



ANEXO DE LECTURAS

TALLER “ANÁLISIS DE CASOS CONSTITUCIONALES”

UNIDAD I: INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE CONTENIDO CONSTITUCIONAL

1. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”. Revista Themis, PUCP, Nro. 51, Lima, 2005. pp 79-96.
2. ALARCÓN, Ma Luz Martínez. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Teoría y realidad constitucional, 2008, no 21, p. 355-374.

UNIDAD I: INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE CONTENIDO CONSTITUCIONAL

1. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”. Revista Themis, PUCP, Nro. 51, Lima, 2005. pp 79-96.

KELSEN DE CABEZA: VERDADES Y FALACIAS SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS*

Alfredo Bullard G.**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En los últimos meses, hemos sido testigos de un debate referido a la posibilidad de que las autoridades administrativas apliquen control difuso. Tal debate se ubica en el medio de dos interrogantes extremas, las mismas que señalan: ¿es posible afirmar que los funcionarios públicos se encuentran facultados para inaplicar cualquier ley con solo señalar que es contraria a la Constitución? Si nos encontráramos bajo el supuesto de una ley abiertamente inconstitucional que limite arbitrariamente los derechos de los ciudadanos, ¿sería posible señalar que una autoridad administrativa se encuentra obligada a ordenar a los particulares el cumplimiento de dicha norma?

Es refiriéndose a dichas interrogantes que el autor realiza un detallado análisis, el mismo que –partiendo de un minucioso estudio de los principios en conflicto– nos presenta con claridad su posición en la materia.

* El autor desea agradecer la valiosa y decidida colaboración de César Higa en la investigación y elaboración del presente artículo.

** Profesor Principal de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

I. INTRODUCCIÓN

Primera clase de Derecho en cualquier Universidad. El curso: Introducción al Derecho. El profesor entra al salón, toma la pizarra y dibuja el primer gráfico que los futuros abogados han visto sobre el funcionamiento del sistema legal. El gráfico es un triángulo separado en varios pisos. El profesor dice que es una pirámide, la pirámide de Kelsen.

El alumno aprende así el principio de jerarquía de normas. Según dicho principio, el sistema legal tiene normas de diversa jerarquía. De acuerdo a la pirámide de Kelsen la Constitución está por encima de la ley y la ley, de los reglamentos. Y entre los reglamentos también algunos tienen más rango que otros.

El profesor dice entonces que aprender la pirámide es fundamental para todo conocimiento jurídico posterior. Entenderla para un futuro abogado es casi parte de un rito de iniciación. El principio que la sustenta es tan simple como básico. Si surge un conflicto entre dos normas que ocupan distintos pisos de la pirámide, éste se resuelve dejando de aplicar la que se encuentre más abajo. Como que dos más dos son cuatro. Así, la Constitución prima sobre la ley, la ley sobre los reglamentos y entre estos, los de más jerarquía priman sobre los de menos jerarquía.

Lo dicho es tan obvio que, la verdad, suena aburrido. Todos (al menos los abogados) sabemos que es así. Es una verdad tan básica que todas las demás verdades en el Derecho quedan sometidas a esta primera gran verdad.

Imaginemos a un alumno de ese mismo profesor, solo unos siete u ocho años después de la clase en la que aprendió lo fácil que era aplicar la pirámide bendita. Ahora, gracias a sus buenas calificaciones, que incluyen su excelente nota al recitar de paporrera cómo funciona la jerarquía kelseniana, es nombrado integrante de un órgano administrativo encargado de resolver conflictos entre empresas en el sector telecomunicaciones.

El tema del caso que enfrenta es relativamente sencillo. Un Decreto Supremo ordena a una de las empresas regalarle a la otra el uso de un conjunto de postes sin pago alguno. Según la norma, una empresa que ya hizo la inversión en instalar su red de postes está obligada a ceder la propiedad gratuitamente a la otra

empresa sin compensación alguna. Es, en términos simples, una confiscación por mandato de una norma.

El funcionario recuerda su primera clase de Derecho y descubre que el caso es como que dos más dos son cuatro. Si la Constitución dice que la propiedad no puede ser tomada sin previa compensación y el Decreto Supremo ordena que se regale algo, la norma en cuestión está en conflicto con la Constitución. Y como la Constitución está más arriba en el bendito triangulito, no puede ordenar que se confisque algo en contra de lo que la Constitución manda. Finalmente, se ha comprometido, al asumir el cargo, a hacer cumplir la Constitución y las leyes, y hacer algo distinto es incumplir su compromiso. Además, pasa por su cabeza que si ordena que se tome lo ajeno, y luego se plantea una acción de amparo, se le puede atribuir responsabilidad por haber ido en contra de la Constitución.

Entonces, el asesor jurídico del órgano de decisión del caso (un abogado administrativista por supuesto) le dice que eso no se puede hacer. Le dice que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir con una norma y que el control difuso de la constitucionalidad de un reglamento¹ está en manos exclusivas y excluyentes del Poder Judicial. Entonces, le asaltaron algunas dudas existenciales. Recordaba vagamente en sus clases de Derecho Administrativo haber escuchado algo similar. Sin embargo, no le hizo mucho caso porque no tenía sentido. Era tan absurdo que, o su aburrido profesor de Administrativo estaba equivocado, o él no le había entendido lo que dijo. Era algo así como que el funcionario administrativo debe, al revés de lo que dice Kelsen, preferir la norma que está más abajo a la que está más arriba.

Evidentemente, no podía ser. A Kelsen, a su pirámide básica, a su conocimiento de iniciación, no se le puede poner de cabeza. Nadie puede poner la pirámide de Kelsen “patas arriba” y sostener que se aplica precisamente al revés de como se lo enseñaron.

Y no se trataba solo de un problema de lealtad y mayor cariño al profesor de Introducción al Derecho en relación con el profesor de Derecho Administrativo. Hay un problema de sentido común. Un acto administrativo siempre es revisable por el Poder Judicial. Sí recordaba de su profesor de Derecho Administrativo que uno de los elementos básicos del procedimiento administrativo

¹ Para efectos del presente artículo se entenderá que el control difuso está referido tanto al control de constitucionalidad de las leyes, como al control de los reglamentos frente a las leyes, que es lo que usualmente llamamos control de legalidad. Existe la tendencia a llamar control difuso solo al control de constitucionalidad. Sin embargo, para efectos prácticos, la naturaleza de preferir una norma sobre la otra es una derivación del principio de jerarquía. Si bien la diferencia entre constitucionalidad y legalidad es adecuada, para fines expositivos vamos a colocar ambas situaciones bajo la misma denominación (control difuso), evitando además que se confunda la legalidad como expresión del principio de jerarquía con el principio de legalidad entendido como aquel según el cual la Administración solo puede actuar dentro de las facultades que la ley le otorga.

es, justamente, darle la oportunidad al funcionario de velar por la legalidad de los actos de la Administración y preparar las decisiones para superar el escrutinio judicial. Confiar en sus malos recuerdos revividos por el asesor legal, respecto a poner la pirámide de cabeza, no parece tener lógica. ¿Acaso le está diciendo que los criterios con los que él puede decidir son diferentes a los criterios con los que puede decidir quien va a revisar sus actos? ¿Quiere decir que el sistema legal lo fuerza a cometer un error insubsanable solo para que el juez, al revisar su decisión, lo haga puré por actuar inconstitucionalmente, y él no pueda hacer nada para evitarlo? ¿Quiere decir que está obligado por la Ley a cometer una ilegalidad? ¿Significa entonces que la Constitución lo obliga a actuar inconstitucionalmente?

Su inteligencia le sugiere que en todo esto hay algo raro, algo que no huele bien. Hay una trampa de esas obvias, de esas en las que en la entrada, antes de que uno caiga en ella, tiene un cartel colgado que dice “Esto es una trampa”. Habría que ser muy torpe para dejarse atrapar. Pero resulta que le están diciendo que estamos obligados a caer en ella.

Sin embargo, la convicción con la que otros argumentan que está equivocado le hace dudar de lo evidente, le hace dudar si el profesor de primer ciclo estaba en lo cierto y si el famoso triangulito sirve realmente para algo. Le dicen que la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad y por tanto no puede actuar fuera de las facultades que la ley expresamente le confiere. Además, le dicen que la Administración Pública no es una jurisdicción y que si bien administra una suerte de justicia porque resuelve controversias entre particulares, en realidad no administra justicia (¿?). Los órganos administrativos no han sido dotados de las garantías y poderes que se conceden al Poder Judicial. Por ello, para proteger los derechos de los ciudadanos no pueden actuar en defensa de los derechos ciudadanos (¿?). En pocas palabras, ante una norma que consagra una arbitrariedad, están obligados a actuar arbitrariamente.

El funcionario de nuestra historia es colocado “entre la espada y la pared”. Le dicen que si no aplica la Constitución comete una ilegalidad. Pero si aplica la Constitución comete otra ilegalidad. Está condenado, por las buenas o por las malas, a actuar contra la Constitución, a violentarla, a no respetarla.

Cuando lee el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que define

el principio de legalidad, no puede sino quedar aun más perplejo. La norma dice que “Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Le dicen que de esa norma se desprende que no puede aplicar la Constitución. Pero justo la norma dice que debe actuar con respeto a la Constitución. Se siente entonces víctima de una esquizofrenia irreversible.

La conclusión del funcionario es simple: mejor renuncia y se olvida de este tema. Eso de poner a Kelsen de pie en ocasiones y de cabeza en otras no suena muy lógico. Sin duda, algo debe de estar mal. Mejor dedicarse al Derecho Civil. Finalmente, la pirámide siempre está de pie, sobre su base, en esa rama del Derecho.

La discusión de nuestro ejemplo no es nueva. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia, se discute si los órganos administrativos pueden hacer o no control difuso, esto es, declarar inaplicable una ley porque vulnera la Constitución. Y el tema se ha reavivado con una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional² en la que expresamente se menciona que los órganos administrativos están en posibilidad de realizar control difuso, aunque, la verdad sea dicha, sin establecer cuáles son los límites y parámetros bajo los cuales puede ejercerse ese control.

En esa discusión algunos proponen que dicha actuación sería contraria a la Constitución, mientras que otros proponen que, por el contrario, dicha actuación se realizaría en defensa de la Constitución. Curiosa discusión aquella en la que ambos lados invocan al mismo Dios para decir que una misma acción es, vista de un lado, virtud, y vista del otro, un grave pecado. El mismo acto te lleva al cielo y al infierno según del lado del que lo mires.

Existen funcionarios de carne y hueso que han tenido que enfrentar el dilema del funcionario de nuestro ejemplo. Imaginemos qué sucede si el Congreso promulga un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con algunos de los requisitos establecidos por la Constitución para su validez. El Tribunal Fiscal ¿debería o no considerarse facultado a inaplicar ese impuesto por inconstitucional? En caso no pudiera, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez de ese tributo, luego de un largo proceso y, quizás, hasta del cobro de un

² La Sentencia a la que hacemos referencia es la sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 3 de junio de 2005, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República. Dicha sentencia fue publicada el 12 de junio de 2005 en el Diario Oficial El Peruano.

tributo inconstitucional. Podrían ser embargados sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, solo porque la Administración Pública está obligada a ser injusta. Pero cuando el caso se ha presentado en la realidad, no es extraño encontrar situaciones en las que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal.

Así, el Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las cuales ha realizado juicios constitucionales positivos, tanto de las normas tributarias como del Código Civil, interpretándolas de conformidad con la Constitución en materia del derecho fundamental de la igualdad, a fin de declarar inafectas del impuesto al patrimonio vehicular o al impuesto predial, a las iglesias protestantes en las mismas condiciones que a la Iglesia Católica³.

Otro caso en el que el dilema se presentó ocurrió en un procedimiento concursal administrado por INDECOPI⁴. En este caso, se promulgó un Decreto de Urgencia que declaró la conclusión del procedimiento concursal de una empresa propietaria de un canal de televisión y se dispuso la entrega del canal a uno de sus administradores. En este caso, con dicho Decreto de Urgencia, los acreedores vieron afectados su derecho de crédito, de propiedad y a un debido procedimiento.

La norma era evidentemente inconstitucional, pues se había dictado para favorecer a una empresa específica, y más claramente, a los accionistas de dicha empresa. Así, el 4 de diciembre de 2000 fue publicado el Decreto de Urgencia 110-2000. La norma decía:

“Artículo 1.- Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, se demuestre que el acreedor que ha solicitado la insolvencia de una empresa de la actividad de telecomunicaciones está vinculado al deudor, según los criterios del Artículo quinto de la Ley de Reestructuración Patrimonial, quedará concluido el proceso de insolvencia y disuelta la junta de acreedores.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en esta norma, se requerirá asimismo, que la administración del insolvente esté o haya estado en poder de un administrador judicial y no conste la participación del Directorio y de la Junta General de Accionistas de la empresa deudora en el proceso de insolvencia.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores para iniciar un nuevo proceso de insolvencia”.

La norma se había dictado en relación con la Empresa Radio Difusora 1160, titular de un canal de televisión y única empresa de telecomunicaciones del país declarada en insolvencia en la que dicha declaración había sido dictada a solicitud de un acreedor vinculado y había existido además un administrador judicial, administrador nombrado por una resolución judicial que justamente privaba de facultades de actuación a la Junta General y al Directorio. La norma estaba hecha a su medida. La situación provenía del evidente *lobby* efectuado por un grupo de accionistas para evitar el control de la insolvencia por otro grupo de accionistas. Era una ley con nombre propio. Pero además se había dictado, sin mayor explicación, usando un Decreto de Urgencia, sin sustento en situación de urgencia económica alguna, y determinando la inaplicación permanente de la Ley de Reestructuración a un supuesto totalmente específico.

La mayoría del Tribunal de INDECOPI se limitó a aplicar la norma sin evaluar su constitucionalidad. Sin embargo, el autor de este artículo sostuvo una posición contraria y señaló que no cabía aplicar el Decreto de Urgencia porque era inconstitucional. Para ello analizó los problemas que son objeto del presente trabajo, concluyó que la facultad de control difuso sí podía ser ejercida por el Tribunal del INDECOPI y que, siendo claramente inconstitucional el Decreto de Urgencia que ordenaba levantar la insolvencia, correspondía inaplicarlo y preferir la Ley de Reestructuración.

Sin perjuicio de la discusión directa sobre la aplicación del control difuso, los propios funcionarios han encontrado caminos para hacer más o menos lo mismo sin entrar a la discusión de si se puede o no aplicar control difuso. Así, cuando se han encontrado con un texto de dudosa constitucionalidad, han dicho que de dos interpretaciones posibles de una norma se debe preferir aquella que es consistente con la Constitución, aplicando el principio de conservación de normas según el cual el intérprete debe preferir de dos posibles interpretaciones, aquella que conduce a la eficacia y validez de la norma. Ello implica identificar dos posibles interpretaciones, una de ellas constitucional y la otra no. Entonces, el intérprete, en este caso un funcionario de la Administración Pública, usa su facultad de interpretar las normas para descartar aquella interpretación de efectos inconstitucionales y quedarse con aquella que conduce a la vigencia y plena

³ Tribunal Fiscal expedientes 5229-96; 5446-96; 1587-97; 1588-97. Al respecto, ver: LANDA, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: Pensamiento Constitucional 8. Año VIII. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 445-461.

⁴ Ver Resolución 0259-2001/TC-INDECOPI, de fecha 16 de abril de 2001.

aplicabilidad de la misma. Así, sin perjuicio de que se discuta si tiene o no facultades para inaplicar la norma, no se le puede negar su facultad de interpretarla. Pero esta salida no resuelve todos los problemas. No resuelve el caso en que no se encuentren dos interpretaciones razonables, siendo una de ellas consistentes con la Constitución y la otra no. Si solo hay una interpretación o, habiendo dos, ambas son inconstitucionales, el dilema no tiene solución vía interpretación. Cuando ello se presenta, la discusión sobre la facultad de ejercer control difuso se torna inevitable.

Pero el tema es aun más complicado. Si admitimos el control difuso, entonces podríamos llegar a la posición maximalista que cualquier funcionario, sin importar su cargo o rango, podría atribuirse la facultad de efectuar dicho control. Un policía o un militar podría atribuirse la facultad de juzgar o condenar a un reo si interpreta que las disposiciones que no le permiten hacerlo son inconstitucionales. Una persona que atiende en una ventanilla en un Ministerio podría negarse a tramitar una solicitud invocando la inconstitucionalidad de una norma que lo obliga a recibirlo. Llevado al extremo, todo el sistema jerárquico de organización del Estado se derrumba porque ya nadie tendría que cumplir lo que su superior dice, simplemente alegando la inconstitucionalidad de la orden dada. La capacidad de desobedecer una ley o un reglamento simplemente alegando que no es constitucional es algo que genera, sin duda, temor, temor que se torna serio cuando el funcionario no está sujeto a reglas de independencia, autonomía y *accountability* claras, y por tanto puede fácilmente convertir su discrecionalidad en arbitrariedad.

II. EL CONSIDERANDO 156 DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE JUNIO DE 2005 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quizás sea el temor de tener policías y personas que atienden en la mesa de partes de las entidades administrativas aplicando control difuso lo que ha generado reacciones tan airadas en contra de la tímida referencia que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el tema en la Resolución de fecha 3 de junio de 2005, en particular, en el muy controvertido considerando 156. El considerando en cuestión señala:

“(...) en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad, sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”.

Como se ve, no hay mayor parámetro que la referencia a “manifiesta inconstitucionalidad”, es decir, a un caso

flagrante. Sin embargo, no hay criterios de qué se entiende por manifiesto. Debe destacarse que el considerando está incluido en la sentencia que resuelve las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de reforma del sistema pensionario que eliminó la tristemente célebre Célula Viva, y el considerando se encuentra dentro de un acápite que analiza el deber de la Administración pensionaria de defender y hacer cumplir la Constitución. Con ello, daría la impresión que el Tribunal está sugiriendo una barra de exigencia bastante baja para la aplicación del control difuso.

Sin embargo, ¿ha querido el Tribunal considerar en la misma situación al policía de barrio, al ventanillero del Ministerio, al Viceministro o al Tribunal del INDECOPI o al de la CONASEV? A la fecha, por la parquedad de la sentencia en este aspecto, no lo sabemos. Quizás el Tribunal tampoco lo sabe, o sabiéndolo, ha querido lanzar la idea para medir la temperatura de las reacciones, y reservarse, como lo ha hecho antes, para una futura oportunidad, la definición de los criterios que deben seguirse. Lo cierto es que el considerando 156 parece entrar en contradicción abierta con decisiones anteriores del mismo Tribunal que han negado expresamente la facultad de la Administración Pública de hacer control difuso.

Así, en la Sentencia de fecha 9 de marzo de 2003 el Tribunal estableció que:

“(...) el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas conforme a lo que establece el artículo 138 de la Constitución Política, solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativa”.

De manera similar, en la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2002 el Tribunal reconoció que no era necesario agotar la vía administrativa para la procedencia de una acción de amparo, cuando se trata:

“(...) de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, pues existe jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Fiscal en el sentido de que, en la medida que éste no posee el rango de órgano jurisdiccional, no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución”.

La incertidumbre está entonces sembrada y es de esperar que los próximos meses el Tribunal nos dé

nuevos lineamientos (o anuncie nuevas incertidumbres) sobre los alcances del control difuso por autoridades administrativas con el que, parece, empieza a simpatizar.

El presente trabajo pretende abordar el problema y entender qué límites podrían imponerse y cómo. Como resulta obvio, el autor de este artículo concuerda con que la Administración debe tener la facultad de aplicar control difuso, pero no con el hecho de que sea una facultad que pueda ser utilizada indiscriminadamente por cualquier funcionario y en cualquier situación. Como todo poder, requiere límites y parámetros de razonabilidad, que deben ser estudiados con cuidado para no generar problemas más grandes que los que se quieren resolver.

Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza, tampoco se trata de poner la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza. Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos.

III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA VERSUS EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El problema de la viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al aparente conflicto entre dos principios. El de jerarquía, expresado de manera clara y básica por la pirámide kelseniana, que tiene que ver con la primacía de la Constitución sobre las leyes y las leyes sobre las normas reglamentarias. El de legalidad implica que la Administración Pública solo puede actuar sobre la base de facultades concedidas por la propia ley, por lo que no es posible para una autoridad administrativa salirse de su ámbito. ¿Cómo funcionan estos principios y cómo debe resolverse el conflicto entre ellos?

Sobre la naturaleza de los principios Leguina Lavilla nos dice:

"(...) el Derecho, como ciencia y como arte de lo justo en la regulación de las relaciones sociales, no se agota en la ley o en la norma escrita, sino que, además y ante todo, se expresan en unas reglas primeras que, por un lado, ordenan las instituciones el tejido de las relaciones de convivencia social y, por otro, organizan el sistema jurídico en general"⁵.

Entre estas llamadas "reglas primeras" se encuentran precisamente los principios, entre los que se incluyen los de jerarquía y legalidad. Haciendo una analogía que consideramos válida, el sistema legal es como un *software* relativamente sofisticado en una computadora. Las leyes establecen relaciones entre sí y unos datos llaman a otros, se establecen conflictos y formas de resolverlos. Pero, para correr, el programa de *software* requiere de un sistema operativo, un sistema base que ordena el funcionamiento del *software* sobre ciertos principios operacionales que dan los criterios para resolver los problemas cuando el programa corre. Pero estos principios carecen de sentido en sí mismos. Su valor y sus límites se ven en la operación concreta en la computadora. A veces, los principios se ajustan a las necesidades del programa o sustituyen u orientan las decisiones del mismo. Esas son las normas primeras o principios a los que nos referimos. La aplicación de los mismos principios puede llevar a soluciones diferentes según la naturaleza concreta del problema que enfrentan.

Respecto de los principios, es importante analizar la distinción que realiza Alexy respecto de qué normas serían principios y cuáles reglas. Así, para él, principios serían:

"Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas"⁶.

En cambio, para el mismo autor las reglas serían:

"Normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"⁷.

En ese sentido, se puede decir que si se exige la mayor medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla⁸.

La distinción anterior nos sirve para analizar la colisión que puede existir entre los principios y las reglas.

⁵ LEGUINA LAVALLE, Jesús. "Principios generales del Derecho y Constitución". En: Revista de Administración Pública 114. 1987. p. 8.

⁶ ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de estudios fundamentales. 1987. p. 86.

⁷ Ibid. p. 87.

⁸ ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica". En: Doxa 5. 1988. p. 144.

Cuando colisionan dos reglas, una de ellas se inaplica ya sea introduciendo una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas⁹. Un ejemplo del primer caso es el conflicto entre una norma general y una especial. Por excepción, se aplica la especial sin que ello signifique dejar sin efecto la general. Así, si se crea una tasa a la importación de cereales y por otra norma se crea una tasa a la importación de trigo, si estamos frente a una importación de trigo se aplica la norma especial, sin que la norma que establece la tasa para cereales quede derogada o resulte inválida. Es solo que en ese caso desaparece el conflicto porque se prefiere, por medio de una excepción, la norma especial.

Por el contrario, un ejemplo del segundo caso es el conflicto entre dos normas jerárquicamente distintas, en la que la de mayor jerarquía deja sin efecto la de menor jerarquía. Si la Constitución entra en conflicto con la ley, se entiende que la ley inconstitucional es inválida e ineficaz. Otro ejemplo es la temporalidad, pues si dos normas de la misma jerarquía entran en conflicto, la posterior desplaza e invalida la anterior, de manera que un nuevo Código Civil deja sin efecto el Código Civil antiguo.

Cuando se presenta una colisión de principios, el resultado no es el mismo. En el caso de colisión de principios, uno de los principios cede frente al otro, lo cual no significa que se declare inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias concretas, uno de los principios precede al otro. En otras circunstancias también concretas, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. No hay reglas inmodificables ni totalmente lógicas, si por lógica se concluye que nos lleva siempre al mismo resultado. Por ello, es que Alexy afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso concreto. En un caso, el principio de no discriminación puede ceder frente al de libertad de expresión. En otras ocasiones ocurre lo contrario. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; mientras que los de principios se dan en la dimensión de peso para el caso concreto¹⁰. Ello significa que, en algunos supuestos, según las características del problema que enfrentamos, el principio de legalidad debe primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino por el contrario debe

ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa sí deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad.

Como puede apreciarse, al final la solución a los conflictos entre principios se resolverá en el plano axiológico, esto es, a cuál de los principios en conflicto se le asignará un mayor valor para el caso concreto. Ahora bien, como ya señalamos, para efectos del presente trabajo queremos tratar dos principios que serán claves para entender nuestra propuesta, luego de lo cual entraremos a explicar bajo qué circunstancias uno de ellos puede primar en el caso concreto.

Ello no significa que el conflicto entre principios pueda ser resuelto arbitrariamente en cada situación. Decir que depende del caso concreto no significa dejarlo amarrado a la discrecionalidad de quien decide. Casos semejantes deben ser tratados igual y casos diferentes de manera distinta. Esto significa que debemos identificar una tipología de casos en los que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía. Lo importante es que las categorías de casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado.

Para entender cómo resolver el conflicto entre los principios de jerarquía y legalidad hemos creído conveniente trabajar en torno a la evolución histórica de los mismos para entender sus funciones y racionalidad y así poder determinar su aplicabilidad en cada caso en concreto.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y JERARQUÍA

El principio de legalidad surgió como respuesta a las arbitrariedades cometidas por el monarca francés:

“(...) la administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; (...)”¹¹.

El Rey era el soberano y no había poder alguno que pudiese limitar su autoridad o la de sus ministros, lo cual desembocó en grandes arbitrariedades. Con el

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 88.

¹⁰ Ibid. p. 89.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Administración Pública y la Ley”. En: THEMIS-Revista de Derecho 40. p. 230.

poder concentrado en el monarca, no es extraño que el principio de legalidad naciera de la mano con el sistema de separación de poderes del Estado.

Así, ante esta situación, una de las consecuencias de la Revolución Francesa fue la de limitar el poder de la Administración, bajo el concepto de separación de poderes, naciendo así el principio de legalidad según el cual: "la Administración sólo puede hacer lo que la Ley le manda".

En sentido contrario, los particulares se rigen por el principio de libertad: "nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe"¹².

Así, la actuación de los gobernantes debía limitarse a exigir el cumplimiento de la ley y, nada más que lo estipulado en la ley, pues ello era garantía de que los derechos de los ciudadanos serían respetados, siempre en el entendido que las leyes eran fruto de la representación popular y por tanto iban a proteger al ciudadano de los excesos del monarca.

Así, la revolución, influenciada por Rousseau, creyó ciegamente en la ley:

"(...) cuando todo el pueblo legisla sobre todo el pueblo, no considera sino a sí mismo, y si establece una relación, es la del objeto entero bajo un punto de vista hacia el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división (del todo). Entonces la materia sobre la cual se legisla es general así como la voluntad que legisla. Es aquel acto llamado ley"¹³.

La ley era producto de la decisión del pueblo entero (voluntad general) decidiendo sobre el pueblo entero, por medio –y esto es igualmente esencial– de normas generales y comunes¹⁴, lo cual significaba que todo órgano público (del Rey para abajo) ejercía solo el poder que la ley había definido previamente, en la medida tasada por la ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia ley establece, y ningún otro poder. Solo la ley manda y todos los agentes, administrativos o judiciales, en cuanto agentes comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de

la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la ley se ha producido y que seguidamente deciden lo que la ley ha determinado previamente como procedente¹⁵.

Sobre el particular, García de Enterría afirma lo siguiente:

"El Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del "reino de la Ley", el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente en virtud de la Ley se puede exigir obediencia. En la concepción originaria, la Ley no tendría objeto (art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad"¹⁶.

Sin embargo, resulta importante lo que señala de Otto respecto de las condicionantes históricas que sustentaron el principio de legalidad:

"(...) Pero por una serie de razones poderosísimas –entre ellas la existencia de monarquías– en Europa no llega a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una norma jurídica que obliga a los Poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna –por decirlo así– al aparato de poder del Estado, de modo que el Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los Poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley (v. §.34)"¹⁷.

¹² La expresión más clara del principio de libertad está en la Constitución Política del Perú:

"Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...)"

¹³ Ibidem.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. Cit. p. 230.

¹⁵ Ibid. p. 233.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Democracia, Jueces y Control de la Administración". Madrid: Civitas. Segunda Edición. 1996. p. 40.

¹⁷ DE OTTO, Ignacio. "Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes". Segunda edición. Barcelona: Ariel. 1988. p. 12.

Dentro de este esquema conceptual e ideológico, el estricto cumplimiento de la ley no solo estaba dirigido a la Administración sino que también se exigió al juez que sea solo la boca por la que habla la ley, cuyas palabras debían limitarse a repetirla, sin modificarla. Esto claramente refleja la ideología acerca del poder político del soberano –el pueblo–, en la medida que dicha exigencia constituía un criterio orientado a limitar el poder judicial al momento de interpretar y aplicar la ley¹⁸.

Por ello, no es extraño que en los orígenes de la separación de Poderes tampoco se considerara que el Poder Judicial tenía el control difuso de las normas. El pueblo se expresaba a través de la ley por lo cual ningún órgano –judicial o administrativo– podía modificar la voluntad del pueblo soberano. Esta doctrina actualmente ha sido totalmente superada. El Poder Judicial era antes un mero aplicador de la ley a un caso particular; mientras que la Administración cumplía lo que la ley le ordenaba.

La evolución contraria se dio a través del constitucionalismo americano, en donde la Constitución desde sus inicios tuvo un papel preponderante en su sistema jurídico. En tal sentido, de Otto señala que:

“(…) en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo. En palabras del Juez Marshall, que expresan con claridad esta idea, “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confunden u olviden se ha escrito la Constitución”. La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento no encontró eco y fue sustituida por la clara conciencia de la supremacía jerárquica de la Constitución. Éste es también el sistema que se afianza en el continente europeo a partir del período de entreguerras”¹⁹.

Es por ello que, en Estados Unidos, se desarrolla y consolida la institución del control difuso como expresión del principio de jerarquía de las normas. Esta institución otorga a los “jueces” la facultad para, en un caso concreto y dentro de un “proceso judicial”, inaplicar

una norma que a su criterio consideran inconstitucional o infractora de una norma de jerarquía superior. Esta doctrina alcanza popularidad con el pronunciamiento que emitió el juez John Marshall en el caso *Marbury versus Madison* en los Estados Unidos, consagrando así el llamado control difuso. Al momento de resolver el caso, el juez Marshall señaló que la ley que facultaba a Marbury a solicitar directamente a la Corte la emisión de un *writ of mandamus* que obligue al gobierno a que lo nombre como juez era inconstitucional, pues dicha norma no estaba dentro de los supuestos que preveía la Constitución para que los particulares pudiesen recurrir directamente ante la Suprema Corte.

Cuando en 1803 se sentencia por la Corte Suprema Federal el célebre caso *Marbury versus Madison*, el juez Marshall sostiene que si una ley está en oposición con la Constitución, y ambas se aplican a un caso particular, el tribunal debe decidir: O a) aplicar la ley dejando de lado la Constitución, o b) aplicar la Constitución dejando la ley, es decir, tiene que determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso²⁰.

El principio lógico de no contradicción dice que ante la posibilidad de que dos normas sean contradictorias entre sí, hay que afirmar que las dos no pueden ser válidas (este principio no nos indica cuál es válida y cual es inválida). Saber qué norma es válida requerirá acudir a un principio que no es lógico-jurídico, sino de ordenación política-jurídica, esto es, el principio de supremacía constitucional: será inválida la norma inferior que esté en pugna con la superior²¹. En otras palabras, cuando existen dos normas contradictorias entre sí y las dos normas se invocan para la aplicación del caso concreto se debe escoger cuál es la aplicable, siendo ésta la de mayor jerarquía. Luego, siempre las normas constitucionales son aplicables por encima de cualquier norma con rango legal. Esta fue la regla establecida en la sentencia del juez Marshall.

En ese sentido, se puede señalar que “(…) sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la norma suprema”²². A ello cabe agregar que:

“(…) el constitucionalismo no puede aceptar la aprobación popular como el único, ni siquiera el

¹⁸ FROSINI, Vittorio. “Teoría de la Interpretación Jurídica”. Bogotá: Temis. 1991. p. 2.

¹⁹ DE OTTO, Ignacio. Op Cit. pp. 13-14.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán. “La interpretación y El Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Industrial y Financiera. 1987. p.119.

²¹ Ibid. p. 79.

²² Ibid. p. 15.

principal, criterio de legitimidad de una decisión política. Para un constitucionalista, una ley aprobada unánimemente por el Congreso y firmada por el presidente no tendría legitimidad alguna en el caso de que invadiera la esfera de la autonomía individual. El constitucionalista no puede pesar la moralidad política en una escala en la que la opinión pública es omnipotente. Los verdaderos criterios son la libertad individual, la autonomía y la dignidad”²³.

Esta idea, como veremos más adelante, es sumamente importante. La soberanía popular expresada por medio del principio de legalidad no debería ser un límite para que los ciudadanos alcancemos la protección de nuestros derechos fundamentales. Si ello es así, la lógica esencial del constitucionalismo está siendo afectada. Por ello, la pregunta central es si una norma vulnera un derecho fundamental, ¿puede la autoridad administrativa dejar de aplicarla invocando la norma superior que reconoce el derecho fundamental para proteger así el derecho del administrado? Ello es importante, porque significaría que una de las ideas centrales para resolver en conflicto entre legalidad y jerarquía puede precisamente ser la tutela de los derechos fundamentales o básicos del ciudadano.

Así, si bien uno de los principales principios de nuestro ordenamiento jurídico es el principio de jerarquía, el principio de legalidad también tiene un rol que jugar dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Siendo así, la cuestión estriba en determinar cuáles serán las circunstancias específicas en las que se aplicará el principio de jerarquía y en cuáles se aplicará el principio de legalidad.

V. EL PODER EJECUTIVO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS AGENCIAS “AUTÁRQUICAS”

Todo el análisis de la aparición y evolución de los principios de jerarquía y legalidad parten de un Estado que ya no existe. La tradicional separación en tres poderes obedece a una concepción de Estado primitiva, muy lejana del Estado real que hoy existe. Las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales ya no están repartidas en órganos distintos. El cambio se puede ver en los tres poderes pero es mucho más evidente en el Poder Ejecutivo.

Cuando uno habla de “la Administración” se está refiriendo al Poder Ejecutivo, y de inmediato uno asume que el Ejecutivo administra. Pero hace bastante más que ello. El ejecutivo moderno legisla, en el sentido que da normas de aplicación general, buena parte de

ellas con jerarquía de ley, como ocurre con la legislación delegada y la legislación de urgencia. Nos podrán decir que no es propiamente legislar y en el sentido formal quizás no lo sea, pero esa es una típica distinción de formalismo constitucionalista o administrativo. En el fondo, dan normas de aplicación general que deben ser obedecidas por los individuos igual que las dadas por el Congreso.

Pero además decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de relaciones entre particulares. Nos pueden decir que no es jurisdicción, nuevamente con un argumento muy formal, pero hacen algo idéntico a lo que hacen los jueces, es decir, reciben pretensiones, corren traslado de ellas, reciben respuestas, actúan pruebas, escuchan alegatos y dictan resoluciones que se ven igualitas que sentencias. Decir que no es función jurisdiccional, o al menos cuasijurisdiccional, es una broma de mal gusto. Quizás la única diferencia con la jurisdicción del Poder Judicial es que esta última dice Derecho de manera definitiva, porque el acto administrativo es siempre revisable. Pero ello no cambia la esencia de lo que hace. Solo establece cuál es su valor formal. Pero que la administración declara justicia en el sentido de decir Derecho sobre determinados hechos, lo hace.

Y el asunto es aun más complejo. Dentro del propio Ejecutivo, han comenzado a aparecer entelequias u organizaciones que, sin dejar de ser parte del Ejecutivo, se levantan como entes autónomos e independientes, no sujetas a mandato jerárquico de nadie distinto a ellas mismas, y que incluso resuelven conflictos entre el Estado y los particulares. Se les reclama autonomía e independencia, se les pide tecnicismo y se les pretende aislar del control democrático en el sentido de no dejar que sucumban a las presiones populistas típicas de todo Estado, exactamente como se busca que ocurra con el Poder Judicial. Cuando un ente regulador tiene que decidir una fijación tarifaria, todos esperamos que las empresas prestadoras de los servicios no influyan en su decisión. Pero tampoco queremos que los consumidores lo hagan y menos que los congresistas o el Presidente le den órdenes sobre cuál es el nivel de tarifa aplicable para satisfacer a sus votantes. Queremos que actúen autárquicamente, separados del Ejecutivo, con independencia y sujetándose a un tecnicismo real.

Cuando el INDECOPI resuelve un caso concursal, asumimos que lo hará en función a los derechos de los acreedores y deudores involucrados y no canalizando

²³ MURPHY, Walter F. “El Tribunal Supremo”. En: SIGMUND, Paul E. y Javier ROIZ (compiladores). “Poder, Sociedad y Estado en USA”. Barcelona: Teide. 1985. p. 128.

una presión de un Ministro que pueda reflejar una agenda política. Y lo mismo esperamos de las demás áreas de decisión. Regresemos si no al caso que citamos líneas arriba de la Empresa Radiodifusora 1160. Imaginemos que el Presidente de la República hubiera llamado al Presidente del Tribunal de INDECOPI a ordenarle que levante la insolvencia. El Presidente del Tribunal de INDECOPI debería negarse a ceder a su presión, porque debe resolver según las normas generales aplicables. Si el Presidente da un Decreto de Urgencia que ordena lo mismo que se hizo por teléfono, ¿debe el INDECOPI ceder a la presión solo porque está formalmente contenida en una norma que contraviene el resto del ordenamiento legal? Parece que si queremos una agencia realmente autónoma, no debe ceder ni a lo primero ni a lo segundo. Si es así, cumplir con la jerarquía de normas es una forma de preservar y proteger la autonomía de la institución.

Es más. Cuando tenemos un caso ante la Comisión de Acceso al Mercado, porque queremos que se levante una barrera burocrática, esperamos que el INDECOPI sea suficientemente independiente para fallar en contra del propio Poder Ejecutivo, incluso declarando la ilegalidad o irracionalidad de dispositivos reglamentarios dictados por un Ministerio.

Y los ejemplos sobran y cada vez son más. Parece que la división de Poderes fue insuficiente. Hemos creado numerosas agencias y entidades a las que incluso hemos entregado funciones legislativas y jurisdiccionales (en el sentido material del término) para que controlen a otros entes del Estado. Así, la división de poderes ya no se da solo entre poderes, sino al interior de los mismos. Estas entidades autónomas son resultado de procesos de descentralización del poder, procesos que justamente se dan para mejorar la tutela de los derechos de los ciudadanos, aislándolos tanto de excesivas presiones democráticas, de una parte, como de las presiones de facciones o grupos de poder, de la otra. Parece ser que los modernos monarcas, a pesar de enfrentar a los demás poderes del Estado que los controlan, son todavía demasiado grandes y acumulan demasiado poder. La respuesta ha sido dividirlos a su interior y crear autarquías que refuerzan la división del poder incluso dentro de un mismo Poder del Estado.

En este nuevo Estado no se puede esperar que los principios de jerarquía y legalidad actúen de la misma manera que en el anterior. La propia Administración ha creado sistemas de control interno, que deberían en su actuación crear garantías a los ciudadanos por medio

de una actuación independiente. Pero sin la posibilidad de controlar la jerarquía de normas pueden verse impedidas de cumplir su función satisfactoriamente.

En nuestro país, el Presidente es el jefe del gobierno y, por tanto, del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es a su vez el órgano dentro del Estado encargado de ejecutar y llevar a cabo las leyes, así como de ejecutar el plan de gobierno por el cual ha sido elegido el Presidente. Dentro del Poder Ejecutivo se encuentra la Administración Pública que, como su nombre lo indica, debería dedicarse solo a administrar.

Tratemos de explicar con mayor detalle la diferencia entre Poder Ejecutivo, Gobierno, Administración Pública, y Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Se entiende que, normalmente, el Presidente tiene entre sus facultades la facultad de nombrar y destituir a los funcionarios que integran el Poder Ejecutivo. Su mandato popular parece facultarlo a escoger quiénes van a ejecutar el plan de gobierno por el cual fue elegido. Sin embargo, ello está matizado en los Estados modernos.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, las diferencias entre las agencias administrativas se han intentado construir básicamente en función a dos criterios: por un lado, cuáles son los poderes para relacionarse con los ciudadanos y, por otro, la existencia o no de límites a la libre destitución presidencial del personal directivo de la agencia. Aunque esta segunda distinción, como veremos, está relacionada con los poderes delegados a la agencia²⁴.

En un primer momento, las agencias administrativas se diferenciaron en reguladoras y no reguladoras, según se atribuyeran poderes para incidir en las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Las agencias reguladoras son las que ejercen, por delegación del Congreso (a pesar de estar en el Poder Ejecutivo), poderes normativos y de decisión que afectan a los ciudadanos con los que se relacionan, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas. Así, tienen capacidad para resolver conflictos entre la propia Administración y los ciudadanos o entre los mismos ciudadanos²⁵.

En el caso de las agencias no reguladoras, éstas eran producto del Estado de Bienestar, de servicios sociales cuya actividad se reducía a reconocer beneficios y ayudas a los más desfavorecidos. La particularidad de estas agencias surgía al concebir sus acciones como

²⁴ CARBONELL, Eloisa y José Luis MUGA. "Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América". Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 48.

²⁵ Ibidem.

privilegios y, por ello, quedaban a la discrecionalidad de la agencia, que no estaba sometida a requisitos que limitaran su actuación. Sin embargo, los Tribunales reaccionaron contra esta interpretación, defendiendo que cuando un ciudadano obtiene, puede obtener, o se le priva de un beneficio, ese beneficio se convierte, para el Derecho, en una forma de propiedad y, por tanto, cualquier actuación administrativa al respecto está sujeta a las garantías derivadas de la cláusula constitucional del procedimiento debido²⁶.

Posteriormente, apareció un segundo criterio que diferencia las agencias en ejecutivas e independientes, en atención a la existencia de limitaciones en el poder de destitución por el Presidente del personal directivo de la agencia. En las agencias ejecutivas su personal se destituye libremente por el Presidente. Por el contrario, las agencias independientes se caracterizan porque esta destitución se condiciona por el Congreso y solo puede producirse si concurren las causas tasadas que fija su norma de creación. La constitucionalidad de esta limitación del poder del Presidente ha suscitado un amplio debate en Estados Unidos que solo puede comprenderse desde la perspectiva político-constitucional de ese país²⁷.

En efecto, para entender la existencia de cláusulas que limiten el poder de destitución del Presidente, debe recordarse que todo sistema administrativo norteamericano parte de la necesidad de una delegación de poderes a las agencias²⁸. La cesión a una agencia administrativa de poderes cuasilegislativos y cuasijudiciales se acompañaría garantizando a su personal directivo la permanencia en el cargo para que actúe según su experiencia y conocimiento, sin ceder a la presión del Presidente, que no podría libremente destituirlo. Esto explica, además, que en la práctica coincidan las agencias independientes con aquellas que ejercen amplios poderes normativos y resolutivos.

Desde este planteamiento podrían explicarse las decisiones del Tribunal Supremo ante esta cuestión, que tienen en cuenta la concreta actividad que realiza la agencia; si el Congreso pudo delegar su poder, también puede condicionar su destitución; por el contrario, en las agencias ejecutivas en sentido estricto, que carecerían de dichos poderes o los tendrían en menor extensión, no se puede limitar la libre destitución presidencial.

Así, de acuerdo a Schwartz, en un primer momento, el principio básico era que en la Administración ordinaria se seguía el principio de jerarquía ejecutiva, con el Presidente a la cabeza. No hay independencia; la responsabilidad dentro del Ejecutivo debe ser absoluta²⁹. Para que lo anterior fuera realmente efectivo, el Presidente debía tener la facultad de destituir a cualquier funcionario del Ejecutivo. Si el Jefe del Ejecutivo puede separar de los cargos a su antojo, es imposible que los que desempeñan esos cargos se resistan eficazmente a su voluntad, "porque es del todo evidente que quien desempeña un cargo solo mientras le plazca a otro, no puede esperarse que mantenga una actitud de independencia frente a la voluntad de aquél".

Lo anterior se desarrolló en el *Caso Myers*³⁰, en donde el Magistrado Taft señaló que el "artículo II [de la Constitución de los Estados Unidos] otorga al Presidente el poder ejecutivo del gobierno, es decir, el control administrativo general de los que ejecutan las leyes, incluyendo el poder para designar y destituir a los funcionarios ejecutivos, una conclusión confirmada por su obligación de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas"³¹.

Sin embargo, posteriormente, la regla enunciada por el Magistrado Taft fue matizada, toda vez que existían entidades al interior del Poder Ejecutivo que para el ejercicio de sus funciones no estaban sujetos a la dirección jerárquica del Jefe del Ejecutivo. El Presidente, para ejecutar las leyes, debe ser capaz de controlar a los funcionarios realmente dedicados a las tareas ejecutivas por medio de las cuales ejerce su mandato constitucional. Pero esto no es cierto cuando el funcionario en cuestión no realiza funciones ejecutivas y, como tal, no forma parte del poder ejecutivo investido en el Presidente por la Constitución³².

La jurisprudencia norteamericana trazó en el caso *Humphrey* una clara línea divisoria entre los funcionarios que formaban parte de la institución ejecutiva, y eran por lo mismo movibles en virtud de los poderes constitucionales del Presidente, y aquellos que son miembros de un cuerpo para ejercer su juicio sin licencia ni obstáculo de otro funcionario alguno de cualquier departamento gubernamental, y respecto a los cuales solo existe el poder de destitución si es que el Congreso lo ha establecido y bajo las causales que éste haya previamente establecido.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. pp. 49-50.

²⁸ Lo cual no es pacíficamente admitido.

²⁹ SCHWARTZ, Bernard. "Los Poderes del Gobierno. Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos". Volumen 1. Nueva York: Macmillan. 1966. p. 53.

³⁰ *MYERS versus UNITED STATES*, 272 U.S. 52 (1926).

³¹ Ibid. p. 55.

³² Ibid. p. 56.

Así, la mayoría de los organismos que no estaban sujetos, en el ejercicio de sus facultades, a la sola voluntad del Presidente, se debía a que tenían competencia para decidir sobre situaciones relativas a los derechos, intereses u obligaciones de los ciudadanos dentro de sus respectivos campos de competencia. El ejercicio de ese poder se cumple mejor en una atmósfera de independencia, que evite que se encuentre expuesto a todas las presiones que actúan sobre los poderes políticos. La independencia es imposible, sin embargo, si los funcionarios que ejercen ese poder están sujetos al control y la dirección presidenciales. El objeto de las leyes que crean tales organismos es dar al ciudadano la garantía de que su caso será decidido por ellas con independencia del Ejecutivo político. Es tan legítimo hacer efectiva esa garantía en estos organismos, como cuando se protege al juez de cualquier injerencia en sus funciones³³.

Posteriormente, en el caso *Wiener* se estableció que en el caso de una comisión o agencia dotada de considerable autoridad de juzgar, el poder de destitución solo existe si el Congreso lo ha conferido específicamente. Lo importante se encuentra en determinar si los miembros del organismo se encuentran investidos de funciones cuasi-judiciales pues si es así solo pueden ser separados de sus cargos por el Presidente por una causa concreta, independientemente de si el Congreso lo ha especificado o no³⁴.

En ese sentido, en el caso de agencias independientes o que ejercen funciones cuasi-jurisdiccionales, en las que sus pronunciamientos afectarán los derechos subjetivos de los ciudadanos, se aplica la doctrina Humprey-Wiener. Si ese organismo solo realiza funciones ejecutivas, sin tareas cuasijudiciales importantes, sus miembros entran dentro de lo sostenido por Myers, independientemente de la forma del organismo o del hecho de que el Congreso haya preferido no situarlo dentro de uno de los departamentos ordinarios³⁵.

El desarrollo fenomenológico del sistema norteamericano no difiere en la esencia del de otros Estados, incluyendo el peruano. Las autarquías existen o al menos están en proceso de consolidación. Y no parece lógico que los conflictos entre jerarquía y legalidad se resuelvan de la misma manera como se resuelven dentro del resto de la Administración Pública.

Sin duda, lo anterior está ligado al nivel de protección que el marco legal dé a los funcionarios que deciden.

Cuanto más blindados estén los funcionarios de la agencia contra la destitución y la presión política, menos debería preocuparnos un relajamiento del principio de legalidad a favor del principio de jerarquía de normas. Esa es una de las razones que justifica la entrega del control difuso al Poder Judicial y en tanto condiciones similares se presenten dentro de ciertas agencias administrativas, la razón para conceder el control difuso será la misma.

Sobre la independencia de la Administración, Dromi manifiesta que: “el órgano administrativo a veces es juzgador parcial, por ser parte interesada, pero **siempre está sujeto a órdenes e instrucciones**. La Administración carece del presupuesto político-jurídico, que da razón de esencia y justificación al Poder Judicial: La independencia”³⁶. Desde nuestro punto de vista, esta concepción no es aplicable a los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas. Estos organismos al momento de resolver un caso particular no tienen autoridad jerárquica por encima que les ordene cómo resolver sino que, por el contrario, su decisión debe ceñirse a lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Ninguna autoridad puede ordenarle cómo decidir en los casos que son de su conocimiento. Así, de la misma manera como un juez no está sujeto a un mandato jerárquico, ni siquiera por un Tribunal superior, al momento de resolver, un Tribunal administrativo no está sujeto a ningún mandato superior al momento de resolver un caso sometido a su competencia, sin perjuicio que su decisión sea revisable por otro órgano administrativo o por el órgano judicial.

Como bien dicen García de Enterría y Fernández,

“(...) el Juez es *viva vox iuris*, *iuris dictio*, directamente vinculado al Derecho, sin insertarse jerárquicamente para el ejercicio de su función en organización alguna, sin perjuicio de que exista un aparato administrativo que contribuya al adecuado ejercicio de sus funciones”³⁷.

Esta misma caracterización del juez podemos manifestar sobre la función que cumplen los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas cuando administran justicia administrativa.

Aquellos organismos que en el ejercicio de sus funciones van a afectar directamente las situaciones jurídicas de los ciudadanos tienen que tener, como ya se dijo, ciertas garantías para que ejerzan sus funciones

³³ Ibid. p. 57.

³⁴ Ibid. p. 59.

³⁵ Ibid. p. 60.

³⁶ DROMI, José Roberto. “Introducción al Derecho Administrativo”. Madrid: Grouz. 1986. p. 163.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1999. p. 30.

de la manera más independiente, neutral e imparcial que puedan frente a los ciudadanos. En estos casos, estos organismos deberán ejercer sus funciones teniendo en consideración además lo dispuesto en la Constitución y las leyes, no debiendo encontrarse sujetos, al menos al momento de decidir, a mandato imperativo ni al Poder Ejecutivo ni al Congreso. El control de lo que hagan estará en manos del Poder Judicial, entidad que deberá justamente revisar si la aplicación de las normas fue correcta, incluido el control difuso que hubieran podido efectuar en defensa del principio de jerarquía. Así, es lógico esperar que en entes que tienen estas garantías de independencia y autonomía, el principio de legalidad ceda frente al de jerarquía.

Ello es diferente en los entes u organismos no autárquicos, en los que es más lógico que la legalidad prime sobre la jerarquía. La organización del Estado exige que “donde manda capitán no mande marinero”. Si el Viceministro puede declarar la inconstitucionalidad de los actos del Ministro, lo que se pone de cabeza no es la pirámide de Kelsen, sino la propia organización del Estado.

A ello se añade la necesidad de un principio básico de simetría en los criterios de decisión. Si un ente autárquico de la Administración Pública va a resolver con facultades cuasijurisdiccionales y va a decir Derecho de las relaciones jurídicas entre individuos, es lógico que su decisión quede sujeta a revisión judicial. Pero ello significa que al decir Derecho este ente se encuentre en la posibilidad de ajustar su decisión a todos los principios y reglas sobre la base de que su decisión va a ser revisada. Si el Poder Judicial está en capacidad de hacer control difuso, al menos el órgano administrativo autárquico debería estar en la misma posibilidad para “vacunar” su decisión contra la revisión judicial, dejando además a los administrados en la posibilidad de no verse forzados de llegar al Poder Judicial para ver concretarse su derecho.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Ya vimos que cuanto más autárquica sea la institución a cargo de la decisión, más razones habrá para que el principio de jerarquía sea preferido sobre el de legalidad, y por tanto menos peligroso que se le entregue la facultad de hacer control difuso. Un segundo factor será el sentido o razón por la que el control difuso pueda ser utilizado.

Como todo en la vida, el control difuso puede ser usado en dos sentidos. A través de aplicación del principio de jerarquía de la Constitución sobre las leyes y de estas sobre los reglamentos se puede restringir derechos de

los ciudadanos, o se puede extender o proteger mejor esos derechos.

El principio de legalidad nació, como hemos visto, con el propósito de garantizar mejor los derechos ciudadanos de los excesos del monarca. Por ello, es legítima la preocupación cuando el control difuso pueda ser usado por la Administración para liberarse de esos límites y así poder actuar en contra de los derechos ciudadanos, sosteniendo que los límites que le impone la ley o los reglamentos son inconstitucionales o ilegales. Sin embargo, si su uso en lugar de facilitar que la Administración se escape de los límites, refuerza los derechos subjetivos, parece que la preocupación deja de ser tal.

Imaginemos el caso de un impuesto que atenta contra el principio de no discriminación porque trata a dos grupos de ciudadanos (el A y el B), que se encuentran en una situación idéntica de manera diferente. El funcionario a cargo de la aplicación de la norma llega a la conclusión que la discriminación es inconstitucional y por tanto decide que no puede cobrarles distinto. Pero si A está menos gravado que B la discriminación puede eliminarse subiendo los impuestos a A o bajando los de B. Si se aplica control difuso, la decisión no debería resultar en impuestos más gravosos, sino en menos gravosos. Por ello se debería bajar los impuestos a B antes de subírselos a A.

La razón de que el control tenga que efectuarse a favor del ciudadano y no en su contra parte justamente de la importancia del principio de legalidad. Si el legislador en el ejercicio de sus potestades limitó la facultad tributaria, pero al hacerlo discriminó, el control de constitucionalidad es más consistente con el principio de legalidad, si se respeta la parte de la norma que impuso límites, a fin de poder justamente proteger el derecho del ciudadano.

Otro ejemplo sería el de un reglamento que, excediendo la ley, limita el derecho de propiedad de un ciudadano. La intervención de la autoridad, a través del control difuso, no debería permitir que el resultado sea una privación mayor de la propiedad, pero sí podría resultar en una afectación menor que la prevista en la norma de menor jerarquía.

Ello significa que, el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía es menor si el principio de jerarquía se usa para reforzar derechos del ciudadano y no para limitarlos. Los propios revolucionarios franceses se sentirían cómodos si les comentaran que su invención (principio de legalidad) puede relajarse si su aplicación afecta los derechos fundamentales. Si de reforzar derechos individuales se trata, los principios de jerarquía y legalidad no solo no entran en

contradicción, sino que se complementan.

Por supuesto que ello no está libre de objeciones y problemas. No siempre es sencillo saber si una decisión favorece o perjudica al ciudadano. Y ello es mucho más problemático en el caso de procedimientos bilaterales donde hay dos ciudadanos y el control difuso afecta a uno y beneficia al otro. Sin embargo, sostenemos que el principio debe mantenerse. El análisis será uno de afectación de derechos fundamentales. Si la norma cuya aplicación se busca evitar es una que afecta un derecho fundamental de una parte generando un beneficio ilegítimo en la otra, la aplicación del control difuso parece recomendable. Ello pasaba por ejemplo en el caso inicial que citáramos de la toma de la propiedad de postes de una empresa por otra. Allí se justifica el control difuso porque resolver de manera distinta implica la afectación ilegítima de un derecho constitucional por el de otro particular. La idea no es no afectar al ciudadano a secas, sino no afectar un derecho de naturaleza fundamental. En caso de duda, la autoridad debería abstenerse de hacerlo. El principio guía debería ser que la aplicación del control difuso debería restringirse al reforzamiento de los derechos fundamentales, no a su debilitamiento. De aplicarse correctamente esta idea, las preocupaciones de buena parte de los detractores del control difuso por parte de autoridades administrativas deberían desaparecer, pues el principio de legalidad no es desvirtuado, sino complementado.

Así, como puede apreciarse, si los funcionarios de una agencia administrativa independiente realizan funciones cuasijudiciales en el sentido de que sus pronunciamientos afectarán los derechos, obligaciones o intereses de los ciudadanos, estos funcionarios deberán, como ya se dijo, tener ciertas garantías para que puedan ejercer efectivamente sus funciones y resolver en consistencia con el sistema legal en su conjunto.

Si bien las facultades de las agencias independiente nacen de las leyes, estas muchas veces ejercen facultades para resolver conflictos intersubjetivos, motivo por el cual se debe interpretar las leyes en concordancia con la Constitución. Así, si bien una ley crea y otorga facultades a las agencias, lo que no puede hacer una ley es negarles la posibilidad de poner en vigencia los derechos que la propia Constitución reconoce.

En ese sentido, las agencias respectivas deben tener las facultades legales, en concordancia con la Constitución, que sean necesarias para lograr que esos principios se optimicen y puedan ser puestos en práctica. Si una ley vulnera el sistema económico o los derechos fundamentales de la persona humana, ésta

sería inconstitucional y, por tanto, inaplicable. Una ley no debería establecer que los Tribunales Administrativos no pueden hacer control difuso, pues ello estaría vulnerando la lógica misma de la resolución de conflictos intersubjetivos, en los que los ciudadanos tienen derecho a la aplicación del sistema legal en su conjunto, incluida la Constitución y la ley.

En los procedimientos administrativos bilaterales, la posición de los administrados frente a la Administración no es más una situación total de desventaja sino que, más bien, la actuación del Tribunal Administrativo debe ser neutral, imparcial e independiente, sometida únicamente al Derecho y, en concreto, al ordenamiento jurídico. Las agencias autárquicas administran justicia, y por tanto deben decidir casos entre particulares sujetándose a los derechos y obligaciones que la ley impone a estos particulares. Esto no implica que se desarrolle función jurisdiccional en lo formal, la que está limitada al Poder Judicial por el artículo 139, inciso primero, de la Constitución. Función jurisdiccional quiere decir que el órgano que la ejerce es el que está en capacidad de decir Derecho de manera definitiva, lo cual no es aplicable a los órganos administrativos, cuyas decisiones siempre pueden ser revisadas por el Poder Judicial. Pero sí desarrollan función jurisdiccional material, es decir, de aplicar el Derecho a un conflicto intersubjetivo, dándole solución.

Así, son cuasijurisdiccionales porque, a pesar de impartir justicia, no pueden emitir pronunciamientos definitivos e irreversibles, potestad que es exclusiva del Poder Judicial. En ese sentido, materias que antes eran de competencia privativa del Poder Judicial como los procesos concursales, de protección al consumidor, entre otros, ahora son de conocimiento previo por parte de organismos administrativos especializados en dichas materias, teniendo la Administración una competencia primaria, esto es, casos que podrían ser conocidos o lo fueron de manera directa por el Poder Judicial, son por razones técnicas o de diverso orden derivadas de manera previa a la Administración. Al resolver estos casos, los Tribunales Administrativos hacen y dicen justicia sin perjuicio que corresponda a las Cortes determinar de manera definitiva si hicieron y dijeron justicia de manera correcta.

Como hemos visto, la labor de los Tribunales Administrativos se asemeja a la realizada por los jueces, toda vez que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, los Tribunales Administrativos no están sometidos a autoridad alguna. Asimismo, deben aplicarse las garantías del debido proceso a los

procedimientos administrativos que se tramitan ante ellos³⁸. Esto implica que los administrados tienen el derecho que los conflictos entre particulares sujetos a la decisión administrativa sean resueltos resguardando sus derechos fundamentales. Y es un derecho fundamental de todo administrado que la Constitución tenga plena y total vigencia en el procedimiento, y dicha vigencia no puede estar limitada al proceso judicial, debe incluir al procedimiento administrativo. Por ello, el Tribunal Administrativo deberá velar por que la Constitución se aplique y no podrá inaplicarla en el caso concreto que tiene que resolverse.

Por otro lado, debemos recordar lo que enseñaba Kelsen sobre la regularidad de la producción de las normas, ya sean éstas generales o particulares: legislación y ejecución (supuestamente, los actos que emiten los jueces y, en especial, la Administración) son dos etapas jerarquizadas de “*creación del Derecho*”, y dos etapas intermedias. La Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estados típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno³⁹. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. En otras palabras, las normas de inferior jerarquía, ya sean generales o particulares, deben respetar las normas de mayor jerarquía⁴⁰. El control difuso es uno de los mecanismos por el cual se busca garantizar la regularidad de la producción de las normas.

Al momento de emitir nuestros actos, puede darse el caso que la ley aplicable sea inconstitucional. Bajo el principio de legalidad, debemos emitir el acto administrativo cumpliendo la ley, a sabiendas que el acto emitido es legal pero, paradójicamente, por respeto a los principios clásicos del Derecho, inconstitucional. Al momento de decidir un caso concreto, debemos preguntarnos: ¿qué debemos preferir? ¿emitir actos administrativos legales pero inconstitucionales o constitucionales pero legales?. Asimismo, ¿podríamos decir que el acto administrativo emitido es un acto fundado en Derecho si viola la Constitución?

Es importante recordar que al momento en que el juez John Marshall emitió el pronunciamiento que facultaba a realizar control difuso a los jueces, no existía norma

expresa alguna en la Constitución que lo facultase a inaplicar una ley para un caso particular⁴¹. La jurisprudencia entendió que implícitamente estaba dentro de sus competencias la facultad de inaplicar una norma que vulnerase la Constitución para el caso particular. Debía preferirse la Constitución por sobre cualquier otra norma.

Este pronunciamiento fue una decisión bastante polémica en su momento y no del total agrado de los políticos. Sin embargo, a la luz de los años esta decisión ha sido una de las decisiones judiciales más acertadas que ha emitido la jurisprudencia en la historia jurídica moderna. El control difuso se ha convertido en uno de los mecanismos más eficientes de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales que actualmente existe.

No existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un Tribunal Administrativo o una agencia autárquica. Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos.

Es un derecho de los particulares que al decirse Derecho se apliquen las normas pertinentes y es una facultad de la Administración poder enmendar cualquier defecto cuya corrección pueda ser llevada a cabo por el Poder Judicial.

La finalidad de un procedimiento administrativo no puede ser otra que la vigencia absoluta de la ley (entendiendo por ley, toda norma del ordenamiento jurídico). Lo señalado se refuerza por el hecho particular y específico en virtud del cual la Administración Pública actúa regida por el principio de legalidad. A partir de tal constatación, es lógico afirmar que quien se rige en sus actuaciones por la ley debe también tener como finalidad el irrestricto cumplimiento de la misma cuando de aplicarla a casos particulares se trata.

La finalidad de aplicar la ley a través de un procedimiento administrativo coloca a la autoridad administrativa en la necesidad de tener que definir qué ley es la aplicable al caso que conoce y definir la consecuencia querida por el legislador para determinadas conductas en un tiempo determinado.

³⁸ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Apuntes sobre la exigibilidad de un debido proceso en los diferentes Procedimientos Administrativos. Reflexiones sobre las experiencias peruanas y mundiales sobre el Particular”. En: *Derecho & Sociedad* 15. 2000. pp. 83-92.

³⁹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En: *Ius et Veritas* 9. p. 18.

⁴⁰ *Ibid.* pp. 18-19.

⁴¹ QUIROGA LEÓN, Anibal. “Control difuso y control concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano”. En: *Derecho* 50. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 207-233. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “De la Jurisdicción Constitucional al derecho procesal constitucional”. Segunda edición. Lima: Grijley. 2000. p. 118.

En otras palabras, en la aplicación de la ley la autoridad administrativa no puede sustraerse a la evaluación e identificación de la ley vigente al momento de producirse los hechos cuyo juzgamiento tiene encomendado pues, precisamente, esa es la actuación que le corresponde para garantizar la plena vigencia de la misma.

Por el contrario, en los procedimientos bilaterales, más que la solución a un conflicto intersubjetivo, lo que existe es la obligación de tutela por parte de la Administración Pública de los intereses colectivos. En este caso, la doctrina entiende que la función administrativa es la actividad desarrollada por los órganos públicos en relación jerárquica (aspecto orgánico), para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales (aspecto sustancial) que se hace efectiva mediante actos⁴² y hechos jurídicos públicos (aspecto procesal)⁴³. Así, la Administración es una organización encaminada a concretar los fines del Estado, para lo cual recaudará impuestos; evaluará que los administrados cumplan con determinados requisitos para realizar determinadas actividades y luego los fiscalizará; será titular de ciertos servicios, etcétera.

Así, el principio de legalidad nació y tuvo su desarrollo dentro de la concepción de las relaciones jurídicas bilaterales Administración-Administrado pues sería en estos casos en que era importante limitar la esfera de actuación de la Administración Pública, la cual se concebía como una organización dotada de privilegios y prerrogativas frente al particular. En esta relación bilateral la Administración, originariamente, exigía o prohibía determinadas conductas a los ciudadanos porque se entendía que la gestión y el servicio que prestaba la Administración estaban en función del interés colectivo.

Sin embargo, es aconsejable, como ya se ha visto, que entre los límites que se ponga al principio esté justamente el que hemos señalado: que la aplicación del control difuso no resulte en una restricción de los derechos individuales. Así, podemos ser consistentes sin necesidad de avivar justificados temores respecto de que el control difuso sea un poder más de la Administración, poder que podría ser mal utilizado.

Bajo estas consideraciones, como ya se ha anotado, el riesgo de un conflicto entre el principio de jerarquía y el de legalidad se reduce, porque la legalidad sigue siendo guardiana de los derechos ciudadanos y los límites al poder, encontrando en el principio de jerarquía

antes que un enemigo, un aliado en el cumplimiento de su meta.

VII. QUE LA NORMA INAPLICADA SEA MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONAL

Éste es el único principio que se desprende del considerando 156 de la sentencia de fecha 3 de Junio del 2005 del Tribunal Constitucional, en la que se sugiere tímidamente la posibilidad de aplicar control difuso por órganos administrativos. Lo que parece que se quiso decir es que el control difuso no se justifica en cualquier violación al ordenamiento, sino solo a aquella que sea manifiesta y evidente. Pareciera que el Tribunal ha querido evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso "muy sofisticado". Prefieren solo conceder a la autoridad administrativa el control de lo "grosero".

Lamentablemente no existen criterios definidos, pero en términos generales parece un principio saludable. El control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo.

Al igual como ocurre con los conceptos anteriores, la inconstitucionalidad manifiesta reduce el riesgo de arbitrariedades pues impone en la Administración un estándar alto.

¿Qué es manifiestamente inconstitucional? Posiblemente el Tribunal nos lo aclare en próximas sentencias. Ahora, si concordamos este aspecto con el referido a que el control solo se puede aplicar para proteger derechos fundamentales, lo que deberíamos buscar es una manifiesta violación en la norma inaplicada de un derecho fundamental de los ciudadanos.

VIII. CONCLUSIÓN

Sin duda voltear la piramidal de Kelsen en un sentido o en el otro va a generar controversia. Sería aventurarse mucho reconocer un control difuso general para toda la Administración en toda circunstancia. Pero también resultaría obtuso negarse a reconocer en ciertas circunstancias cierto nivel de control.

Este artículo plantea finalmente que el control difuso debe operar en aquellas circunstancias concretas en que el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía de las normas no sea realmente serio. De los

⁴² En donde se refleja claramente la situación de ventaja que tiene la Administración frente al administrado es en los caracteres jurídicos que rodean al acto administrativo: la presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad. Al respecto, Ver: DROMI, José Roberto. "El Acto Administrativo". Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1997. pp. 75 y siguientes.

⁴³ DROMI, José Roberto. "Introducción al Derecho Administrativo". Madrid: Grouz. 1986. p. 74.

muchos elementos que pueden identificarse, hemos indicado tres, uno de los cuales ya ha sido reconocido, aunque de manera imprecisa, por el Tribunal Constitucional. Estos elementos hacen que el tinte garantista del principio de legalidad no se vea seriamente afectado, y que por el contrario se vea reforzado por la asistencia que el principio de jerarquía puede dar para tutelar los derechos fundamentales.

Estos elementos son:

- a. El carácter autártico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más esté vinculada su actividad a la solución de conflictos intersubjetivos, más servirá el control difuso como una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos y de límite al ejercicio excesivo del poder.
- b. La protección de derechos ciudadanos. Si el control difuso se usa para reforzar derechos ciudadanos (y no para debilitarlos) sus fines estarán plenamente

alineados con los perseguidos por el principio de legalidad, es decir, el de poner límites al gobernante. Un control difuso que usa el principio de jerarquía para limitar al gobernante es consistente con el principio de legalidad.

- c. Carácter manifiestamente inconstitucional de la norma inaplicada. Cuanto más evidente sea la violación, más evidente será que el emisor de la norma se excedió, por tanto los riesgos de excesos por parte de la autoridad que controla y protege la jerarquía de las normas serán menores.

Sin duda, Kelsen ha contribuido mucho a la concepción del Derecho como lo conocemos. Pensar en que su pirámide se aplica sin excepciones siempre es tan utópico como pensar que la Administración Pública no debe poder aplicarla nunca. El control difuso no es otra cosa, como todo en el Derecho, que una simple herramienta para mejorar la convivencia humana. Mientras ese sea nuestro objetivo, no será necesario poner a Kelsen de cabeza.

UNIDAD I: INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE
CONTENIDO CONSTITUCIONAL

2. ALARCÓN, Ma Luz Martínez. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Teoría y realidad constitucional, 2008, no 21, p. 355-374.

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

M^a LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

Profesora Contratada-Doctora II

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

I. Consideraciones preliminares

II. La especificidad de la Constitución refuerza la tesis del positivismo jurídico moderado de la interpretación como actividad híbrida.

III. La interpretación del Derecho constitucional

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UN CONCEPTO CONCRETO DE DERECHO SE TRADUCE EN UNA PRAXIS JURÍDICA CONCRETA.

Ciertamente, cuando uno lee un título como éste que rubrica las siguientes líneas (*La aplicación judicial del Derecho constitucional*) no tiene claro a qué se puede estar refiriendo su autor, pues, en efecto, el mismo da pie para abordar diferentes cuestiones que, aunque interconectadas entre sí, revisten, cada una de ellas, su propio contenido. Así, por ejemplo, con esta rubrica es posible pensar que el autor pretende efectuar un análisis del uso que realizan –o deben realizar– los órganos judiciales de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para garantizar la aplicación judicial y la consiguiente vigencia del texto constitucional. Sin embargo, este mismo título también puede encabezar un estudio, más general, sobre la interpretación del Derecho constitucional, o, más precisamente, sobre alguno o algunos de los aspectos de la interpretación del Derecho constitucional.

En concreto, esta última es la cuestión que abordo en este texto, si bien creo conveniente advertir, ya desde este mismo preciso momento, que lo que sigue a continuación no son –y así deben de ser tomadas en cuenta– sino unas primeras reflexiones sobre este complejísimo tema de la interpretación constitucional; con toda seguridad el núcleo central de la Teoría de la Constitución y que requiere, por consiguiente, una mínima atención por parte de todos y de cada uno de los que nos dedicamos o pretendemos dedicarnos al estudio y a la enseñanza del Derecho constitucional. A continuación, por tanto, solamente pretendo exponer una serie de ideas sobre qué entiendo por Derecho, en general, y por Derecho constitucional, en particular, y qué consecuencias provoca dicho entendimiento sobre el ámbito de la actividad interpretativa que del mismo realizan nuestros jueces y tribunales, y, en especial, nuestro Tribunal Constitucional.

El punto de partida de este trabajo requiere, por tanto y en primer lugar, asumir que un entendimiento concreto del Derecho conlleva una forma concreta de entender su aplicación judicial.

En este sentido, por ejemplo, el triunfo de la cultura jurídica positivista en el siglo XIX¹ provocó una determinada comprensión de la labor del aplicador judicial en

¹ Recordemos que el paradigma epistemológico del iusnaturalismo racionalista se extiende sobre todo entre los siglos XVII y XVIII y que impregna los momentos iniciales del constitucionalismo, tanto americano como europeo. Por su parte, el positivismo jurídico del siglo XIX, en el que destacan las doctrinas de la *escuela de la exégesis francesa* y de la *jurisprudencia de conceptos alemana*, aparece como un modelo de rectificación del iusnaturalismo racionalista, aunque también es cierto que la conexión entre iusnaturalismo y positivismo se produce en diversos niveles; véase, al respecto,

el ordenamiento jurídico, que debía limitarse a realizar una descripción exegética del Derecho dado.

En efecto, esta concepción positivista del Derecho, que se caracteriza por una rehabilitación voluntarista donde el poder del Estado, como representación o sustitución de la voluntad de los gobernados, desplaza o se impone sobre las prescripciones de un Derecho racional de orden superior que ahora se rechaza frente a un concepto de Derecho integrado, exclusivamente, por leyes positivas o *puestas* por voluntad de los hombres, nos ofrece una comprensión del ordenamiento jurídico como un todo completo y coherente en el que no es posible vislumbrar la existencia de lagunas ni antinomias y que resulta capaz, por tanto, de aportar la unidad de solución correcta al caso concreto. En este contexto, el juez, a través del mecanismo de la subsunción silogista, extraía de la premisa mayor (el supuesto de hecho contemplado en la norma) y de la premisa menor (el hecho o conducta antijurídica) la consecuencia jurídica². Con la Revolución francesa, por tanto, se admite el principio de la voluntad en lo legislativo y se niega en lo judicial; en estos momentos sólo el legislador puede tener iniciativa y ante esa voluntad legislativa, de la que se presume un valor racional por responder a las expectativas de generalidad y abstracción, el juez debe acallar el eco de su propia voluntad o sus razones particulares. El juez debe ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. En definitiva, la dogmática jurídica positivista permitía “considerar al juez casi como un autómatas, un sujeto que, pertrechado sólo de la lógica y del Derecho hacía realidad las prescripciones legales sin poner nada de su parte”³.

Este entendimiento del Derecho por parte de la cultura jurídica de la codificación del siglo XIX, y su consiguiente comprensión de la labor judicial en términos puramente cognoscitivistas, comienza a desbaratarse cuando aparecen, a partir del último tercio de ese mismo siglo, toda una serie de corrientes antiformalistas cuestionando los dogmas del positivismo jurídico precedente (la completitud y coherencia del ordenamiento jurídico y la interpretación lógico-deductiva de las normas, y, en definitiva, la figura del juez exegeta). En concreto, los antiformalistas sostienen que el acto de aplicación del Derecho no aparece predeterminado en todos sus extremos y que el juez, ante el deber inexcusable de resolver en todo caso, introduce elementos volitivos externos al propio ordenamiento jurídico, si bien es cierto que la mayoría de

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Sobre el contexto histórico-intelectual del positivismo jurídico”, *REP*, noviembre-diciembre 1985, págs. 148-150.

² Las palabras de Beccaria son una manifestación de esta concepción. El juez debe hacer en todo delito el silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena, porque “no hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”; BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (1794), ed. de F. Tomás y Valiente, Madrid 1974, pág. 76. En cualquier caso, frente al modelo judicial mecanicista tan ampliamente extendido en la época destaca, por excepcional, la posición precedente de Rousseau, el cual sostiene la naturaleza en cierta medida creadora de la actividad judicial y reclama, por ello, un alto grado de precisión legislativa que no permita interpretaciones aberrantes y unos jueces que en el marco estrecho de la Ley practiquen el sentido común; GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, ed. Alfons el Magnànim, Diputació Provincial, Valencia 1997, págs. 81-86. Y, ya en la época decimonónica propiamente dicha, perspectivas más realistas mostraban la imposibilidad de renunciar a márgenes de discrecionalidad en la labor de aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, el Proyecto de Código civil español de 1821 establecía, de forma contundente. “(...) dígame lo que se quiera sobre los vicios y abusos de la interpretación de las leyes, lo cierto es que existe y existirá donde haya leyes (...)”; citado por MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, CEPC, Madrid 1999, pág. 96.

³ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, ed. Dykinson, Madrid 1998, pág. 62.

las tesis de la llamada “revuelta contra el formalismo” –con alguna excepción, como la protagonizada por el movimiento del *Derecho libre* que se desarrolla en Alemania en los años treinta del siglo XX⁴; o por el movimiento del *realismo jurídico americano*, de la misma época⁵- no desacreditan completamente la ley, por cuanto se limitan a recomendar el recurso puntual o excepcional a elementos jurídicos extra-sistemáticos.

Probablemente, si algo tenemos que destacar de toda esta crítica contra el formalismo del siglo XIX es que su existencia generó la sucesión de todo un aluvión de tesis positivistas moderadas durante la primera mitad del siglo XX (el normativismo de KELSEN, la aproximación normativista-realista del Derecho de ROSS, la visión del Derecho como práctica normativa y social compleja de HART...). Estas últimas, aunque se mantuvieron fieles al postulado de la separación conceptual entre Derecho y moral, rechazaron, sin embargo, frente al positivismo primigenio, los dogmas de la completitud y la coherencia del orden normativo y de la unidad de la solución correcta, y acuñaron, en consecuencia, la tesis de la discrecionalidad judicial, esto es, la tesis según la cual, el juez realiza, al menos en los casos difíciles⁶, una actividad normativa o de creación del Derecho durante el acto aplicativo del mismo. En cualquier caso, este nuevo normativismo moderado, frente a las corrientes antiformalistas más extremas, no prescindió de un modelo teórico que presentaba el razonamiento judicial como una actividad sometida –en mayor o menor medida- a normas preexistentes, y cuya legitimidad, por consiguiente, reposaba en la vinculación de sus decisiones a esas normas. Se reconocía, por tanto, que el acto aplicativo del Derecho presentaba una

⁴ El movimiento del *Derecho libre* formula una tesis antiformalista radical. Algunos de sus autores, como FUCHS, KANTOROWICZ y REICHEL, considerando que resulta hipócrita reconocer que el juez se puede apartar excepcionalmente de la ley, defienden su libertad para buscar el Derecho situado fuera o más allá de las fuentes del legalismo precedente. KANTOROWICZ, por ejemplo, sostiene que el juez, si considera que la ley no es clara, o si “con arreglo a su libre y concienzuda convicción” opina que no es adecuada al caso, puede y debe prescindir de ella, dictando la sentencia según piense que el legislador hubiera decretado si hubiera estado pensando en el caso particular en el momento de elaborarla. Y si no fuera capaz de formarse esa convicción, se habrá de inspirar en el Derecho libre o incluso resolver arbitrariamente; KANTOROWICZ, H., “La lucha por la ciencia del Derecho” (1906), en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, ed. Losada, Buenos Aires 1949, pág. 364.

⁵ LUIS PRIETO SANCHÍS apunta que el *realismo jurídico norteamericano* es una teoría pero –estrictamente hablando- no una teoría de la interpretación, sino más bien una teoría sociológica acerca del comportamiento de los tribunales; en *Apuntes de Teoría del Derecho*, ed. Trotta, Madrid 2005, págs. 243-245. Según esta teoría, sólo tienen valor de verdad las proposiciones jurídicas aplicativas y su valor de verdad no depende de lo que establezcan determinadas normas generales, sino de lo que establecen determinadas decisiones judiciales (normas individuales). El Derecho, por tanto, se define como el conjunto de normas individuales (decisiones judiciales) que establecen los derechos y deberes de los ciudadanos. Las proposiciones jurídicas –también la Constitución- sólo son predicciones antes de la decisión judicial; propósitos de futuro acerca de las decisiones que tomarán los jueces (el auténtico Derecho). FRANK es el máximo exponente de esta tesis, pero también podemos citar a K.N. LLEWELYN y TWINING; sobre todo ello véase MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid 1997, pág. 206-208. Este mismo autor nos habla de los autores del movimiento *Critical Legal Studies*, los cuales constatan, primero, una *indeterminación radical* según la cual nunca es posible asignar significado a las reglas generales, y, segundo, afirman, consecuentemente, que el Derecho siempre es creado por los jueces (o tal vez, los órganos de ejecución del Derecho) al asignar derechos y obligaciones de manera individual. La Constitución, en el sentido semántico, no existe para ellos; ibídem, págs. 211-212.

⁶ Aunque en mi opinión, siguiendo a PRIETO SANCHÍS, la interpretación no se puede circunscribir sólo a los casos difíciles porque *siempre* hay interpretación; PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, ed. Trotta, Madrid 2005, págs. 228-229.

naturaleza híbrida –descriptiva y normativa- y que, en consecuencia, sólo resultaban factibles aquellas tesis intermedias o eclécticas sobre el razonamiento jurídico con componentes tanto descriptivos (reconociendo valor a los métodos clásicos de la interpretación jurídica) como prescriptivos (formulando pautas dirigidas a introducir la racionalidad de la argumentación en el ámbito de la discrecionalidad judicial).

En resumidas cuentas, las tres grandes corrientes del pensamiento jurídico de los dos últimos siglos (formalismo puro, antiformalismo puro, y positivismo moderado – este último tanto con componentes formalistas como antiformalistas-) nos permiten referirnos a tres grandes tesis sobre la interpretación judicial: a) la tesis *objetivista o cognoscitiva*, en virtud de la cual la interpretación consiste, una vez que se reconoce la unidad de solución correcta, en descubrir o declarar el significado de las disposiciones normativas a través del empleo de los métodos clásicos de la interpretación jurídica; b) la tesis *subjetivista o escéptica* propia de las corrientes antiformalistas más extremas que, ante la incompletitud e incoherencia del ordenamiento jurídico, y su imposibilidad, por tanto, de identificar la unidad de respuesta correcta, consideran que la interpretación consiste en la adopción por parte del intérprete de una decisión, subjetiva e ideológicamente condicionada, sobre el significado de un texto normativo. El significado del texto normativo no preexiste, por tanto, al proceso de interpretación; antes bien, la norma es realmente el producto de dicho proceso; c) y la tesis *intermedia o ecléctica* que considera que interpretar es una actividad mixta con componentes de lógica-deductiva (en tanto en cuanto la decisión del juez aparece predeterminada por el Derecho existente y el juez la descubre) pero también normativos o de creación de Derecho propiamente dicho (en tanto en cuanto la decisión del juez no aparece completamente predeterminada por el Derecho existente). En concreto, esta tesis intermedia desemboca en una concepción constructivista moderada de la actividad hermenéutica, o, dicho de otra forma, en una concepción *modestamente* objetiva de la interpretación del Derecho y aún más *modestamente* objetiva –seguidamente analizaremos las razones- de la interpretación del Derecho constitucional⁷. Precisamente, esta última posición positivista moderada es la dominante en la literatura jurídica contemporánea -en mi opinión, también es la más convincente pues resulta evidente que el Derecho ni es completo, ni es coherente y que deja parcelas abiertas (por mínimas que éstas sean) a la subjetividad del intérprete⁸-. Todo ello a pesar de la existencia de ciertas reformulaciones recientes de la tesis de la respuesta correcta⁹.

⁷ Este constructivismo moderado es el que profesa el profesor MORESO, siguiendo a su vez al profesor HART, quien formula la teoría intermedia más acreditada y con los desarrollos más sofisticados polemizando tanto con los realistas norteamericanos como con la tesis de Dworkin. HART contempla la teoría del Derecho norteamericana situada entre dos extremos inaceptables (el realismo –entendido aquí como objetivismo- y el escepticismo). En concreto, este autor afirma: “He retratado la teoría del Derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean Derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra”; HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, pág. 144, citado por MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la...*, ob. cit., pág. 185.

⁸ Nos encontramos ante un sistema de decisión judicial racional y legal que, frente a las ideologías de la decisión judicial vinculada de los sistemas positivistas, en los que el operador no aporta nada, y de la decisión judicial libre que se produce a través de la revuelta antiformalista contra el pensamiento legal positivista, implica el reconocimiento de la discrecionalidad judicial y, en definitiva, de la necesidad de que los contenidos jurisdiccionales respeten ciertas condiciones de justificación y racionalidad; WROBLEWSKY, J., “Theoretical and ideological problems of judicial independence”, *Los jueces en una*

II. LA ESPECIFICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN REFUERZA LA TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO DE LA INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD HÍBRIDA.

Posiblemente no erramos si afirmamos que el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX ha afianzado la tesis del positivismo jurídico moderado sobre la discrecionalidad judicial y la consiguiente manera de comprender el quehacer de los juristas prácticos. Son varias, en concreto, las razones que nos hablan de la especificidad de la norma constitucional y que explican por qué su margen de indeterminación es notable complicando, de esta forma, la labor de interpretación de la misma.

PRIMERA: La *validez* del texto constitucional se desprende de su legitimidad (de su naturaleza democrática); su validez no deriva, por tanto y frente a lo que ocurre con el resto de normas del ordenamiento jurídico, de una norma superior de la que sea su lógico desarrollo y a la cual no pueda contradecir. Es decir, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico que no puede ser interpretada conforme a otra superior, sencillamente, porque ésta no existe. Esta situación complica, evidentemente, la cuestión relativa a su interpretación.

SEGUNDA: Las Constituciones son normas con una *estructura abierta*. En la Constitución, más que en ninguna otra norma, se acentúa lo que HART ha llamado la “textura abierta del Derecho”¹⁰, una característica ésta de la norma constitucional que responde a diversos motivos. Así, si en ciertas ocasiones dicha condición deriva de la falta de consenso con respecto a determinadas cuestiones, en otras, es fruto de una decisión constituyente deliberada que busca garantizar la validez del texto constitucional hacia el futuro¹¹. Por otra parte, parece claro que la Constitución no puede regular todo el contenido sobre un asunto de naturaleza constitucional¹², aunque también es cierto que el texto constitucional no puede dejar abiertas todas las

sociedad democrática, coord. Juan Igartua Salaverría, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1987, pág. 32.

⁹ Estas reformulaciones, empleando una teoría propiamente iusnaturalista del razonamiento jurídico, desprenden la completitud y la coherencia del Derecho de los dictados de la moralidad (el *realismo metafísico* de autores como O. Brink, H. Hurd y, sobre todo, M. Moore; o *la concepción interpretativa del Derecho de R. Dworkin*). Su análisis, y crítica correspondiente, la podemos encontrar en la obra del profesor MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la...*, ob. cit., págs. 188-206.

¹⁰ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires 1961, págs. 159 y 168. “Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que ha dado en llamar una ‘textura abierta’”.

¹¹ Sobre este último motivo véase NIETO, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, pág. 393.

¹² “La Constitución no codifica sino que únicamente regula –y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos- aquello que parece importante y que necesita determinación”; HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid 1983, pág. 18.

cuestiones, y que, en este sentido, debe contener de forma clara los fundamentos –el mínimo común denominador básico- de la comunidad¹³.

TERCERA: La Constitución es una norma específica también por sus contenidos.

El Derecho, como sistema normativo coactivo institucionalizado, busca asegurar el establecimiento de un orden preciso para garantizar la paz social, una finalidad ésta que no constituye un valor añadido de forma contingente a un ordenamiento jurídico determinado sino un rasgo conceptual y constitutivo del propio concepto de Derecho, que aparece así como un instrumento que el ser humano crea para garantizar la certeza en las relaciones sociales haciendo posible de esta forma la coexistencia pacífica de la sociedad, la pacificación social mediante la aplicación de determinadas pautas normativas coactivas¹⁴. Pero el Derecho, si bien puede, no debe ser sólo un instrumento de fuerza y de coacción dirigido a satisfacer la certeza en las relaciones sociales, sino que también debe satisfacer, para poder ser considerado legítimo, un determinado nivel de justicia. Es decir, un conjunto normativo limitado a garantizar la paz social, aunque posible, no es, en mi opinión, legítimo¹⁵.

Creo, por tanto, que una conexión entre Derecho y Moral no es, ni conceptualmente necesaria (pues el Derecho puede tener cualquier contenido)¹⁶, ni conceptualmente imposible (pues el hecho de mantener la tesis positivista de la

¹³ HESSE, K., *Escritos de Derecho...*, ob. cit., pág. 18. “La amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto”; *ibídem*, págs. 19-20.

¹⁴ En este sentido, KELSEN define el Derecho como “un orden establecido para promover la paz”; en *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, págs. 24-25.

¹⁵ “El Derecho no es una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo Derecho pretende ser justo”. Esa “pretensión de validez (justicia) del Derecho es la proyección en este plano de la pretensión de legitimidad del poder, aunque los fundamentos del poder y del orden sean distintos, como en el conocido análisis weberiano. La obsesión positiva por excluir el problema de la legitimidad del ámbito de lo jurídico conduce por eso, inevitablemente, a una mutilación”; RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia constitucional. Introducción”, *REDC*, núm. 31, 1991, págs. 16-17.

¹⁶ Frente a este aserto, ALEXY, que critica la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la Moral, defiende, primero, la existencia de una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, y, segundo, afirma que hay razones normativas que hablan a favor de la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho (argumentos normativos o reflexiones de funcionalidad como son que con esta vinculación se pueden solucionar mejor los problemas de la injusticia legal); ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, ed. Gedisa, estudios alemanes, Barcelona 1994, págs. 26-29. Posteriormente, el autor concreta su tesis, pues considera que la tesis de la vinculación entre Derecho y Moral sólo adquiere funcionalidad (es correcta) desde la perspectiva interna o del participante y únicamente cuando se aplica a normas aisladas, pero no al sistema jurídico en su conjunto. Es decir, ALEXY asume el argumento de la injusticia de GUSTAV RADBRUCH, en virtud del cual “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aún cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’, tenga que ceder ante la justicia”; *ibídem*, pág. 26 y ss. En definitiva, este autor se muestra a favor de un concepto de Derecho no positivista que niega carácter jurídico a las normas individualmente consideradas –no al sistema jurídico en su conjunto- sólo en los casos de extrema injusticia (en estos casos concretos, en su opinión, se puede obviar el Derecho recurriendo a la Moral).

separación entre Derecho y Moral afirmando que el Derecho puede tener cualquier contenido no significa negar que el derecho positivo –puesto por voluntad de los hombres- pueda tomar en cuenta determinados contenidos procedentes de la moral; que pueda, en definitiva, asumir determinados estándares de moralidad).

El Estado constitucional, que tiene un carácter histórico y contingente, es un buen ejemplo de ello, pues, en efecto, aunque en principio no hay una conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral, sí que existe esa conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral en el Estado constitucional; al menos en el Estado constitucional auténtico. La Constitución es, precisamente, el instrumento que aporta legitimidad a un determinado conjunto normativo convirtiéndolo en un ordenamiento jurídico justo, primero, porque con la Constitución el pueblo determina de forma democrática la estructura básica del Estado, que no deriva así de una imposición externa al propio pueblo y que además va a funcionar democráticamente, y, segundo, porque en la Constitución no se recoge cualquier estructura básica del Estado, sino sólo aquella capaz de garantizar la libertad del ciudadano a través del reconocimiento y protección de sus derechos y de la limitación del poder –separación de poderes y principio de legalidad-. Es decir, la Constitución es primera y principalmente norma jurídica democrática cuyo elemento teleológico consiste en garantizar la libertad de los ciudadanos¹⁷, y, por ello, no parece un error afirmar que la Constitución no se identifica tanto atendiendo a las materias que regula –que también- cuanto a la función que irremediablemente está llamada a desempeñar.

En definitiva, la Constitución no puede ser definida únicamente desde un punto de vista formal como la fuente suprema del ordenamiento jurídico de la que éste deriva su validez; como norma *de* producción jurídica y norma *sobre* la producción jurídica. La Constitución auténtica se caracteriza por su configuración como Derecho supremo que dota de unidad, coherencia y validez al ordenamiento jurídico concreto al que precede; pero también por su naturaleza democrática y por la finalidad que pretende: la protección de la libertad del individuo, que implicará, en cuanto a su contenido, el reconocimiento de derechos y su protección y el establecimiento de una serie de instrumentos de limitación del poder –separación de poderes y principio de legalidad-. Ni la vertiente formal, ni la vertiente material resultan, por sí solas, suficientes para identificar un texto constitucional de otro que no lo es, siendo preciso, por consiguiente, atender a un concepto integrador de la Constitución en sentido formal y material¹⁸. Y,

¹⁷ La misión de la Constitución consiste en “organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”, HAURIU, A., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, trad. de José Antonio González Casanova, ed. Ariel, Barcelona 1971, pág. 36. Este autor fundamenta su definición en la conciliación de dos visiones, en un principio opuestas, sobre la disciplina; la del profesor PRÉLOT, que entiende el Derecho Constitucional como una “técnica de la autoridad” (véase su obra *Introducción al estudio del Derecho Constitucional*, publicada en 1953), y la del profesor MIRKINE-GUETZEVITCH, que defiende la misma materia como una “técnica de la libertad” (véase su obra *Las nuevas tendencias del Derecho Constitucional*, publicada en el periodo de entreguerras). Para LÖWENSTEIN, K., uno de los elementos que forma contenido irrenunciable de un texto constitucional consiste en el reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales-, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder; en *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfrego Gallego Anabitarte, ed. Ariel, Barcelona 1982, pág. 153.

¹⁸ Sobre la indisoluble unidad de forma y contenido en la Constitución racional-normativa véase GARCÍA PELAYO, M., voz “Derecho Constitucional”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. I, Barcelona 1950, pág. 382. Parece, por tanto, razonable afirmar que aquellas tesis que definen el texto constitucional obviando algunos de estos elementos –formal o material- se articulan sobre otra cosa, pero no sobre una auténtica Constitución.

en definitiva, si la validez de las normas jurídicas con el constitucionalismo no sólo depende de requisitos formales (que se cumplen o no y que dejan poco margen a la interpretación), sino también de requisitos sustantivos (que dejan más margen a la interpretación), también con el constitucionalismo se hace más evidente que nunca que la actividad hermenéutica presenta una naturaleza compleja y que, así, aparece integrada tanto por elementos descriptivos como por elementos normativos o de creación de Derecho. Más aún, los elementos normativos o de creación de Derecho toman fuerza en lo que hace a la interpretación de los textos constitucionales.

Además, la Constitución es una norma con un *contenido fundamentalmente principal* (tendencialmente contradictorio pero relacionado por el principio de la igualdad jerárquica) en tanto en cuanto muchos de los enunciados constitucionales – particularmente los que se refieren a los derechos fundamentales- aparecen configurados como normas de principio, esto es, *mandatos de optimización* dirigidos al poder público para que realice algo, en mayor o en menor medida, en función de las posibilidades reales y jurídicas existentes para ello. Pues bien, aunque los sectores más formalistas consideran que la incorporación a las Constituciones actuales de un elevado número de valores y principios constituye una intoxicación del sistema normativo con elementos no deseables que implican indeterminación, y, con ello, inseguridad jurídica¹⁹, hoy, sin embargo, está generalizada la afirmación contraria, es decir, que el Derecho –y muy especialmente el Derecho constitucional- no puede reducirse a reglas, esto es, a normas que contengan un mandato preciso y claro sobre lo que puede o no puede hacerse, sin que ello, evidentemente, quiera decir que los autores que defienden la existencia de dicho contenido principal (valores y principios) en el texto constitucional puedan ser considerados defensores de un nuevo iusnaturalismo²⁰.

Todas estas razones (origen de su validez, estructura abierta y contenidos sustantivos fundamentalmente principales y tendencialmente contradictorios aunque relacionados por el principio de la igualdad jerárquica) conducen, en definitiva, a que el intérprete del texto constitucional disponga de un mayor margen de discrecionalidad cuando intenta dotar de significado al mismo. Como ha señalado el profesor PRIETO SANCHÍS, “si toda norma ofrece un núcleo de certeza y una zona de penumbra, las de naturaleza constitucional parecen ampliar esta última en detrimento de aquél”²¹; precisamente por ello la concreción de su significado exige “una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y de significado constructivista”²² que ya

¹⁹ FORSTHOFF en Alemania –*Statu di Diritto in trasformazione*, Giuffrè editore, Milano 1973, pág. 195 y ss.- y DE OTTO en España –*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ed. Ariel, Barcelona 1995, pág. 46. Las tesis del profesor FORSTHOFF han sido objeto de análisis por parte de la doctrina constitucional española que se ha dedicado al tema de la interpretación constitucional. Según estos autores, el profesor FORSTHOFF sigue pensando en la interpretación –también en la interpretación constitucional- como una técnica de subsunción o de exclusiva aplicación de reglas lógico-formales que no se compadece bien con la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico; al respecto ARAGÓN REYES, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *REDC*, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 120-121; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, *REP*, núm. 69, julio-septiembre 1990, págs. 182-183.

²⁰ Para un análisis detenido sobre la dificultosa distinción entre principios y reglas véase MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ed. Marcial Pons, Madrid 2007, págs. 69-86.

²¹ PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, *RCEC*, núm. 9, 1991, pág. 176.

²² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Notas sobre interpretación y jurisprudencia...”, ob. cit., pág. 180.

no se puede producir –o no se puede producir sólo- a través de la utilización de los métodos clásicos de la interpretación jurídica²³.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: UNA ACTIVIDAD VALORATIVA PERO OBJETIVABLE. LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD EN LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES Y SU SUPUESTA CONVIVENCIA CON LA CLÁUSULA DEL CONTENIDO ESENCIAL.

No hace falta insistir más en las razones por las que creo que un planteamiento puramente formalista resulta insuficiente en el estudio y tratamiento del Derecho; y mucho más en el estudio y tratamiento del Derecho constitucional.

Sin embargo, la tesis de la discrecionalidad que he asumido siguiendo las tesis del positivismo jurídico moderado, “no legitima la arbitrariedad judicial sino que reconoce limitaciones al derecho y abre paso a una teoría de la argumentación jurídica”²⁴ cuyo objetivo consistirá en aplicar pautas de racionalidad a la resolución del conflicto permitiendo así el control y fiscalización racional de la misma. En efecto, la imposibilidad de mantener, sin matices, un modelo cognoscitivista-mecanicista de la actuación judicial, no necesariamente conduce a un modelo de juez activista e incontrolado. Precisamente, el abandono “de los planteamientos simplistas mantenidos por un cierto sector del positivismo teórico, explica la necesidad y la urgencia de afinar los instrumentos de justificación de las decisiones”²⁵, para, primero, proporcionar al juez una legitimación democrática que por conducto representativo no posee, y, segundo, garantizar una previsibilidad en la aplicación del Derecho que permita la realización del principio fundamental de la seguridad jurídica irrenunciable en cualquier Estado de Derecho. Es más, la necesidad de trabajar en una teoría de la argumentación jurídica que permita aportar legitimidad al acto aplicativo del Derecho que, en la actualidad, es tanto descriptivo como normativo, resulta más urgente en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho constitucional, donde el margen de discrecionalidad es, por las razones ya apuntadas, considerablemente mayor. Por otra parte, y aunque los problemas que ofrece la interpretación constitucional en el ejercicio de la actividad de naturaleza jurisdiccional se plantean en todos los niveles, lo cierto es que cobran indudable relevancia cuando el intérprete es el Tribunal Constitucional, habida cuenta los efectos generales y vinculantes de sus decisiones.

Precisamente, el contenido fundamentalmente principal del texto constitucional, además tendencialmente contradictorio pero relacionado por el principio de la igualdad jerárquica, ha dado lugar a uno de los conflictos más interesantes que se plantean hoy en nuestros sistemas jurídicos: los conflictos entre normas constitucionales que surgen con ocasión de la aprobación de una norma de desarrollo del texto constitucional, y en los que el intérprete constitucional debe elegir entre diversas posibilidades sin sujetarse a regla segura alguna.

²³ Sobre la insuficiencia de los métodos tradicionales en el ámbito de la interpretación constitucional (interpretación literal o gramatical, lógico-sistemática, teleológica o finalista, histórica) véase RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional”, *RJCM*, núms. 3 y 4, abril-agosto 1988, pág. 40; ARAGÓN REYES, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control...”, ob. cit., pág.119.

²⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid 1998, pág. 57.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios...*, ob. cit., págs. 64-65.

En este contexto –el de los conflictos entre normas constitucionales, con un contenido fundamentalmente principal y tendencialmente contradictorio- se desarrolla el discurso de la ponderación, que aparece como un recurso para dirimir un problema que no puede ser resuelto a través de los mecanismos propios de la resolución de las antinomias entre reglas²⁶ y que permite, siguiendo a ALEXY, establecer relaciones racionales de precedencia *condicionada* entre los bienes constitucionales que entran en conflicto, de tal forma que un principio precede al otro, aunque sólo *en ciertas circunstancias*²⁷. Por otra parte, la exigencia de proporcionalidad en sentido amplio funciona, en mi opinión, como un parámetro argumentativo que permite predicar, al menos cierta racionalidad²⁸, de la decisión ponderativa que finalmente adopta el intérprete al respecto; en otras palabras, con la proporcionalidad resulta posible fiscalizar, en alguna medida, la corrección de la preferencia establecida en un determinado conflicto.

En concreto, el proceso argumentativo que proporciona el juicio de la proporcionalidad en sentido amplio se puede articular de la siguiente manera.

En primer lugar, y antes de proceder al análisis de los diversos elementos que integran el juicio de proporcionalidad en sentido amplio propiamente dicho, hay que comprobar que, efectivamente, la medida o medidas adoptadas –y que limitan un bien o derecho en aras a conseguir otro bien o derecho- persigan un fin o fines lícitos desde el punto de vista jurídico-constitucional, lo cual no quiere decir que la medida sólo pueda aparecer justificada cuando se pretenda la consecución de fines que sean reconducibles, directa o indirectamente, a intereses o bienes constitucionalmente relevantes; basta con que sean constitucionalmente admisibles por no contrariar el sistema de valores constitucionalmente protegido²⁹.

²⁶ El método de resolución es diferente según nos encontremos ante un conflicto entre reglas o ante un conflicto entre principios. En el primer caso, sólo hay dos alternativas posibles: o bien una de las reglas se declara inválida, o bien se introduce una excepción a una de ellas para que no se produzca el conflicto (en estos casos, la solución se obtiene aplicando los criterios de jerarquía, cronológico, de especialidad, de competencia o de prevalencia, y es definitiva). En el segundo caso, ninguno de los principios que entran en contradicción será inválido ni se introduce cláusula de excepción alguna (por ejemplo, diciendo que se reconoce la libertad de expresión salvo cuando se vulnera el derecho al honor). Los conflictos entre principios se resuelven con la ponderación, estableciendo en cada caso cuál de los principios prevalece sobre el otro (prevalencia que no es general, ya que en otro caso la solución puede ser diversa); MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., págs. 68 y 147-155.

²⁷ Según ALEXY, en la ponderación se parte del establecimiento de una relación de precedencia *condicionada* y no de una relación de precedencia absoluta o incondicionada, que conduciría de hecho a un orden jerárquico absoluto entre principios (por ejemplo, colocando la libertad de información por encima del derecho al honor siempre y en todo caso). Que la relación sea condicionada significa que en ciertas circunstancias (por ejemplo, cuando la información es de relevancia pública), uno de los principios (el derecho a la información) precede al otro (derecho al honor), pero esto no significa que uno de los derechos sea superior al otro, porque en otras circunstancias (por ejemplo, cuando la información carece de relevancia pública o es manifiestamente injuriosa) el derecho al honor puede preceder a la libertad de información; citado por MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., págs. 202-205.

²⁸ Parece que la racionalidad total nunca es posible en el Derecho constitucional, lo cual no supone que se deba renunciar a ella, sino más bien, que hay que aspirar a la “racionalidad posible”; HESSE, K., *Escritos de Derecho...*, ob. cit., pág. 51.

²⁹ Sobre esta cuestión véase GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Thomson/Aranzadi, Madrid 2003, págs. 67-68 y 121-122.

En segundo lugar, la razonabilidad de la medida o medidas utilizadas va a depender: 1º) De que, efectivamente, resulte o resulten eficaces para acercarse al objetivo propuesto, esto es, al fin o fines pretendidos (juicio de idoneidad³⁰). 2º) De que no exista otro medio o medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual grado de eficacia (juicio de necesidad³¹). 3º) Y, finalmente, de que de la medida se desprendan “más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (juicio de proporcionalidad en sentido estricto³²); en este último sentido, se trata de analizar la ecuación costes-beneficios de la medida para declararla o no legítima desde el punto de vista constitucional y, de esta forma, la constitucionalidad de la misma procede cuando se puede realizar un balance favorable de los beneficios que procura frente a las afectaciones que impone³³. Estos tres subprincipios del juicio de proporcionalidad analizan la racionalidad de la relación medio-fin desde un perfil diferente, si bien es cierto que su concreta delimitación constituye todavía hoy uno de los problemas fundamentales en la aplicación del juicio de proporcionalidad. En cualquier caso, si la medida no satisface alguno de los subprincipios mencionados, debe reputarse injustificada, y, por ende, inconstitucional.

Es cierto, de cualquier forma, que el núcleo del juicio de proporcionalidad en sentido amplio consiste en la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, o, lo que es lo mismo, en la ponderación propiamente dicha, una ponderación ésta que aparece como necesaria una vez que se reconoce la existencia de un orden constitucional articulado en torno a un conjunto de normas que se presentan habitualmente como mandatos de optimización o principios que no establecen una medida exacta de satisfacción y que se muestran como tendencialmente contradictorios (especialmente las normas de derechos fundamentales), y que, precisamente por ello, se presentan en muchas ocasiones en conflicto entre sí, un conflicto que es preciso conciliar a través de la utilización de ciertos métodos de interpretación compositivos (como la ponderación) alejados de la utilización de los tradicionales razonamientos deductivos. En definitiva, resulta realmente difícil hoy no entender la ponderación como una necesidad o una consecuencia inevitable del actual constitucionalismo de principios.

No puedo ahora detenerme, en cualquier caso, en todos y cada uno de los problemas dogmáticos que plantea la utilización de este parámetro de argumentación constitucional, entre los cuales me parece que uno de los más interesantes es que cierta utilización abusiva de este instrumento de fiscalización de la constitucionalidad de la ley puede dar lugar a que el órgano judicial decida introducir su propia apreciación subjetiva de la norma, sustituyendo el juicio político realizado por el legislador afectando así al principio democrático³⁴. Mi intención, antes bien, es reflexionar sobre

³⁰ También denominado en ocasiones juicio de adecuación –STC 69/1999-, de congruencia o de coherencia.

³¹ También denominado en ocasiones juicio de “indispensabilidad” –SSTC 69/1999; 265/2000-, “imprescindibilidad” SSTC 122/2000, 127/2000- o “subsidiariedad” –STC 175/1997-.

³² También denominado juicio de “ponderación” en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional –SSTC 265/2000, 103/2000 y 53/2002-. He realizado un análisis detenido de estos tres subprincipios del juicio de proporcionalidad en mi trabajo MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a.L., *Cuota electoral de mujeres y Derecho constitucional*, ed. Cortes Generales, Madrid 2007.

³³ Por supuesto, no hay que interpretar las expresiones “beneficios” y “costes” en un estricto sentido económico, sino en su sentido más amplio y general. Véase, al respecto, MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., pág. 244.

un interrogante que me ha interesado especialmente en los últimos tiempos: el relativo a la *supuesta convivencia*, como dos elementos absolutamente diferentes, del instituto del contenido esencial de los derechos fundamentales y del juicio de proporcionalidad, una tesis ésta que se desprende de la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (que ha seguido, a su vez, la posición del Tribunal Constitucional federal alemán³⁵) y de las aportaciones que al respecto ha realizado un importante sector de la doctrina constitucional en España y que implica, en definitiva, sostener una “teoría absoluta” del contenido esencial del derecho por oposición a un entendimiento relativo (“teoría relativa”) del mismo³⁶.

En una de sus primeras resoluciones, la sentencia 11/1981, de 8 de abril (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980, interpuesto contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo), el Tribunal Constitucional afirmó que “el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo”, y, simultáneamente, aportó una doble definición del concepto jurídico indeterminado

³⁴ En este sentido véase BARNÉS VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *CDP*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, págs. 43-44; JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *REDC*, núm. 9, 1983, pág. 78; RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, *ob. cit.*, pág. 32. Precisamente, para no incurrir en este vicio, el Tribunal Constitucional ha mostrado una gran cautela en los momentos en los que lo ha utilizado como parámetro de control de su obra. En la sentencia 66/1995, de 8 de mayo, que constituye un auténtico *leading case* en la materia, el Tribunal Constitucional se sumerge, por vez primera frontalmente, en un análisis completo del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador, reconociendo que “La posición constitucional del legislador (...) obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta [menor] a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas”. Posteriormente, nuevas resoluciones del Tribunal Constitucional (sentencias 161/1997, y, más recientemente, 233/2004) vuelven a subrayar que este control tiene un alcance limitado. Es decir, “El test sólo dará “positivo” (...) cuando la medida limitadora desborde alguna de estas prohibiciones de forma *evidente* y *manifiesta*, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente”; BARNÉS VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio...”, *ob. cit.*, pág. 16. Y esta forma restrictiva de entender el test de la proporcionalidad como instrumento de control de la obra legislativa no parece ser sino consecuencia de una de las premisas esenciales que debe guiar la interpretación constitucional: el pragmático principio del *self-restraint* (cautela, autocontención) que debe asumir el Tribunal Constitucional cuando enjuicia la obra legislativa y que conduce, en definitiva, a mantener la presunción de constitucionalidad de la ley y a declararla inconstitucional solamente en los casos en los que se muestre de forma evidente su inconstitucionalidad o no quepa hacer una interpretación de la misma conforme a la Constitución (así se mitiga, en alguna medida, la objeción antidemocrática que recae sobre el control de constitucionalidad de las leyes).

³⁵ Una descripción detenida del enfrentamiento entre el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que optó inicialmente por el entendimiento relativo del contenido esencial, y el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), que sostenía un entendimiento absoluto del mismo (aunque muy discutible a través del empleo de la “cláusula de comunidad”); así como de la decisión final del Tribunal Constitucional federal alemán a favor de la tesis del carácter absoluto de dicha categoría, puede verse en GAVARA DE CARA, J.C., *DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid 1994, págs. 215-218; 281-282; y 282-285.

³⁶ Las teorías más extendidas sobre la cláusula del “contenido esencial” pueden consultarse en ALEXEY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), CEC, Madrid 1997, pág. 286 y ss.; y en GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la...*, *ob. cit.*

“contenido esencial” al que hace referencia el artículo 53.1 del texto constitucional. En primer lugar, definió el contenido esencial como “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo”. En segundo lugar, lo identificó con los elementos cuya existencia resulta absolutamente necesaria “para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos”. Ambas posibilidades son, como se encarga de señalar el propio Tribunal Constitucional, complementarias (no alternativas ni mucho menos antitéticas), pues, en efecto, un derecho subjetivo desprovisto de las facultades que lo identifican no puede servir a los intereses y valores en atención a los cuales fue reconocido por el ordenamiento jurídico, y, a su vez, una regulación legal que frustre las finalidades que dan vida al derecho vaciará de contenido el haz de facultades que son propias del mismo.

Estos rasgos constitutivos del derecho se descubren de la siguiente manera. En primer lugar, y como no podía ser de otra forma, la misma sentencia establece que es preciso acudir al propio texto constitucional para determinar el contenido esencial de un derecho, si bien es cierto que este texto sólo, en contadas ocasiones, muestra con cierta evidencia algún o algunos de los elementos que configuran el contenido esencial del derecho. En la mayoría de los casos, sin embargo, hay que hacer un ejercicio de interpretación para dotar de significado al contenido esencial de cada derecho³⁷, que, según el propio Tribunal, consistirá en indagar en “lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas y, en general, los especialistas en Derecho”. El recurso a estos criterios permitirá vislumbrar cuáles son los elementos constitutivos de un derecho, o, lo que es igual, su contenido esencial. Es cierto, de cualquier forma, que el recurso a estos criterios se hará atendiendo a las cambiantes circunstancias históricas³⁸, pero, eso sí, siempre existirá, en un momento concreto, un conjunto de elementos constitutivos del derecho que limitarán la actuación del legislador.

Como podemos comprobar, el Tribunal Constitucional, en esta resolución, parece haber asumido implícitamente un entendimiento absoluto del contenido esencial del derecho fundamental. De sus palabras se desprende, pues, una comprensión ontológica de esta categoría como conjunto de “elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental”³⁹ que se mantienen siempre como sus rasgos esenciales con independencia de las circunstancias invocadas en el caso concreto. Estos elementos, parece, se pueden determinar con anterioridad a la sentencia recurriendo al propio texto constitucional, y, las más de las veces, a la esfera de los conceptos jurídicos

³⁷ La posición mayoritaria es que el contenido esencial no se puede determinar de una forma global que sea aplicable a todos los derechos fundamentales, sino que, antes bien, se debe determinar de modo individualizable (para cada derecho en concreto); véase, al respecto, GAVARA DE CARRA, J.C., *DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., págs. 213-214; PAREJO ALFONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *REDC*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1988, págs. 184-186.

³⁸ La STC 11/1981 habla del contenido esencial “referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas”.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, ed. Debate, Madrid 1990, pág. 143.

tradicionales que dimanar de las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Queda así formulada la teoría absoluta del contenido esencial del derecho fundamental por oposición a un entendimiento relativo del mismo que admite como premisa la imposibilidad de identificar el contenido esencial de un derecho más allá de la resolución del caso concreto. En este contexto, contenido esencial y principio de proporcionalidad conviven como dos elementos distintos. El juicio de proporcionalidad permite averiguar si la limitación legislativa de un bien o derecho constitucional es o no proporcionada, pero, además, esa medida limitadora sólo resultará constitucional si, siendo proporcionada, no vulnera el contenido esencial del derecho. En otras palabras, “aun cuando la disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido esencial o mínimo de un derecho”⁴⁰.

Esta escisión entre contenido esencial y juicio de proporcionalidad parece, sin embargo, discutible. En este sentido, la doctrina ha formulado algunas objeciones a la teoría absoluta que pueden servir para proponer una reformulación del concepto “contenido esencial”, que, creo, debe ir dirigida a asumir un entendimiento relativo del mismo basado en el recurso a la ponderación, y, más precisamente, en el recurso a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto.

Por ejemplo, la teoría absoluta sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido acusada de subjetividad en tanto en cuanto la misma permite concretar dicho contenido a partir de ciertos parámetros extraconstitucionales (ideas y convicciones jurídicas)⁴¹; este recurso a ideas y convicciones jurídicas podría, por otro lado, impulsar una orientación conservadora de las decisiones del Tribunal Constitucional habida cuenta de que los juristas son conservadores por temperamento⁴². Asimismo, se ha considerado que nos encontramos ante una tesis alejada de lo que sucede en la realidad en tanto en cuanto, en efecto, los elementos constitutivos que integran el contenido esencial del derecho no se pueden determinar con certeza y anterioridad a la sentencia que realiza el control de constitucionalidad, sino que es precisamente ésta la que construye el contenido esencial del derecho para el caso concreto que se está dirimiendo⁴³. Esta dificultad para concretar cuáles son los

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, ob. cit., págs. 147-148.

⁴¹ Podemos encontrar esta crítica en PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, ob. cit., págs. 144-146; GAVARA DE CARA, J.C., *DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., págs. 349-351; y LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, ed. Comares, Granada 1996, pág. 73 y ss.

⁴² PRIETO SANCHÍS, L., “La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, *ADH*, vol. 1, 1981, pág. 398. Sin embargo, posteriormente, este mismo profesor afirma que no parece que en España la cláusula del contenido esencial haya jugado de modo unidireccional a favor de una interpretación conservadora de la Constitución; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, pp. 144-146.

⁴³ En este sentido, el profesor JIMÉNEZ CAMPO, aunque con una tesis diferente a la aquí sostenida, proclama que el entendimiento absoluto del concepto “contenido esencial” es ilusorio, pues, en efecto, esta tesis parte de una ilusión cual es la de concebir “un ‘núcleo’ firme e inalterable del derecho que pudiera ser definido y captado *ex ante* y en abstracto y que resultara, en términos absolutos, inmune al cambio”; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, ed. Trotta, Madrid 1999, págs. 70-71. En concreto, este autor propone, primero, abandonar el entendimiento *absoluto espacial* del contenido esencial (el derecho fundamental no aparece fragmentado en un núcleo indisponible y resistente a todo cambio y en una envoltura o periferia a merced del legislador) y sustituirlo por un entendimiento *temporal* del mismo, y, segundo, atender a la *tradición jurídica* para

elementos constitutivos del derecho, que se mantendrían inmutables con independencia del caso concreto planteado, se pone de manifiesto si atendemos a la propia *praxis* del Tribunal Constitucional, el cual no siempre se ha mostrado coherente con el entendimiento absoluto del contenido esencial del derecho fundamental y lo ha relativizado a través de la exigencia de proporcionalidad, haciendo así evidente la dificultad conceptual de separar esta doble trinchera de protección de los derechos fundamentales (el contenido esencial y la proporcionalidad)⁴⁴.

aprehender el contenido esencial del derecho fundamental de tal forma que la labor del juez de la Constitución consistiría en examinar si en la interpretación del derecho fundamental que ha realizado el legislador resulta o no reconocible la imagen del derecho que viene dada por la “tradición de la cultura jurídica” (STC 341/93) o por aquellas “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas” (SSTC 11/1981 y 49/1988). Desde este punto de vista, la definición del “contenido esencial” de un derecho fundamental no puede preceder al juicio; antes bien, se construye durante el mismo. Reconoce, por otro lado, que con su tesis se “relativiza” el concepto “contenido esencial”, pero afirma que el mantenimiento de conceptos absolutos puede ser, sin duda, útil para el sosiego del espíritu, aunque sólo a condición de mantenerse alejado de la realidad. Para este autor, en cualquier caso, la relativización que sugiere no viene de la mano de la composición salomónica que la proporcionalidad ofrece, sino de la apelación a una cultura jurídica arraigada y viva, en cuyo seno sea posible la comunicación racional y, por tanto, un cierto control de la argumentación que conduce al fallo; *ibidem*, págs. 71-73. Me gustaría apuntar, en este momento, que no me parece que la tesis del profesor JIMÉNEZ CAMPO difiera completamente de la posición que el Tribunal Constitucional formula en su sentencia 11/1981. Sí que rechaza el entendimiento fragmentado del derecho entre un núcleo indisponible para el legislador y una periferia a merced del mismo, pero olvida que el Tribunal Constitucional no sostiene un entendimiento exclusivamente espacial del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, sino que complementa este último con un entendimiento temporal al hablar del contenido esencial “referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas”, y que, además, va a ser la resultante de las convicciones generalmente admitidas por la doctrina científica y legal sobre lo que sea el derecho concreto del que se trate. El contenido esencial es así capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo, tal y como reconoce el propio Tribunal Constitucional; PAREJO ALFONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de...”, *ob. cit.*, pág. 186.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, por ejemplo, menciona la STC 161/1987, que resuelve una serie de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Nacional a propósito de la exclusión o prohibición legal de la llamada objeción de conciencia sobrevenida, como una de las excepciones más clamorosas a esta doctrina. En concreto, el Tribunal plantea el problema como un caso de colisión entre el derecho del objetor y los bienes o valores que justifican el deber constitucional de la defensa y del servicio militar, argumentando que el legislador “ha de armonizar en la forma que estime más conveniente” unos y otros, siempre que las condiciones que imponga sean “razonables y proporcionadas”. Llegados, sin embargo, al capítulo del contenido esencial, la sentencia olvida –a pesar de citarlo expresamente– su propia doctrina acerca del valor absoluto de dicha cláusula y se contrae a recrear la exigencia de proporcionalidad. Su conclusión –discutible– es que “no parece excesiva la restricción impuesta”. Es decir, esta sentencia opera, sin reconocerlo expresamente, una relativización manifiesta del concepto de contenido esencial, que no actúa como límite autónomo y diferenciado de la necesidad de justificación, sino que se identifica plenamente con ella; el contenido esencial se considera salvado desde el mismo momento en que la medida limitadora es juzgada como razonable y proporcionada; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, *ob. cit.*, págs. 150-152. “Desde luego, no es ésta la única ocasión en que el Tribunal Constitucional ha quebrado la doctrina constitucional de la doble barrera o exigencia a la limitación de los derechos fundamentales. Aunque el Tribunal Constitucional recuerda siempre formalmente la necesidad de justificar la medida limitadora y de respetar el contenido esencial, lo cierto es que con frecuencia su argumentación sustantiva atiende sólo a una de las exigencias, admitiendo una restricción fundada aun cuando vulnere el contenido esencial, o, a la inversa, reconociendo plena libertad al legislador hasta el límite infranqueable del contenido esencial”; *ibidem*, pág. 152. Véase, por ejemplo, el caso de la STC 62/1982 a la que se refiere DE OTTO Y PARDO, I., en MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, ed. Cívitas, Madrid 1992, pág. 130. O el de la STC 215/1994 a la que se refiere MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos...*, *ob. cit.*, págs. 25-27.

Éstas son, todas ellas, razones que se pueden oponer al entendimiento absoluto del contenido esencial. A ellas podemos añadir que un correcto entendimiento del significado de un texto constitucional probablemente impide secundar el entendimiento absoluto de esta categoría jurídica. En efecto, si el rasgo esencial de nuestra norma fundamental consiste en un relativismo ideológico que desemboca, en definitiva, en la sedimentación de principios tendencialmente contradictorios que sólo pueden ser realizados en la medida en que lo permitan las circunstancias fácticas y jurídicas existentes que concurren en el caso concreto, su contenido esencial sólo podrá ser determinado para este caso concreto con la aplicación del juicio ponderado que realiza el operador jurídico a través del principio de proporcionalidad en sentido estricto entre los derechos o bienes que entran en conflicto. O, lo que es igual, la configuración de los derechos en el texto constitucional, que se articulan fundamentalmente como normas de principios tendencialmente contradictorias, difícilmente permite sostener la tesis del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial en términos absolutos.

En definitiva, parece que la categoría “contenido esencial”, en el marco del constitucionalismo de principios tendencialmente contradictorios (especialmente por lo que hace a las normas de derechos fundamentales), no se puede determinar de una forma abstracta y *ex ante* a la existencia de la propia sentencia del órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes. El contenido esencial resulta, antes bien, del esfuerzo de construcción que realiza el Alto Tribunal al resolver el conflicto entre las normas constitucionales a través del parámetro de la ponderación y del proceso argumentativo que proporciona la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto y que nos obliga a confrontar las razones que se oponen a la restricción de un derecho fundamental con aquéllas que aduce el legislador a favor de su intervención para ir construyendo el contenido esencial del derecho en el caso concreto. Como afirma el profesor ALEXY, la garantía del contenido esencial no formula, frente al principio de proporcionalidad, ninguna restricción adicional a las normas de derechos fundamentales; no constituye una valla adicional de restricción⁴⁵. Más concretamente, el contenido esencial de un derecho para un caso concreto es el resultado que se obtiene tras aplicar la regla de la ponderación, y, más precisamente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

No puedo obviar, en cualquier caso, que este entendimiento relativo del contenido esencial de los derechos fundamentales debe superar, a su vez, ciertas objeciones. Se puede criticar, por una parte, que esta propuesta pone en cuestión la normatividad del texto constitucional, y, más concretamente, de sus cláusulas sobre derechos fundamentales⁴⁶, y, por otra, y me permito utilizar aquí una expresión del profesor JIMÉNEZ CAMPO, que resulta poco concluyente sobre el sentido que encierran las declaraciones de los derechos fundamentales en la Constitución⁴⁷.

No creo, sin embargo, que la ponderación, y, más precisamente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, reduzcan a la nada jurídica el contenido esencial de los derechos fundamentales (recordemos que, precisamente, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto impide que se produzca un sacrificio total del

⁴⁵ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, ob. cit., pág. 291.

⁴⁶ En este sentido, se ha afirmado que “el peligro que puede conllevar la aplicación del método de ponderación de bienes es que puede dar lugar a una Constitución suplementaria no escrita, que permitiría al poder estatal restringir los derechos fundamentales sin un control efectivo”; GAVARA DE CARA, J.C., *DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., pág. 294.

⁴⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y...*, ob. cit., pág. 73.

derecho). Por otro lado, la crítica sobre el subjetivismo que se formula a la concepción relativa del contenido esencial del derecho no es ajena, como ya hemos visto, ni al entendimiento absoluto del mismo, ni a aquellas posturas que, aún cuando rechazan la tesis absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales en lo relativo a distinción entre dos esferas en los derechos (esencial y no esencial), aceptan, sin embargo, de la misma, la posibilidad de proceder a una *delimitación* del contenido del derecho descubriendo sus elementos constitutivos con anterioridad al acto de su aplicación⁴⁸. En mi opinión, y frente a estas posiciones, la teoría relativa permite, al menos, concretar ese contenido esencial partiendo de una correcta comprensión de la nueva morfología del Derecho que ha introducido el constitucionalismo de los principios tendencialmente contradictorios de la segunda mitad del siglo XX.

⁴⁸ Esta tesis es la sostenida por MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ob. cit. Según este autor, “Si se prescinde de la distinción entre contenidos esenciales y no esenciales de los derechos (...), podría inferirse de una adecuada comprensión sistemática del art. 53.1, a la luz de la significación constitucional de los derechos fundamentales, que el verdadero sentido de este precepto radica en establecer un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, mandato que se dirige al legislador, que no puede por tanto limitar los derechos fundamentales; luego no hay lugar para un límite a su actividad limitadora, pues esta última resulta vedada (...). Ello no significa, sin embargo, que los derechos sean ilimitados, pues revisten unos límites internos que se infieren de su propio contenido; y no existe un derecho fundamental general a la libertad cuyo ámbito pudiera ser irrestricto (...). Por tanto, el problema central que se plantea es el de la correcta demarcación de esos límites internos o, en otras palabras, el de la adecuada determinación del contenido de los derechos, que ha de inferirse ante todo de la propia Constitución, en el marco de una interpretación constitucional que tenga en cuenta criterios axiológicos y teleológicos externos a la norma constitucional misma (...)”; *ibídem*, pág.41. El recurso a criterios axiológicos y teleológicos, ¿no implica también introducir subjetividad en el proceso de la delimitación-descubrimiento del contenido del derecho?

**UNIDAD II: CASOS DE CONTROL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDAD**

1. SEQUEIROS VARGAS, Iván. “El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos”. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5 /2009, pp 141-153.
2. GARCIA CAVERO, Percy. “La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: Revista Peruana de Derecho Público, 11, GRIJLEY, Perú, 2005, pp 153-164.
3. DUMET DELFÍN, David. “Acción de Amparo”. En: REVISTA DE DERECHO - Universidad de Piura. Vol I, año 2000, pp 179-189.

UNIDAD II: CASOS DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. SEQUEIROS VARGAS, Iván. “El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos”. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, Nº 5 /2009, pp 141-153.

EL EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS JUECES PERUANOS

IVÁN SEQUEIROS VARGAS*

Resumen

El juez tiene el poder y debe inaplicar una norma legal contraria a la Constitución a fin de contribuir con la preservación de la supremacía constitucional, como referente del buen gobierno y desarrollo del Estado; no obstante, en algo más de veintisiete años el Poder Judicial en poquísimas ocasiones declaró inaplicable una norma legal, lo que demuestra la renuencia en el ejercicio de esta atribución. El control constitucional constituye una tarea compleja y es evitada por los jueces en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, siendo además que el presupuesto señalado por el Tribunal Constitucional relativo a la “evidente incompatibilidad” sea probablemente uno de los factores que influyen en la escasa ejecutoria de control, pues ninguna norma resulta evidentemente no constitucional o viceversa a la vista del buen evaluador, constituyéndose en un concepto incierto, inviable y subjetivo que no delimita ni sirve de referencia para que el juez efectúe el control que le atribuye la Constitución y la ley.

Palabras clave: Control de constitucionalidad - Control difuso.

Abstract

Judges have the authority and must not apply a statutory law contrary to the Constitution in order to contribute to preserve constitutional supremacy, as an example of the good governance and government development; notwithstanding, in over twenty seven years, the Judiciary, on very few occasions, has declared a statutory law not applicable, which proves the reluctance to exercise this authority. Constitutional control is a complex task and judges avoid it due to all different implications that could result from their decisions. Additionally, the assumption indicated by the Constitutional Court regarding “clear incompatibility” would probably be one of the reasons influencing limited control enforcement, because no regulation turns out to be clearly non constitutional or vice versa at the sight of a good assessor. It results in an uncertain, unfeasible, and subjective concept, which does not limit or serve as reference for a judge to perform the control conferred on him by the Constitution and the Law.

Key words: Constitutionality Control - Diffused control.

Sumario

El ejercicio del control de constitucionalidad por los jueces peruanos.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima – Poder Judicial de Perú. Profesor de la Universidad Particular San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura.

Un Estado con vigencia plena de la teoría de supremacía constitucional sería un Estado ideal, no tendría problemas constitucionales, judiciales y sociales, sin embargo, aún cuando dicha teoría es universalmente aceptada y unánimemente respaldada, su realización vivida resulta deficiente, razón por la que los mecanismos de control de constitucionalidad adquieren singular importancia ya que contribuyen directamente en el soporte efectivo de la mencionada teoría, de manera tal que en la medida que los controles de constitucionalidad funcionen, los estados serán más viables, probablemente mejor desarrollados y la vigencia de los derechos tiene mayor equilibrio. No es nuestro propósito evaluar la supremacía constitucional ni los mecanismos de control de constitucionalidad, sería mucha pretensión, sino únicamente referirnos al ejercicio disminuido de esta atribución por parte de los jueces peruanos.

Los sistemas de control de constitucionalidad, pueden abarcarse desde dos perspectivas diferentes, pero coherentes y complementarias, una vertiente política¹ (desarrollado por entidades políticas y sobre argumentos esencialmente políticos) y otra jurídica, (en manos de órganos jurídicos fundamentalmente y sobre razones jurídicas esencialmente), igualmente importantes las dos, inescindibles, necesarias, complejas, lo que nos determina, en este caso, referirnos al ejercicio de esta potestad por parte de la función judicial del Estado, atribución al parecer venida a menos por factores diversos.

Kelsen cuando desarrolla la teoría para justificar la existencia de las Cortes Constitucionales², señala que los jueces resultan ineficaces en el control de constitucionalidad³, ya sea por excesiva carga procesal, por falta de interés en esta atribución, o simplemente por desidia e inclusive por incapacidad y falta de tradición. Ha transcurrido casi un siglo y el control de constitucionalidad por parte de los jueces no ha cambiado sustancialmente y es probable que se haya estancado o tal vez retrocedido en vista del desarrollo que han tenido algunas cortes constitucionales, como en nuestro caso, aspectos que evaluaremos dentro de las limitaciones de espacio que circunscriben artículos en una revista de esta naturaleza. En el sistema anglosajón, donde no han tenido cabida las cortes constitucionales, la función judicial del Estado sigue ejerciendo hegemonía en el control de constitucionalidad.

Si preguntamos cuántas veces en el Perú, los jueces han inaplicado una norma legal por inconstitucional, la respuesta es obvia⁴, pues en algo más de veintisiete años el Poder Judicial en poquísimas ocasiones declaró inaplicable una norma legal⁵, lo que demuestra de manera palmaria la renuencia al ejercicio de esta atribución, salvo que admitan que todas las demás normas resultan constitucionales, lo que resulta cuando menos discutible, más aún

si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional (en adelante TC), ha declarado muchas normas inconstitucionales.

Evidentemente no es cuestión cuantitativa la materia, a mayor número de inaplicaciones normativas el ejercicio de la atribución es bueno y viceversa, no discurrimos por ese facilismo, aun cuando esta perspectiva, en un país como el nuestro, donde los que tienen potestad normativa y detentan poderes dentro de la administración pública, tienen la tendencia de invadir fueros constitucionales directa o subrepticamente y peor aún si nos damos cuenta que el desarrollo de los derechos fundamentales ha puesto en tela de juicio muchas normas legales de carácter sustantivo y procesal que en ocasiones resultan abiertamente no constitucionales⁶. Pretendemos mas bien determinar lo sustancial de la atribución, las razones de tan escasa ejecutoria y de manera irreverente sugerir cuáles son las perspectivas en esta materia trascendental para la función judicial del Estado.

El artículo 138° de la vigente Carta Fundamental reitera a los jueces que deben aplicar la Constitución si una norma es incompatible con ella, es reiteración de lo que establecía el texto constitucional de 1979 y encontramos como antecedente constitucional remoto de la supremacía constitucional el artículo 10° de la Constitución de 1856⁷. Es verdad que esta norma ya no se repite hasta el Código Civil de 1936⁸, debido a que la Constitución de 1870 (la de mayor duración), elimina la primera parte del artículo citado, la de 1920 no reitera el texto de 1856, pero además se incluye en la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605, cuyo artículo 8° reitera el concepto.

La Constitución de 1979, con claridad semántica, pero esencialmente con conocimiento trascendental de la materia, después de un debate esclarecedor incluye el control de constitucionalidad judicial a través de la inaplicación normativa⁹. El texto constitucional vigente de 1993 reitera el concepto y adicionalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) (artículo 14°), que siguiendo la noción de no reiterar lo que dice la Constitución la desarrolla, como ocurre con otros artículos, precisando el procedimiento y esencialmente protegiendo el propósito de dicha función de control y el novísimo Código Procesal Constitucional también reitera el concepto a través de su artículo VI del Título Preliminar.

Teniendo en cuenta, la teoría de la dispersión del poder¹⁰, el propósito fundamental que sustenta el ejercicio equilibrado del poder político, la Supremacía de la Constitución y las normas legales descritas, resulta incuestionable que el juez, tiene el poder y debe inaplicar una norma legal contraria a la Consti-

tución, atribución que más allá de la trascendencia jurídica involucra evidentemente un ejercicio de poder real, que contribuye en el control de los excesos de quien detenta el poder y sus decisiones (contenidas en normas legales) resulten conformes con la Constitución, pues finalmente lo que se busca es que también los jueces contribuyan en la preservación de la supremacía constitucional, como referente sustancial del buen gobierno y desarrollo del Estado.

Evidentemente este control implica una tarea compleja, ya que no se refiere a una mera comparación entre lo que dice la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una exhaustiva y cuidadosa evaluación de los propósitos constitucionales con referencia de toda la teoría de la interpretación constitucional y legal y adicionalmente se debe tener como referencia esencial la solución del caso específico y no perder de vista los efectos de la resolución, ya no solo circunscrito al caso específico, sino a la sociedad en su conjunto, de ahí que uno de los factores que influye en la escasísima ejecutoria de control difuso, resulta explicada. Los jueces evitan el control, en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, por tanto, requiere ponderación, medida, extremo cuidado, información suficiente, tanto doctrinaria, constitucional, como legal y ejecutoria referida al caso, sin dejar de lado las consecuencias de su decisión.

Al puntualizar estos criterios, tengo la sensación que estamos únicamente destacando la labor de los jueces en todas sus decisiones, significa esto que al resolver cualquier asunto sometido a su competencia tienen que hacerlo con todos estos rigores, pero con mayor prestancia y dedicación cuando se trata de un tema de control de constitucionalidad, entonces volvemos a lo que Kelsen señalaba en términos concretos, los jueces no pueden dedicar un tiempo especial para involucrarse en un análisis trascendental de control de constitucionalidad, lo que no justifica su ineficiencia en esta materia, sino que la explica.

Es cierto que el control de constitucionalidad que deben realizar los jueces, tienen determinadas condiciones para su desenvolvimiento, en efecto se exige que la norma en cuestión de constitucionalidad sea fundamental para resolver el caso, pues de otro modo cualquier norma accesoria de aplicación inclusive referencial, podría originar vocación de control y por tanto convertir, eventualmente a un juez, en contralor excesivo de constitucionalidad, con lo que incurre en el mismo o peor defecto de exceso de poder, del que quiere controlar.

Se requiere, por otro lado, que la inconstitucionalidad de la norma sea manifiesta, requerimiento extremadamente subjetivo, que nos obliga a un intenso debate de difícil solución. Los criterios más exigentes dicen que esta inconsti-

tucionalidad manifiesta debe traer como consecuencia que la norma en cuestión, no tiene interpretación constitucional válida, se sustenta este criterio en la presunción de constitucionalidad con la que nacen todas las normas legales y por su puesto en la supremacía constitucional¹¹. Significa que inaplicar una ley, solo será posible si la Constitución dice blanco y la norma dice negro, creo que estos no son los extremos que se pretende, pues resulta más que evidente que las normas legales no pueden tener esa catadura de contravenir abierta y francamente lo que dice la Constitución, por el contrario, muchas normas se “disfrazan” de constitucionalidad y no son “evidentemente” inconstitucionales, que es lo que usualmente origina que su aplicación no solo aparenta resolver el caso dentro de un manto de constitucionalidad, sino que además origina injusticias monstruosas.

Por esa razón es que la evidencia de la inconstitucionalidad, no está referida al lego que discrimine el blanco del negro o el día de la noche, sino que se somete a la capacidad de evaluación del juez, quien con su carga informativa en asuntos jurídicos, su versación doctrinaria, su experiencia, el contexto social, político, económico y en torno del caso específico, descubre aquello que no resulta evidente y plantea la inconveniencia de aplicar la norma en razón de la preferencia constitucional, solo de esa manera cumple razonablemente su rol de juez.

Circunscribir su potestad de control a la mera comparación semántica de la norma y la Constitución o a la simple constatación del texto de ambas normas, no responde a un racional criterio de constitucionalidad o no, sino que siguiendo la teoría de la interpretación normativa y con referencia de la teoría de la interpretación constitucional que en su acepción primaria por ser norma también se somete a las reglas de la interpretación en general, tiene que hacer un esfuerzo hermenéutico y un análisis trascendental, para que la aplicación de la Constitución resulte importante para el caso y resuelva con justicia y equidad.

Estos criterios limitativos, fueron deducidos por el TC¹². después que entró en vigencia la Ley Procesal Constitucional, en efecto cita el TC que el “ejercicio [de control de constitucionalidad] no es un acto simple [nadie sostiene lo contrario] y para que el sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos” [agregado nuestro]:

1. Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la inaplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N° 23506);

2. Que la norma a inaplicarse tenga una relevancia directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y,
3. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del TC¹³.

Sin lugar a ninguna duda, constituyen estas limitaciones una suerte de advertencia, que al parecer pretenden restringir la potestad judicial del control de constitucionalidad, entendemos que este propósito tiene la finalidad de otorgarle estabilidad al sistema normativo, lo que resulta necesario y correcto, sin embargo, al ya restringido ánimo de los jueces de contribuir en el control de constitucionalidad, se incluye anotaciones que virtualmente descartan en la vocación de los jueces la posibilidad de control pero debemos “interpretar” adecuadamente estos conceptos.

¿Están prohibidos los jueces de interpretar la Constitución?, definitivamente no; por el contrario, para aplicar en la solución de los conflictos sometidos a su competencia, tienen facultad plena de interpretar la Constitución, actividad que se advierte en muchas resoluciones judiciales, donde la aplicación de la norma sustantiva no es meramente semántica, por el contrario es producto de una interpretación suficientemente racional, correcta y adecuada, entonces tenemos un primer elemento de referencia que nos permite aseverar que la interpretación constitucional no es asunto exclusivo del TC o del Congreso, los jueces tienen obligación de interpretar y aplicar la Constitución, tan cierto y evidente es este concepto que antes de la vigencia de las Cortes Constitucionales eran los jueces quienes tenían preponderancia en la interpretación constitucional y en el sistema anglosajón, aún prevalece esta forma de decidir lo que significa la Constitución, con carácter definitivo.

¿Cuando resulta “evidentemente incompatible” una norma con la Constitución?, o ¿qué debemos entender en esos términos? es una cuestión que ciertamente origina un debate extremadamente subjetivo, sutil y de contornos imprecisos, porque en ocasiones lo obvio no resulta tan sencillo de entender¹⁴. En la práctica encontraremos muchas normas “evidentemente incompatibles” a “simple vista” pero analizadas debidamente no tienen esa condición, lo que origina que ese requisito para inaplicar una ley resulta cuando menos cuestionable, sino impracticable y por cierto carente de trascendencia para resolver un conflicto normativo. La teoría de las traslaciones y mutaciones constitucionales en ocasiones nos remiten a la necesidad de interpretar la Constitución

en función de determinada ley que por su trascendencia llena o reemplaza algún vacío o deficiencia de la Constitución, de ahí que no toda norma de apariencia constitucional lo es y viceversa.

Muchas normas a “ojo de buen cubero”, resultan por su textura, por razones semánticas, por apariencia, constitucionales, teniendo como referencia la constitución en una versión también, textual, semántica o simplista y viceversa. Dependerá del “intérprete”, para considerar con seriedad e importancia si la calificación de una norma sobre su constitucionalidad adquiere prestancia y trascendencia o no y los jueces, debo entender, están calificados para hacer ese ejercicio complejo de cuestionar la constitucionalidad de una norma cuando así consideren y fundamenten. Evidentemente lo trascendental del tema no radica en la comparación normativa, sino en la actividad mental que tiene que realizar un ciudadano para concluir si es constitucional o no la norma; entonces hay una diferencia marcada entre lo obvio, lo evidente y aquello que requiere ser analizado y decidir si es o no inconstitucional y según los criterios antes indicados lo evidentemente incompatible, resulta discutible en materia de control de constitucionalidad de normas legales, de ahí la intrascendencia del criterio, porque en materia normativa nada es evidentemente inconstitucional ni evidentemente constitucional, siempre se requerirá un análisis medido, ponderado y con elementales criterios informativos y que necesariamente debe contar el intérprete, de este modo lo evidentemente incompatible es indeterminado, indefinido, abstracto, inconsistente y por tanto impracticable.

Tenemos que concluir que no podría cuestionarse a un juez cuando inaplica una ley por no haberlo hecho cuando la norma resulte “evidentemente incompatible” pues la argumentación por su contundencia, por su solidez, por su razonabilidad y por su profundo conocimiento de la materia puede concluir sobre la inconstitucionalidad de una norma que literalmente dice casi lo mismo que la Constitución pero que una sutil diferencia origina ese cuestionamiento de constitucionalidad, que en opinión del juez que aplica dicha norma es evidente, tanto así que lo explica con soltura, con trascendencia, con solidez y descubre ante los demás eso que no es evidente pero que está escondido en un manto de constitucionalidad y sobre todo resuelve de manera ideal el caso concreto en torno del cual se ha analizado la constitucionalidad de la norma con rango de ley.

Debemos reforzar esta idea, afirmando que las normas nunca o rara vez, son “evidentemente incompatibles” con la Constitución, pues normalmente no serían promulgadas, entonces, establecer esta condición normativa para declarar

su inaplicación es virtualmente inviable, ya que las inconstitucionalidades normalmente son sutiles, subrepticias, escondidas, disfrazadas, camufladas, por tanto, requieren debida agudeza del juez para preferir la aplicación de la Constitución en vez de la norma que la contraviene, lo que requiere lógicamente un ejercicio interpretativo cuidadoso y bastante profesional.

Si el juez estuviera limitado solamente a destapar lo que resulta manifiesto, *contrario sensu*, tendría que dejar pasar lo que no es evidente ni manifiesto y limitarse a aplicar la ley aun sabiendo que dicha norma no es constitucional, pero como no es evidente, hacer la “vista gorda” y permitir que se incurra en una injusticia con esa aplicación normativa, claro que no, es su obligación hacer evidente aquello que no lo es o no lo parece, solo de esa manera está ejerciendo plenamente su potestad de control de constitucionalidad.

Probablemente este sea uno de los factores que influyen en la escasa ejecutoria de control que ejercen los jueces y es necesario vencer estas reticencias y hacer justicia aplicando la Constitución, contribuye ello a la respetabilidad de la función judicial del Estado y revalora una potestad trascendental en la actividad judicial que no solo contribuye en el buen ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha, sino en el racional equilibrio de las funciones del poder.

Reforzamos este criterio con evidencia incuestionable, puesto que si la norma legal fuera “evidentemente incompatible” con la Constitución, los criterios judiciales tendrían que ser los mismos, pues lo evidente no es solo para uno, sino para todos, entonces, podría resultar inclusive innecesaria la consulta a la que se refiere el artículo 14º de la LOPJ¹⁵ para revisar y evaluar si la inaplicación resuelta por un juez es correcta o no, lo que indudablemente se plantea precisamente en razón del margen de debate que puede originar dicha decisión, por su naturaleza, su trascendencia y su complejidad, de manera tal que, reiteramos, ninguna norma resulta evidentemente no constitucional o viceversa a la vista del buen evaluador.

Para mayor solidez, tenemos que indicar que el mismo TC ha dejado abierta la posibilidad para que una norma discutida en su constitucionalidad ante el TC y declarada constitucional por este órgano máximo de control constitucional, puede ser inaplicado por un juez en un caso específico¹⁶, lo que nos remite a considerar que esta norma siendo evidentemente constitucional en abstracto, por que así lo ha considerado el TC puede ser sometido a análisis en torno al caso concreto y pueda ser inaplicado por un juez en torno de un caso específico, puesto que la norma declarada constitucional, no tiene carácter

“más” constitucional que el resto de las normas, esto es, su constitucionalidad no ha sido reforzada, sino que sencillamente tiene la misma trascendencia que cualquier otra norma que viene premunido de la presunción de constitucionalidad y por tanto el margen de discusión de su constitucionalidad se mantiene incólume y por tanto discutible planteado en el caso concreto¹⁷. Se puede derivar de esta evaluación que para inaplicar una norma en las condiciones descritas el juez no tiene evidencia de la incompatibilidad de la norma, por el contrario, tendría evidencia de compatibilidad, pero aun así puede discutir esa “evidencia” y opinar lo contrario, no estando prohibido igualmente de discutir la constitucionalidad de una norma que no resulta “evidentemente incompatible” con la Constitución, es una cuestión meramente relativa, sujeta a control y decisión en función de la atribución constitucional que tiene la función judicial¹⁸.

Decir que solo puede inaplicar cuando hay evidente incompatibilidad, en suma no significa nada, no constituye limitación ninguna a la potestad de control del juez, en realidad es un concepto y contexto incierto, inviable y absolutamente subjetivo que no delimita ni sirve de referencia para que el juez efectúe el control que le atribuye la Constitución y la ley¹⁹.

Por otro lado, ¿resulta válido que el TC, en el conocimiento de un caso de su competencia²⁰, disminuya o restrinja las atribuciones que la Constitución otorga?, literalmente sí, pero teórica y racionalmente no, veamos el por qué. El texto constitucional reiterativo es claro: “Juez si encuentras incompatibilidad entre la norma y la Constitución, aplica la Constitución”, ese es el criterio básico, de ahí se deriva que al no aplicar la ley, está controlando la constitucionalidad de dicha norma, es una atribución y potestad que tiene la tendencia de favorecer la vigencia de la supremacía constitucional, propicia que los jueces no permitan vulneraciones a los derechos constitucionales y por cierto con mayor razón, que ellos no violen ningún derecho fundamental, entonces esa tendencia puede ser restringida y disponerse que el juez solo haga este ejercicio funcional cuando la incompatibilidad es evidente, creemos que no, tiene que hacerlo cuando las circunstancias del caso así lo requieren, siempre estando de por medio una cuestión de constitucionalidad, entonces la atribución de control judicial que señala el Código Político no puede ser violentado por un órgano constituido limitando esa atribución al mínimo inservible de manera tal que resulte virtualmente impracticable, inútil.

Es verdad que los derechos y las atribuciones no son absolutos, pero los límites que se establece tienen que ser de tal calidad que no impida el ejercicio de la atribución y en este caso, al indicar que la inaplicación solo será cuando

haya “evidente incompatibilidad” se pretende cercenar la atribución de control de los jueces y aparentemente habría surtido efecto esa disminución casi nulificante de una esencial función jurisdiccional, al extremo de hacerla estéril, pues la inactividad en materia de control por parte de los jueces no solo se debe a su falta de tiempo y retractación voluntaria, sino también a limitaciones de este orden que hacen difícil el cumplimiento de esta obligación judicial, dispuesta por la Constitución.

¿Cuál es, finalmente, la importancia de ejercer debidamente esta atribución y por qué tratamos de aclarar los márgenes dentro de los cuales se debe asumir esta prerrogativa? Indicamos anteriormente que el control de constitucionalidad, tiene el propósito último de la prevalencia de la supremacía de la Constitución, que resulta fundamental para el mantenimiento del Estado de derecho y la vigencia plena del constitucionalismo, por tanto, es de singular importancia que los jueces en el ejercicio de su atribución contribuyan a este propósito. Por otro lado, constituye un eficaz mecanismo de equilibrar las funciones del poder estatal, en la medida que contribuye a poner coto a normas legales que contravienen a la Constitución y que al ser aplicados en casos concretos, se hacen evidentes esas incompatibilidades normativas, entonces sirve de advertencia para frenar algunas tendencias excesivas (por encima de la Constitución) en el ejercicio del poder.

También contribuye a hacer plenamente vigente el texto constitucional y encontrar solución a muchos conflictos que no tienen tratamiento específico en las normas legales, estas soluciones resultan acordes con elementales principios que necesariamente están contenidos en la norma fundamental, facilitando de esta manera un ejercicio judicial mas ecuánime y ceñido a condiciones trascendentales de convivencia social que es lo que finalmente previene la Constitución.

Adicionalmente solventa la ejecutoria de los jueces debido a que la argumentación para el caso, desde la perspectiva constitucional siempre trasciende a la argumentación legal, es de mayor jerarquía y otorga mayor amplitud al juzgador para resolver el caso, lo que permite decisiones mas ecuánimes y los efectos son socialmente mejor asimilados, además que contribuyen en la conciencia constitucional.

Por último, utilizar la Constitución por los jueces, constituye un ejercicio necesario que amplía los extremos de la administración de justicia y excluye errores normativos que en ocasiones conducen a “injusticias legales” que contravienen manifiestamente con la labor trascendental del juez.

Debe quedar claro y definido que no estamos propiciando abuso de la potestad de control, pues ese extremo puede resultar igual o más pernicioso que no utilizar esa función, debido a que puede derivar en arbitrariedades judiciales y el efecto mas perjudicial es que el sistema normativo del Estado se tornaría inestable y extremadamente inseguro, entonces lo racional es que el uso de esta atribución sea cuando las circunstancias, el caso, y el criterio bien fundamentado lo justifican, pues tampoco se trata de ir utilizando la Constitución cuando no es necesario, en desmedro de la aplicación de normas legales que perfectamente solucionan el conflicto sin colisión constitucional alguna, en esa ponderación y medida radica el buen uso de esta potestad y la solvencia del mismo, ya que puede ocurrir lo que regularmente ocurre con el uso desmesurado e irracional de cualquier institución, que de tanto ser mencionada pierde su importancia y propósitos, en este caso debemos ser especialmente cuidadosos y cautos en precisar que la inaplicación normativa, debe apuntar a solucionar el caso en justicia y descubrir un manifiesto despropósito normativo desde la aplicación concreta, frente a la voluntad constitucional, que no solo está contenida en la textura de la norma, sino en la exposición de motivos, en el carácter sistemático del código integrado, en la tradición, la historia constitucional, la ponderación de derechos, la necesidad de fortalecer los criterios constitucionales ya esclarecidos y sobre todo vigilar el buen y natural sentido de la Constitución que siempre apunta al desarrollo integral del Estado y el bienestar común.

No es bueno caer en la inactividad en materia de control como ha sido manifestado por la Suprema Corte de la República, por ejemplo, cuando elude dicha función, ceñido a la literalidad “absurda” del artículo 14º de la LOPJ²¹ que utiliza el termino “sentencias” en vez de “resoluciones” y que cuando se trata de inaplicación en un “auto” no debe ser materia de consulta y por tanto materia de evaluación, pero tampoco es bueno ir al otro extremo que es un activismo innecesario en materia de inaplicación normativa; resulta idóneo solucionar el caso aplicando la Constitución y también la norma porque probablemente hay compatibilidad, pero excepcionalmente descubriremos alguna incompatibilidad que también es obligación mencionarla, aun cuando no haya evidente incompatibilidad.

¹ Todo lo que está contenido en el Código político tiene trascendencia política.

² Entiéndase Tribunal Constitucional.

³ Tenemos que recordar que antes que se “inventaran” las Cortes Constitucionales (Constitución austriaca de 1920) los únicos mecanismos de control de constitucionalidad eran el “político” y el “judicial” y, excepcionalmente un control previo, que se ejercitaba por un Consejo en el caso francés. De estos mecanismos de control, el que más desarrolló y tenía real presencia, era el control judicial que se ejercía en el sistema

- norteamericano (judicial review), con creciente éxito pero que en otros países no había adquirido la misma trascendencia, por el contrario, al parecer el sistema solo funcionaba para los norteamericanos, como ocurre hasta la actualidad.
- ⁴ Durante la corta vigencia de la Constitución de 1979 (doce años) y el documento del año 1993 —como lo llama Borea Odría— (15 años), la información documentada que se tiene abarca tres casos.
- ⁵ Inaplicable el artículo 51° del Código Penal (concurso real retrospectivo). Consulta N° 3166-2002 y Consulta N° 3476-2002.
- ⁶ Solo para dar una idea, el proceso penal sumario es un despropósito constitucional; el artículo 257° del Código de Procedimientos Penales es inconstitucional, etc.
- ⁷ Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.
- ⁸ Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera.
- ⁹ Es preciso informar que el texto inicial de dicha norma solo pretendía la opción de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por parte del juez que encuentre incompatibilidad entre una norma y la Constitución.
- ¹⁰ Teoría de separación de poderes (artículo 43° último párrafo)
- ¹¹ Se ha normativizado este concepto en la segunda disposición final de la Ley Orgánica del TC que señala que la inaplicación de las normas por parte de los jueces, solo es viable, cuando por vía interpretativa es imposible una adecuación de la norma al orden constitucional.
- ¹² Casos números: 145-99-AA/TC; 1109-2002-AA/TC; 410-2002-AA/TC, entre otros.
- ¹³ Los jueces y tribunales solo inaplican disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, segunda disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- ¹⁴ Buscamos explicaciones prácticas que nos aclaren el panorama. Artículo 26°: Principios que regulan la relación laboral:
En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
Igualdad de oportunidades sin discriminación. Las normas militares y policiales dicen que para ingresar a dichas fuerzas se requiere medir más de un metro setenta. Comparando las normas podemos concluir fácilmente que hay incompatibilidad evidente, pues cómo una norma puede preferir solo a los que tienen determinada estatura, cuando la Constitución dice que no se debe discriminar. Cualquier persona racionalmente explicará y fundamentará el por qué dicha norma puede no ser incompatible con la Constitución, pero una mera comparación bajo el rubro de la incompatibilidad resulta más que evidente, entonces llegamos al mismo punto, afirmar si una norma es o no incompatible requiere necesariamente un ejercicio mental complejo que en nuestros términos se denomina interpretación, que es la única forma de establecer si una norma es o no constitucional.
- ¹⁵ Debemos destacar que el propósito de la consulta en esta materia, al igual que la consulta cuando se declara fundada una acción popular, aun cuando no se haya impugnado, tiene el especial énfasis de destacar que no se trata solo de una actividad jurisdiccional, sino que trasciende esa función e ingresa en el complejo ámbito de evaluar si las normas (en esencia decisiones de quienes detentan márgenes de poder importantes en el Estado) son válidas o no desde la perspectiva constitucional y el pronunciamiento de la máxima instancia del Poder Judicial, precisamente otorgará solvencia a esa apreciación, indicando que ya no es la opinión de un juez o una sala en el caso concreto y que se han enterado además del juez, las partes, sino de un acto judicial de ejercicio de poder de gobierno a través del control de una norma legal, o visto al revés, a través de la prevalencia de la Constitución. Allí radica la importancia de la consulta.
- ¹⁶ Acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo, de fecha 13 de agosto de 1990, interpuesta por el Ministerio Público, el mismo que fue declarado constitucional.
- ¹⁷ La demanda de amparo presentada por CAPECO casi simultáneamente a la inconstitucionalidad de la norma, pedía la inaplicación de la citada Ley N° 25202. La Corte Superior de Lima, en marzo de 1991, declaró inaplicable la citada norma legal bajo el argumento que dicha norma es inconstitucional.
- ¹⁸ Admito que el asunto tiene varias vertientes y el debate es rico y muy interesante; para mayor ilustración revisar “relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, artículo publicado en la revista *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N° 2. Abril-junio. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.
- ¹⁹ Revisar a Carpio Marcos, Edgar. *Control difuso e interpretación constitucional*. Módulo 4 del curso de formación Código Procesal Constitucional – Academia de la Magistratura. Lima, 2004.
- ²⁰ Control de constitucionalidad abstracto en base a una acción de inconstitucionalidad.
- ²¹ El citado artículo tiene tres partes, en el primer párrafo se indica “[...] de conformidad con el artículo 236° (se refiere a la Constitución de 1979), cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión

de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad entre su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelve la causa con arreglo a la primera". Destacamos fallar el fondo de la cuestión, no se refiere necesariamente a sentencias, sino a resolver el fondo bajo cualquier forma resolutive. Y la segunda parte de la norma dice: "[...] las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias de segunda instancia en las que se aplique el mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación". De esta literalidad "sentencia" es que se basó la Suprema Corte para no evaluar la inaplicación normativa, porque la consulta se trataba de un "auto". Esta manera de evaluar no toma en cuenta la importancia del rol judicial en el control de constitucionalidad, debido a que reduce esta actividad a una intrascendencia espantosa, al no percatarse que inaplicar una norma por colisión con la Constitución no tiene que ver con sentencias o no sentencias, sino que va mucho mas allá, se trata, conforme queda claro, de evaluar si los órganos legislativos, han expedido una norma con rango de ley, dentro del marco constitucional o no y la consulta a la Suprema Corte tiene la importancia de convalidar esa decisión judicial (o descartarla) a fin de advertir al órgano legislativo que en opinión ya no solo del juez, sino del Poder Judicial, hay una norma que resulta incompatible con la Constitución, de esta manera se propicia todos los fines que tiene el trascendental asunto del control de constitucionalidad.

UNIDAD II: CASOS DE CONTROL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDAD

2. GARCIA CAVERO, Percy. “La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: Revista Peruana de Derecho Público, 11, GRIJLEY, Perú, 2005, pp 153-164.

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Percy García Caveró^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Los niveles del principio de proporcionalidad de las penas. III. El *test* de proporcionalidad a las penas. 1. La proporcionalidad en la determinación legal de las penas. 2. La proporcionalidad en la determinación judicial de las penas. 3. La proporcionalidad en la determinación administrativa de las penas. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad podría ser definido, en términos generales, como el criterio que permite someter a un juicio de legitimidad una medida restrictiva de un derecho constitucional en atención a la finalidad que busca alcanzarse con dicha medida. El Tribunal Constitucional ha señalado que el fundamento de este principio reside en la cláusula del Estado de Derecho⁽¹⁾, la cual se encuentra recogida en el artículo 43 de la

(*) Profesor de la Universidad de Piura.

(1) STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 15: «El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho».

Constitución Política⁽²⁾. La principal consecuencia que se deriva del hecho de que el principio de proporcionalidad se haya deducido de la cláusula del Estado de Derecho radica en que dicho principio «no sólo comportará una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material»⁽³⁾. Esta importancia del principio de proporcionalidad explica el hecho de que haya sido «constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política»⁽⁴⁾.

El principio de proporcionalidad constituye «un principio general del derecho (...), cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho»⁽⁵⁾. A partir de esta idea, el Tribunal Constitucional ha sometido al *test* de proporcionalidad diversas medidas que limitaban o restringían derechos de la persona con la finalidad de decidir su constitucionalidad o no. Un ámbito especialmente sensible en esta labor de control de la constitucionalidad ha sido, sin duda, la cuestión de la proporcionalidad de las penas. Por ello, vamos a ocuparnos, en lo que sigue, de exponer las consideraciones que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre dicha cuestión. En la medida que las penas constituyen la restricción más grave a los derechos de los ciudadanos, la vigencia del principio de proporcionalidad adquiere una importancia central para que el funcionamiento del sistema penal se adecue al Estado de Derecho constitucionalmente reconocido.

II. LOS NIVELES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

La proporcionalidad de las penas «opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en

⁽²⁾ STC 1593-2003-HC, 8 de 30 de enero de 2004, n.m. 8; STC 1594-2003-HC de 21 de abril de 2004, n.m. 8. No obstante, consideramos que el reconocimiento del Estado de Derecho se deriva de forma más exacta del artículo 44 de la Constitución Política que establece como deber primordial del Estado la plena vigencia de los derechos humanos y de los diversos artículos de la parte orgánica de la Constitución que imponen la sujeción o respeto de las leyes a los Poderes del Estado.

⁽³⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

⁽⁴⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 138, reconociendo además que «(e)n su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo 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».

⁽⁵⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 138.

su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena»⁽⁶⁾. La vigencia del principio de proporcionalidad de las penas en los niveles antes mencionados no se encuentra desarrollada por la legislación de la misma forma. Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, en donde se establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho⁽⁷⁾, precisa que este precepto penal «impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer»⁽⁸⁾. En consecuencia, parecería ser que, en opinión del Tribunal Constitucional, esta disposición del Título Preliminar del Código Penal solamente daría desarrollo a la proporcionalidad de las penas en el nivel legislativo. La doctrina penal, sin embargo, tiene una opinión distinta, en tanto entiende que el reconocimiento que se ha hecho al principio de proporcionalidad de las penas en el Código Penal abarca no sólo la llamada proporcionalidad abstracta (esto es, la proporcionalidad de la pena prevista en las leyes penales), sino también la proporcionalidad concreta (esto es, la proporcionalidad de la pena concretamente impuesta por el juez). En este sentido, la vigencia legalmente establecida de la proporcionalidad de las penas no puede reducirse a la determinación legal de la pena, sino que debe incluir también su determinación judicial.

En cuanto a la proporcionalidad de las penas en el ámbito administrativo-penitenciario, debe admitirse que no hay un reconocimiento legal expreso en el Código de Ejecución Penal. Sin embargo, el hecho de que la propia Constitución Política establezca en su artículo 139 inciso 22 que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, implica evidentemente una configuración particular de la proporcionalidad de las penas en la etapa de su ejecución. Esta vocación resocializadora en la ejecución de las penas está confirmada, además, por la propia legislación ordinaria, como puede leerse en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. Por consiguiente, puede decirse que la pena requiere también una proporcionalidad en su etapa de ejecución, la cual debe atender fundamentalmente a las finalidades específicas de dicha etapa del sistema penal.

⁽⁶⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 139.

⁽⁷⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

⁽⁸⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

III. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD A LAS PENAS

En la medida que el principio de oportunidad está reconocido en la Constitución Política, el Tribunal Constitucional será el órgano encargado de evaluar la constitucionalidad de las penas en función del principio de proporcionalidad. Este juicio de proporcionalidad implica someter la medida de pena a un *test* que se compone de tres dimensiones: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* ⁽⁹⁾. El juicio de idoneidad (o de adecuación) significa que la medida restrictiva debe tener un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, siendo esta medida idónea para alcanzar dicho fin. El juicio de necesidad (o indispensabilidad) consiste en determinar si no hay otra medida igual de eficaz, pero menos restrictiva, para alcanzar el fin perseguido. Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto permite establecer si los costos de la medida se corresponden con los beneficios que trae la finalidad de la norma.

Las tres dimensiones que contiene el *test* de proporcionalidad adquieren contornos particulares en función de cuál es el nivel de determinación de la pena. En este sentido, el juicio de proporcionalidad no es el mismo para la pena legalmente prevista, para la judicialmente impuesta y para la administrativamente ejecutada. Cada dimensión del *test* de proporcionalidad utiliza criterios de referencia diferentes y, en este sentido, no llega a soluciones necesariamente similares. Veamos a continuación cómo se configuran las diversas dimensiones del *test* de proporcionalidad en los tres niveles de determinación de la pena.

1. La proporcionalidad en la determinación legal de las penas

Para determinar si la pena prevista legalmente es proporcional o no deberá someterse dicha pena al *test* de proporcionalidad en sus tres dimensiones.

A) El juicio de idoneidad

La realización del llamado juicio de idoneidad requiere precisar cuáles son los fines que el legislador debe alcanzar al momento de prever la pena. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el fin esencial y directo de la norma penal es evitar la realización de conductas que afecten

⁽⁹⁾ STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 18.

los bienes penalmente protegidos⁽¹⁰⁾, de manera que el juicio de idoneidad deberá atender fundamentalmente a esta finalidad de la norma penal. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional reconoce que junto a este fin esencial existen otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad»⁽¹¹⁾. En consecuencia, la pena legalmente prevista no sólo debe ser idónea para evitar las lesiones de bienes jurídicos, sino que debe también contemplar la posibilidad de resocialización del delincuente. A partir de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional ha rechazado la legitimidad de la pena de cadena perpetua, declarando que «si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida»⁽¹²⁾. En consecuencia, parecería ser que penas como la cadena perpetua no se corresponden con el principio de proporcionalidad en el nivel de la determinación legal de la pena.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, «no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación»⁽¹³⁾. Siguiendo esta lógica, el máximo intérprete de la Constitución concluye que «el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal»⁽¹⁴⁾. En este sentido, parecería ser que el fin resocializador de la pena no adquiere relevancia en el *test* de idoneidad de la determinación legal de la pena, sino,

⁽¹⁰⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 141. En la STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 14 se dice: «Así los fines preventivo de la pena plantean un Derecho Penal vinculado a la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva, en tanto que los fines de protección asignados se relacionan con la tutela de bienes jurídicos, sean personales o colectivos».

⁽¹¹⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 141.

⁽¹²⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 132.

⁽¹³⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 133.

⁽¹⁴⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 137.

en todo caso, en el nivel de su determinación administrativa⁽¹⁵⁾. La idoneidad de la previsión legal de la pena deberá evaluarse a partir de la finalidad de protección de bienes jurídicos.

Las ideas expuestas parecen centrar el juicio de idoneidad sobre la pena legalmente prevista en la finalidad atribuida al Derecho Penal de proteger bienes jurídicos mediante la evitación de las conductas capaces de lesionarlos. Esta perspectiva, sin embargo, no debe limitarse a los bienes jurídicos que pueden ser afectados por los delincuentes, sino que debería alcanzar igualmente a los bienes jurídicos pertenecientes a los delincuentes. A esta orientación se le conoce también con el nombre de garantismo en el Derecho Penal, cuya tesis central consiste en que el Derecho Penal cumple no sólo una finalidad de prevención de delitos, sino también una finalidad garantista frente al delincuente tan importante como la primera. Parece ser que el Tribunal Constitucional va en esta línea cuando establece la observancia obligatoria de los principios de dignidad de la persona y de libertad. El principio de dignidad de la persona «impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía»⁽¹⁶⁾. Por su parte, el principio de libertad impone igualmente un respeto en su contenido esencial también frente a los delincuentes, no pudiéndose anular completamente dicha libertad con penas como la cadena perpetua⁽¹⁷⁾. En consecuencia, la idoneidad de la pena legalmente prevista no puede evaluarse solamente desde fines preventivos, sino que debe obligar al legislador penal a contemplar formas de reacción penal que respeten las garantías básicas de la persona.

B) El juicio de necesidad

En el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista, debe plantearse la cuestión de si la medida es «necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de

(15) En la STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 10, no se sigue, al parecer, esta idea, pues impone al legislador la obligación de observar la finalidad de resocialización al momento de fijar el cuántum (sic) de la pena.

(16) STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 129.

(17) STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 128.

la libertad»⁽¹⁸⁾. La necesidad de la pena puede verse desde dos planos. En primer lugar desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social. La doctrina penal denomina a esta exigencia como principio de mínima intervención, según el cual el Derecho Penal es la *última ratio* para la solución de conflictos sociales. En este sentido, el Derecho Penal solamente debe castigar las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y aquellas afectaciones más intolerables (fragmentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberían dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal.

La necesidad de la pena debe determinarse también en un el plano propiamente penal. Este juicio de necesidad debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo se puede conseguir con una pena menos aflictiva. Por consiguiente, si los niveles de prevención no aumentan con una pena más severa, el juicio de necesidad sobre la pena prevista deberá arrojar una infracción al principio de proporcionalidad. Desde esta lógica, una pena legalmente prevista será proporcional si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente.

C) El juicio de proporcionalidad estricto sensu

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en determinar «si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma»⁽¹⁹⁾. La relación de equilibrio que exige la proporcionalidad en sentido estricto se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista. No se trata evidentemente de una igualdad matemática al estilo de la ley del talión, pues si esto fuese así la vigencia del principio de proporcionalidad generaría un país de tuertos y desdentados. La proporcionalidad de la pena debe entenderse como una relación valorativa conforme a la cual los hechos considerados más graves se sancionen con las penas más graves, y los hechos menos graves con las penas menos graves. Por consiguiente, la drástica elevación de la pena para determinado delito que se hace simplemente para aplacar los miedos subjetivos de la población, no podrá considerarse proporcional, pues el hecho no se hace más o

⁽¹⁸⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.

⁽¹⁹⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.

menos grave, sino que simplemente se utiliza el Derecho Penal con fines netamente políticos. En la orientación legislativa de la «tolerancia cero» parece estar metido este abuso de la legislación y, por consiguiente, constituiría una infracción a la proporcionalidad de las penas.

2. La proporcionalidad en la determinación judicial de las penas

La determinación judicial de las penas debe también tener en cuenta el principio de proporcionalidad en sus tres dimensiones. Sin embargo, hay que señalar que los criterios de referencia en cada una de estas tres dimensiones no se corresponden necesariamente con los utilizados en la determinación legal de la pena.

A) *El juicio de idoneidad*

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cuál es la función que cumple la pena en esta etapa del sistema penal. El Tribunal Constitucional no ha trabajado de manera específica esta cuestión, por lo que habría que precisarla sin la ayuda de sus desarrollos jurisprudenciales. Para poder determinar la función que la pena desempeña en el plano de su imposición judicial, debemos tener en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad de la norma penal, el juez no actúa amparado solamente por su función de prevención, pues el principio de culpabilidad adquiere en este ámbito una importancia central. El propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la importancia de la vigencia del principio de culpabilidad en la labor judicial, al señalar que «donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena». En consecuencia, el juez no puede actuar amparado simplemente en necesidades de prevención, sino que la labor de prevención debe pasar necesariamente por el filtro del principio de culpabilidad.

Con base en las consideraciones anteriores, una pena resultará desproporcionada si el juez la impone sin observar las exigencias del principio de culpabilidad. Una sanción penal que se sustente solamente en necesidades de prevención del sistema penal, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o la cabeza de turco, no puede ser de recibo en el sistema penal. Para que la pena impuesta por el juez pueda cumplir su función preventiva resulta necesario establecer la culpabilidad del autor.

B) *El juicio de necesidad*

El juez penal debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir a los mecanismos de reacción menos lesivos. En este sentido, si el sistema penal le ofrece otras posibilidades de reacción penal menos gravosas, deberá recurrir a ellas y no a las más restrictivas. En este punto, adquieren especial relevancia la llamada alternatividad penal, la cual consiste en utilizar un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Nos referimos concretamente a medidas como la suspensión condicional de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la sustitución y conversión de penas y la exención de pena. Estos mecanismos alternativos se encuentran reconocidos en nuestro Código penal, de manera que si un juez no recurre, pudiendo hacerlo, a estos mecanismos, imponiéndole, más bien, al sujeto culpable una sanción penal, esta sanción será desproporcionada. Es evidente que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves.

C) *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

La pena judicialmente impuesta debe también someterse a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro de marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Como puede verse, esta dimensión del principio de proporcionalidad de la pena impuesta por el juez se encuentra muy relacionada con los criterios de determinación judicial o individualización de la pena. Se trata de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar grave un hecho típico y, por tanto, aplicar la pena en su grado máximo. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el límite máximo de la cadena perpetua «resultaría evidentemente incompatible con el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, en aquellos casos de delitos de mínima dañosidad o gravedad»⁽²⁰⁾. Por consiguiente, la pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito concreto que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada la pena si es que no se corresponde con la gravedad del delito concreto⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ STC 0965-2004-HC de 11 de octubre de 2005, n.m. 9.

⁽²¹⁾ En el caso decidido por la STC 3564-2003-HC de 13 de julio de 2004, n.m. 3, el Tribunal Constitucional rechazó la argumentación de una desproporcionalidad de la pena

3. La proporcionalidad en la determinación administrativa de las penas

La proporcionalidad de la pena debe finalmente ser evaluada también en su determinación administrativa. Se trata concretamente de la etapa de ejecución de la pena, en donde ésta puede adquirir una cuantía distinta. También en este nivel de determinación de la proporcionalidad de la pena deben hacerse los tres juicios del *test* de proporcionalidad.

A) *El juicio de idoneidad*

La ejecución de la pena tiene como finalidad la resocialización de reo, conforme lo establece el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política y lo confirman el artículo IX del Título Preliminar Código Penal y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. El reconocimiento constitucional de esta finalidad del régimen penitenciario ha dado pie al Tribunal Constitucional para otorgar rango constitucional a la llamada teoría de la prevención especial positiva⁽²²⁾. A partir de este contexto normativo, puede afirmarse que la pena en su etapa de ejecución tiene como finalidad resocializar al delincuente. Es cierto que la resocialización no puede imponerse por la fuerza al condenado, pero debe ofrecérsele siempre como una posibilidad a la cual puede recurrir si realmente lo desea.

Si la función del régimen de ejecución de la pena es la resocialización del reo, no podrán considerarse proporcionales las ejecuciones penales que no permitan la posibilidad de reinserción del condenado. En consecuencia, resulta un mandato derivado del principio de proporcionalidad el hecho de que penas como la cadena perpetua contemplen mecanismos de temporalidad, esto es, la posibilidad de revisar la sentencia y la pena luego de transcurrido un determinado número de años⁽²³⁾. Del mismo modo, podría considerarse desproporcionada la ejecución de la pena que se haga sin ofrecerle la posibilidad al condenado de adquirir hábitos que le permitan su reinserción a la sociedad (estudios, aprendizaje de actividades técnicas, etc.)

impuesta señalando que «En el extremo de proporcionalidad de la pena o pena impuesta, no se aplicó la rebaja por debajo del mínimo legal establecido en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, debido a las distintas versiones del autor, y respecto a su estado de salud, el dictamen se basó en la pericia psicológica».

⁽²²⁾ STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 9.

⁽²³⁾ STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 134.

B) El juicio de necesidad

La ejecución de la pena debe también respetar la proporcionalidad en cuanto a la necesidad de la forma de ejecución. En este sentido, si la ejecución de la pena se hace en condiciones más severas o rigurosas que las necesarias, podría considerarse desproporcionada dicha ejecución. Por ejemplo, podría considerarse desproporcionada la revocación de una suspensión de la ejecución de la pena por el incumplimiento de una regla de conducta, cuando se podría conseguir la rectificación del condenado mediante otros mecanismos menos graves como serían la amonestación o la ampliación de período de prueba. Las condiciones de ejecución de la pena que se agravan innecesariamente no pueden pasar satisfactoriamente el juicio de necesidad de la proporcionalidad de la pena.

C) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en la ejecución de la pena establece que las penas deben ejecutarse en condiciones de normalidad conforme a lo establecido en la normativa referente a la ejecución penal. En este sentido, la ejecución de la pena será desproporcionada si se agrava arbitrariamente la forma como debe llevarse a cabo. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que procede un Hábeas Corpus correctivo para «resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad o proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena»⁽²⁴⁾. En este sentido, someter a un régimen de ejecución cerrada a una persona que debería tener un régimen abierto, implica afectar la proporcionalidad de la ejecución de la pena. La forma de ejecución penal no puede ser excesiva o irracional en relación con la finalidad de resocialización del reo.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión de lo expuesto, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en los últimos años una doctrina jurisprudencial sobre la proporcionalidad de las penas que resulta necesaria para la vigencia de un Estado de Derecho. No obstante, sus puntos de partida se presentan muy discutibles, pues asume una visión de la función de la pena

(24) STS 2663-2003-HC de 23 de marzo de 2004, n.m. 6.

que no necesariamente goza del consenso doctrinal. Por otra parte, puede apreciarse una falta de visión global del sistema penal, limitándose sus desarrollos fundamentalmente al ámbito de las penas legalmente previstas. A pesar de estas apreciaciones críticas, debemos reconocer el avance que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el tema de la proporcionalidad de las penas y esperamos que se siga en esta línea depurando más las diversas aristas de este tema fundamental del Derecho Penal.

UNIDAD II: CASOS DE CONTROL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDAD

3. DUMET DELFÍN, David. “Acción de Amparo”. En: REVISTA DE DERECHO - Universidad de Piura. Vol I, año 2000, pp 179-189.

David Dumet Delfín*

ACCIÓN DE AMPARO

Come Expediente N° 145-99-AA/TC Lima, 08 de setiembre de 1999. Publicado, en la Separata "Garantías Constitucionales", Páginas 2754 y 2755, del Diario Oficial "El Peruano" de fecha 16 de marzo de 2000.

Industria de Confección Textil S.A. y otras interpusieron Acción de Amparo contra el Supremo Gobierno, a fin que se declare sin efecto para los demandantes los resultados de la aplicación de la Cuarta Cláusula Final del Decreto Supremo N° 003-98-SA de 14 de abril de 1998, por afectarles sus derechos constitucionales de igualdad, no discriminación, eficiencia empresarial, libertad de empresa, seguridad jurídica, acceso a la justicia social y no restricción en materia industrial y mercantil.

Por el citado Decreto se aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 26790 – Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, que disponían la expedición de las referidas normas técnicas, orientadas a precisar el contenido y condiciones de las coberturas y las normas mínimas de contratación de dicho seguro. Al mismo tiempo, conforme a lo dispuesto por la Cuarta Cláusula Final, se modifica el anexo 5 del D.S. 009-97-SA que establece cuáles son las actividades que se encuentran comprendidas en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, incluyéndose a las industrias textiles.

En primera instancia, se declaró infundada la excepción de incompetencia presentada por la Procuraduría Pública y la demanda también fue declarada infundada por considerar el Juez que no había afectación de derecho constitucional alguno, y que, en todo caso, la norma había sido expedida con el objeto de proteger los derechos de los trabajadores. Apelada la resolución, ésta fue confirmada en segunda instancia, sustancialmente por considerar que si bien la norma daba un trato diferente a las empresas textiles, esto no constituía discriminación.

Contra esta resolución justamente, los demandantes interponen Recurso Extraordinario ante el Tribunal Constitucional, que expide la sentencia que comentamos. El fallo emitido confirmó en parte la Resolución de Segunda Instancia, en el extremo que declaró infundada la excepción de incompetencia; y la revocó en el extremo que declara infundada la Acción de Amparo, reformándola la declaró **IMPROCEDENTE**.

No nos vamos a detener a analizar el primer y segundo fundamento de la resolución materia del presente trabajo, toda vez que están referidas únicamente a aspectos formales y no tocan los de fondo.

* Profesor de la Universidad de Piura.

TERCER FUNDAMENTO

“3. Que, el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el Artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de normas, enunciados en el Artículo 51º de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea debido, en el sentido de que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquel en el que, o es resuelto conforme a normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente. Por ello, además, desde tal perspectiva, el control de inaplicabilidad también viene a ser un principio de la función jurisdiccional en el sentido del Artículo 139º de nuestra Constitución.”

COMENTARIOS

El artículo 51º de nuestra Carta Fundamental establece lo que la doctrina conviene en llamar, y el propio Tribunal Constitucional también, como los Principios de Supremacía Constitucional y de Jerarquía de Normas: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente...”. Estos, fueron una de las principales conquistas del Estado Liberal frente al arbitrio judicial, estableciendo un orden de prelación de normas y un sistema de fuentes predecible, y que junto con otros principios, normas, instituciones y elementos hacen posible ese valor superior que es la Seguridad Jurídica¹. Obviamente, para que este principio de jerarquía normativa sea factible, la elaboración de las normas debe hacerse cumpliendo los requisitos y por los órganos indicados en una norma superior, y conforme con su contenido (validez formal y material)².

En el fundamento sub análisis, se señala que la propia Carta ha establecido como mecanismo para preservar (garantizar) dichos principios, ese llamado poder-deber de los jueces, quienes conforme al artículo 138º de la misma, están habilitados para realizar el Control difuso de la Constitucionalidad de las normas: “...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Este Poder – Deber, a decir del Tribunal Constitucional, es consubstancial a la función jurisdiccional, a efectos de garantizar que el proceso sea debido. En otras palabras, que los jueces, en el ejercicio de la función pública que le ha sido asignada, cuyo poder se legitima

¹ SORIANO, Ramón. *Valores Jurídicos y Derechos Fundamentales*. MAD. Sevilla, 1999. Pág. 15 y ss.

² *Idem*, pág. 28

en la propia Ley Fundamental³, y que tienen al mismo tiempo el deber de analizar y contrastar las normas aplicables al caso, a fin de determinar su aplicabilidad o no, en virtud de si se considera conforme o no a la Constitución.

Aquí surgen varias preguntas: ¿Se encuentra el control de constitucionalidad dentro de la esfera discrecional de los jueces? ¿Los jueces deben efectuar ese control sólo cuando la norma es tachada de inconstitucionalidad por la parte violentada o amenazada en su derecho fundamental? ¿Es necesario que la inconstitucionalidad de la norma sea manifiesta para proceder a su análisis? ¿Es lo mismo el ejercicio del control constitucional que la declaratoria de inaplicabilidad o inconstitucionalidad? Vayamos por partes.

En primer lugar es necesario analizar el artículo 138º de la Constitución ya glosado, por ser elemento nuclear en el examen que realizamos. Este precepto establece como condición para que los jueces prefieran una norma superior a una inferior, que exista incompatibilidad entre ellas. Esto es, a decir del Tribunal, el poder-deber de control difuso de la constitucionalidad de las normas habilitado a los jueces. Sin embargo, el poder-deber de control de constitucionalidad es, a nuestro entender mucho más amplio que el habilitado por este artículo, y reconocer esa mayor amplitud tiene consecuencias respecto a otros fundamentos señalados por el Tribunal en la resolución bajo análisis.

El control difuso, en general el control de la constitucionalidad de las leyes, sea bajo el sistema difuso, concentrado o mixto como en el caso peruano, implica para su ejercicio el tránsito por dos etapas que pueden ser identificables perfectamente. La primera es que los magistrados, en el íter de aplicación de las normas, al conocer de cualquier proceso judicial, deben realizar una operación de comprobación de la validez de dichas normas y establecer su compatibilidad con otras de nivel superior, sea ésta una ley o la propia Constitución. Ello, en virtud no solamente del artículo 138º mencionado sino del deber que corresponde a todos los peruanos, incluidos los jueces de "...respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación", establecido por el artículo 38º de la Carta Fundamental, y otras conformantes del Bloque de Constitucionalidad, relacionadas con el ejercicio autónomo e independiente de la función jurisdiccional. Si la supremacía constitucional y la jerarquía normativa son principios superiores; si la Constitución debe ser respetada y cumplida y defendida por todos, entonces tiene que resultar siendo un deber de todos los jueces, el de comprobar la validez constitucional de las normas que tengan que aplicar en los procesos que conozcan, dada la condición de aquella de ser fundamento de validez del conjunto de normas del sistema⁴.

Sólo en esa operación de comprobación el Juez determina que la norma a aplicar no es compatible con las normas de superior jerarquía, deberá preferir estas últimas, declarando

³ Sobre los problemas derivados de la legitimación del poder de los jueces, vid. LOPEZ GUERRA, Luis. "La Legitimidad Democrática del Juez". En *Cuadernos de Derecho Público* Nº 1 (mayo-agosto 1997). INAP Madrid, 1997. Págs. 43 a 76.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. TEMIS. Bogotá, Traducción de Jorge Guerrero 1992, Pág. 170.

por tanto que aquella es inaplicable al caso sub litis. Por otro lado, si comprueba la constitucionalidad de la norma, declarará implícita o explícitamente la conformidad de ella con el sistema jerárquico normativo.

Este poder deber del ejercicio del control constitucional, siendo tal, no debe estar sujeto a la discrecionalidad del juez para realizarlo o no, aun cuando no encuentre una manifiesta incompatibilidad de la norma a aplicar con otras de mayor jerarquía incluso tampoco debe estar sujeta a la impugnación o no de alguna de las partes en el proceso. Es un deber del magistrado y como tal no puede sustraerse a su realización.

La primera parte de este ejercicio de control, como ya lo tenemos señalado, es común en cualquiera de los sistemas de justicia constitucional, toda vez que los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa (especialmente el primero) son principios reconocidos universalmente⁵, por las constituciones en forma expresa, como el caso peruano, o como resultado de la interpretación llevada a cabo por los órganos encargados de la jurisdicción constitucional.

Es justamente en la segunda parte de esa operación de control, que los sistemas de jurisdicción constitucional se separan: En el caso de aquellos estados donde existe el control difuso (o difundido) corresponde a los jueces ordinarios la inaplicación de las normas por inconstitucionalidad. En el caso de los sistemas de control concentrado, la decisión de la inaplicación e incluso la de extirpar la norma del ordenamiento jurídico, corresponde en última instancia, no a los jueces ordinarios sino a un órgano distinto con suficientes atribuciones para ello.

Bien dice el Tribunal Constitucional en el fundamento bajo análisis, que el ejercicio de este control (poder deber) es consubstancial a la función jurisdiccional, cuyo objeto es garantizar el debido proceso, entendido este como un proceso constitucional. Esto es que las normas procesales o sustantivas a aplicarse durante el desarrollo del proceso, deben ser normas de "indubitable constitucionalidad". No existe otro modo de garantizar que un proceso sea debido, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional⁶, sino es a través de una operación permanente, obligatoria, inherente (consubstancial) a la función de administrar justicia, que es el verificar la compatibilidad de las normas (procesales o sustantivas) a aplicarse con la Constitución o con otras normas superiores dentro del Sistema Jurídico.

Sin embargo, encontramos cierta incoherencia en los términos de este tercer fundamento de la resolución analizada. Por un lado se dice que un debido proceso, para ser tal debe ser llevado a cabo o resuelto por "normas de indubitable constitucionalidad"; y por otro, que no puede reputarse como proceso debido aquel en que se aplican normas sustantivas cuya "inconstitucionalidad resulta evidente". Entre ambos presupuestos, presentados como

⁵ SORIANO, idem.

⁶ Decimos "en los términos señalados por el TC", porque pareciera que éste tuviera una visión legalista del Debido Proceso, hace tiempo superada por una concepción jurídica axiológica.

un solo fundamento, existe una enorme distancia. En un extremo está la certeza (indubitabilidad) de que una norma es constitucional; y en el otro está la manifiesta (evidencia) de la inconstitucionalidad de la misma norma.

Para que un juez pueda determinar que una norma es indubitadamente (sin duda alguna) constitucional, debe realizar necesariamente un análisis de la compatibilidad de la norma con la Constitución o con el orden jerárquico normativo, aun cuando aparentemente, a simple vista se aprecie su conformidad con ellas. Sólo después de esta operación, el magistrado podrá determinar si la norma está arreglada a la de superior jerarquía y decidir su aplicación o no, asegurando con ello un debido proceso. Aquí nos encontramos ante un perfecto poder deber que ineludiblemente debe ejercitar el juez.

En el segundo caso no es así: para asegurar un debido proceso, el poder deber del juez se limita a inaplicar una norma únicamente cuando la inconstitucionalidad de ésta resulta evidente. Y si no resulta evidente la inconstitucionalidad de la norma ¿debe asumirse acaso que ésta es constitucional? ¿es que acaso los jueces deben actuar mecánicamente, sin efectuar el más mínimo análisis de la norma a aplicar para determinar su conformidad constitucional?. La experiencia nos dice que en la mayoría de los casos en que una norma ha sido declarada inconstitucional, este carácter no ha sido manifiesto, sino que para su determinación se ha requerido de un profuso análisis.

Hay otro aspecto que también nos llama la atención en este fundamento. En cualquier proceso, el juez tiene como materia prima normas de carácter procedimental que garantizan la consecución del proceso; y, además, normas sustantivas que son las que van a definir el fondo de la controversia. La conformidad de ambas con la constitución y el orden jerárquico normativo son esenciales para la realización de un debido proceso. Sin embargo, parece que el Tribunal considera que existen grados diferenciados de constitucionalidad entre las normas procesales y sustantivas para medir si un proceso es debido o no. Ello se aprecia cuando el Tribunal Constitucional trata de explicar lo que no es un debido proceso.

A decir de los magistrados, no es debido proceso y aquel que "...es resuelto conforme a normas procesales de cuestionables constitucionalidad...", es decir, entendemos, cuando hay duda o no hay evidencia clara o no se tiene la certeza de la constitucionalidad de la norma procedimental. En cambio, para las cuestiones de fondo, establece que no se puede considerar un proceso debido, cuando se han aplicado "...normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente...". En otras palabras, para calificar de "indebido" a un proceso, no basta que las normas sustantivas aplicadas sean de dudosa (cuestionable) constitucionalidad, sino que la inconstitucionalidad debe ser manifiesta (evidente).

CUARTO FUNDAMENTO

4. "Que, el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a) Que la acción de garantía tenga por objeto la impugnación de un acto que constituya la aplicación de la norma considerada inconstitucional (Artículo 3º de la Ley Nº 23506).
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la causa.
- c) Que la norma a inaplicarse por su inconstitucionalidad revista evidente e inexorablemente tal condición, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio interpretativo de interpretación conforme a la Constitución y de la inconstitucionalidad como última ratio, pues, a tenor de la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: "Los Jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional".

COMENTARIOS

Respecto del fundamento cuarto, encontramos en él algunos aspectos que es necesario analizar. De acuerdo a la redacción del primer párrafo, el Tribunal Constitucional sigue considerando el control difuso, tan sólo en uno de sus aspectos o fases, esto es, como si el ejercicio de este poder deber de los magistrados se limitara únicamente a preferir la aplicación de una norma superior, cuando la inferior no es compatible con ella, sin tomar en cuenta las condiciones y el proceso previo que debe realizarse para llegar a ese resultado.

La amplitud del significado del control difuso, no colisiona o limita el principio de presunción de legitimidad de las normas del Estado, que no es otra cosa que presuponer su eficacia y validez, tanto formal como material, esto es que para su sanción se ha seguido el procedimiento señalado por la normativa; y la autoridad que lo dicta ha obrado conforme al ámbito competencial asignado por la Constitución y las leyes⁷, manteniendo esa firmeza o validez como cualquier otro acto de poder público, hasta que su ineficacia o nulidad sea reconocida o declarada por los tribunales⁸.

Más adelante, el Tribunal Constitucional señala como requisito de validez del ejercicio del control difuso, tres presupuestos. El primero de ellos es que el objeto de la acción de garantía sea la impugnación de un acto realizado en aplicación de una norma que ha sido tachada de inconstitucional, señalándose como criterio de dicho presupuesto el artículo 3º de la Ley 23506. Antes que nada debemos manifestar que el Tribunal Constitucional continua cometiendo errores en la estructuración y desarrollo de los fundamentos de la Resolución bajo análisis.

⁷ ROSS, Alfredo. *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Bs.As., Traducción de Genaro Carrió, 1963, Pág. 78.

⁸ BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade Das Leis*, FORENSE, 2da. Edição. R. De J., 1968, Págs. 95 y 96

El requisito de que la impugnación recaiga sobre un acto y no sobre una norma, no es una condición para el ejercicio del control difuso por parte de los jueces es solamente un presupuesto necesario para recurrir al órgano jurisdiccional por la vía procedimental especial y fulminante que como garantías constitucionales establece la Carta Fundamental, ante la vulneración o amenaza de un derecho constitucional. Salvo que la norma legal constituya por sí misma esa vulneración o amenaza, la inaplicación de la norma es sólo una pre condición o fundamento del Juez para decidir favorablemente al actor una acción de garantía.

La exigencia de la relevancia se sustenta también en el Principio de Subsidiariedad, por cuanto la inaplicación de una norma ("acto tan grave y complejo") sólo es justificable cuando resulta imprescindible no sólo para la resolución del proceso, sino también respecto de su resultado. Si la decisión final del juez depende de si una norma es compatible o no con la Constitución, entonces sí resultará relevante la determinación de aplicarla o no. Es el Tribunal Constitucional Alemán que, por la vía jurisprudencial ha establecido una serie de elementos y condiciones que hacen significativa la intervención de la jurisdicción constitucional, habiéndose reconocido también la existencia de una "relevancia mediata", cuando aun si una norma no es fundamento jurídico para accionar ante un juez, pero su valoración jurídico constitucional va a ser relevante para dichos fundamentos, entonces sí resulta válido y necesario un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma y eventualmente su inaplicación⁹.

En cuanto al tercer presupuesto para el ejercicio válido del control difuso, se ha establecido que para inaplicar una norma, su inconstitucionalidad debe ser evidente e inexorable; aun después de haber acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en aplicación del Principio del mismo nombre y el de la inconstitucionalidad como última ratio. De acuerdo a estos principios, los jueces deben elegir, si es que hubiere varias interpretaciones para una norma legal, la que sea acorde con la Constitución. De este modo, sólo debe considerarla inconstitucional y como resultado de ello resolver su inaplicación, como última ratio, asegurando en lo posible la conservación de la norma¹⁰.

Aun cuando las normas constitucionales no son sólo parámetros de validez sino que también deben interpretarse en tanto que decisiones básicas jurídico constitucionales¹¹, si el texto de la norma legal es claro y unívoco, esta situación se constituye en limitante o quizá hasta excluyente de una interpretación conforme. Este principio hermenéutico ha sido adoptado en salvaguarda de la Seguridad Jurídica, y como límite a la labor de los

⁹ WEBER, Albrecht. "La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria en Alemania", En *Cuadernos de Derecho Público* N° 7 (Mayo - agosto 1999), Traducido por Rosa Velásquez Alvarez, 1999, Págs. 146 y ss..

¹⁰ Idem.

¹¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, TECNOS. Madrid, 1986, Pág. 268.

jueces a fin de que estos no substituyan al legislador¹². La “corrección estructural” es una exigencia de la Seguridad Jurídica que permite garantizar la disposición y formulación regular de la *Lege*, cuyos requisitos son: *Lege Promulgata* (adecuada promulgación), *Lege Manifesta* (claridad), *Lege Plena* (generalidad), *Lege stricta* (reserva de la ley), *Lege Previa* (irretroactividad) y *Lege Perpetua* (estabilidad).¹³

El problema surge cuando partimos de la base cierta que las normas constitucionales suelen tener una estructura abierta¹⁴, cuya consecuencia es que podrían haber varias interpretaciones conforme a ellas, y hasta contradictorias entre sí, sin que por ello podamos afirmar que unas tienen mayor legitimidad que otras. En este caso ¿cuál interpretación debía primar?, ¿La del magistrado superior? ¿La del Tribunal Constitucional, en los casos en que conoce en última instancia, como el que comentamos?.

Hay una sustancial diferencia entre lo que es una interpretación conforme a la Constitución y otra una interpretación conforme al criterio de lo que el Tribunal Constitucional considera conforme a la Constitución. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo ha determinado que habiendo varias interpretaciones de una norma legal y todas ellas son conforme a la Constitución, le corresponde a los jueces ordinarios y no a ella, establecer el sentido de la norma¹⁵.

En el fondo, la respuesta a estas interrogantes y muchas otras que pueden salir de aquí, no podemos encontrarla en el sistema jurídico positivo en general (ni aun en la normativa señalada por el Tribunal Constitucional como sustento del fundamento bajo comentario), y nunca será definitiva, como lo demuestra el secular debate entre las posiciones originalistas e interpretativistas en la doctrina americana¹⁶. Sin embargo, la respuesta estará íntimamente relacionada con la concepción misma que de la Constitución se tenga, y los límites de la jurisdicción constitucional.

QUINTO FUNDAMENTO

“5. Que, en el caso de autos, es precisamente el primer presupuesto del control difuso el que no se cumple. En efecto, no existe en el expediente acto alguno que sea aplicativo del decreto supremo cuya constitucionalidad se cuestiona. La condición *sine qua non* del empleo del control difuso al que habilita el Artículo 3º de la Ley Nº 23506 es justamente la presencia de un acto aplicativo de la norma inconstitucional, de allí que la citada disposición

¹² HUERTA, Luis. “Jurisprudencia Constitucional e interpretación de los Derechos fundamentales”. En *Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional*. Lecturas Sobre Temas Constitucionales 13, CAJ, Lima, 1997, Pág. 42. En las páginas siguientes el autor da cuenta de la forma constante con que ha sido adoptado este principio tanto por los tribunales de España y Perú, como por la Corte Constitucional colombiana.

¹³ PEREZ LUÑO, Antonio E. *La Seguridad Jurídica*, ARIEL, 2da. Ed. Barcelona, 1994, Pág. 31 y ss.

¹⁴ BALAGUER, María Luisa. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. CIVITAS, Madrid, 1990. Pág. 144

¹⁵ Sentencia Nº C-496 de 03 de noviembre de 1994.

consagra lo que en el ámbito del derecho mexicano se conoce como “amparo contra actos basados en normas inconstitucionales”. Es por esta razón que, conforme lo ha señalado reiterada jurisprudencia de este Tribunal, según el citado Artículo 3º, en el amparo no cabe impugnar en abstracto la validez de una norma jurídica, sino con motivo de un concreto acto de aplicación de la misma.”

COMENTARIOS

El quinto Fundamento, es finalmente el sustento último de la decisión del Tribunal Constitucional para resolver la improcedencia de la Acción de Amparo. En ella se señala que no se ha cumplido el primer presupuesto del control difuso (nuevamente como si el ejercicio de este poder deber comprendiera solamente la inaplicación de una norma), esto es que no existe acto alguno aplicativo del Decreto Supremo cuestionado, aspecto que constituye una condición sustancial de acuerdo a lo establecido por el artículo 3º de la Ley 23506. Para nosotros, el Tribunal Constitucional (y no así los magistrados ordinarios) ha optado por el expediente más fácil, y no ha considerado la naturaleza del propio Decreto Supremo.

Hubiera sido interesante que el Tribunal efectuara un análisis de dicha norma y estableciera si efectivamente ella requería de la acción de algún funcionario para que se materializara la violación o amenaza que sustenta el Amparo. Conforme a la demanda, con el sólo hecho de haberse incluido la industria textil dentro de la lista de actividades de alto riesgo, se estarían violando derechos constitucionales, por las consecuencias que de ello emanan. Si esto es así, estaría demás buscar “en el expediente” (sic) algún acto aplicativo de la norma. Al parecer, por los antecedentes señalados en la Resolución, tanto el Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, como la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, lo entendieron así, lejos de declarar improcedente la demanda (por falta de algún requisito de procedibilidad como lo ha considerado el Tribunal Constitucional) se pronunciaron por declararla infundada, esto es, por considerar que aun cuando la acción estaba legitimada, no encontraban violación o amenaza de algún derecho constitucional.

Por otro lado, de acuerdo a lo que señala el Tribunal Constitucional, el artículo 3º de la Ley 23506, consagra lo que en el ámbito del derecho mexicano se conoce como Amparo contra actos basados en normas constitucionales. Sin ingresar a un debate sobre el profuso desarrollo del Amparo en México, con sus distintas aristas (por no corresponder a esta Sede), estimo pertinente mencionar que desde hace más de siglo y medio, las constituciones de ese país han establecido el Amparo como medio legal para impugnar actos de autoridad violatorios de las garantías (derechos constitucionales), aun cuando estos se originen en leyes¹⁷; ya que éstas, en virtud de su origen, naturaleza y finalidad, más que cualquier otra

¹⁷ Aun cuando a partir de la Carta de 1836 se inicia el camino del control jurisdiccional para la protección de las garantías individuales. Cfr. Artículos 100 y 101 de la Constitución de 1857 y

cosa, son actos de autoridad (incluso cuando el Amparo está dirigido contra leyes, el quejoso se encuentra exceptuado de cumplir uno de los requisitos para el inicio de la Acción de Amparo en general, que es el agotamiento de otros recursos o medios de defensa existentes).

Aun cuando en la fundamentación de la demanda, la contestación de la misma y de las resoluciones de primera y segunda instancia (mas no así en la del Tribunal Constitucional porque no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto), se hace referencia a la afectación de distintos derechos constitucionales, el elemento común y nuclear en el proceso ha sido, con toda claridad, la conculcación del derecho a la igualdad ante la ley de los demandantes, cuya actividad industrial ha sido considerada de alto riesgo, recibiendo, según ellos, un trato discriminatorio respecto de otras industrias consideradas de riesgo normal; violación materializada con la expedición del Decreto Supremo N° 003-98-SA de 14.ABR.98.

En este contexto, la pregunta clave era (y así ha debido fundamentarla el Tribunal constitucional si hubiera resuelto el fondo del asunto), si tal discriminación se dio o no.

Nuestra Carta Política, en su artículo 2º inciso 2 reconoce como un derecho fundamental de la persona al de la Igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado por ningún concepto. En tal sentido, la no discriminación se constituye en un principio básico y general relativo a todos los derechos humanos y que se aplica a todo ámbito sobre el cual el Estado ejerce función normativa, conforme lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos (Observación General N° 18 – No Discriminación – 37º periodo de sesiones, 1989). Sin embargo, no todo trato desigual o diferenciado puede ser considerado como discriminatorio, mientras razonablemente puedan justificarse en virtud de la naturaleza de las cosas (principio recogido en el artículo 103º de la Constitución).

La Igualdad, como derecho fundamental y recogida en nuestra Carta Política, no es una igualdad formal sino una objetiva y material. Es una que admite un trato diferenciado de manera objetiva y razonable entre sujetos de derecho que no son sustancialmente iguales. Sin embargo, este Principio no sólo exige que el trato desigual sea en verdad entre desiguales, sino que para este tratamiento la finalidad sea legítima¹⁸.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana¹⁹, la razonabilidad como justificante del trato desigual ha sido un criterio uniforme adoptado por distintos tribunales que han tenido que analizar casos donde el Principio de Igualdad ha estado en juego, como son la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Europea de Derechos Humanos; a los cuales podríamos agregar la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos²⁰, así como la

artículos 103 y 107 de la Carta de 1917, donde el Amparo procede incluso contra tratados internacionales.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de fecha 29 de abril de 1997

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. C-022/96 de 23 de enero de 1996

²⁰ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los Derechos Humanos.- Definiciones Operativas*. CAJPE. Lima, 1997. Pág. 276 y ss.

Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, cuando fundamentó la resolución que declaraba infundada la demanda, cuyo correlato analizamos en el presente trabajo.

En el caso de la norma impugnada, resulta claro que existe un trato diferenciado entre actividades industriales: unas, que al ser consideradas de riesgo normal y que por ende no están obligadas a contratar seguros complementarios, y otras, que se les reputa como actividades de alto riesgo, y como tales sí deben contratar dicho seguro.

Y, este trato diferenciado ¿resulta razonable?. Por un lado se encuentra el derecho a la eficiencia empresarial de los empleadores (y otros conexos) y por otro el derecho de los trabajadores a la salud, a la seguridad social (protección adecuada frente a contingencias), a la integridad u otros. Todos son derechos constitucionales y los conflictos que pudieran suscitarse entre ellos no pueden ser resueltos aplicando las mismas técnicas que se utilizan para resolver los conflictos entre normas²¹, como son el de la *Lex Superior Derogat Inferiori* (son normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes); *Lex posterior Derogat Priori* (se encuentran en el mismo texto normativo) ni *Lex Specialis Derogat General* (no hay entre ellas una relación de género y especie).

La resolución del caso podía haberse hecho de dos formas: instituyendo una jerarquía axiológica, con la cual se atribuya a uno de los derechos enfrentados un mayor peso o valor respecto del otro, prefiriéndose las libertades individuales frente a los derechos sociales, como ocurre en el mundo anglosajón. O a través de la técnica de la ponderación, predominante en la Europa Continental, en virtud de la cual, aun cuando se reconoce la prevalencia de los derechos individuales frente a los sociales, se debe compaginar el ejercicio de los derechos colisionantes, de tal modo que la aplicación de uno no suponga la marginación de otro, a tal punto de afectar su contenido esencial²².

²¹ GUASTINI, Ricardo. "Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial", En *Jueces para la Democracia.- Información y Debate*. Nº 34, Traducción de Andrés Ibáñez, Marzo / 1999, Pág. 44.

²² SORIANO, idem. Pág. 174

UNIDAD III: CASOS DE APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. RUIZ RUIZ, Ramón: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. En: Urbe et lus, abril de 2007.
2. INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “El principio favor libertatis en la interpretación de la ley”. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Guía 6, GACETA JURIDICA, Perú, 2009, pp 73-101.

UNIDAD III: CASOS DE APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. RUIZ RUIZ, Ramón: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. En: Urbe et Ius, abril de 2007.

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Ramón Ruiz Ruiz

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén (España)
ramonrr@ujaen.es

I. Introducción.

No todas las normas que integran un determinado Ordenamiento jurídico son iguales, sino que éstas pueden ser de muy distinto tipo y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios. Así, por ejemplo, el Derecho español distingue entre Constitución, leyes y reglamentos, y dentro de estos grupos, a su vez, entre ley orgánica y ley ordinaria, decreto-ley, decreto legislativo, real decreto, orden ministerial, etc. Pero existen también criterios doctrinales de clasificación de las normas, entre los que los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart.

Así, Kelsen¹, como es sabido, distingue entre normas primarias y normas secundarias: las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción, en tanto que las primarias son las que determinan esta sanción. Ciertamente, se puede afirmar que las normas jurídicas contienen dos expresiones del “deber ser”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta debida, y otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en el caso de que la primera norma sea incumplida. Por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal español, que prescribe que “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años” estaría compuesto, en realidad, por dos normas: a) no se debe matar; y b) quien mate a otro debe ser condenado a una pena de 10 a 15 años de prisión. La primera de estas normas, que describe la conducta antijurídica, es dependiente de la norma sancionadora, que es la que le otorga la eficacia.

¹ Vid. Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983, págs. 71 y 72.

Para Hart², por su parte, el Derecho puede ser caracterizado como un conjunto de dos tipos de normas: normas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y normas secundarias, que son las que especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento (normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación).

Ahora bien, junto a estas clasificaciones de las normas, existe otra que las divide en *reglas y principios*. Se trata, también, de una distinción doctrinal, que no aparece reflejada ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, pero que tiene una gran importancia para la Teoría del Derecho. Conviene recalcar que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, si bien, como veremos, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación, y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Por otra parte, como señala Zagrebelsky, “por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”³; sin embargo, la Constitución también contiene reglas⁴, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella⁵.

No obstante, esta cuestión no es pacífica, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso, por ejemplo, de L. Prieto Sanchís.

Nos encontramos, así, ante uno de los temas más profusamente discutidos en la Teoría del Derecho de las dos últimas décadas. El debate se inició con un artículo de Ronald Dworkin aparecido en 1967 titulado “¿Es el Derecho un sistema de reglas?” Que posteriormente fue incluido, como segundo capítulo, en su obra *Los derechos en serio*⁶. Ahora

² Vid. Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 116 a 120.

³ Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pág. 109.

⁴ Por ejemplo, el artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

⁵ Por ejemplo, en el artículo 7.1 del Código civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

⁶ Vid. Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

bien, como señalan Atienza y Ruiz Manero⁷, los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de Dworkin, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta, y las de Josef Esser en Alemania en los cincuenta –quien formuló ya una distinción entre principios y reglas–, junto con las de Norberto Bobbio en Italia o las de Eduardo García de Enterría en España⁸. Sin embargo, fue Dworkin quien, con su crítica al positivismo jurídico inició verdaderamente un debate –que aún continúa– con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre Derecho y moral y en la argumentación jurídica.

2. Características de los principios jurídicos.

El concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero⁹, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de *conceptos jurídicos indeterminados*; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Ahora bien, como señalan los autores citados, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas. Un ejemplo sería el artículo 51 de la Constitución española: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁷ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n° 10, 1991, pág. 101.

⁸ Vid. Orozco Henríquez, Jesús: “Consideraciones sobre los principios y las reglas en el Derecho electoral mexicano”, en *Isonomía*, n° 18, abril de 2003, pág. 139. Por su parte, César Arjona sostiene que la tesis según la cual en el sistema jurídico existen principios, que son normas tan obligatorias jurídicamente como las reglas pero distintas a las mismas, fue ya formulada por Roscoe Pound quien, en este punto, ejerció una influencia directa sobre Dworkin (vid. Arjona, César: “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, en *Doxa*, n° 26, 2003, pág. 393).

⁹ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 103.

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta¹⁰. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos¹¹. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma¹². Un ejemplo paradigmático de principio que reúne las características de fundamentalidad, generalidad y vaguedad es el artículo 6 de la Constitución española de 1812: “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”.

3. Principios implícitos y principios explícitos

Los principios jurídicos, por su parte, pueden clasificarse en función de distintos criterios, si bien el principal es aquél que distingue entre principios explícitos e implícitos –comúnmente conocidos como *principios generales del Derecho*–. Los primeros son aquéllos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del Ordenamiento jurídico –si bien, como veremos, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del Derecho Natural–.

Estos principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas; o, como lo ha

¹⁰ Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y, en fin, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

¹¹ Así, por ejemplo, el art. 9.3 C.E. declara que: “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; ahora bien, son numerosos los comportamientos que pueden ser tachados de arbitrarios y muchas también las formas en que éstos pueden ser interdictos.

expresado el Tribunal Constitucional Español, “los principios generales del derecho, no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores, los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias”¹³. Todo esto plantea distintos problemas desde el punto de vista de su juridicidad o de su integración en el Derecho, así, como del ámbito de discrecionalidad que permiten a los operadores jurídicos.

Problemas que se acentúan si tenemos en cuenta, como ya se ha señalado, que la doctrina tradicional defiende que tales principios han de conectarse con el Derecho natural y los sitúan, por tanto, más allá del Derecho positivo. Ciertamente, como indica Díaz Roca¹⁴, la doctrina oscila en torno a estas dos posturas básicas: la iusnaturalista, para la que equivalen pura y simplemente al Derecho natural, siendo así normas que no tienen una formulación positiva ni están sancionadas por ninguno de los poderes del Estado, pero tienen una indudable vigencia y virtualidad como expresiones de verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón; y la positivista, que sostiene que los principios implícitos sirven de fundamento a un Derecho positivo dado, pero que no tienen carácter metajurídico, sino que se obtienen mediante un proceso de abstracciones lógicas sucesivas de ese propio Derecho positivo.

Sin embargo, en nuestros días, esta discusión es más teórica que práctica, pues en la realidad, unos principios del Derecho natural no podrán ser invocados más que en la medida en que coincidan sustancialmente con los principios básicos del Ordenamiento vigente. Así, la postura que hoy parece más convincente es la defendida, por ejemplo, por Rafael de Asís, para quien “los principios implícitos son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas. Se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y (...) su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen”¹⁵. En este sentido, los principios generales del Derecho estarían relacionados bien con normas jurídicas, bien con decisiones jurisprudenciales; ésta es, además, como señala el citado autor, la visión que se identifica con la utilización que de ellos hacen los jueces y tribunales.

¹² Por ejemplo, en relación con el artículo citado arriba, no siempre es fácil juzgar si una determinada acción de un funcionario público puede ser considerada o no como arbitraria.

¹³ STC 290/2000, de 30 de noviembre (voto particular de Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Rafael de Mendizábal Allende).

¹⁴ Vid. Díaz Roca, Rafael: *Teoría General del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 229.

¹⁵ Asís Roig, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 69.

En cualquier caso –y a pesar de lo anterior– como señala Rodríguez Calero¹⁶, es importante subrayar que los órganos jurisdiccionales crean nuevas normas a través de esta racionalización de las normas jurídicas que forman parte del sistema jurídico. No se trata, por tanto, de un enunciado normativo a interpretar, sino de la creación de una nueva norma jurídica que ha de resolver un supuesto no regulado. Esto puede generar dudas respecto a la legitimidad judicial pues, tal y como advierte M. Saavedra, este proceso no puede ser ya concebido como la puesta en marcha de una investigación dirigida a obtener una respuesta del Derecho para un caso conflictivo que se supone regulado expresa e implícitamente por él. “Esto es –continúa– lo que el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen del juez: sumisión exclusiva al imperio de la ley y a unos determinados criterios metodológicos. Pero si en el proceso de obtención judicial del Derecho intervienen otros elementos, más aun, si esos elementos se incrustan en dicho proceso desde su raíz, condicionando el recurso a unos u otros métodos, orientando la búsqueda del significado de las normas y del sentido de los hechos, e incluso dirigiendo las construcciones doctrinales y dogmáticas, entonces al juez le corresponde, como artífice de la decisión, una responsabilidad que no cabe trasladar exclusivamente a la ley. Y ello ocurre aunque actúe correctamente, es decir, aunque actúe como el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen de él”¹⁷.

En respuesta a esta objeción, se suele aducir que si bien los principios implícitos son contruidos por el intérprete, lo cierto es que éste no goza de libertad absoluta en su elaboración, pues ha de tener en cuenta el conjunto de normas que forman parte del sistema jurídico y si se produce un cambio normativo en la regulación de una determinada materia, el intérprete se ve compelido a establecer una racionalización de esa nueva legislación fijando un principio jurídico que haga coherente ese conjunto de reglas entre sí y con respecto al resto del Ordenamiento. Además, como hemos visto, la creación de estos principios jurídicos como normas del Derecho está generalmente vinculada a la aparición de una laguna jurídica, por lo que sólo son aplicables en caso de inexistencia de una norma concreta que regule el supuesto planteado.

¹⁶ Vid Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 112.

¹⁷ Saavedra, Modesto: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994, pág. 85.

No obstante, a juicio del ya citado Rodríguez Calero¹⁸, los principios generales del Derecho dejan espacio a la discrecionalidad del operador jurídico. En primer lugar, porque la determinación de que un supuesto no encuentra una respuesta en las normas concretas del Ordenamiento, reglas o principios explícitos, entraña una valoración en cierta medida discrecional, pues el operador podría optar por utilizar mecanismos interpretativos que implicaran la búsqueda de respuestas en los propios enunciados del mismo. En segundo lugar, porque una vez que considera que existe una laguna jurídica y que no hay una norma que provea una respuesta, puede optar por utilizar alguno de los otros métodos de integración jurídica, y a la hora de justificar por qué se usa este método y se desecha otros cabe también cierta discrecionalidad. A continuación se ha de llevar a cabo la racionalización de las normas jurídicas de parte del Ordenamiento o de todo él, lo cual implica asimismo una actividad subjetiva. Por último, también puede ocurrir que dos o más racionalizaciones de las normas jurídicas sean igualmente plausibles pero ofrezcan soluciones distintas; en estos casos el juez ha de evaluar las circunstancias del caso y, fundamentalmente, las consecuencias que se desprenden de la adopción de cada principio jurídico, lo cual implica también una amplia discrecionalidad. En definitiva, en todos estos momentos existen espacios de libertad en los que el operador puede elegir entre una u otra posibilidad, si bien es cierto que tendrá que justificar cada una de sus decisiones.

Precisamente por esto –advierte Javier Ansuátegui–, porque a la hora de tomar una decisión fundamentada en los principios explícitos “el juez va a utilizar elementos diferentes a los que el legislador ha puesto de manera explícita en sus manos, es preciso redoblar los controles de su actividad (...) desde el momento en que la referencia al aséptico silogismo es insuficiente, hay que ir más allá. Hay que someter al juez a exigencias de legitimación que afectan directamente no sólo al sentido de su decisión, sino al desarrollo del proceso a través del cual ha tomado esa decisión, ha ejercido en definitiva su función. Por eso las exigencias argumentativas que se imponen al juez son especialmente graves”¹⁹.

4. La distinción entre reglas y principios: el enfoque estructural y el enfoque funcional.

¹⁸ Vid. Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, cit., págs. 118 y 119.

¹⁹ Ansuátegui, Javier: “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma”, en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 554.

La cuestión de la distinción entre reglas y principios puede ser abordada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional. Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero²⁰ se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

Así, si consideramos a las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquéllos.

En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. “Razones perentorias” quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias

Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional. Los principios implícitos, por su parte, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del contenido; no son

²⁰ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 11 a 15

perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido.

El enfoque estructural, por su parte, puede plantearse de la siguiente manera: “aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (...) ¿puede decirse lo mismo de los principios?; esto es, se trata de ver si los principios tiene la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios”²¹.

Respecto a esta cuestión, Aarnio²² sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios, pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La “tesis fuerte de la separación”, según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos. Conforme a la “tesis débil de la separación”, en cambio, reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia y existe entre ellas una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, si no tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.

5. La tesis de Ronald Dworkin

Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte de la separación y, como hemos visto, el principal promotor del debate respecto a la distinción entre reglas y principios. Éste construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de H.L.A. Hart, a quien acusa de concebir el Derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su *pedigree*). Sin embargo, según aquél, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece

²¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n° 10, 1991, pág. 107.

²² Vid. Aarnio, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 4, 2000, pág. 539.

haber olvidado. La crítica de Dworkin es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de la discreción judicial.

Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral –ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica–, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que Hart denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para Dworkin esta tesis no se sostiene, puesto que el Ordenamiento jurídico esta integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Ciertamente, para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre Derecho y moral–.

No obstante, esta crítica al positivismo jurídico ha sido contestada ampliamente por distintos juristas. Así, como escribe Gregorio Peces-Barba, los valores, los principios y los derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el Derecho: el Derecho legal y el Derecho judicial. Por tanto, “no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y yo la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad (...). Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorporan al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista”²³.

²³ Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Prólogo” a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, pág. 13.

Por su parte, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada a juicio de Dworkin por dos razones. Primero, porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así, el principio *nullum crimen sine lege praevia*). Ambos problemas pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del Ordenamiento jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta.

Dos son, por otro lado, los criterios de distinción entre reglas y principios que propone Dworkin²⁴. Para dar cuenta del primero, recurre al ejemplo de una sentencia dictada en 1889, cuando un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el caso *Riggs v. Palmer*, si una persona que había asesinado a su abuelo debía tener derecho a recibir la herencia de éste al haber sido designado heredero en su testamento. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que “es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el tribunal continuaba señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del Derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. Como consecuencia de este razonamiento el tribunal falló que el asesino no recibiera la herencia.

Para Dworkin, la segunda norma que aparece en este ejemplo no es del tipo que consideramos como reglas jurídicas, pues es muy diferente de proposiciones como “la

²⁴ Vid. Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, cit., págs. 75 a 78.

velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora” o “un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos”. Así, si bien concede que ambos tipos de normas –las reglas y los principios– apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, no obstante difieren en el carácter de la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas: si los hechos que estipula una norma de este tipo están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso, la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión²⁵.

Sin embargo, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro Derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permita que un hombre se beneficie de las injusticias que comete; de hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio, a juicio de Dworkin, es el de la usucapión: si penetro reiteradamente en una finca ajena, algún día tendré el derecho de atravesarla siempre que quiera. Sin embargo, no consideramos que estos ejemplos demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico ni que sea incompleto.

Ciertamente, un principio como el arriba formulado no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación; más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de una acción ilegal que cometió para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Pero puede haber otros principios que apunten en dirección contraria y, en tal caso, es posible que aquel principio no prevalezca; pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en otros supuestos, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. En definitiva, cuando decimos que un

²⁵ Este rasgo de las reglas se puede advertir con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan éstas, no sólo en el Derecho, sino también en cualquier otra actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. Así, por ejemplo –continúan el razonamiento de Dworkin– en el béisbol, una regla establece que si el bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego; pues bien, no sería coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir, al mismo tiempo, que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de Derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecuan bien al modelo: si la exigencia de los tres testigos es una regla jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La regla puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla sin enumerarlas.

determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que eso quiere decir es que las personas facultadas para su aplicación deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La segunda diferencia que Dworkin establece entre las reglas y los principios tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los segundos pero de la que carecen las primeras: la dimensión de peso o importancia. Así, cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión, esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas misma mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, otras reglas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior o algo similar.

6. Robert Alexy: los principios como “mandatos de optimización”

Alexy²⁶, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Establece dos criterios de diferenciación que se asemejan, hasta cierto punto, a los propuestos por Dworkin. No obstante, Alexy duda de la solidez del primero de los criterios de éste (recordemos, que las reglas, a diferencia de los principios, son aplicables en la forma “todo-o-nada”), puesto que opina que es posible que, con ocasión de la decisión en un caso concreto, se introduzca en una regla una nueva excepción hasta entonces desconocida; sí considera aceptable, en cambio, el segundo de sus criterios.

Para Alexy, en primer lugar, un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades

²⁶ Vid. Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, págs. 81 a 98.

reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Todo esto demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, si se aplican independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto.

Para analizar este segundo criterio de distinción, Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán. La primera se refiere a un conflicto entre una norma jurídica del Estado Federal y una norma de un *land* (BverfGE, I, 283 (292)). La segunda prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El Tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto “el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del *land*” (Art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn), declarando, así, nula la norma jurídica del *land*. Éste es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Este conflicto sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Otro ejemplo de conflicto de reglas que puede ser solventado a través de la introducción de una cláusula de excepción es aquél que se da entre la prohibición de abandonar una sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendios. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da la alarma, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. El conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio. Ahora bien, si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del Ordenamiento jurídico.

De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán con ocasión de una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque al corazón (BverfGE, 51, 324). Las normas en colisión son, por un lado el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho

fundamental a la vida y a la integridad física y, por otro, el principio del Estado de Derecho que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces habría de prohibirse la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculcado; en cambio, si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral como obligatorio o, cuando menos, permitido. Por otro lado, si el Tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del Ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. Sin embargo, el Tribunal, no se refiere en este caso a una contradicción entre ambas normas, sino a una *tensión* y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida.

En efecto, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. En definitiva, “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios validos– tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso”.

7. La tesis débil de la separación.

No obstante, como señala el propio Alexy²⁷, el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma de un grado relativamente alto de generalidad es la

²⁷ Vid. Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pág. 140.

que reconoce a todos los ciudadanos libertad de creencias; en cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Ésta sería, como ya se ha señalado, la “tesis débil de la separación”, que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica.

Entre los partidarios de esta tesis, destaca Prieto Sanchís²⁸, quien escribe que “quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”.

Prieto Sanchís rechaza la tesis de que la distinción entre reglas y principios sea evidente cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto y para ello recurre al siguiente razonamiento. Imaginemos una norma N1 que reconoce la libertad de expresión y la norma N2 que obliga a todos a guardar el debido respeto a las autoridades. Es obvio que tales normas pueden entrar en colisión (como, por ejemplo, en el delito de desacato). Pues bien, si aceptamos un criterio de precedencia que siempre otorgue prioridad a N1 o a N2, nos hallaremos ante un conflicto de reglas y dicho criterio equivaldrá, en realidad, a una excepción: rige N1, salvo que se dé N2, o rige N2 salvo que se dé N1. En cambio, si aceptamos en ciertos casos prevalece N1 y que en otros lo hace N2, entonces nos encontramos ante una colisión de principios, que debe solucionarse mediante la ponderación a la vista de las condiciones concretas. Lo que nos lleva a la conclusión de que lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos: si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.

Desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente se consideran principios pueden funcionar como reglas y viceversa. Así, un derecho fundamental puede operar como regla en tanto no entra en colisión con otro derecho fundamental, en cuyo caso se transforman ambos en principios; a su vez un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez, lo que ocurriría, por ejemplo, si

²⁸ Vid. Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47 a 63.

en el Ordenamiento se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial, manteniendo la vigencia del actual artículo 14 CE²⁹. Asimismo, paradójicamente, un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto. Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto su orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo, “se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público”; evidentemente, nos encontramos con un problema de vaguedad del lenguaje que obliga a ponderar qué es la libertad ideológica y qué es el orden público; pero, una vez decidido qué una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho.

En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– “la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”.

Más lejos, si bien en este mismo sentido, van las críticas de aquéllos que, sencillamente, niegan la distinción entre reglas y principios. Así, Alexy³⁰, señala que, por ejemplo, Klaus Günther sostiene que los principios no existen en absoluto; más bien, sólo existen normas, si bien normas que son usadas de distinta forma. Así, tratamos una norma como una regla si la usamos sin tener en cuenta las diversas características y circunstancias de la situación y la tratamos como principio si tenemos en cuenta todos los hechos (tanto fácticos como legales). Alexy concede que Günther tiene razón cuando afirma que hay casos en los que no es fácil decidir si una norma debería ser tratada como una regla o como un principio. Ésta es una cuestión de interpretación en la que no hay criterios que proporcionen respuestas simples y claras en todos los casos. No obstante, esto no impide considerar a los principios como normas con una estructura diferenciada, es más, la misma cuestión de si una norma es una regla o un principio presupone la existencia misma de éstos. Además, el cumplimiento gradual no es la única razón que justifica la distinción estructural entre normas o principios, pues sólo su existencia puede explicar por qué una norma desechada en una decisión de ponderación no se considera ni violada ni invalidada.

8. El papel de los principios en el razonamiento jurídico

²⁹ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³⁰ Vid. Alexy, Robert: “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, septiembre de 2000, pág. 299.

Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios –y no sólo de los implícitos, de los que ya se ha dicho algo, sino también de los explícitos– y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad³¹. No obstante, como señala Prieto Sanchís³², por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas.

Ciertamente, no cabe duda –sostiene el citado profesor³³– de que, a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más libre que cuando aplica reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto, pues la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte.

En esta línea, advierte Guastini³⁴ que la identificación de un principio en cuanto tal – siempre que se trate de disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa–, comporta discrecionalidad, pues a menudo, si bien no siempre, una misma disposición normativa puede ser interpretada como una regla o como un principio.

Esta afirmación es ilustrada con el ejemplo del artículo 3 de la Constitución italiana que prescribe que “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”. Pues bien, esta disposición puede ser interpretada de dos formas distintas, ambas empleadas por el Tribunal Constitucional italiano. Conforme a la primera interpretación, expresa una regla específica: “si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc.

³¹ Decisión que tiene una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, “en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro” (Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, n° 34, 1999, pág. 44).

³² Vid. Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000, pág. 173.

³³ Vid. Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, cit. págs. 61 a 63.

(supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica)”. Por un lado, una regla semejante no admite excepciones, pues está excluido que una ley, que discrimine según el sexo, la raza, etc., pueda ser conforme a la Constitución; por otra parte, una regla semejante tiene un supuesto de hecho cerrado, pues está excluido que (a los efectos de esta norma) una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima cuando discrimine por razones distintas del sexo, la raza, etc. De acuerdo con la segunda interpretación, en cambio, la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad, que quizás pudiera formularse así: “los casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos distintos deben ser tratados de un modo distinto”. Por un lado, este principio admite excepciones: no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque discrimine entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (el legislador debe tratar de modo distinto situaciones objetivamente distintas); por otro, este principio tiene un supuesto de hecho abierto: no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimine según criterios distintos del sexo, la raza, etc. (el legislador debe tratar de un modo igual situaciones objetivamente iguales). Ahora bien, no sólo es discrecional la opción entre la primera y la segunda interpretación, sino que, además, la elección de la segunda tiene el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación, en este caso el juez constitucional.

No obstante, son muchos quienes opinan que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. Así, Alexy disiente de la tesis de Dworkin, según la cual los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan. A su juicio, esto sólo sería factible si fuese posible un “orden fuerte de principios”, esto es, si se pudiera crear una lista completa de los principios de un sistema jurídico y, además, pudieran establecerse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose así unívocamente la decisión en cada uno de los casos; “si fuera posible una teoría tal de los principios, sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta”³⁴.

Pero este orden fuerte solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica calculable; no obstante, el problema de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado. Así lo afirma

³⁴ Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, cit., pág. 40.

³⁵ Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n° 5, 1988, pág. 139.

también Rafael de Asís³⁶, para quien, refiriéndose a los derechos fundamentales, sostiene que no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto. De modo que, por ejemplo, no es posible argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por ejemplo, la libertad³⁷. También Zagreblesky³⁸ sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva.

Ahora bien –volviendo a Alexy³⁹–, la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que la ponderación no sea un procedimiento racional, el cual puede, además, ser optimizado por medio de un orden débil de principios que comprenda tres elementos: un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie*.

Así, por ejemplo, la sentencia antes citada por el propio Alexy muestra cómo surge un sistema de condiciones de precedencia. En éste, recordemos se producía una colisión entre el deber del Estado de garantizar el funcionamiento eficaz de la aplicación del Derecho penal y el derecho del acusado a la vida y la integridad física que solucionaba el Tribunal estableciendo la que en el caso de la realización de la audiencia oral suponga un riesgo probable y grave para la

³⁶ Vid. Asís Roig, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, nº 3, 1994, pág. 123).

³⁷ No obstante, hay casos en los que un determinado derecho sí suele gozar de preferencia con carácter general. Así, la jurisprudencia constitucional española suele conceder una mayor fuerza a la libertad de información, pues estima que contribuye a la formación de la opinión pública, que es uno de los pilares de la sociedad libre y de la democracia al poseer un carácter irradiante sobre las otras libertades (vid. *ibídem*).

³⁸ Vid. Zagreblesky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.

³⁹ Vid. Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., págs. 144 a 148.

salud del imputado, habrá de prevalecer el derecho de éste sobre el del Estado; Esto significa que, bajo estas condiciones, vale la consecuencia jurídica del principio prevalente, es decir, se prohíbe la realización de la audiencia oral. Pues bien, esta conclusión, puede generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos.

Sin embargo, como pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por ello, deberán ser evaluadas, por lo que no es posible construir ningún orden que establezca en cada caso justamente una única decisión correcta.

Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios: la ley de la ponderación. Como hemos visto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. El primero de ellos exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada; el principio de necesidad, por su parte, exige que para que tal medida sea aceptada no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga, al menos, la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto

Y el tercer elemento de una teoría débil de los principios lo constituyen las prioridades *prima facie*. Por ejemplo, en una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad.

Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos en de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios, si bien no contienen una determinación definitiva, por lo que el orden depende de nuevo de la argumentación.

En definitiva, aunque no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui⁴⁰, no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación. Es por ello por lo que, a juicio de Alexy, estos déficit de racionalidad de la ley de la ponderación requieren el complemento de una teoría de la argumentación jurídica racional de mayor alcance.

También Prieto Sanchís⁴¹ sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”.

En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión puede formularse así: “la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre

⁴⁰ Vid. Cabra Apalategui, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, pág. 170.

⁴¹ Vid. Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 181.

una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁴².

Es por esto por lo que podemos concluir, con Javier Ansuátegui⁴³, que la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades. Asimismo, la razonabilidad, entendida como elemento básico del test de aceptabilidad al que debe ser sometida la decisión judicial es, en este sentido, una de las manifestaciones que presenta la seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo.

Bibliografía:

- Aarnio, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000
- Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988
- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997
- Alexy, Robert: *El concepto y validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997
- Alexy, Robert: “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, septiembre de 2000
- Ansuátegui, Javier: “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma” en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006
- Arjona, César: “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, en *Doxa*, nº 26, 2003
- Asís Roig, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, nº 3, 1994
- Asís Roig, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996
- Betegón, Jerónimo y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997

⁴² Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 173.

⁴³ Vid. Ansuátegui, Javier: *Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma*

- Cabra Apalategui, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, n° 9, 2000
- Díaz Roca, Rafael: *Teoría General del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995
- Garzón Valdés, E. y Laporta, Francisco J. (eds.): *El Derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996
- Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, n° 34, 1999
- Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990
- Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983
- Orozco Henríquez, Jesús: “Consideraciones sobre los principios y las reglas en el Derecho electoral mexicano”, en *Isonomía*, n° 18, abril de 2003
- Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Prólogo” a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
- Prieto Sanchís, Luis: “La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas”, en Betegón, Jerónimo y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*
- Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 7, Dykinson, Madrid, 1998
- Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000
- Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004,
- Ruiz Manero, Juan: “Principios jurídicos”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, Francisco J. (eds.): *El Derecho y la justicia*
- Saavedra, Modesto: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994
- Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997
- Zagreblesky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995

UNIDAD III: CASOS DE APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “El principio favor libertatis en la interpretación de la ley”. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. Guía 6, GACETA JURIDICA, Perú, 2009, pp 73-101.



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 Echeopar 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 Gesetzeslegung*), 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 comprensivo 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 comprensivo 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) *Ibíd.*, 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. *Ibíd*em, 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.