensando básicamente en los derechos fundamentales, ligados a la idea de poder concretar un plan de vida y, al menos para Garzón Valdés, no bastaría solo con los tradicionales derechos civiles y políticos y sus correspondientes garantías, sino también tendría que haber espacio para los derechos de segunda y tercera generación y, obviamente, con la obligación por parte del Estado de garantizarlos⁽²⁷⁾.

(23) Ibídem, p. 153.

(24) “La teoría constitucional sobre la cual se basa el Gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el “Bill of Rights”, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Ob. cit., p. 211.

(25) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Ob. cit., p. 154.

(26) Ibídem, p. 148.

(27) Una línea similar es la que encontramos en muchos neoconstitucionalistas europeos que abogan también por la necesidad de garantizar los derechos económicos y sociales por ejemplo. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006; PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Trotta, Madrid, 2007. Sin embargo, en el caso del neoconstitucionalismo anglosajón (Dworkin, Rawls), más bien se pensaría en los derechos civiles y políticos como los derechos garantizables y no tanto en el sentido planteado por el profesor Garzón Valdés y sus colegas italianos.

Como se aprecia claramente, las tesis neoconstitucionalistas parten desde una moral de los derechos subjetivos de raíz kantiana y consideran que si se quiere actuar como un sujeto racional (moral) entonces es indispensable vivir dentro de un régimen de democracia representativa, es decir, un régimen que garantice las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para poder desarrollar la autonomía.

Finalmente, se entenderá que los jueces y los legisladores estarán obligados a ser consecuentes con estos principios y resolver o legislar siempre a favor de la defensa del coto vedado de los bienes básicos, aun cuando puedan ir contra la voluntad mayoritaria⁽²⁸⁾. Finalmente, podemos concluir que, dentro de lo que llamaría una definición básica del neoconstitucionalismo, la conexión entre la moral de los derechos individuales y el Derecho no solamente es más que evidente sino que en la práctica significaría la subordinación de las reglas (Derecho) hacia los principios (moral), de acuerdo a lo expuesto por Garzón Valdés.

III. ¿Qué es la Teoría de la Argumentación Jurídica?

Hablar de la Teoría de la Argumentación Jurídica significa pensar en la Teoría del Derecho que corresponde al siglo XXI⁽²⁹⁾, puesto que las grandes teorías del Derecho vigentes durante el siglo XX (léase positivismo, iusnaturalismo y realismo) nunca llegaron a identificar el carácter argumentativo del Derecho⁽³⁰⁾.

(28) Sin duda, uno de los más importantes defensores de la voluntad mayoritaria y la defensa de la deliberación pública es el profesor Roberto Gargarella; ver, por ejemplo, su artículo "Los Jueces frente al coto vedado" <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_04.pdf>. Sin embargo, esto no significa que no se adhiera a las tesis kantianas, sino que consideraría que el modelo neoconstitucionalista podría concluir en un sistema elitista en donde los jueces aparezcan como los grandes definidores de la política y no siempre actuarían a favor de las mayorías. Para un desarrollo de las tesis democráticas y mayoritarias del Derecho Constitucional ver. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 1999; y para una evaluación de las tensiones entre las tesis constitucionales y democráticas ver SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional, una radiografía teórica*. FCE, México, 2006.

(29) ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006

(30) ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. Obviamente, esto no significa afirmar que antes del siglo XX no existía el positivismo o el iusnaturalismo. Por otro lado, si bien alguien podría sostener que en el carácter argumentativo del Derecho no es tampoco novedoso, pues en la retórica o la tópica (recuperadas por Perelman y Viehweg en los años cincuenta, dicho sea de paso) y en el mismo iusnaturalismo se podría encontrar también formas de razonamiento práctico, sin embargo, la novedad la encontraríamos en que

Pero, ¿qué significa este carácter argumentativo del Derecho? Concretamente, se trata de identificar el sentido práctico del Derecho, es decir, considerarlo no como un fin en sí mismo, sino como un medio o una técnica destinada a resolver problemas de orden práctico⁽³¹⁾; de esta manera, se afirma que el Derecho no es una ciencia teórica sino una ciencia práctica, en palabras del profesor Robert Alexy, una forma especial de razonamiento práctico general que se encuentra inmerso dentro de una teoría del discurso⁽³²⁾.

Precisamente como diría Alexy: “la idea básica de la teoría del discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos con una pretensión de rectitud. Bajo el nombre de problemas prácticos, entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo. Con esto intenta la teoría del discurso ir por un camino medio entre teorías objetivistas y cognitivistas, de una parte, y subjetivistas y no cognitivistas, de la otra. Su punto de partida es el discurso práctico general. Discursos prácticos generales no son argumentaciones institucionalizadas sobre lo que es ordenado, prohibido y permitido, así como tampoco de lo que es bueno o malo. Un discurso práctico es racional cuando en él se llenan las condiciones de argumentación práctica racional. Al satisfacerse estas condiciones el resultado del discurso es correcto. *La teoría del discurso es por eso una teoría procesal de corrección práctica*”⁽³³⁾ (el resaltado es mío).

De esta manera, se evidencia que el discurso tendría dos tipos de reglas, una que se refiere a la estructura de los argumentos y reglas cuyo objeto sería el proceso del discurso. Continúa Alexy señalando que en el primer grupo tendríamos, las reglas de *no contradicción, de universalidad, de claridad lingüística conceptual, de verdad de las premisas empíricas usadas, de completud*

el enfoque argumentativo no tendría un fin predeterminado (como en el caso del iusnaturalismo que se daría dentro de un marco teleológico o ideal) y, además, se presentaría como una técnica elaborada y bien delimitada.

- (31) “El Derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El Derecho no es más –ni menos– que una técnica –cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente para la resolución– de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales”. ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Ob. cit., p. 17.
- (32) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994, p. 151. también *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 47 y p. 59.
- (33) ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Ob. cit., pp. 47-48.

deductiva del argumento, de consideración de las consecuencias, de ponderación y de análisis de las convicciones morales, en tanto que, en el segundo grupo cuya finalidad sería la de asegurar la imparcialidad de la argumentación práctica, contaríamos con las siguientes reglas:

1. Todo el que puede hablar puede tomar parte en el discurso.
2. Es posible cuestionar cualquier afirmación que se haga.
3. Se puede introducir cualquier afirmación en el discurso.
4. Nadie puede ser impedido por la fuerza de intervenir⁽³⁴⁾.

En la medida que estas condiciones están en un plano ideal –señalaría Alexy–, entonces, tendrían que ser institucionalizadas en un sistema de Derecho para su concreción, aun cuando para él está claro que solamente podría operar en un Estado Constitucional de Derecho:

“La necesidad de la existencia de un sistema de Derecho surge de la debilidad del discurso práctico general. La argumentación práctica general no conduce en muchos casos a resultados que todos aprueben, y cuando lleva a resultados que todos consienten, la aprobación general del discurso todavía no es con certera observancia general. Los conflictos sociales no pueden ser resueltos basados en reglas que se contradicen unas a otras, y el cumplimiento de reglas que todos, sin tener que temer sanciones, pueden violar, para nadie es exigible. Este argumento hobbesiano se complementa con uno kantiano. Este afirma que en un discurso racional no se puede justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquellos que llenen las elementales exigencias de la razón práctica. Entre esas se encuentra la garantía de los derechos humanos fundamentales y la institucionalización de procedimientos democráticos”⁽³⁵⁾.

Ciertamente, la tesis del profesor Alexy resulta bastante particular, pues se trataría, efectivamente, de un intento por integrar de manera armónica la propuesta neoconstitucionalista (liberal) y la teoría de la argumentación jurídica; esto, en la medida que la teoría de los derechos fundamentales serviría para justificar los derechos humanos y, al mismo tiempo, los derechos humanos constituirían el límite donde se desarrolla la argumentación.

(34) *Ibídem*, pp. 50-51

(35) *Ibídem*, pp. 52-53.

Así pues, si bien Alexy reconoce la existencia de argumentos prácticos generales⁽³⁶⁾ (aquellos que se basan en la corrección de su contenido) estos estarían subordinados a los argumentos institucionales, es decir, aquellos que se afirman en la autoridad del Derecho positivo⁽³⁷⁾, aunque esta preeminencia de los argumentos institucionales sobre los sustanciales operaría solo *prima facie* (a primera vista), es decir, que en determinados casos podría ser que primen los argumentos sustanciales por encima de los institucionales. Señala Alexy:

“El hecho de que argumentos institucionales solo gozan de una prevalencia *prima facie*, significa que la argumentación jurídica, aun cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y prácticos generales”⁽³⁸⁾.

Esto precisamente nos conduce a uno de los aspectos más destacados y conocidos de la obra del profesor alemán, el famoso juicio de ponderación que nos facilitaría la solución de las múltiples colisiones entre principios que se suelen dar dentro del ordenamiento constitucional contemporáneo.

Así, entendiendo que existe una diferencia entre reglas y principios (como señala la teoría neoconstitucional), los principios deberían entenderse como mandatos de optimización cuya concreción dependerá de las posibilidades jurídicas y fácticas⁽³⁹⁾. Esto significa que los principios son susceptibles de ponderación, es decir, que en cada caso concreto habrá que ver cuál de los principios se convierte en regla y cuál en excepción, pudiendo esto variar si se trata de

(36) Los mismos que se dividen en argumentos teleológicos que se apoyan en una idea de lo bueno y deontológicos que se basan en la idea de lo justo o injusto (independientemente de sus consecuencias).

(37) Siendo estos argumentos de carácter lingüístico, genético (voluntad del legislador histórico) y sistemático.

(38) ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Ob. cit., pp. 58-59

(39) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ob. cit., p. 162.

Asimismo, Alexy en oposición define a las reglas como mandatos definitivos; por lo tanto, un conflicto entre reglas debería terminar con la expulsión de una de ellas del sistema. Con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, observaremos que lo fáctico se refiere a la idoneidad y necesidad de la medida limitadora examinada, en cambio, lo jurídico se relaciona ya directamente con lo que sería el mismo juicio de ponderación a través de la siguiente ley: “cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. *Ibidem*, p. 171. Ver también al respecto el artículo de SOBREVILLA, David. “El modelo de reglas/principios/procedimientos de Robert Alexy”. En: *Isonomía*. N° 4, México, abril de 1996

un caso distinto⁽⁴⁰⁾. En este sentido, de la visión de Alexy podría suponerse que la gama de derechos incluidos dentro del llamado “coto vedado” sería bastante amplia, lo suficiente como para poder incluir quizá algún principio no liberal. En todo caso, volveremos más adelante sobre este punto, pues es central para el desarrollo de mi argumento.

Es preciso acotar, sin embargo, que si bien la tesis de Alexy es importante, la argumentación jurídica no se agota con sus ideas; es más, Alexy junto con MacCormick son señalados por Manuel Atienza como los forjadores de la “teoría estándar de la argumentación”⁽⁴¹⁾, es decir, aquel modelo que se concentra en el estudio de las razones justificatorias antes que en las razones explicativas⁽⁴²⁾. En este sentido, el trabajo del profesor de Alicante resulta de interés, pues trata de sistematizar las distintas teorías de la argumentación (Aarnio, MacCormick, Peczenik, Alexy, Perelman, etc.,) para poder conformar lo que sería ya, propiamente dicha, la *Teoría de la Argumentación Jurídica*.

Así pues, tomando en consideración todos los aportes efectuados por los autores antes citados⁽⁴³⁾, la Teoría de la Argumentación sugiere una serie de criterios generales⁽⁴⁴⁾ que serían muy útiles para evaluar la corrección o justicia de una decisión; estas serían las reglas de la *consistencia*, la *coherencia*, la *universalizabilidad* y el *consecuencialismo*⁽⁴⁵⁾.

Tales criterios, en su plano formal, se constituirían entonces por reglas de la lógica formal como la “no contradicción” y la coherencia y, en su plano mate-

(40) GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit., p. 298.

(41) Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. Ob. cit.

(42) Esto se refiere a la distinción que según Atienza, permite la aparición de la Teoría de la Argumentación Jurídica y que fue tomada del campo de la filosofía de la ciencia, vale decir, la distinción entre el Contexto de Descubrimiento y el Contexto de Justificación, el primero se centraría en las explicaciones de los razonamientos (por ejemplo en el caso de un juez explicaciones de orden sociológico, psicológico etc.) y el segundo, en la justificación de los argumentos (es decir, cómo se debería llegar a un razonamiento correcto). La Teoría estándar solo se referiría al contexto de justificación mientras que Atienza pensaría que una teoría de la argumentación debería trabajar en ambos contextos. *Ibidem*, pp. 303-325.

(43) Entre otros textos se puede citar AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Madrid, CEC, 1991; MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press, Oxford, 1978; PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1988; PECZENIK, Aleksander. *On Law and reason*. Kluwer Academic Publishers, London, 1989.

(44) Aun cuando originalmente estarían ya expresados en la teoría del profesor MacCormick.

(45) GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ob. cit., pp. 173-174.

rial, con los criterios de orden sustantivo que responden a la moral kantiana y a la moral utilitarista. Así por ejemplo, si uno tuviese que evaluar una sentencia, no solo deberíamos fijarnos en la consistencia de los considerandos, esto es, que no existan contradicciones entre ellos o que exista también una coherencia en el razonamiento —en otras palabras, que la argumentación siga un sentido claro y que pueda preverse la conclusión del razonamiento—, sino que la decisión adoptada debe también someterse al test de la universalidad, que significa el presentar ante un imaginario auditorium universal de seres racionales nuestra decisión y ver en qué medida esta decisión sería aceptable para ese auditorium (universalidad), finalmente, también se trata de considerar los efectos que podría generar nuestra decisión al interior de la sociedad, pues es importante tomar nota de los intereses que se verían afectados (consecuencialismo).

Todo esto conforma así las reglas del razonamiento práctico empleado por el razonamiento jurídico y su uso permitiría legitimar las decisiones que emiten los órganos jurisdiccionales siendo este el gran aporte efectuado por la Teoría de la Argumentación Jurídica.

IV. ¿Es posible una argumentación no liberal?

Hasta este momento he tratado de mostrar qué cosa es el neoconstitucionalismo (en la definición de Prieto Sanchís fundamentalmente) y qué es la Teoría de la Argumentación Jurídica (en términos de Alexy y Atienza), mi idea ahora es tratar de demostrar que, mientras que el neoconstitucionalismo le debe su existencia y su razón a la filosofía liberal kantiana, la teoría de la argumentación, definida como técnica para resolver problemas prácticos, no tendría por qué compartir necesariamente este compromiso con el liberalismo kantiano y podría inclusive llevarnos a justificar un resultado o una decisión que defienda principios o valores no liberales⁽⁴⁶⁾.

A primera vista esta última afirmación parecería muy problemática, por ejemplo, dentro de la tesis de Robert Alexy quien, como indicamos, consideraría que la Teoría de la Argumentación se da con el propósito de justificar racionalmente los derechos fundamentales⁽⁴⁷⁾.

(46) Más aún si es que asociamos la argumentación con la retórica y la tópica, que se daban no en un contexto de universalidad, sino muy focalizado en las polis o ciudades antiguas.

(47) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. CEC, Madrid, 1983; Ídem. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, CEC, 1993

Sin embargo, la tesis de Alexy –a diferencia de la de Dworkin o el mismo Garzón Valdés– incluiría muchos más principios que los usuales, aun aquellos que no lucirían muy compatibles con el liberalismo contemporáneo⁽⁴⁸⁾ como, por ejemplo, los principios de seguridad, orden interno o finalmente la paz.

De hecho, sabemos que todos los ordenamientos constitucionales incorporan también principios de este tipo que, en determinados casos, podrían ser objeto de ponderación con los otros derechos, más ligados a las tradiciones liberales kantianas y que, como diría el profesor Carlos Santiago Nino, se sustentarían en la defensa de la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona⁽⁴⁹⁾. En ese sentido, producido un conflicto entre principios y dependiendo del caso concreto se podría optar por uno u otro, como se señala en la teoría de la ponderación.

Empero, la inclusión de estos principios “no tan liberales” tienen, como se diría, “su truco”, como lo constatamos en la siguiente referencia a una entrevista concedida por el profesor Alexy a una profesora colombiana. Veamos la siguiente pregunta:

“En un conflicto armado interno como el colombiano, colisionan derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal o a la libre circulación, con el derecho a la paz, en tanto derecho de los ciudadanos. Debido al carácter prioritario del derecho a la paz, se toman medidas de excepción que restringen esos u otros derechos fundamentales. A causa de la gravedad del conflicto, esas restricciones podrían pasar el test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto y, además, lograr un gran respaldo popular. ¿Hay algo en su teoría de los márgenes de acción que sirva de dique o freno a esa tendencia?”.

(48) Respecto a esto, quisiera señalar que estoy definiendo liberalismo como aquel discurso que se sustenta en la moral de los derechos individuales, por lo tanto su fundamento es kantiano. Hago esta aclaración porque también es posible proponer otras formas de discurso también llamado liberal aunque podría llevarnos a la defensa de otros valores que no serían necesariamente aceptados por la tradición kantiana, por ejemplo, la perspectiva hobbesiana, preferiría más bien los valores de la paz, el orden o la seguridad pública antes que la autonomía personal. Para un análisis de las distintas corrientes liberales contemporáneas ver GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento contemporáneo*. Trotta, Madrid, 2006; GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona, Paidós, 1999; KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea*. Ariel, Barcelona, 1994 y, por supuesto, el infaltable ensayo de BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1998.

(49) NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires, Astrea, 1989.

Responde Alexy:

“Eso depende de la manera como se interpreta la libertad general de acción. Por eso, solo podré responder a la pregunta cuando sepa qué es la libertad general de acción según la Constitución colombiana. Quiero indicar por qué planteo esta cuestión: en Alemania, el artículo que garantiza la libertad general de acción se interpreta de dos maneras. Por una parte, garantiza la libertad de acción en calidad de derecho general a la protección de la personalidad y lo hace en asociación con la garantía de la dignidad humana. Paralelamente se responde por la libertad general de acción como libertad de hacer o dejar de hacer cualquier cosa a voluntad. Se advierte de inmediato que la libertad general de acción como expresión del derecho común de protección a la personalidad tiene un mayor peso abstracto que la libertad general de acción como derecho de hacer y dejar de hacer lo que se desee, por ejemplo, para decidir cómo uno quiere hacerse cortar el pelo. Por eso debo saber cuál es el significado de “libertad general de acción” en la Constitución colombiana para poder contestar la pregunta que me hizo” [*Después de recibir una concisa información sobre el artículo 16 de la Constitución, que protege el libre desarrollo de la personalidad, y sobre otras garantías constitucionales que tienen en vista la dignidad humana, Robert Alexy retoma su respuesta*]. “En este caso mi respuesta será muy sencilla: tan pronto como entra en juego la dignidad humana, en relación con la libertad general de acción, se tiene una clara barrera. Mientras se trata solamente de decisiones cotidianas, que no tienen que ver con la personalidad, con la dignidad, sino con pequeñas ventajas y desventajas, también de tipo financiero, que no afectan la personalidad, tal preferencia prima facie a favor del derecho a la paz podría hacerse valer”⁽⁵⁰⁾.

Ciertamente, de lo expresado en su respuesta queda muy claro que el profesor Alexy está pensando en la prevalencia de los derechos fundamentales y el coto vedado pues, si se trata de afectar directamente la autonomía (personalidad) o la dignidad, entonces ningún principio de raíz utilitarista (bien común, seguridad pública, paz interna, orden público etc.) podrá ser prevalente.

(50) QUINTERO, Diana Patricia. “5 preguntas a Robert Alexy”. En: *Precedente. Anuario Jurídico*. U. ICESI, Cali, 2003, p. 91. El artículo 16 de la Constitución colombiana señala lo siguiente: “**Artículo 16.-** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

De esta manera, si se trata, por ejemplo, de un caso en el cual un grupo de estudiantes desea organizar una marcha de protesta en una zona céntrica de la ciudad y esto afectaría a los negocios y la circulación del público, entonces los afectados podrían objetar el desarrollo de dicha marcha. Ante este supuesto, un juez indicaría que está ante un claro conflicto entre dos principios constitucionales, ya que la Constitución ampara la libertad de expresión pero, al mismo tiempo, la Constitución protege también el orden público y la libertad de tránsito.

Por lo tanto, este juez instruido en las técnicas neoconstitucionales y de la argumentación jurídica podría apelar entonces al también llamado juicio de proporcionalidad, efectuando primero una subsunción para ver si los hechos en cuestión están incluidos en la normativa constitucional (fin lícito) y observando luego si la medida restrictiva (en este caso, supongamos, la suspensión de la marcha) es idónea (vale decir, si es la más adecuada para proteger el orden público y la libertad de tránsito), si es necesaria (si no existe otra medida menos gravosa que logre el mismo resultado) para, finalmente, llegar a la aplicación del subprincipio de ponderación, en el que la aplicación de la regla “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de una de las partes mayor deberá ser el grado de satisfacción de la otra” nos dará la respuesta final que, en este caso, sería la suspensión de la marcha.

Claro, en este supuesto –como diría Alexy– no se estaría afectando la dignidad y personalidad, ya que la marcha podría efectuarse por ejemplo en otro lugar que no genere tantos problemas o realizarse quizá en otro momento, vale decir, que esta libertad estaría dentro del marco de la llamada libertad general de acción como derecho de hacer y dejar de hacer lo que se desee, el cual según Alexy no tendría el mismo peso que sí tendría el derecho a la libertad de acción en calidad de derecho general a la protección de la personalidad, que lo hace en asociación con la garantía de la dignidad humana.

De hecho, en este ejemplo se puede mostrar que el juego de la ponderación de principios se da dentro de un espacio limitado y que existe, pues, esta zona infranqueable de la dignidad de la persona humana, de esta manera Alexy estaría asumiendo la tesis neoconstitucional y, por ende, su franca adhesión al liberalismo kantiano. Dicho liberalismo, en el fondo, descansaría en la tesis de

que no existe razón alguna que pueda justificar el maltrato a otro ser humano⁽⁵¹⁾ y por ello serían liberales todos aquellos que suscriben esta tesis⁽⁵²⁾.

Sin embargo, cuando pensamos en las reglas que propone la Teoría de la Argumentación Jurídica (la coherencia, y sobre todo la universalizabilidad y el consecuencialismo) y consideramos también que la Teoría de la Argumentación es simplemente una técnica o un medio para la solución de problemas de carácter práctico, entonces no estoy seguro de que esta teoría sea incondicional al liberalismo kantiano y su negativa a tolerar cualquier forma de sufrimiento.

La pregunta que se me viene a la mente y tomando justamente como referente la entrevista a Alexy es el caso de los estados de excepción que, dicho sea de paso, tienen un tratamiento constitucional (por ejemplo en lo concerniente a la defensa del orden público o la seguridad nacional) pero que, sin embargo, se encuentran también dentro de una posición a veces ambigua cuando se trata de casos como el del fenómeno terrorista en los Estados Unidos (a partir de los atentados del 2001) y las medidas que buscaban asegurar la paz del Estado inclusive a costa de tratos violentos hacia quienes se consideran enemigos, como ocurrió con la disposición dada por el presidente Bush que negaba a los llamados “enemigos combatientes” la posibilidad de solicitar un hábeas corpus en las Cortes Federales y que finalmente fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema con una votación de *cinco contra cuatro*⁽⁵³⁾.

En el fallo ajustado al que hacemos alusión se encontraron magistrados en minoría como Antonin Scalia, quien consideró que el fallo generaría una grave amenaza para la seguridad, o por el lado de la mayoría al juez Kennedy, que sentenciaba que “la libertad y la seguridad pueden ir juntas”⁽⁵⁴⁾. Así, tenemos

(51) Esta idea fue planteada por la profesora norteamericana Judith Shklar y compartida ampliamente por filósofos como Richard Rorty y seguramente por todos los neoconstitucionalistas. Cfr. RORTY, Richard. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós, Barcelona, 1996, p. 17.

(52) Si bien es cierto he identificado el liberalismo con el individualismo, la idea de asociar ahora el liberalismo con el “no causar dolor a otro” podría en teoría posibilitar el desarrollo de un liberalismo comunitario o no individualista, empero, cualquier liberal –comunitarista o liberal– igualitario se opondría a la comunidad si es que esta se vuelve agresiva contra cualquier individuo. Tal hecho, me hace considerar entonces que el liberal en el fondo asume siempre la defensa del individuo.

(53) Yo mismo he desarrollado este aspecto en mi texto *Derecho y Emergencia: Hacia una Teoría del Derecho del Enemigo*. Departamento de Derecho de la PUCP, Lima, 2007.

(54) Cfr. <<http://www.libertaddigital.com/mundo/bush-acatara-la-sentencia-que-permite-a-los-reos-de-guantanamo-recurrir-ante-los-tribunales-1276332592>>.

que considerar que quienes estuvieron en contra de la mayoría no es que no tuvieran argumentos para justificar su negativa al hábeas corpus, al contrario tuvieron razones que podrían ser además universalizables al menos para el auditorium norteamericano⁽⁵⁵⁾ y que, además, consideraban que los efectos del fallo podrían afectar a futuro la seguridad del Estado.

Justamente la razón de ser de mi texto se dirige a demostrar que en algunas circunstancias concretas y muy específicas, el “coto vedado” podría flexibilizarse al punto de permitir legítimamente al Estado causar un sufrimiento al enemigo como lo ocurrido con la legislación antiterrorista en Norteamérica, sin que esto pueda ser considerado irracional o que no pueda ser justificado en los términos previstos por la teoría argumentativa tal y como lo demuestran conocidos académicos en los Estados Unidos, que han desarrollado argumentaciones en este sentido⁽⁵⁶⁾.

De todo esto se puede deducir, entonces, que no habría por qué considerar que exista un espacio de no discusión o deliberación en la Teoría de la Argumentación y esto significaría, a su vez, poder brindar una respuesta distinta a la que señala el profesor Alexy en la entrevista. De esta forma, por ejemplo, en la situación de excepcionalidad que vive Colombia podría entenderse límites concretos a la autonomía de aquellos que se convierten en enemigos del Estado⁽⁵⁷⁾ y que tales medidas podrían superar tranquilamente el test de la proporcionalidad. Dicho de otra manera, podría ser que medidas claras que restrinjan la libertad personal de los enemigos (las FARC en Colombia) sean aceptables por un auditorium de personas racionales (los ciudadanos colombianos cansados de secuestros, asaltos y violencia en general, o también un ciudadano peruano cansado de los embates de Sendero Luminoso, o un ciudadano norteamericano amenazado

(55) Ciertamente, este aspecto de la universalidad o del auditorium universal es harto discutible, pues podría ser interpretado como un espacio ideal más que real o deseable más que factible con lo cual podríamos ingresar o regresar a una dimensión abstracta y paradójicamente poco práctica del Derecho. Quizá en el fondo tengamos que preferir a Hegel antes que a Kant.

(56) Por ejemplo, Richard Posner. *Not a suicide pact, the Constitution in a Time of National Emergency*. Oxford University Press, Oxford, pp. 147-158, donde el autor concede una enorme flexibilidad a los derechos o también con posiciones más moderadas que, si bien podían cuestionar las decisiones de los “halcones”, sin embargo tampoco estaban dispuestas a llegar a las posiciones de los maximalistas (es decir de los neoconstitucionalistas). Cfr. Ackerman, Bruce. *Antes de que nos ataquen de nuevo*. Barcelona, Península, 2006. La base de todo este debate que he citado está en ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2002.

(57) Cfr. Eduardo Hernando Nieto. *Derecho y Emergencia*. Loc. cit.

por el terror islámico) y los efectos de estas medidas finalmente no sean una carga pesada para la mayoría de los ciudadanos afectados por estas situaciones anormales.

Ciertamente, entiendo que aún falta desarrollar mejor estos argumentos, pero también es cierto que lo que busca la Teoría de la Argumentación es justificar las decisiones o las conductas humanas y, sobre todo, brindar *una respuesta concreta o una solución a un problema*⁽⁵⁸⁾. Por ende, si se trata de un estado de guerra frente al que se debe de buscar la paz o recuperar el orden social (sin el cual, dicho sea de paso, no tendría sentido hablar de derechos) no parece ser del todo racional el subordinar nuestro futuro a la defensa de los intereses de aquellos que, por distintas razones, se han convertido en enemigos del Estado⁽⁵⁹⁾.

(58) Sería interesante, por ejemplo, referirse en otro momento a la manera como se ha desarrollado la argumentación en el medio académico norteamericano, de hecho se podría encontrar enfoques mucho más a tono con el sentido práctico que se asume en el Derecho dentro de esta perspectiva. Cfr. POSNER, Richard. *How judges think*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2008; también ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2008.

(59) Tomo el concepto de enemigo en el sentido del realismo político schmittiano –y no en el sentido del penalista Jakobs–, es decir, como el conjunto de personas que amenazan abiertamente la vida de otra colectividad. Cfr. SCHMITT, Carl. *El Concepto del Derecho*. Alianza, Madrid, 2001. Evidentemente, para los liberales kantianos –que han sido objetos de mi crítica– no existe el enemigo sino solamente infractores, delinquentes o simplemente adversarios.



El Derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica

Félix Morales Luna^()*

I. Introducción

“Argumentación jurídica”, “neoconstitucionalismo”, “principios jurídicos” o “ponderación”, empiezan a convertirse en lugares comunes de la teoría del Derecho que se ha venido consolidando en las últimas décadas. Las obras de los autores identificados con este nuevo paradigma –que prefiero denominar pospositivista– como Dworkin, Alexy, Nino, Garzón Valdés o Atienza, por nombrar a algunos de los más influyentes en nuestro medio, han terminado desplazando (aunque, sin duda, no superando) los planteamientos de emblemáticos autores del paradigma positivista como Kelsen, Hart, Ross, Bobbio o Bulygin⁽¹⁾.

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Alicante.

(1) Al margen de las etiquetas, este debate no sería sino una nueva versión de la sempiterna discusión en torno a la relación entre el Derecho y la moral. La tesis de la vinculación, antes defendida por el iusnaturalismo, sería hoy reivindicada por el paradigma pospositivista. En contra, el positivismo, que asumiendo la tesis de la separación parecía haber superado definitivamente la doctrina del Derecho natural, hoy se ve sumido en una profunda crisis por el auge del paradigma postpositivista.

La bibliografía sobre el tema es abundante pues, como dice Garzón Valdés: “no existe prácticamente ningún jurista con un mínimo de interés por cuestiones filosóficas que no haya intervenido en esta polémica”. En todo caso, un buen recuento del estado actual de la discusión, al menos en nuestro medio, se encuentra en la obra colectiva *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Vázquez, Rodolfo. Gedisa, Barcelona, 1998, 300 pp., de donde tomo la cita de Garzón Valdés (p. 138).

Definitivamente, el Derecho ha cambiado y para afrontar estos cambios es necesario promover continuos debates sobre la nueva concepción del Derecho que, por cierto, no está exenta de cuestionamientos y resistencias. Tales debates no solo nos permitirán una mejor comprensión de esta realidad sino que nos permitirá adaptar nuestros procesos de formación académica al perfil del operador del Derecho que reclama esta nueva teoría.

Uno de los más entusiastas promovedores de dichos debates en nuestro medio (aunque ciertamente sea un reconocido crítico de este nuevo paradigma de la teoría del Derecho), es el profesor Eduardo Hernando Nieto, quien recientemente ha publicado un artículo en el que desarrolla una línea argumental acerca del neoconstitucionalismo y de la teoría de la argumentación jurídica⁽²⁾. Convencido de la necesidad de dar continuidad a los debates sobre estos temas, mi propósito en este artículo es retomar las cuestiones que plantea el profesor Hernando, añadiendo elementos que permitan enriquecer el debate.

II. La posición de Hernando Nieto

Como lo anuncia desde el mismo título, el profesor Hernando Nieto plantea la duda de si el neoconstitucionalismo, por un lado, y la teoría de la argumentación jurídica, por otro, son proyectos convergentes. En general, se tiende a asumir la plena convergencia entre ambas teorías en torno al discurso liberal de raíz kantiana, asentado sobre la idea de sujetos racionales autónomos.

Entiende Hernando que este fundamento está muy claro en el caso del neoconstitucionalismo⁽³⁾. En sus términos: “el eje del neoconstitucionalismo está constituido, sin duda, por los derechos fundamentales, base del discurso liberal contemporáneo”⁽⁴⁾. Así, sin perjuicio de las contribuciones a este discurso por

(2) HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?”. En: *Ius et Veritas* N° 36, pp. 328-338. Una versión revisada y ampliada de ese trabajo aparece en este mismo volumen.

(3) No es mi propósito en este artículo ocuparme del neoconstitucionalismo que, por lo demás, está muy bien caracterizado en el artículo de Hernando Nieto que tomo como referencia. Si bien la bibliografía acerca del neoconstitucionalismo empieza a ser extensa, remito a un compendio de ensayos sobre el tema: Miguel Carbonell (edit.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición, Trotta, Madrid, 2005, 286 pp., en particular, recomendando los trabajos de Luis Prieto Sanchís “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” (pp. 123-158) y Riccardo Guastini “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (pp. 49-73).

(4) *Ibidem*, p. 331.

parte de autores como Dworkin, Rawls, Habermas o Alexy, Hernando se enfoca en el planteamiento de uno de los más destacados autores de este paradigma, el profesor argentino Ernesto Garzón Valdés, en concreto, en su tesis del denominado “coto vedado”. Recuerda Hernando que en el pensamiento de Garzón Valdés “[el] ‘coto vedado’ (...) reflejaría concretamente aquel espacio donde no podría negociarse absolutamente nada y tampoco podría haber disensos por comprender a los denominados derechos básicos (...) resguardaría entonces a los llamados derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder afirmar la democracia representativa”⁽⁵⁾.

En el caso de la teoría de la argumentación jurídica, esta correspondencia con el discurso liberal de los derechos fundamentales no se aprecia con total nitidez. Para ello, Hernando presenta un interesante recuento de los lineamientos básicos de la teoría del discurso práctico general, y de la singularidad del razonamiento jurídico sobre la base del que se construye la teoría de la argumentación jurídica, principalmente, en torno a las obras del profesor alemán Robert Alexy. Es precisamente en la obra de Alexy donde Hernando encuentra la conexión entre la teoría del discurso (jurídico) y la teoría liberal de los derechos fundamentales. Así, dice Hernando, “la tesis del profesor Alexy resulta bastante particular, pues se trataría efectivamente de un intento por integrar de manera armónica la propuesta neoconstitucionalista (liberal) y la teoría de la argumentación jurídica; esto en la medida que la teoría de los derechos fundamentales serviría para justificar los derechos humanos y al mismo tiempo los derechos humanos constituirían el límite donde se desarrolla la argumentación”⁽⁶⁾.

Destaca Hernando que, para Alexy, en el ámbito del Derecho, los argumentos de corrección del discurso práctico general se subordinan a los argumentos de tipo institucional que afirman la autoridad del Derecho positivo. Sin embargo, considera Alexy que dicha preeminencia es tal solo *prima facie*, es decir,

(5) Ídem. Respecto al “coto vedado” señala Garzón Valdés que “los derechos contenidos en el ‘coto vedado’ son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también necesidades básicas, en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras que las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades. Tienen, además, una tendencia a la expansión”. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del ‘coto vedado’”. En: *Doxa*. N° 6, 1989, p. 209.

(6) Ibídem, p. 334.

en tanto que no concurran razones de mayor peso que pudieran revertir dicha preeminencia. Así, aunque para el autor alemán la tensión entre la autoridad y la corrección de los contenidos se defina a favor de la primera, nada obsta para que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y mediante una adecuada ponderación de las razones en juego, la solución favorezca a las razones de corrección de los contenidos.

En este punto, Hernando advierte un problema: que las tesis de Alexy incluyen más principios que los que, por ejemplo, se incluyen en las tesis de Dworkin o de Garzón Valdés (es decir, que exceden el “coto vedado”), y que no lucen muy compatibles con el liberalismo contemporáneo. Entre tales principios menciona a la seguridad, el orden interno o la paz.

La presencia de estos principios “no tan liberales” –empleando los términos de Hernando– podría generar situaciones de conflicto con principios asentados en torno al concepto de dignidad humana. En tales casos, dice Hernando, “dependiendo del caso concreto, se podría optar por uno u otro como se señala en la teoría de la ponderación”⁽⁷⁾. La eventualidad que la balanza de la ponderación pudiera inclinarse, en algún caso determinado, a favor de los principios de autoridad antes que a los de dignidad, le permite concluir a Hernando que “no habría por qué considerar que exista un espacio de no discusión o deliberación en la Teoría de la Argumentación [...] si se trata de un estado de guerra donde se debe buscar la paz o recuperar el orden social (sin el cual, dicho sea de paso, no tendría sentido hablar de derechos), estos no parecen ser valores injustificables para la razón humana aun cuando se tenga que pagar cierto costo”⁽⁸⁾. En suma, advierte Hernando Nieto que en la teoría de la argumentación jurídica no habría espacio intangible y exento de discusión, como pretendería serlo el “coto vedado” que constituye uno de los pilares del neoconstitucionalismo. Esta situación le permite insinuar –pues admite que son ideas que deberían ser desarrolladas más extensamente– que el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica no son, necesariamente, proyectos convergentes.

Confiado en haber sido fiel al planteamiento de Hernando Nieto, a continuación procuraré dar respuesta a las interrogantes que plantea el autor, entre ellas, si es posible justificar, desde las reglas del discurso racional, una situación en la que primen argumentos de autoridad por encima de los de dignidad de las

(7) *Ibíd.*, p. 336.

(8) *Ibíd.*, p. 338.

personas o si el neoconstitucionalismo resulta ser un proyecto convergente con la teoría de la argumentación jurídica.

III. Dos factores relevantes del paradigma postpositivista

Como lo indicara al inicio de este artículo, el Derecho ha cambiado por una serie de factores, que si bien no podré ocuparme de todos ellos en este trabajo, me referiré a dos de ellos que me parecen particularmente relevantes para el objetivo que persigo: i) el proceso de “moralización” de los sistemas jurídicos contemporáneos; y, ii) la reivindicación del denominado punto de vista o del participante. Como se podrá advertir, estos dos factores guardan estrecha relación con las teorías de las que se ocupa Hernando en su artículo, es decir, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica, respectivamente.

1. La “moralización” de los sistemas jurídicos

Desde la segunda mitad del siglo pasado y como consecuencia de la traumática experiencia de las guerras mundiales con los actos de barbarie que supusieron, resultó imperativo recuperar la noción de persona humana y el respeto de su dignidad como el objeto prioritario de defensa y protección por parte de los sistemas jurídicos. Desde entonces, el reconocimiento, protección y realización de los derechos humanos se han erigido en el contenido mínimo de lo que podría entenderse como un orden justo. Ello supone un continuo proceso de “moralización” de nuestros Derechos, debilitando la posición de quienes, desde el paradigma positivista, defienden la distinción conceptual entre el Derecho y la moral.

Esta carga moral intensa en nuestros sistemas jurídicos –que, como lo destaca Hernando Nieto, tiene un indudable fundamento kantiano, en su concepción del ser humano como ser racional y autónomo– conlleva, a su vez, que el modo como se expresan sus contenidos disten de la estructura típica de una regla jurídica concebida como mandato o sanción según las teorías positivistas de Austin o Kelsen, respectivamente. Este lenguaje moral suele expresarse en la forma de principios, es decir, como prescripciones cuya condición de aplicación no está expresada de forma cerrada como las reglas sino abiertas; prácticamente, como prescripciones categóricas. Así, un enunciado como “no discriminar” (prescripción jurídica) se asemeja a enunciados típicos del lenguaje moral como “no mentir” o “hay que cumplir las promesas”.

Posiblemente la distinción pudiera verse con mayor claridad cuando pasamos del nivel estructural de la distinción al nivel funcional, es decir, a considerar qué tipo de razones para la acción suministran bien las reglas o bien los principios. En este plano podemos advertir que mientras que las reglas suministran razones concluyentes para actuar, los principios suministran razones no concluyentes o aplicables *prima facie*, es decir, mientras no concurren razones de mayor peso que determinen una solución distinta. Así, mientras que las reglas nos precisan un determinado curso de acción a seguir ordenándonos, prohibiéndonos o permitiéndonos algo, los principios nos suministran razones a ser consideradas al momento de establecer un curso de acción a seguir. En otros términos, mientras que las reglas son el producto de una ponderación de razones realizada por el legislador, los principios constituyen razones a ser ponderadas para decidir un curso de acción a seguir.

Además, cada uno de estos enunciados jurídicos parecen contar con ventajas y desventajas. Así, por ejemplo, destacan los profesores alicantinos Atienza y Ruiz Manero que las reglas tienen como ventaja respecto a los principios el que nos permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. En sus términos, “si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación”⁽⁹⁾. Sin embargo, desde otro punto de vista, añaden que los principios tienen como ventaja sobre las reglas el que, al estar enunciados en términos más generales que las reglas cuentan con un mayor alcance que estas, entrando en juego en una mayor cantidad de situaciones. A su vez, señalan que la menor fuerza de los principios jurídicos en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva⁽¹⁰⁾.

Retomando el proceso de “moralización” de los sistemas jurídicos, es posible advertir otras manifestaciones a través de las cuales el Derecho se ha adaptado a esta exigencia de reconocimiento y protección a la dignidad de la personas. La más destacada de ellas posiblemente sea la denominada fuerza normativa de la Constitución en tanto que depositaria de las normas de reconocimiento de los derechos humanos y cuyas normas obligan en su contenido a los operadores del

(9) ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Cuarta edición, Ariel, Barcelona, 2007, p. 45.

(10) Ídem.

sistema y constituyen auténticos límites al legislador ordinario. Como precisa Atienza, la moral ha emigrado al interior de los Derechos, de tal forma que los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho⁽¹¹⁾.

En este sentido se advierte que los casos más trascendentes en un Estado Constitucional están determinados por una discusión en torno a principios morales juridificados o reconocidos por el Derecho que, sin embargo, deben ser armonizados con las razones en las que se funda la autoridad del derecho positivo. En estos casos, la dimensión justificativa resulta tan o más relevante que la autoritativa, exigiéndose al operador del Derecho la capacidad de poder resolver casos armonizando ambas dimensiones, aportando para ello las razones necesarias que justifiquen su decisión⁽¹²⁾.

En suma, al introducir criterios de corrección en el contenido de las normas, los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales cuentan no solo con razones autoritativas o institucionales del Derecho con las que pudiera justificar las decisiones jurídicas según el criterio de “lo ordenado”; las razones de corrección contenidas principal –aunque no exclusivamente– en las normas constitucionales, suministran razones basadas en la dignidad de todo ser humano. Esta confluencia de razones en un mismo sistema de normas, que en no pocas situaciones pueden entrar en conflicto, reclama una teoría que prescriba criterios de armonización.

2. La reivindicación del punto de vista del participante

El segundo aspecto a destacar no está referido al contenido de los sistemas jurídicos sino al modo de trabajar con el Derecho, es decir, la perspectiva de la denominada ciencia del Derecho. Al respecto, el paradigma postpositivista reivindica el denominado punto de vista interno o del participante, en clara superación de la perspectiva externa o del observador, reivindicada por el positivismo jurídico.

(11) ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2001, p. 113.

(12) MORALES LUNA, Félix. “Cambios en el Derecho, cambios en su enseñanza”. En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, 2005, pp. 433-542.

Esta nueva perspectiva es la base de una ciencia jurídica comprometida, desarrollada por un jurista que se adhiere a los principios de justicia contenidos en la Constitución. Como sintetiza Sastre: “el punto de vista externo se ha visto reducido actualmente debido a la incorporación de valores, principios y derechos fundamentales en unas Constituciones que tienen un carácter normativo, lo que ha revalorizado, en opinión de algunos autores, la conveniencia de que la ciencia jurídica adopte el punto de vista interno o se muestre como una ciencia condescendiente con el modelo jurídico del neoconstitucionalismo. Ya sea porque el Derecho formula una pretensión de corrección que debe ser entendida fundamentalmente como una pretensión de justicia, o porque tiene su origen en un procedimiento democrático, que en principio puede ser calificado como legítimo, o porque el jurista debe colocarse en el interior de la práctica jurídica para tratar de comprender y justificar esa obra colectiva en que consiste el Derecho, hoy todo parece inclinarse en favor de un jurista comprometido con el Derecho”⁽¹³⁾.

Un aspecto principal de las teorías del participante es la crítica al positivismo jurídico, en concreto, al teórico del Derecho positivista que, como dice Calsamiglia, “trata de describir el Derecho positivo. Tiene por tanto una actitud cognoscitivo-descriptiva. Sus argumentos deben ser contrastados de una forma u otra con la experiencia de tal forma que sus proposiciones sean susceptibles de verdad o falsedad”. Añade este autor que “además, separa el Derecho de la moral y de la política. Lo único que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada. No ofrece una respuesta a los problemas controvertidos ni a los casos difíciles. No le interesa este tema sino describir el Derecho”⁽¹⁴⁾.

En contra, el usuario o participante cuenta con intereses predominantemente prácticos. Así, “su pregunta no es qué es el Derecho, ni qué dice el Derecho, ni cuál es la estructura del Derecho [sino] qué debo hacer jurídicamente”⁽¹⁵⁾. Esta pregunta, destaca Calsamiglia, no recibe respuesta por parte del positivismo

(13) SASTRE, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 230-231.

(14) CALSAMIGLIA, Albert. “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. N° XIV. 1997, p. 494.

(15) *Ibíd*em, p. 490.

jurídico que, a su entender, “no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos”⁽¹⁶⁾.

Soper ilustra esta disparidad entre las inquietudes del usuario o participante del Derecho y las finalidades de la teoría positivista con el siguiente ejemplo: “el problema es análogo al de pronunciar en una convención de relojeros un discurso sobre la cuestión ¿qué es el tiempo?, cuando es el caso que todo lo que podría concebiblemente interesar a los asistentes es el problema de cómo medir el tiempo de manera más precisa”⁽¹⁷⁾.

He querido destacar estos dos factores, que se relacionan, respectivamente, con las preguntas: ¿qué es Derecho? y ¿cómo se trabaja con el Derecho?, pues permiten explicar el auge que actualmente tiene la teoría de la argumentación jurídica.

IV. El Derecho como argumentación

Destaca Manuel Atienza, en las primeras líneas del libro en el que plantea una concepción argumentativa del Derecho, que “parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas”⁽¹⁸⁾. Más aún, añade este autor que “cuando se habla de “argumentación jurídica” o de “teoría de la argumentación jurídica” no se está diciendo algo muy distinto a lo que anteriormente se llamó más bien “método jurídico”, “metodología jurídica”, etc.”⁽¹⁹⁾. Sin embargo, a entender de este autor, una diferencia relevante entre la argumentación jurídica y el método jurídico consiste en que la primera “tiende a centrarse en el discurso justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que “método jurídico” (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no solo) un carácter argumentativo”⁽²⁰⁾. En suma, la

(16) Ibídem, p. 491.

(17) SOPER, Philip. *A Theory of Law*. Harvard University Press, Cambridge University, Londres, 1984. Citado por la traducción castellana de CARACCILO, R. *Una teoría general del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 24.

(18) ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006, p. 11.

(19) Ibídem, p. 13.

(20) Ídem.

argumentación jurídica pretende dar respuesta a la pregunta: ¿cómo justificar las decisiones en el Derecho?

Considera Atienza que la centralidad de la argumentación jurídica en la cultura jurídica occidental se debe a una serie de factores que se relacionan directamente con los aspectos que pretendo resaltar en este artículo. Tales factores, dice Atienza, son los siguientes: i) un aspecto teórico, determinado por el descuido de las principales concepciones del Derecho del siglo XX de la dimensión argumentativa del Derecho; ii) un aspecto práctico, dado que la práctica del Derecho parece consistir de manera relevante en argumentar; iii) el cambio general de los sistemas jurídicos determinado por el tránsito del “Estado legislativo” al “Estado Constitucional” con la consiguiente “moralización” del Derecho aludida anteriormente; iv) un aspecto pedagógico, que reclama una enseñanza del Derecho de tipo más práctico (orientada al manejo de los materiales jurídicos) que teórico o conceptual; y, v) un aspecto de tipo político, determinado por el debilitamiento que en las sociedades occidentales presenta la autoridad y la tradición como fuente última de justificación del Derecho, frente al fortalecimiento de criterios como la democracia o el consentimiento de los afectados de las decisiones políticas⁽²¹⁾.

En esta línea, el tener que resolver problemas en el Derecho a partir de materiales “inacabados” con una fuerte carga moral –en referencia a los principios jurídicos– así como la adopción del jurista del punto de vista interno, cuya preocupación no es tanta la identificación de los materiales jurídicos sino el modo como resolver el problema en cuestión, parecen encontrar en la teoría de la argumentación jurídica la fuente de sus soluciones. Así, la teoría de la argumentación jurídica permite al jurista pospositivista contar con un procedimiento justificativo de las decisiones en el Derecho en sistemas jurídicos con un fuerte contenido moral expresado mediante principios.

He aquí, entonces, el punto de convergencia de las teorías planteadas por Hernando Nieto, es decir, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica. En términos de Atienza, “la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales (...) vienen a ser una juridificación de la moral”⁽²²⁾.

(21) *Ibidem*, pp. 15-19.

(22) ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2001, p. 266.

Es decir que, estando la teoría de la argumentación jurídica orientada a la justificación de las decisiones en el Derecho y presentando los Estados constitucionales una necesidad de justificación de sus decisiones que no solo apelen a la autoridad, es clara la estrecha conexión entre ambas teorías.

Sin embargo, como se podrá advertir, llegado a este punto no he hecho sino afirmar algo que ya está por demás destacado en el trabajo de Hernando Nieto; resta por ello abordar el problema de si es posible justificar, desde la teoría de la argumentación jurídica, una situación en la que primen argumentos de autoridad por encima de los de la dignidad de las personas

V. La argumentación jurídica en el marco del Estado constitucional

A fin de poder desplegar un discurso justificativo de las decisiones en el Derecho, es necesario conocer previamente los tipos de enunciados que integran los sistemas jurídicos, así como el tipo de argumentos que tales enunciados suministran en el razonamiento jurídico. Un innegable referente en cuanto a la distinción de los enunciados jurídicos se encuentra en Dworkin quien, en 1967, dirigió su aguda crítica contra las tesis positivistas a partir de la distinción entre principios y reglas⁽²³⁾.

Según Dworkin, la diferencia entre los principios y las reglas⁽²⁴⁾ es de carácter lógico pues, mientras que las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada, los principios tienen una dimensión de peso o importancia, de tal modo que cuando entran en conflicto deberá tomarse en cuenta el peso relativo de cada uno en relación con el caso concreto⁽²⁵⁾.

Adicionalmente, Dworkin distingue, al interior de los principios, entre principios (en sentido estricto) y directrices políticas. Así, dice Dworkin, “llamo

(23) DWORKIN, Ronald. “El modelo de las reglas”. En: *Chicago Law Review*, 1967. Este artículo posteriormente fue incluido como capítulo 2 en su célebre libro *Taking Rights Seriously* de 1978. Citado aquí por la traducción castellana a cargo de Marta Guastavino con el nombre *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 508.

(24) En la traducción del texto, el autor alude a la diferencia entre los principios y las normas jurídicas; sin embargo, ello se prestaría a confusión, pues daría a entender que los principios no serían pautas jurídicas. Por ello, he asumido la terminología usual para aludir a esta distinción, es decir, la de “reglas” y “principios”.

(25) *Ibídem*, pp. 75-77.

‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”. A su vez, continúa, “llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁽²⁶⁾.

Así, pues, la distinción entre reglas y principios, pero sobre todo, la distinción entre principios (en sentido estricto) y directrices, no solo nos ofrece un mayor catálogo de enunciados con los que desarrollar una línea argumental en el Derecho sino que, como bien los han destacado Atienza y Ruiz Manero, nos suministran razones de tipo y peso distinto. En sus términos, “las directrices generan razones para la acción de tipo utilitario (...) por el contrario, las razones para la acción que derivan de principios en sentido estricto, son razones de corrección (...). Por eso, las razones utilitarias que derivan de directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de corrección, basadas en principios, mientras que lo contrario no puede ocurrir (...)”⁽²⁷⁾.

En esta línea, los profesores alicantinos no solo distinguen tipos de enunciados jurídicos y los tipos de razones que suministran, sino que establecen una clara y definitiva superación de las razones de corrección (contenidas en los principios en sentido estricto) sobre las razones utilitarias (contenidas en las directrices)⁽²⁸⁾. Así, pues, el Derecho contiene razones de tipo distinto, sean de tipo práctico (reglas), de corrección (los principios en sentido estricto), de utilidad (las directrices) o, incluso, de autoridad (los denominados principios institucionales, a los que me referiré más adelante), por lo que es necesario contar con una adecuada teoría que prescriba un criterio de ordenación de estas razones en el razonamiento jurídico; tal es el objetivo de la teoría de la argumentación jurídica.

Como lo sugiere el profesor Alexy: “la argumentación jurídica es un supuesto de *caso especial*, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico

(26) Ibídem, p. 72.

(27) ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ob. cit., pp. 36-37.

(28) Una polémica respecto a la correspondencia de los principios en sentido estricto con las razones de corrección y las directrices con razones utilitarias puede encontrarse en la crítica hecha por Josep Aguiló, “Tres cuestiones sobre principios y directrices” así como en la respuesta de Juan Ruiz Manero “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”. Ambos artículos están contenidos en el número 28 de la Revista *Doxa*, de 2005.

es distinta a la del discurso práctico general. No se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello. No debe contradecir lo autoritativo y debe ser coherente con el conjunto. Para expresarlo brevemente podría decirse que la argumentación jurídica ha de estar vinculada a las leyes y a los precedentes y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica”⁽²⁹⁾.

En tal sentido, retomando la distinción dworkiniana entre reglas y principios, señala Alexy que, en su teoría, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”⁽³⁰⁾.

Así, mientras que las reglas se aplican por subsunción, los principios se ponderan, procurando establecer un adecuado balance entre las razones que justifican el grado de afectación de unos derechos y el grado de realización de otros derechos como consecuencia de tal afectación⁽³¹⁾. Como consecuencia de esta apreciación, no se descarta justificar decisiones que pudieran limitar de algún modo los derechos fundamentales; sin embargo, tal decisión no será plenamente discrecional o arbitraria sino que estará determinada por las reglas del discurso práctico general y jurídico, en particular⁽³²⁾.

(29) ALEXY, Robert. “La tesis del caso especial”. Traducción de Isabel Lifante. En: *Isegoría*. N° 21, 1999, pp. 23-35.

(30) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Segunda edición, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 162.

(31) Sobre la diferencia entre subsunción y ponderación, véase ALEXY, Robert. “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”. En: *Foro Jurídico*. Año IX, N° 9, marzo de 2009, pp. 40-48.

(32) El procedimiento de la ponderación ha merecido un extenso y destacado desarrollo en la obra de Alexy. Al respecto, véase ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 601 pp.; en particular, el epílogo del libro (pp. 511-601).

Sin perjuicio de lo expuesto, a mi entender, una de las mejores reconstrucciones de los ordenamientos jurídicos es la que ofrecen Atienza y Ruiz Manero en su ya citada obra *Las piezas del Derecho*. La considero una mejor reconstrucción pues, a diferencia de la de Alexy, distinguen los principios en sentido estricto –que contienen razones de corrección– de las directrices –que contienen razones utilitarias–⁽³³⁾. Tal distinción encausa, aunque de un modo aún amplio, la argumentación jurídica, señalándole al operador una regla no derrotable: los principios en sentido estricto solo ceden ante otros principios similares mas no ante las directrices o, en otros términos, que solo es posible desplazar a las razones de corrección por otras razones de la misma índole mas no por razones de utilidad.

No obstante, los profesores españoles advirtieron que con esta distinción su teoría resultaba aún insuficiente para explicar situaciones previstas en los sistemas jurídicos como las detenciones preventivas o los estados de emergencia. En ambos casos, principios en sentido estricto (la libertad personal y los derechos fundamentales, respectivamente) eran restringidos para garantizar estados de cosas (como la efectividad del proceso penal o la preservación de la continuidad del sistema, respectivamente) que, aunque importantes, no es posible identificar con principios sustantivos.

Cabe destacar que estos casos no desafían su prelación de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Las razones que justifican en estos casos la restricción de los principios en sentido estricto no son propiamente de utilidad. Como lo han determinado los propios autores, tales razones son de tipo institucional y se encuentran contenidas en ciertos enunciados jurídicos que han denominado “principios institucionales”. En palabras de Atienza y Ruiz Manero, “los [principios sustantivos] expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar; apuntan, así, al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende moldear. Los [principios institucionales] expresan exigencias que

(33) Sobre la utilidad de introducir la distinción entre principios en sentido estricto y directrices (Atienza y Ruiz Manero) o no hacerlo (Alexy) hay un animado debate. Al respecto, véase la interesante entrevista de Manuel Atienza a Robert Alexy en el número 24 de la Revista *Doxa*, de 2001, (pp. 671-687). Un buen intento de acercamiento entre ambas teorías puede encontrarse en el trabajo de Gloria Patricia Lopera Mesa, “Los derechos humanos como mandatos de optimización” en el número 27 de la Revista *Doxa*, de 2004 (pp. 211-243). A su vez, una ratificación de los términos de su teoría por parte de Juan Ruiz Manero se encuentra en su ya mencionado artículo “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, en el número 28 de la Revista *Doxa*, de 2005 (pp. 341-365).

derivan centralmente de lo que podemos llamar los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su ‘maquinaria’⁽³⁴⁾. Así, son principios institucionales, entre otros, el principio de deferencia al legislador o los principios de publicidad o de irretroactividad de las normas.

Destacan también los propios autores que estructuralmente puede no haber diferencias entre los principios en sentido estricto y los institucionales. Así, señalan que “hay pautas institucionales, como, por ejemplo, la jerarquía normativa o la deferencia al legislador, que se asemejan estructuralmente a los principios en sentido estricto pues, no determinando las condiciones en las que prevalecen frente a otras pautas que orienten la decisión en otro sentido, exigen, en caso de prevalencia, un cumplimiento pleno; otras pautas institucionales, en cambio, como, en general, las vinculadas con la idea de eficacia del Derecho y el funcionamiento eficiente de su ‘maquinaria’⁽³⁵⁾. Sin embargo, añaden, “lo que importa es que, tengan una u otra forma, los principios institucionales pueden, en ciertos contextos, estar en tensión o conflicto con los principios sustantivos (sean estos principios en sentido estricto o directrices) e incluso prevalecer sobre ellos⁽³⁶⁾.

En este punto los autores adelantan lo que sería una respuesta a una de las preguntas planteadas por Hernando Nieto, cual es, si los principios institucionales podrían en algunos casos imponerse a los principios sustantivos. Al respecto, añaden los autores que “lo anterior no significa, naturalmente, que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Lo que aquí se sostiene es más débil: se trata solo de poner de manifiesto que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo y que, de esta forma, las exigencias (y, en especial, los principios) que derivan de la vertiente institucional del Derecho son un ingrediente necesario para poder dar cuenta cabal del razonamiento jurídico⁽³⁷⁾.

(34) ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ob. cit., pp. 27-28.

(35) Ibídem, p. 38.

(36) Loc. cit. Acerca del carácter institucional del Derecho y su incidencia en el discurso práctico general en la teoría de Alexy véase, entre otros, los textos: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 1, 138 pp.; y *La institucionalización de la justicia*. Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, N° 6, Granada, Comares, 2005, 96 pp.

(37) Ibídem, p. 39. Sobre los distintos esquemas de razonamiento en atención a las distintas piezas del Derecho, véase también AGUILÓ, ATIENZA y RUIZ MANERO. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Iustel, Madrid, 2007, 190 pp.; en particular, el ensayo de Manuel Atienza, “Argumentación y Constitución” (pp. 113-181).

¿Significa esto que la teoría de la argumentación jurídica, al decidir en un ámbito pretendidamente indecible (el del coto vedado) violenta su pretendido objetivo de protección de los derechos fundamentales? Definitivamente, no. Para ello es necesario advertir que el denominado “coto vedado” de Garzón Valdés no es, como recuerda Ferrajoli, una categoría jurídica sino filosófico-política. En sus términos, “el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés –así como el territorio inviolable de Bobbio– es una categoría filosófico-política, que expresa el principio político, claramente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad”⁽³⁸⁾.

Precisamente, Ferrajoli distingue la noción político-filosófica del “coto vedado” de la “esfera de lo indecible” (según su propia denominación). Esta sería propiamente una categoría jurídica “diseñada por las constituciones rígidas que sustraen a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las componen”. Así, precisa Ferrajoli, “entendida en este sentido, la categoría no se refiere a una mera instancia de filosofía política, sino a un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas de Derecho positivo de rango constitucional. Estos límites y estos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior”⁽³⁹⁾.

La posición de Ferrajoli constituye un interesante recordatorio de los ámbitos de la razón práctica y el lugar que el Derecho ocupa dentro de ella. Si bien muchas categorías pueden ser construidas desde la ética o desde la política con proyección al Derecho, su eventual incorporación a un sistema jurídico condicionará el alcance de sus contenidos en función del rol institucional que le corresponde cumplir al Derecho. El neoconstitucionalismo, aunque inspirado en el discurso liberal de los derechos fundamentales y con una fuerte carga moral, es una teoría constitucional y no propiamente filosófico-política; por ello, las categorías en las que se inspira, al pasar por el tamiz de la institucionalidad del Derecho, requieren ser armonizadas con otras razones igualmente relevantes. La ubicación de los límites y criterios entre tales razones es, como ya lo

(38) FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. Traducción de Miguel Carbonell. En: *Estudios Constitucionales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, N° 1, Talca (Chile), Año 6, 2008, p. 337.

(39) *Ibíd*em, pp. 337-338.

he señalado, una de las principales finalidades de la teoría de la argumentación jurídica⁽⁴⁰⁾.

VI. Neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?

Me he permitido emplear el mismo título de Hernando Nieto, precisamente, para dar respuesta a la interrogante que motiva su trabajo. Sobre la base de lo expuesto, considero que el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica son proyectos convergentes; sin embargo, a diferencia de lo que plantea Hernando Nieto, tal convergencia no se daría en torno al discurso liberal de raíz kantiana, asentado sobre la idea de sujetos racionales autónomos. Tal convergencia se daría, a mi entender, en el Derecho; es decir, en un espacio del razonamiento práctico en el que se encuentran, de un lado las razones de autoridad y, de otro, los elementos de justicia aportados por el discurso moral de los derechos fundamentales. El modo de armonizarlos está sugerido por la teoría de la argumentación jurídica, en tanto que discurso especial respecto del discurso práctico general.

En realidad, como se ha podido advertir, es más lo que comparto con Hernando Nieto en este tema de lo que discrepo con él. Las tensiones advertidas en su trabajo son consustanciales a los sistemas jurídicos y exige un criterio de armonización entre la dimensión sustantiva y la institucional. Sin embargo, discrepo con él en que las eventuales soluciones que den prevalencia a un tipo de razones sobre otras revelen posibles desencuentros entre teorías pretendidamente

(40) El problema que entraña la presencia en el Derecho de razones de tipo autoritativo, directivo y valorativo no se agota una adecuada teoría de la argumentación jurídica que suministre criterios al operador para armonizarlas. Es un problema que condiciona, incluso, el propio concepto de Derecho que se asuma, sea porque se enfaticen los elementos autoritativos o de poder (en cuyo caso, se asumirá un concepto de Derecho de tipo positivista) o los elementos valorativos (en cuyo caso se asumirá un criterio más cercano a las tesis iusnaturalistas o postpositivistas). Un buen recuento de esta problemática se encuentra en AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000, p. 217; en particular, véase el capítulo VII: “El origen (la naturaleza) del Derecho”, pp. 155-197.

Precisamente, dado este carácter subjetivo que subyace el concepto de Derecho que asume cada jurista, concuerdo con la posición de Jori y Pintore quienes, retomando una tesis de Scarpelli, consideran que “el concepto de Derecho es el conjunto de las tesis fundamentales de cada una de las aproximaciones al Derecho. En otras palabras, es el lugar geométrico de las elecciones primitivas de cada concepción del Derecho” (JORI, Mario y PINTORE, Anna. *Manuale di Teoria Generale del Diritto*. Seconda edizione, Giappichelli, Torino, 1995, p. 355).

convergentes. La discrepancia estaría en el punto en el que debemos establecer tal convergencia. De ser la teoría liberal, como lo sugiere Hernando Nieto, los casos demostrarían la inconsecuencia con dicho objetivo. De ser el Derecho, que es la posición que he pretendido sostener, tales tensiones se revelan como intrínsecas al fenómeno jurídico y, precisamente, la justificación de las soluciones a tales tensiones sobre la base de argumentos y razonamientos correctos constituyen la actual agenda de la teoría del Derecho.

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES SISTEMATIZADAS

JURISPRUDENCIA SOBRE

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I. Principios de interpretación de la Constitución

✓ **Principios de interpretación constitucional**

Reconocida la naturaleza jurídica [que tiene] la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo –subsunción del hecho– consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC*, f. j. 12).

✓ **Principio de unidad de la Constitución**

[Conforme al] principio de unidad de la Constitución (...) la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC*; f. j. 12.a).

[S]egún este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es *una* norma (en singular), sino, en realidad, un *ordenamiento* en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido.

Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes (*STC Exp. N° 0005-2003-AI/TC*; f. j. 23).

[Ahora bien, en] virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición “social” del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro,

como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales (*SSTC Exps. N°s 0050-2004-AI/TC; 0051-2004-AI/TC; 004-2005-AI/TC; 007-2005-AI/TC; 009-2005-AI/TC; f. j. 42*).

[La] comprensión del contenido garantizado de los derechos, esto es, su interpretación, debe realizarse conforme a los alcances del principio de unidad de la Constitución, pues, de suyo, ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontraran aislados del resto de preceptos constitucionales (*STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC; f. j. 4*).

✓ Principio de concordancia práctica

En virtud del [principio de concordancia práctica] toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución) (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC; f. j. 12.b*).

[No] puede permitirse que so pretexto de relevar ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respeto del principio interpretativo de concordancia práctica (*STC Exp. N° 4677-2004-AA/TC; f. j. 25*).

✓ Principio de corrección funcional

El principio de corrección funcional (...) exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC; f. j. 12.c*).

[Por el principio de corrección funcional] un órgano jurisdiccional no puede interponerse en las competencias de otro ente con reconocimiento constitucional (*STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC; f. j. 27*).

✓ Principio de eficacia integradora

[Por] el principio de función integradora, el “producto” de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC; f. j. 12.d*).

✓ Principio de fuerza normativa de la Constitución

[Según] el principio de fuerza normativa de la Constitución, [l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC*; f. j. 12.e).

II. Bloque de constitucionalidad

✓ Definición

El bloque de constitucionalidad (...) puede ser entendido como el conjunto de disposiciones que deben tomarse en cuenta al momento de apreciar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de que adolece una ley sometida a control. El propio Código Procesal Constitucional en su artículo 79 ha establecido que: para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (*STC Exp. N° 0019-2006-PI/TC*; f. j. 6).

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (*RTC Exp. N° 0013-2003-CC/TC*; f. j. 10.5).

Relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control (*STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC*; f. j. 4).

✓ Interpretación constitucional abarca el bloque de constitucionalidad

La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no solo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad.

Dicho concepto permite completar el marco normativo de un texto fundamental de por sí sutil o inacabado. Por ende, comprende el conjunto de normas constitucionales y las respectivas normas infraconstitucionales que contienen su regulación complementaria (*STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC*; f. j. 8).

[El] parámetro [de control de la acción de inconstitucionalidad] puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición

constitucional (v. g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido (*STC Exp. N° 007-2002-AI/TC*; f. j. 5).

✓ **Rango de las normas que integran el bloque de constitucionalidad**

[Las normas que integran el] denominado bloque de constitucionalidad, (...) no (...) gozan del mismo rango que la *lex legum*, pues, en tales supuestos, las normas delegadas actuarán como normas interpuestas; de ello se concluye que su desconformidad con otras normas de su mismo rango que sean impugnadas a través de un proceso de inconstitucionalidad, acarreará su invalidez (*STC Exp. N° 0033-2005-PI/TC*; f. j. 7).

✓ **Infracción indirecta a la Constitución**

[E]l artículo 75 del CPConst. alude a la afectación directa o indirecta de la Constitución en la que puede incurrir una ley o norma con rango de ley. (...)

Por su parte, la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino solo luego de una previa verificación de su desconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad.

Tal como ha afirmado este Colegiado, “en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de ‘normas sobre la producción jurídica’, en un doble sentido; por un lado, como ‘normas sobre la forma de la producción jurídica’, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como ‘normas sobre el contenido de la normación’, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”.

[S]e produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

- a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

En la *STC 0041-2004-AI*, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de centrar su análisis en un vicio de esta índole, estableciendo que el requisito de ratificación

de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40 de la Ley N° 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas:

“En un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer –sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles–, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución”.

- b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales.
- c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la LBD. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas.

Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia en el fundamento precedente sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de estas (*SSTC Exps. N°s 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC (acumulados)*; ff. jj. 26-29).

III. Principio de proporcionalidad

✓ Definición

El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (*STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, f. j. 195*).

✓ Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.

Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos (*STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC*; f. j. 9).

✓ Similitudes con el principio de razonabilidad

Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC*; f. j. 15).

✓ Estructura del principio de proporcionalidad

[L]a estructura del principio de proporcionalidad (...) comprende, en términos generales: (a) la determinación de la intervención legislativa; (b) la determinación de la “intensidad” de la intervención en el derecho fundamental; (c) la determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) el examen de idoneidad; e) el examen de necesidad y (f) el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*STC Exp. N° 0005-2008-PI/TC*, f. j. 5).

✓ Subprincipio de idoneidad

De acuerdo con [el subprincipio de idoneidad], toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y la suficiencia de la medida utilizada (*STC Exp. N° 00034-2004-AI/TC*, f. j. 63.a).

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional (...). En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –*medio*– y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención (*STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC*, f. j. 38).

✓ Subprincipio de necesidad

De acuerdo con [el subprincipio de necesidad], para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental (*STC Exp. N° 00034-2004-AI/TC*, f. j. 63.b).

[B]ajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador –la intervención en la igualdad– y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios –idóneos– *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional (*STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC*, f. j. 39).

✓ Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El también llamado juicio de proporcionalidad stricto sensu, persigue establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios (*STC Exp. N° 0072-2004-AA/TC*, f. j. 23).

La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación* (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la*

igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*. Conforme a esta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción –o realización– del otro. (...) Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la *ley de ponderación* sería enunciada en los siguientes términos: “Cuanto mayor es el grado de afectación –intervención– al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional” (*STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC*, f. j. 40).

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, *stricto sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso.

Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva (*STC Exp. N° 00030-2004-AI/TC*, f. j. 9).

IV. Criterio de interpretación de los derechos fundamentales

✓ Criterio *pro homine* o *favor libertatis*

[El principio *pro homine* o *favor libertatis*] obliga al juez a elegir no solo la norma más favorable a la persona, sino también la interpretación más favorable de una disposición. Vale decir, el principio *pro homine* impone que en lugar de asumirse una interpretación restrictiva e impedirse u obstaculizarse el ejercicio del derecho al acceso a la información, se opte por aquella interpretación que posibilite o favorezca el ejercicio de tal derecho (*STC Exp. N° 4912-2008-PHD/TC*; f. j. 16; 25/09/2009).

[Esto es], los preceptos normativos deben interpretarse del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales; obrar de modo contrario restringiría seriamente el derecho de acceso a la justicia (*STC Exp. N° 2509-2005-PHC/TC*, f. j. 7).

[Así], ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho (*STC Exp. N° 00075-2004-AA/TC*; f. j. 6; 20/05/2004).

✓ Principio *pro actione* o *favor actionis*

[N]o solo en el campo del derecho material, es decir, en el ámbito del derecho cuya tutela se solicita, se privilegia la protección de la situación jurídica reclamada por el sujeto requirente, sino que en el plano propio del instrumento predispuerto para la tutela, es decir, del proceso constitucional a que da lugar la acción de amparo, se configura también otro principio que refuerza la decisión de preferir la continuación del proceso antes que su extinción, frente a una eventual duda de carácter interpretativo (*STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC*; f. j. 4).

[El principio *pro actione*] impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción. (*STC N° 1049-2003-AA/TC*) (*STC Exp. N° 2302-2003-AA/TC*; f. j. 3).

[E]n la hipótesis de una duda interpretativa (...) la decisión igualmente debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción. Téngase en cuenta, finalmente, que la alternativa opuesta supondría invertir el funcionamiento y el propósito de los procesos en general, y de los procesos constitucionales en particular, pues implicaría convertir, erróneamente, una duda interpretativa respecto de las formalidades propias del instrumento de tutela en un elemento determinante para permitir el acceso a la tutela constitucional de los derechos, cuando, en realidad, es el instrumento procesal el que debe ser adecuado e interpretado decididamente –siempre y cuando no se restrinjan los derechos constitucionales de la contraparte– a fin de consolidar una tutela constitucional más eficaz, oportuna y plena (*STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC*; f. j. 4).

✓ Criterio de mayor valor y fuerza irradiante de los derechos fundamentales

[L]a Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso (*STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC*, f. j. 25).

[L]os derechos fundamentales no solo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que estos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales (*STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC*, f. j. 9).

[L]a vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares (*STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC*, f. j. 3).

[E]s evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten “zonas de indefensión” (*STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC*, f. j. 1.b).

V. Interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales

✓ Tratados de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico como Derecho válido

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55 de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución –en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú– exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados (*STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC*; f. j. 9).

[Así], tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC*; f. j. 22; 08/11/2005).

✓ **Interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos**

[E]l Tribunal Constitucional considera necesario advertir que, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos (*STC Exp. N° 2209-2002-AA/TC*, f. j. 5).

[E]l ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones (*STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC*; f. j. 23).

✓ **Fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT [Cuarta disposición final y transitoria] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst., en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, [al Tribunal Constitucional].

La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere (*STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC*, ff. jj. 12-13).

VI. Contenido constitucionalmente protegido

✓ Presupuesto consustancial a la naturaleza de los procesos constitucionales

Reconocer que el proceso de amparo solo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CP-Const.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5 que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38 del CP-Const. establece que este no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales *de la libertad*. Tan solo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, solo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal (*STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC, f. j. 8*).

✓ Exclusión de tutela de derechos sin relevancia constitucional y pretensiones que deben tramitarse en la vía ordinaria

[E]l artículo 5 inciso 1) del Código Procesal Constitucional constituye un presupuesto procesal de observancia obligatoria cuando se trata de identificar la materia que puede ser de conocimiento en procesos constitucionales como el amparo. En efecto, procesos como el amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, solo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental susceptible de protección en un proceso constitucional. De este modo, no pueden ser conocidas en un proceso como el amparo: i) pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos (de origen legal, administrativo, etc.), lo que requiere ciertamente de una precisión: el hecho de que un derecho se encuentre regulado en una ley, reglamento o acto de particulares no implica per se que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional y que, consecuentemente, no sea susceptible de protección en la jurisdicción constitucional, pues existe un considerable número de casos en los que la ley, el reglamento o el acto entre particulares tan solo desarrollan el contenido de un derecho fundamental de manera que este contenido, por tener relevancia constitucional, sí es susceptible de protección en la jurisdicción constitucional. Lo que no es protegible en un

proceso constitucional es aquel contenido de una ley, reglamento o acto de particulares que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional. (...); y ii) pretensiones que, aunque relacionadas con el contenido constitucional de un derecho fundamental, no son susceptibles de protección en un proceso constitucional sino en un proceso ordinario. Así por ejemplo, no se protegen en el amparo contra resoluciones judiciales aquellas pretensiones mediante las cuales se persigue una nueva valoración de la prueba o la determinación de la validez de un contrato, entre otras (*RTC Exp. N° 1318-2007-PA/TC, f. j. 3*).

✓ **Justiciable tiene el deber de argumentar afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho**

[C]ada vez que se alega la afectación de un derecho de naturaleza procesal, de conformidad con el inciso 1) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, es deber del justiciable no solo identificar el derecho cuya protección solicita, sino también determinar las razones por las cuales considera que los hechos y su pretensión están referidos al contenido constitucionalmente protegido de este.

Esta última exigencia, que constituye una carga argumental en manos del justiciable, le impone la tarea de identificar ese ámbito garantizado del derecho alegado, puesto que, de conformidad con el artículo 38 del mismo Código Procesal Constitucional, el amparo no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo”, sino también cuando “no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo” (*RTC Exp. N° 0506-2005-PA/TC, f. j. 5*).

✓ **Pautas para la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental**

A. Estructura del análisis de constitucionalidad del acto reclamado

El Tribunal debe juzgar si el acto que se reclama constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho [fundamental]. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de una serie de fases. Estas fases, independientemente del derecho que se alegue, son las siguientes:

a. Determinación del ámbito normativo del derecho fundamental (en el caso, la amenaza de violación del derecho a la propiedad). Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre quién es el sujeto activo o titular del derecho; quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados; y cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho.

b. La segunda fase consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado en el amparo supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente:

- (i) Si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión (artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional).
- (ii) Si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

c. La última fase de este test de control de constitucionalidad consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional solo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v. *gr.* principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.) (*STC Exp. N° 0665-2007-PA/TC, f. j. 5*).

✓ **Respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales**

Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente (*STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC, f. j. 94*).

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO PRELIMINAR

Nuestros neoconstitucionalismos

<i>Juan Manuel Sosa Sacio</i>	5
-------------------------------------	---

PARTE I: ESTUDIOS JURÍDICOS

CRITERIOS EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS

La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho

<i>Luis Castillo Córdova</i>	31
------------------------------------	----

El principio *favor libertatis* en la interpretación de la ley

<i>Úrsula Indacochea Prevost</i>	73
--	----

Sobre la distinción entre reglas y principios

<i>Jorge Alexander Portocarrero Quispe</i>	103
--	-----

CRITERIOS EN TORNO A LA ACTIVIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Justicia constitucional y argumentación jurídica

<i>Pedro P. Grández Castro</i>	123
--------------------------------------	-----

El pensamiento de Peter Häberle en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil

<i>Gilmar Ferreira Mendes / André Rufino do Vale</i>	147
--	-----

DEBATE SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica:

¿son realmente proyectos convergentes?

Eduardo Hernando Nieto 183

El Derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica

Félix Morales Luna 203

PARTE II: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES SISTEMATIZADAS

JURISPRUDENCIA SOBRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I.	Principios de interpretación de la Constitución	223
II.	Bloque de constitucionalidad	225
III.	Principio de proporcionalidad	227
IV.	Criterio de interpretación de los derechos fundamentales	230
V.	Interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales	232
VI.	Contenido constitucionalmente protegido	234

ÍNDICE GENERAL	237
----------------------	-----