

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



M. Sc. SELVIN WILFREDO FLORES DIVAS

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a shield, and a banner. The Latin motto "CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA" is inscribed around the top of the seal, and "SACRUM INTER" is visible at the bottom. The seal is rendered in a light gray, semi-transparent style.

**INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
-TEORÍA NORMATIVA Y PRINCIPALISTA DEL DERECHO-**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guiones dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

M. Sc. SELVIN WILFREDO FLORES DIVAS

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



RECTOR

M.Sc. Ing. MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de profesores:	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representante de graduados:	Inga. Evelin Dee Dee Sumalé Arenas
Representantes de estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Cerritos
Representante de estudiantes:	P.C. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Blanca Odilia Alfaro Guerra
Secretario:	Ph.D. María Roselia Lima Garza
Vocal:	M.Sc. Omar Rafael Ramírez Corzo
Asesora de Tesis:	Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lemus



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Chiquimula, 04 de Julio de 2019

Maestro

Mario Roberto Díaz Moscoso

Director del departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente

Su despacho

Maestro Díaz Moscoso:

Con las más altas muestras de consideración y respeto me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que, conforme a resolución No. 42-2019 de la Dirección del Departamento de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, fui nombrada Asesora Principal de Tesis de la Maestría en Derecho Constitucional, del **Maestro en Ciencias Selvin Wilfredo Flores Divas**, por lo que para los efectos correspondientes me permito rendir el dictamen correspondiente en los términos que siguen:

- I) La actividad investigadora del Msc. Flores Divas, se realizó con mucha seriedad y responsabilidad profesional, haciendo acopio de fuentes de consulta pertinentes y actualizadas.
- II) Como problema de su investigación, el Maestro Flores Divas planteó en forma interrogativa lo siguiente: ¿Cuál debería ser la más aceptable interpretación del texto de la Constitución?, ¿Pueden las proposiciones sobre principios y los juicios de valor formar parte de la interpretación del texto de la Constitución? y ¿Es la teoría normativista o principalista la que debe tomarse como punto de partida para interpretar el texto constitucional? Planteando como hipótesis ante este planteamiento que la más aceptable interpretación del texto de la Constitución será aquella



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

que, sin violentar el sentido textual y contextual de la expresión interpretada, determine la solución óptima para el caso que se pretende resolver. Esto implica en primer lugar la observación del texto y el contexto de las normas constitucionales y en segundo lugar, una interpretación que tome en cuenta la seguridad jurídica y la certeza del contenido normativo, atendiendo el hecho de que las normas constitucionales regulan diversas materias que si bien pueden colisionar en el ámbito de los derechos, tienen una exigencia de racionalidad que determina la extensión, los límites y el ámbito de aplicación de cada institución constitucional regulada.

- III) Como se colige de sus conclusiones el postulante comprobó la hipótesis que formuló utilizando los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica, por lo que la suscrita emite DICTAMEN FAVORABLE, con el objeto de que el trabajo de investigación del Msc. Flores, sea objeto de evaluación ante el tribunal que para el efecto se designe.

Sin más al respecto, me suscribo deferentemente.

"Id y Enseñad a Todos"

Ph.D Gabriela Patricia Portillo Lemus

Asesora de Tesis

Centro Universitario de Oriente



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS
DEPG- 25-2019

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios trecientos dieciséis y trecientos diecisiete, donde se encuentra el Acta EPT veinticinco guion dos mil diecinueve (ACTA EPT-25-2019), que copiada literalmente dice:-----

“Acta EPT-25-2019: En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctora en Derecho Blanca Odilia Alfaro Guerra (Presidenta), Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza (Secretaria) y Maestro en Derecho Constitucional Omar Rafael Ramírez Corzo (Vocal), el día viernes diecinueve (19) de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las quince horas, para practicar el EXAMEN PRIVADO DE TESIS, del Maestro en Derecho Penal Selvin Wilfredo Flores Divas (Postulante), inscrito con carné No. 100012403, en la Maestría en Derecho Constitucional, de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como requisito previo a optar el grado de Maestro en Ciencias en la rama de Derecho Constitucional, en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base a autorización contenida en Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 8 de noviembre de dos mil once y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 04-2012, de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 13 de marzo de dos mil doce, ampliados en el Punto Décimo, Inciso 10.01, acta 02-2014, de Reunión Ordinaria celebrada el 04 de febrero de

dos mil catorce por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado. Haciendo constar lo siguiente: -----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitolado: "INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL – TEORÍA NORMATIVA Y PRINCIPALISTA EN EL DERECHO-", elaborado por el postulante, Licenciado Selvin Wilfredo Flores Divas.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD DE VOTOS**, por los Miembros del Tribunal Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las dieciséis horas con treinta minutos del día diecinueve de julio de dos mil diecinueve.." Firmaron el acta Doctora Blanca Odilia Alfaro Guerra, Doctora María Roselia Lima Garza y Maestro Omar Rafael Ramirez Corzo y Maestro Selvin Wilfredo Flores Divas.

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, ocho de octubre de dos mil diecinueve.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente



EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis del maestrante SELVIN WILFREDO FLORES DIVAS titulado “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL –TEORÍA NORMATIVA Y PRINCIPALISTA DEL DERECHO-”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRO EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO CONSTITUCIONAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a ocho de octubre de dos mil diecinueve.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI - USAC



c.c. Archivo

EFCC/ars

DEDICATORIA

A DIOS:

Lleno de regocijo, de amor, de esperanza y de gratitud por su misericordia e infinitas bendiciones, porque mi confianza esta siempre en él, porque en él soy más que vencedor.

A MIS PADRES:

Joaquín Flores España y Luz María Divas Arias. Por ser un digno ejemplo de lucha, esfuerzo, dedicación, trabajo y sacrificio; y ser pilares fundamentales en mi vida.

A MIS HIJOS:

María Fernanda, Estefany María, Isaac Josué, Juan Pablo, Daniela María, Carlos Augusto y María Catalina. Por ser la motivación que me inspira día a día de ser mejor ser humano, para ustedes y por ustedes.

A MIS HERMANOS:

Jairo Joaquín, José Ricardo, Alejandra, Ernesto y Vicky. Por su incondicional apoyo, cariño y estar en los momentos más importantes de mi vida.

A MI ESPOSA:

Carol Yessenia Vargas Salguero, con profundo agradecimiento por estar a mi lado y brindarme su comprensión y todo el apoyo necesario en cada etapa vivida a su lado.

A TODA MI FAMILIA Y AMIGOS EN GENERAL:

Por sus muestras de apoyo y cariño a lo largo de mi vida.

AL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE (CUNORI):

Por ser mi centro de enseñanza y sabiduría, cuna de cultura y hogar de docentes y asesores de profesionalismo sin igual.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	1
-POSTULADOS FUNDACIONALES JURÍDICOS, POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS-	
1.1 Interpretación	1
1.2 Concepciones de la interpretación jurídica	6
1.2.1 Concepción cognoscitivista	6
1.2.2 Concepción no cognoscitiva	8
1.2.3 Concepción intermedia	9
1.3 Interpretación constitucional	10
1.4 Postulados fundacionales jurídicos, políticos e ideológicos	11
1.4.1 Alcances y límites	14
1.4.2 Preferencia de normas	24
1.5 Tipología de las sentencias constitucionales	27
1.5.1 Modulación tradicional	27
1.5.2 Sentencias manipulativas	28
1.5.3 Sentencias interpretativas o condicionales	28
1.5.4 Sentencias integradoras o aditivas	29
1.5.5 Sentencias sustitutivas	30
1.5.6 Sentencias apelativas o exhortativas	30
1.5.7 Efecto temporal o prospectivo de la sentencia constitucional	31
1.5.8 Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal	31
1.5.9 Otros modelos de sentencias constitucionales	32

CAPÍTULO II: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO. TEORÍA NORMATIVISTA Y PRINCIPALISTA	33
2.1 Situación actual del problema de la hermenéutica constitucional	33
2.2 Situación actual del problema de los principios constitucionales	40
2.3 Situación actual del problema de la axiología constitucional	43
2.4 La teoría del neoconstitucionalismo	47
2.5 Interpretación y neoconstitucionalismo. Teoría normativista y principalista	53
2.6 Los principios jurídicos y los principios constitucionales	59
2.7 La interpretación axiológica de la constitución	62
CAPÍTULO III: AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL	66
3.1 El Problema de los valores constitucionales	67
3.2 Peculiaridades de la Interpretación constitucional	73
3.3 Técnicas de la interpretación constitucional	78
CAPÍTULO IV: PROBLEMAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL	81
4.1 Problemas esenciales de la interpretación constitucional	84
4.2 Necesidad de la interpretación constitucional	86
4.3 Finalidad y límites de la interpretación constitucional	86
4.4 Los métodos tradicionales de interpretación y la Interpretación Constitucional	87
4.5 Los principios de la interpretación constitucional	88
4.6 Reglas de la interpretación constitucional	91
4.7 Modelo hermenéutico constitucional contemporáneo	93
4.7.1 El derecho por principios	93
4.7.2 El derecho por reglas y derecho por principios	94
4.8 ¿Por qué distintos intérpretes de la Constitución realizan interpretaciones diversas de un mismo texto normativo?	96
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	102

INTRODUCCIÓN

Dentro de un contexto globalizado, la interpretación y aplicación de la norma, aplicada a hechos concretos, implica una labor metodológica, no pudiendo existir una interpretación absoluta para evitar arbitrariedades, pues el intérprete de la misma debe dejar que la norma, sea quien hable, pues existe en tal sentido conflicto en cuanto a que si la meta de la interpretación es determinar la voluntad del legislador o el sentido normativo propiamente de la ley. La norma en su naturaleza es dinámica, especialmente en la búsqueda de dar respuesta a los distintos fenómenos sociales; de tal cuenta, la interpretación constitucional es el arte de aplicar los principios y postulados de la hermenéutica constitucional, tal y como lo deja entrever el Doctor Néstor Sagüés: " El valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del constituyente podrá haber sido bien definida..., pero, en última instancia, la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada". ¹

Varios autores doctrinarios especialistas de la materia constitucional, no han sido unánimes en cuanto a determinar qué método es el indicado para interpretar las normas constitucionales, aconsejando en alguna medida realizar una combinación entre las diferentes técnicas de interpretación a efecto de brindar un resultado interpretativo exitoso.

Por lo que dentro del presente trabajo resulta necesario realizar algunas aclaraciones previas y necesarias relacionadas con el tema a tratar, por un lado:

- a) Mediante el título del presente trabajo se limita de alguna manera el tópico de investigación al ámbito de las Constituciones escritas, ello porque en opinión de muchos autores y que comparto en lo particular, únicamente puede existir hermenéutica constitucional cuando hay un texto que interpretar, pues sin texto no

¹ Sagüés, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Lexis Nexis, 2006.

puede haber hermenéutica. La interpretación de las Constituciones no escritas, no constituye hermenéutica como lo ha manifestado de forma clara el jurista **Riccardo Guastini** al expresar que: “Cuando se trata de una constitución consuetudinaria, lo que llamamos interpretación no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento”.²

El jurista mexicano **Eduardo García Máynez** lo expresa también bastante claro cuando habla de la división que hizo la Escuela Exegética francesa entre **medios directos (escritos)** y **medios indirectos (no escritos)** para descubrir el espíritu de la ley, manifestando que: “...En lo que atañe a los medios indirectos, lo primero que debemos decir es que no son de carácter hermenéutico, puesto que su empleo presupone que el recurso a los llamados directos resultó inútil y, por tanto, que el caso que el juez ha de resolver no fue previsto por los órganos legislativos. El problema no es, pues, exegético, sino de integración”.³

- b) Por otro lado, toda pretendida interpretación constitucional cuya fuente de conocimiento se localice fuera del texto constitucional, es un **problema de integración** o simplemente, no tiene la categoría de hermenéutica de la Constitución, y si se trata de esto último, posee además problemas que cuestionan seriamente su legitimidad y su validez constitucional.
- c) También resulta oportuno mencionar, que el Derecho se mueve entre la **filosofía que prescribe los valores** y la **ciencia que comprueba los hechos**, por lo que se puede decir que el estatus lógico y epistemológico de esta cuestión está en apuros. En primer lugar, no tenemos claro lo que son los valores y ni siquiera la diferencia que existe entre valores y valoraciones; en segundo lugar, el nexo valores-prescripciones es frágil: porque no se ha dicho (con excepción de algunos iusnaturalistas) que una prescripción esté siempre en función de una valoración. De este modo se confunden **imperativos axiológicos con imperativos jurídicos**,

² Guastini, Riccardo. Estudios sobre la Interpretación Jurídica. (Editorial Porrúa. México. 2014), Pág. 3.

³ García Máynez, Eduardo. Lógica del Raciocinio Jurídico. (Editorial Fontamara. México, 2011), Pág. 25

o sea, no se tienen claras las reglas de conexión entre medios y fines. En tal sentido, se ha tratado de resolver esta problemática planteando la similitud entre **neutralidad axiológica epistémica e imparcialidad judicial** si es que esto fuera posible, en el sentido en que lo expone el jurista **Norberto Bobbio** al decir que: “La neutralidad axiológica es la virtud del científico como la imparcialidad es la virtud del juez”.

De tal cuenta, realizadas las observaciones mencionadas el presente trabajo de investigación se sustenta en los siguientes temas medulares:

1. Situación actual del problema de la hermenéutica constitucional;
2. Situación actual del problema de los principios constitucionales y
3. Situación actual del problema de la Axiología Constitucional).

Siendo la razón o el porqué de la presente investigación resolver las interrogantes siguientes:

1. ¿Cuál debería ser la más aceptable interpretación del texto de la Constitución?
2. ¿Pueden las proposiciones sobre principios y los juicios de valor formar parte de la interpretación del texto de la Constitución? o en otras palabras, ¿Puede la hermenéutica constitucional fundamentarse también en principios y valores constitucionales?
3. ¿Es la teoría normativista o la principalista la que debe tomarse como punto de partida para interpretar el texto constitucional?; ello en virtud de tratar de dar respuesta a si existe o no lineamientos que de una forma u otra nos orientes a cómo debe de interpretarse el texto constitucional en la aplicación de los casos concretos; considerando en base a la presente investigación como solución o respuesta hipotética al problema a investigar las siguientes afirmaciones:

La más aceptable interpretación del texto de la Constitución será aquella que, sin violentar el sentido textual y contextual de la expresión interpretada, determine la solución óptima para el caso que se pretende resolver. Esto implica en primer lugar la

observación del texto y el contexto de las normas constitucionales y en segundo lugar, una interpretación que tome en cuenta la seguridad jurídica y la certeza del contenido normativo, atendiendo el hecho de que las normas constitucionales regulan diversas materias que si bien pueden colisionar en el ámbito de los derechos (no en el ámbito normativo), tienen una exigencia de racionalidad que determina la extensión, los límites y el ámbito de aplicación de cada institución constitucional regulada. (Principio de unidad del ordenamiento Jurídico).

En lo que atañe al problema de los principios constitucionales, éstos se pueden encontrar en la Constitución Política de la República de Guatemala, expresamente como es el caso del artículo 204 de la Constitución de Guatemala, en el que se establece expresamente el principio de supremacía constitucional, o bien pueden ser identificados en el contenido de disposiciones constitucionales que no contengan tal señalamiento. El segundo caso indiscutiblemente comporta discrecionalidad por parte del intérprete. A la hermenéutica constitucional únicamente pertenecen los principios descritos en el primer caso.

Respecto a los valores constitucionales, la denominada fuerza normativa de la Constitución o dicho de otra manera, la absoluta pretensión de validez y supremacía de su contenido, implica que debido a la índole de la regulación constitucional y sobre todo de su carácter coercible, la fuerza obligatoria de su contenido normativo no se haga depender de valor alguno, o del parecer de algún intérprete sobre la bondad intrínseca (justicia) de sus normas. Esto no significa en absoluto que el órgano creador de la Constitución haya sido infalible, ni que la regulación constitucional tenga siempre una pretensión de corrección moral, sino que no es posible poner en tela de juicio la validez normativa de la Constitución ni menos aún, hacer depender su fuerza obligatoria de juicio de valor alguno. Hablar de valores constitucionales tiene como condición esencial la existencia de pautas objetivas de valoración o referentes axiológicos, pero como la axiología no ha descubierto hasta hoy ninguna, en mi opinión lo que la hermenéutica constitucional puede tomar como referente valorativo primordial, es el contenido del primer párrafo del artículo 4º. de la Constitución de

Guatemala, que ordena la igualdad de tratamiento de todos los seres humanos en dignidad y derechos. Principio que se encuentra contemplado en casi todas las constituciones contemporáneas. El respeto a la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos es la mejor pauta valorativa que un intérprete puede argumentar en la hermenéutica constitucional.

Lo anteriormente mencionado y después de la investigación permitió llegar a las conclusiones siguientes:

1. El neoconstitucionalismo como línea de pensamiento jurídico es en alguna medida unitaria y coherente y que a su vez tiene una conexión conceptual lógica y necesaria con el positivismo jurídico como enfoque e ideología de la justicia; así como las relaciones que el iuspositivismo mantiene con el constitucionalismo moderno y contemporáneo, se dan, esencialmente, en el momento interpretativo y en el momento aplicativo.
2. Que son los Jueces y Magistrados son los llamados a realizar una adecuada interpretación del texto constitucional manteniendo el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el de coherencia y completitud, tomando en cuenta que no existen derechos absolutos en base a la doctrina de los límites inmanentes, pues la justicia absoluta es un ideal irracional.
3. En la actualidad la hermenéutica constitucional, ha utilizado como fundamentación de la interpretación del texto constitucional, los principios y valores constitucionales, no obstante, en la axiología constitucional doctrinarios renombrados postulan la exclusión de las valoraciones del método de la ciencia.

Para cumplir con los objetivos se la presenta investigación el estudio se dividió en cuatro capítulos, en el capítulo I, se presentan las diferentes concepciones de interpretación constitucional, postulados fundacionales jurídicos, políticos e ideológicos. En el capítulo II, se aborda el tema sobre la interpretación constitucional en el neoconstitucionalismo, teoría normativista y principalista, abordando los temas

sobre la situación actual del problema de la hermenéutica constitucional y de la axiología constitucional. En el capítulo III, se define la axiología constitucional y en el capítulo VI, se abordan los problemas de la hermenéutica constitucional, sus principios y reglas de interpretación.

CAPÍTULO I

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

POSTULADOS FUNDACIONALES JURÍDICOS, POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS

1.1 Interpretación

Existen diversos significados que pudieran darse al término interpretar, para el autor Rolando Tamayo “consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). De ahí que interpretar consista en un acto de significaciones, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. El acto de significación es siempre expresado en un lenguaje”.⁴

Para el autor Riccardo Guastini: “En concreto, cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas) como casi siempre sucede, “interpretar” significa clarificar el “contenido” o el campo de aplicación de una norma”⁵

Se afirma lo anterior, porque si pretendemos realizar interpretación jurídica, debemos primero, identificar al objeto de dicha interpretación.

“La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual”⁶.

Como bien afirma Guastini: “El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el “significado” del objeto interpretado”.⁷

Para Kelsen: “El término objeto designa todo aquello que una palabra puede significar, aunque se debe tomar en cuenta que una palabra puede tener –como

⁴Tamayo y Salmorán Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica. México: **Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Segunda Edición. 2004. Pág. 135 y 136. ISBN 970-32-2121-1.**

⁵ Guastini, Riccardo. Estudios Sobre la Interpretación Jurídica. Editorial Porrúa. México. 2014. Pág. 3.

⁶Ibíd. Pág. 2.

⁷Ibíd. Pág. 1.

sucede en los lenguajes naturales- significados diversos, pero en la medida que los objetos designados posean las mismas propiedades, puede decirse que tienen el mismo significado”⁸.

El término hermenéutica se refiere al arte de interpretar textos bien sean de carácter sagrado, filosófico o literario.⁹

La hermenéutica jurídica es el estudio de las reglas y los métodos para la interpretación de los textos jurídicos. Su objetivo es que la interpretación de este tipo de textos no se realice con base en criterios subjetivos que puedan modificar el significado original de los textos.¹⁰

Por hermenéutica jurídica se entenderá entonces, la interpretación de textos jurídicos, entendidos éstos como la agrupación de normas jurídicas que regulan un ámbito general o específico de la conducta humana y por hermenéutica constitucional se entenderá la interpretación del texto de una Constitución (la Constitución formal).

Desde la perspectiva semántica, hermenéutica es el arte de interpretar un texto, en tal sentido, es un término genérico que se manifiesta en diversos actos del ser humano y uno de ellos es cuando se actúa sobre textos jurídicos positivos, es decir, normas jurídicas.

Para algunas corrientes de opinión y en el caso de las normas jurídicas, sólo se da la interpretación cuando un texto es oscuro, ambiguo, contradictorio y en general, dubitativo. Y entonces se afirma que la norma jurídica sólo se aplica, sobre todo cuando esa tarea está en manos de un juez. Sin embargo, siendo muy débil esta argumentación, pienso que toda ley, por muy clara que sea la exposición textual, para aplicarla, necesita ser interpretada.

⁸ Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Editorial Trillas. México. 2007. Pp. 49.

⁹ "Hermenéutica". En: Significados.com. Disponible en: <https://www.significados.com/hermeneutica/> Consultado: 4 de agosto de 2019, 06:01 pm.

¹⁰ *Ibíd.*

Hace bien el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de calificar a la hermenéutica como “un arte de interpretar textos y especialmente el de interpretar los textos sagrados. Hermenéutico es también en la filosofía de Hans-Georg Gadamer, teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad”¹¹, se dice que es el arte se requiere de habilidades, destrezas y conocimientos, para hacer alguna cosa.

En el caso de la hermenéutica jurídica, ha habido diferentes posiciones doctrinarias sobre la misma:

- a. Racionalismo: el derecho es una creación de la razón humana y por lo mismo derecho equivale a norma.
- b. Empirismo: derecho equivale a experiencia
- c. Historicismo: el derecho está ligado a la experiencia histórica y es reflejo de ella.
- d. Sincretismo metódico: el derecho es un estudio que debe comprender cuatro áreas: la ontología jurídica, la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental y la axiología jurídica.

Para poder definir el tema sobre la hermenéutica constitucional, es necesario realizar algunas aclaraciones previas y necesarias relacionadas con el tema:

- a. La investigación se refiere a las Constituciones escritas, lo que significa que únicamente puede existir hermenéutica constitucional cuando hay un texto que interpretar, pues sin texto no puede haber hermenéutica.

La interpretación de las constituciones no escritas, no constituye hermenéutica como lo ha manifestado de forma clara el jurista Riccardo Guastini al expresar que: “Cuando se trata de una constitución consuetudinaria, lo que llamamos

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española. Definición de hermenéutico en el diccionario español. (En línea) Consultado el 15/05/2019. Disponible en: <https://educalingo.com/es/dic-es/hermeneutico>.

interpretación no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento".¹²

Por otro lado, el jurista Eduardo García Máynez lo expresa también bastante claro cuando habla de la división que hizo la Escuela Exegética francesa entre medios directos (escritos) y medios indirectos (no escritos) para descubrir el espíritu de la ley, manifestando que: "...En lo que atañe a los medios indirectos, lo primero que debemos decir es que no son de carácter hermenéutico, puesto que su empleo presupone que el recurso a los llamados directos resultó inútil y, por tanto, que el caso que el juez ha de resolver no fue previsto por los órganos legislativos. El problema no es, pues, exegético, sino de integración".¹³

- b. Toda interpretación constitucional cuya fuente de conocimiento se localice fuera del texto constitucional, es un problema de integración o simplemente, no tiene la categoría de hermenéutica de la Constitución, y si se trata de esto último, posee además problemas que cuestionan seriamente su legitimidad y su validez constitucional.

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

¹² Guastini, Riccardo. Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional. Trotta. UNAM. 2010. Pp. 38).

¹³ García Máynez, Eduardo. Lógica Del Raciocinio Jurídico. Editorial Fontamara. México. 2011. Pp. 25.).

Se ha tratado de resolver la similitud entre neutralidad axiológica, epistémica e imparcialidad judicial, si es que esto fuera posible, en el sentido en que lo expone el jurista Norberto Bobbio al decir que: “La neutralidad axiológica es la virtud del científico como la imparcialidad es la virtud del juez”.¹⁴

Sin embargo, cuando se habla de valores constitucionales, siempre se camina sobre un piso frágil. De tal manera, realizadas las observaciones mencionadas procedo en a plantear la justificación de la investigación que se pretende realizar.

Los intérpretes del siglo veinte adoptan una concepción mixta de la Constitución, que intenta mediar entre distintas opciones: la procedimental, la decisionista y la institucionalista. De ello resulta una aproximación garantísta y formal, consciente de la importancia de la organización, reforzado por una doctrina social que tiene como objeto la colectividad: el momento de decisiones no puede negarse, pero se intenta disciplinarlo, contenerlo y dirigirlo; sobre todo, a través de los principios.

En este ir y devenir de elementos se forma la concepción prescriptiva de la Constitución como norma que dará forma concreta al derecho positivo, contribuyendo al proceso de constitucionalización. A este último le han seguido otros dos fenómenos, aparentemente contradictorios: un impulso particularista y otro universalista. Mientras este segundo se encuentra tras la difusión de la técnica ponderativa, a la que se hace portadora de la validez de principios morales considerados significativamente evidentes; el primero, muestra la tendencia a distinguir y señalar la particularidad entre los derechos objetivos, subrayando la importancia y el peso de la tradición jurídica en su formación y aplicación.

Se opone, por ejemplo, a la idea de una sociedad de más antigua tradición constitucional, donde el constitucionalismo ha introducido profundas raíces por ejemplo, los Estados Unidos de América y Europa, una sociedad de reciente constitucionalización como América Latina, y otra necesidad donde está en curso una

¹⁴ Bobbio, Norberto. Teoría general de la política. (Trotta. Madrid. 2009), p. 577.

lucha por la Constitución, donde se debate todavía sobre los fines políticos y sus principios éticos fundamentales, como podría ser en el Norte de África o en el Medio Oriente.

Es interesante reflexionar sobre estas distinciones. El argumento parece permitir clasificaciones precisas, pero, observándolo bien, se trata más bien de una cuestión de grado.

1.2 Concepciones de la interpretación jurídica

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

1.2.1 Concepción cognoscitivista

El Doctor González Dubón expone que “para esta concepción de la interpretación jurídica, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S.

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

La interpretación jurídica es una actividad cognoscitiva en base a la cual es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos considerados. Cada cuestión jurídica admite, así, una única respuesta correcta”.¹⁵

¹⁵ González Dubón Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL. Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales. Tesis Doctoral. Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016. Pág. 12.

Para Ronald Dworkin parece adoptar esta concepción: “Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles”¹⁶.

Esta concepción cognoscitivista de Dworkin, en el sentido de que el juez debe descubrir el significado de los derechos, también es sostenida por autores como Ennecerus, Häberle, Frosini¹⁷, Ferrer y Pallares. Amalgamando la opinión de los citados autores, podemos decir que “la interpretación jurídica consiste en explicar, comprender, exponer y/o aclarar cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso) es decir, cuál es el contenido normativo que el texto contiene”¹⁸.

En una posición similar pero un tanto diferenciada de esta concepción, se encuentran autores como García Máynez, De Pina, García Belsunce, Villoro y García Trinidad. Estos autores consideran que el sentido de una disposición, sea expresado por el legislador histórico o por el racional, hay que averiguarlo o descubrirlo, lo cual implica que se encuentra en el texto: “Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación”¹⁹.

Esta posición manifiesta que la interpretación jurídica no va a explicar lo que dijo el legislador o quien emitió el texto normativo, sino que va a descubrir lo que quiso decir.

¹⁶ Dworkin, Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. 1999. Pág. 146.

¹⁸ Hallivis Pelayo, Manuel. Teoría General de la Interpretación. Editorial Porrúa. México. 2007. Pág. 32. Frosini, Vitorio. La Letra y el Espíritu de la Ley. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.

¹⁹ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 2002. Pp. 325.

En otras palabras, va a desentrañar, a averiguar cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso), la prescripción normativa que el texto contiene.

1.2.2 Concepción no cognoscitivista

Para esta concepción de la interpretación jurídica el Doctor González Dubón expone que: “interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

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

La interpretación jurídica no es una actividad cognoscitiva sino una actividad decisoria o estipulativa. Ninguna cuestión jurídica tiene, consiguientemente, una respuesta correcta previa a la decisión judicial, por la sencilla razón de que los textos legales son radicalmente indeterminados”²⁰.

Esto se fundamenta en la posición adoptada por Guastini: “...los enunciados interpretativos (“El texto T significa S”) no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros”²¹.

El Doctor González Dubón menciona que “a esta concepción se adhieren autores como Luhmann, Zagrebelsky y Velluzzi, en una corriente que constituye otro nivel de

²⁰ González Dubón Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales. Tesis Doctoral. Op. Cit. Pag. 14 y 15.

²¹ Guastini, Riccardo. DELLE FONTI ALLE NORME. Giapichelli. Turín. 1992. Pp. 109. Citado Por: Mendonca, Daniel. Los Derechos en Juego. Conflicto y Balance de Derechos. Editorial Tecnos. Madrid. 2003. Pág. 153.

profundidad en la concepción de la labor interpretativa. Estos autores consideran que lo que hace el intérprete es decidir o atribuir significado (contenido normativo) a una disposición.

En otras palabras, no va a explicar lo que dijo quien emitió el texto normativo, ni tampoco va a descubrir lo que quiso decir, sino que va a decidir, a determinar cuál es el contenido normativo del texto, es decir, va a señalar, va a asignar contenido normativo a un texto. En otras palabras, a fijar la regla de conducta o prescripción normativa, que el texto contiene”.²²

1.2.3 Concepción intermedia

En Doctor González Dubón en su tesis doctoral expone que “para esta concepción de la interpretación jurídica, interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

De acuerdo con esta concepción, en determinadas circunstancias la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva y en otras una actividad decisoria. Consecuentemente, algunos enunciados interpretativos son proposicionales y por lo tanto, susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos y otros son no proposicionales y no susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos”.²³

Según esta concepción, los textos normativos se encuentran parcialmente indeterminados y por consiguiente existen respuestas correctas para ciertos casos: “En los casos típicos los textos normativos están determinados y existe para ellos

²² González Dubón Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales. Op. Cit. Pág. 15.

²³ González Dubón Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales. Op. Cit. Pág. 16.

respuesta correcta; en los casos atípicos, en cambio, los textos normativos no se encuentran determinados y no existe respuesta correcta para ellos”²⁴.

Esta parece ser la posición fue sustentada por sustentada por el autor Hart quién dijo: “He retratado la teoría del Derecho como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual los jueces nunca crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y a veces otra”²⁵.

1.3 Interpretación constitucional

Entrando en materia de interpretación constitucional, generalmente podemos afirmar que el texto de las Constituciones (especialmente de las constituciones latinoamericanas), no establecen cómo se deben interpretar tales documentos, si así lo establecieran, las operaciones interpretativas tendrían que realizarse de conformidad con dichas reglas dado su carácter vinculante y de suprema jerarquía normativa, sin mayores complicaciones.

En tal sentido, lo que se ha elaborado por parte de los precursores del Derecho constitucional son teorías acerca de cómo se debe interpretar el texto de las Constituciones; estas teorías sobre la interpretación constitucional, no constituyen un conjunto uniforme, claramente definido o formulado, de directrices o principios genéricos; de tal cuenta, algunas coinciden en algunos tópicos y divergen en otros, y en otros casos hasta se contradicen.

²⁴ Mendonca, Daniel. Las Claves del Derecho. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000. Pp. 154.

²⁵ Hart, H.L.A. “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. En: Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford University Press. Oxford. 1983. Citado Por: Casanovas P. & Moreso J.J. El Ámbito De Lo Jurídico. Editorial Crítica. Barcelona. 1994. Pp. 144.

Por otro lado, algunas teorías sobre la interpretación constitucional proponen lo que denominan métodos para interpretar el texto de la Constitución, sin cuestionarse si distintos métodos de interpretación de los textos constitucionales pueden llegar al mismo resultado, lo que en la práctica ha evidenciado que generalmente no es así.

1.4 Postulados fundacionales jurídicos, políticos e ideológicos

Hasta este momento sólo se han planteado algunos problemas de naturaleza lógica y epistemológica pertinentes a la hermenéutica constitucional, falta hacer alusión a problemas jurídicos, políticos y humanos, los cuales se abordarán a continuación.

Kelsen claramente explicó, que a un ordenamiento normativo sólo pueden pertenecer los preceptos que encuentran en la norma suprema la razón de su fuerza obligatoria, lo que necesariamente excluye a cualquiera otro no referible, de manera directa o indirecta, a dicha norma.²⁶

Los únicos que, desde el punto de vista del órgano aplicador, valen para él, son los de su propio derecho, o expresado en otras palabras, los que tienen en su norma básica el fundamento de su fuerza vinculante. Pero no se trata sólo de los formulados de modo expreso por los órganos de creación jurídica, sino de los implícitos en las prescripciones vigentes, y de los cuales tales prescripciones resultan actos de aplicación o determinación. Así mismo, manifiesta que las normas implícitas son aquellas que no corresponden a ningún enunciado normativo debido a que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa; y que muchos principios generales del derecho pertenecen a esta categoría.

En ese orden de ideas, hay que tener claro que para una adecuada interpretación del texto constitucional, debe haber una tutela judicial efectiva, la cual radica en el derecho fundamental que asiste a toda persona para reclamar ante los

²⁶ Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Editorial Trillas. México. 1974. Pag. 83-84.

órganos de la jurisdicción, la protección de los derechos de que es titular, existiendo por ende un pleno reconocimiento de los Derechos Humanos en el texto constitucional como lo expresa puntualmente el mismo preámbulo:

- Así preámbulo afirma “... **la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social**; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como el responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.....decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”.²⁷
- “....El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan **los valores que los constituyentes plasmaron el texto**, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene una gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional....”²⁸ Exp. 12-86, sentencia 17 de septiembre de 1986.

²⁷ Congreso de la República de Guatemala. Preámbulo de Constitución Política de la República de Guatemala. Consultado el 16/02/2019. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/\\$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf)

²⁸ Corte de Constitucionalidad. Jurisprudencia Constitucional. (Gaceta No. 1, expediente No. 12- 86, página No. 1, sentencia: 17-09-86). Consultado el 05/05/2019. Disponible en: <http://chapinesunidosporquate.com/wp-content/uploads/2013/01/JurisprudenciaConstitucionalqueviolalainiciativa4084.pdf>

- El artículo 1 establece: Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.
- Seguidamente el artículo 2o. Señala también como deberes del Estado el garantizar a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Al respecto, se hace necesario mencionar tres normas de la Constitución que reafirman el valor supremo de los derechos humanos en el contexto nacional. Estas normas son los artículos 44, 46 y 106 de la norma suprema.

El primero de ellos en su primera parte prevé:

“Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros, que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”.

El segundo, muestra el afán protector de los derechos humanos, a través de la Constitución es el artículo 46 de la misma, el que reconoce la Preeminencia del derecho internacional al señalar:

“...Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno....”.

La tercera norma el artículo 106 de la Constitución Política de la República, referente a derechos sociales, en particular, en derechos laborales, prevé:

“...Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley....”.

1.4.1 Alcances y límites

En cuanto a los alcances y límites se establecen aspectos básicos como:

- El derecho no hace exigible una resolución favorable a los intereses de quien pide tutela.
- El derecho demanda un trámite coherente con las garantías procesales:
- Derecho al juez natural y predeterminado por la ley, imparcial e independiente.
 - Derecho a la defensa y asistencia de letrado.
 - Derecho a un proceso público.
 - Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
 - Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.
 - Garantías específicas del proceso (presunción de inocencia)

Existe una exigencia constitucional también en cuanto al hecho de motivar todas las resoluciones judiciales y no se diga para menos las constitucionales como lo expresa el jurista Ferrajoli expresando que: “La justificación cumple como función primordial la de controlar, sujetar el poder del juez, obligándolo a exponer las razones de hecho y de derecho en las que fundamenta su fallo, sometiénolo, por tanto, al control tanto de los partícipes en el juicio como de la opinión pública en general”.²⁹

A lo dicho anteriormente, se le puede agregar la importancia que requiere en todos los aspectos y en especial el constitucional la labor del juez como interprete de los lineamientos y preceptos que motivan el derecho constitucional como último interprete del referido texto legal.

La Interpretación en materia de derechos fundamentales tiene como principio esencial: la dignidad de la persona, tal y como para el efecto en nuestra Constitución Política de la República se encuentra plasmado por un lado en el preámbulo del

²⁹ Ferrajoli, Luigi- **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Madrid, Trotta, 2005, p. 290.

referido texto constitucional donde se afirma “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”, lo cual nos hace confirmar que nuestro texto constitucional es antropocéntrico pues el centro, la esencia, lo más importante dentro de dicho contexto es el ser humano, el hombre, y todo lo que en torno a él se encuentre.

De tal cuenta, el artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.”

Así mismo, el artículo 149 del mismo texto legal contempla que: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos [...]”.

Por lo que en un contexto general, se puede decir que el fin de la interpretación es lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades fundamentales (favorecer una interpretación sistemática y finalista).

Para lo cual en su labor de interpretación, el intérprete ha de auxiliarse de ciertos principios y pautas interpretativas que aunque no existe una uniformidad total para el efecto, si existen varios lineamientos básicos que nos orientan para el efecto y que dentro del desarrollo de la presente investigación iremos desarrollando, pero hay algunos que son necesarios en la tarea de interpretación tales como: el principio Pro Persona o PRO HOMINE; que se centra fundamentalmente en la idea de optar siempre por la solución que privilegie el reconocimiento y garantía de los derechos y que refleje mayor respeto por la dignidad de la persona.

- En caso de antinomia: acudir a la norma más amplia en cuanto a la protección del derecho.

- Ante distintas opciones interpretativas: elegir aquella que favorezca la garantía del derecho.
- Exige una interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, ofreciendo mayores garantías a los derechos y libertades de la persona
- Desde esta perspectiva, en la Resolución de fecha 13 de noviembre de 1981, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, COIDH, en el párrafo 16 (Asunto Viviana Gallardo y otras), dicha Corte señala:

“La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.³⁰

- De manera inversa, demanda una interpretación restrictiva cuando se trata de establecer restricciones o límites al reconocimiento o ejercicio de un derecho.

Según la opinión consultiva 5-1985, de fecha 13 de noviembre de 1985, siempre de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde por medio de la misma se expresa que:

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de fecha 15 de julio de 1981, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en el párrafo 16 (Asunto Viviana Gallardo y otras). Pag. 4. Consultado el 05/05/2019. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.doc.

“Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.”.³¹

Así mismo, podemos mencionar para ejemplificar el caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Que mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH de fecha 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), en su párrafo 52, nos hace referencia a que:

“Las disposiciones de la Convención respecto a la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse a la luz del principio pro persona, es decir, a favor del individuo, en el sentido en que dichas disposiciones imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance [de la pena de muerte], de modo que se vaya reduciendo hasta su supresión final”³². Esto relacionado con el art. 201 del Código Penal Guatemalteco: delito de plagio o secuestro.

La Constitución de Ecuador (2008), en su artículo 427 refiriéndonos al mismo aspecto nos indica que: “En caso de duda, [las normas constitucionales] se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.”.

Por su parte la Constitución de Venezuela (2009), en el artículo 23 señala: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos [...] tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Libertad de expresión. Opinión consultiva 5-1985 de fecha 13 de noviembre de 1985, siempre de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, párrafo. 67. Pag. 149. Consultada el 05/05/2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF

³² Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 52. Consultada de 05/05/2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf.

sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República [...]”.

Mientras que la Constitución mexicana, en el artículo 1 (mediante reforma de junio de 2011) establece: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”.

Por su parte también podemos mencionar que dentro de la Legislación Nacional vigente la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, siempre refiriéndonos al mismo tema señala que:

Artículo 2: “Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.”

Art. 42: “Con base en las consideraciones anteriores y aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, otorgando o denegando amparo, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia, y hará las demás declaraciones pertinentes.”³³

En ese sentido, podemos encontrar jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad como la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2002, dentro del expediente número: 890-2001, donde hace referencia a que: “Se ha considerado que la Constitución incorpora una serie de valores que informan a todo el ordenamiento jurídico, y de ahí que pueda válidamente afirmarse que en esta serie de enunciados fundamentales y valorativos, se proclame la primacía de la persona y la dignidad humana como su principal fundamento [...]; por ello, la claridad del texto matriz en su dicción, **prohíbe interpretación alguna que no sea acorde con los principios pro**

³³ *Ibíd.*

homine e indubio pro libertate; ello, [...] con el objeto de asegurar el adecuado goce de los derechos fundamentales que asisten y son inherentes a toda persona humana, reconocidos constitucionalmente [...].”³⁴

Por lo que, en la búsqueda de una correcta y adecuada interpretación, existen ciertas pautas interpretativas derivadas del principio Pro Persona tales como:

- Preferencia interpretativa: se ha de preferir la interpretación que optimice el derecho.
- Criterio **Favor libertatis**: interpretar el precepto en el sentido más favorable a la libertad de que se trate.

En la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 8 de febrero de 2011 dentro del expediente número: 1994-2009, se establece que: “Como se aprecia, la Constitución y, supeditada a ésta, la legislación ordinaria determinan el carácter precautorio de la prisión preventiva, haciendo relación de las características propias de una medida de tal naturaleza, entre las que destaca el requisito de necesidad, pues únicamente será aplicada cuando las circunstancias específicas tornen indispensable su utilización [...] se trata de una medida excepcional, en el sentido de que la Constitución privilegia siempre la libertad del imputado, lo que se traduce en que, de ser factible el aseguramiento de los resultados del proceso mediante otros instrumentos menos gravosos para aquél, son éstos los que deben ser aplicados, situación que incide en la naturaleza subsidiaria de la prisión.”³⁵

³⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2002. Expediente número: 890-2001. Consultado 05/05/2019. Disponible en: <https://gt.vlex.com/vid/-423827862>.

³⁵ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 8 de febrero de 2011 dentro del expediente número: 1994-2009. Disponible en: <https://gt.vlex.com/vid/-423671634>

- Criterio In dubio pro operario:

Así mismo en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 29 de agosto de 2008 dentro del expediente número: 2158-2008, la Corte se pronunció en la siguiente forma: “[...] en aplicación de aquel principio y del principio in dubio pro operario- **según el cual al existir duda sobre la interpretación o alcance de alguna disposición legal, la misma debe ser interpretada en el sentido más favorable al trabajador**“. En el mismo sentido las Sentencias (SSCC) de fecha 13 de junio de 2007 dentro de los expedientes. 2429-2006 y 2439-2006), 10 de julio de 2011 (exp. 4515-2010) y de 24 de junio de 2011 (exp. 886-2011).³⁶

- Criterio **Favor rei** (principio de legalidad)

Mediante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal de fecha 12 de julio de 2011 dentro del expediente número: 665-2009, la Corte estableció que: “el principio favor rei, que manda aplicar la normas más favorable al reo en caso de duda”.³⁷

En el mismo sentido, la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en resolución de fecha 2 de noviembre de 2010 dentro del expediente número: 825-2010 nos indica que: “Lo resuelto por la Sala atendió lo regido por los principios procesales de favorabilidad e in dubio pro reo del cual deriva la regla de interpretación favor rei, que pondera que en caso de duda debe elegirse el criterio más favorable al reo”.³⁸ Esta resolución fue con un enfoque procesal.

³⁶ Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2008. Expediente número: 2158-2008. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/812144.2158-2008.pdf>.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal. Proceso No. 665-2009. Fecha de la Sentencia: 12/07/2011 Delito: comercio, tráfico y almacenamiento ilícito. Disponible en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/44561.pdf>.

³⁸ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 825-2010. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/815704.825-2010.pdf>

- Criterio **Pro actione**:

En Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 18 de julio de 1996 dentro del expediente número: 175-96 se indica que: “[...] las reglas de su aplicación [en alusión al proceso penal] deben interpretarse conforme el **principio pro actione** que más bien permita, antes que restrinja, el acceso legal a los medios de examen de las resoluciones judiciales [...]. De esta manera se respetaría el contenido esencial del ‘derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’, reconocido en el inciso h) del apartado 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”.³⁹

También es importante mencionar, la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 10 de octubre de 2012 dentro del expediente número: 2685-2011 donde se señala que: “[...] las normas instrumentales atinentes a la admisibilidad, trámite y resolución de los medios de impugnación, incluidos los requisitos exigibles al instarse el respectivo recurso, deben ser interpretadas siempre en coherencia con el principio de pro actione, es decir, privilegiando una interpretación que opte por el sentido que parezca más favorable a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, viabilizando así la emisión de una resolución en la que se aborde y decida las cuestiones sustanciales sometidas a conocimiento del órgano jurisdiccional.”⁴⁰

Asimismo, en la misma sentencia se establece que: “En efecto, el caso de procedencia del artículo 441, numeral 1, del Código en cuestión, referente a: ‘Cuando en la resolución recurrida se incurrió en error de derecho al tipificar los hechos como delictuosos, no siéndolo.’, bien podría llevar a sostener, de una interpretación meramente literal, que sólo incurre en tal vicio la Sala que, acogiendo la apelación especial de fondo, tipifica el hecho acreditado [...]; no obstante, no es ésta la única

³⁹ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial Nº 41 -Apelaciones de Sentencias de Amparos Expediente No. 175-96. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/794734.175-96.pdf>.

⁴⁰ Corte de Constitucionalidad. Amparo en Única Instancia Expediente 2685-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/821568.2685-2011.pdf>

interpretación posible derivada del precepto normativo, más aun, no es la interpretación que deviene exigible en materia recursiva en orden al principio pro actione, [...]. Así las cosas, **una interpretación congruente con el principio pro actione, privilegiando el derecho a recurrir de quien impugna y, con ello, garantizando una efectiva tutela judicial mediante el conocimiento del vicio denunciado en una sentencia de fondo por parte del máximo tribunal de justicia ordinaria**, determina que el caso de procedencia invocado (numeral 1 del artículo 441 del Código Procesal Penal) es viable también para denunciar la situación derivada del no acogimiento del recurso de apelación especial por motivo de fondo por parte de la Sala respectiva que, por ende, convalida la tipificación efectuada por el tribunal sentenciador [...].”⁴¹

- **Criterio Favor debilis:**

Considerar especialmente a la parte que en su relación con otra se sitúe en condición de vulnerabilidad.

Para tal efecto, la Ley de Tribunales de Familia, art. 12 señala que: “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que **la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida** [...]”.

En tal sentido, la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en resolución de fecha 26 de febrero de 2012 dentro del expediente número: 3009-2011 nos señala que:

“[...] no es infundado ni arbitrario que el legislador configure los delitos de violencia contra la mujer [...], como ilícitos ante cuya comisión el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal pública y en representación de la sociedad [...], está obligado a proceder de oficio [...] el contexto en el que se desarrollan las conductas tipificadas como delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer es el

⁴¹ Ibíd.

propio de las relaciones de poder o confianza, en el que la víctima podría estar ubicada en condición de desigualdad frente al sujeto activo [...], situación que haría factible, por su propia naturaleza y características, que este último, **valiéndose del control o dominio que ejerce, no sólo continúe ejecutando la conducta lesiva, sino que impida a aquella denunciar el hecho e instar así la persecución penal por parte del órgano acusador del Estado**, o que, a la postre, la incite, mediante intimidación o coacción, a desistir o renunciar al ejercicio de la acción, escenario en el cual, de configurarse como ilícitos de acción pública dependiente de instancia particular, se haría nugatoria la protección que la legislación que tipifica esos delitos intenta proveer, con la consecuente imposibilidad, para la víctima, de acceder al órgano jurisdiccional para reclamar la tutela y ejercicio de sus derechos, en concordancia con la garantía dispuesta por el artículo 29 de la Constitución.”⁴² De tal cuenta, situándonos en un determinado estado de vulnerabilidad de la persona, deben de tenerse en claro ciertos aspectos:

- Preferencia de normas: se ha de preferir la norma que favorezca el derecho, sin importar su jerarquía en el ordenamiento.
- Posición preeminente, desde la Constitución, de los derechos fundamentales

Para el efecto, el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece que: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] 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; [...]”.

⁴² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial Expediente 3009-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/819266.3009-2011.pdf>

1.4.2 Preferencia de normas

Mediante resolución sobre opinión consultiva 5-1985 de fecha 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo. 52 que establece que:

“[...] si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.”⁴³

Dentro del Derecho Laboral en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 28 de junio de 2007 dentro del expediente número: 1047-2007; 18 de septiembre de 2007 (exp. 1775-2007); y 27 de noviembre de 2007 (exp. 2087-2007), entre otros: **“[...] ante dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior.”**

Sin embargo, no podemos dejar por un lado lo referente a la Interpretación del Derecho Constitucional, a la luz de los estándares internacionales (bloque de constitucionalidad), para lo cual existen algunos conceptos básicos aplicables:

- **Control de convencionalidad:** Es el que establece la aplicación preferente de la norma que favorezca el derecho.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos Solicitada por el Gobierno De Costa Rica. Opinión Consultiva Oc-5/85 del 13 de noviembre De 1985. Fecha de Consulta 15/06/2019. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/expresion/showDocument.asp?DocumentID=26

Mediante Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente número: 1822-2011, se establece en cuanto a este tema en particular que: “Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona [...] El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.”

44

Lo antes mencionado, ha fomentado como consecuencias del principio Pro Persona un Catálogo abierto de derechos: sustentándose especialmente en los artículos: 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual ha propiciado el **reconocimiento de nuevos derechos como por ejemplo:**

- A morir con dignidad: En Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (SCC) de fecha 19 de enero de 1999 dentro del expediente número: 248-98.
- A la autodeterminación informativa: En Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (SCC) de fecha 11 de octubre de 2006, dentro del expediente número: 1356-2006.
- A la intimidad y honor: Sentencia de la Corte de Constitucionalidad (SCC) de fecha 27 de septiembre de 2007 dentro del expediente número: 1201-2006.
- Así como lo referente a: Interpretación evolutiva de los derechos: siempre que se favorezca su reconocimiento y garantía; y

⁴⁴ Corte De Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión Expediente 1822-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

- Complementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.

Dentro de la Jurisprudencia colombiana se define el Bloque de Constitucionalidad como: “aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución...”.⁴⁵

“...Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”⁴⁶

- El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que **los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno.** Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.
- El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente

⁴⁵Arango Olaya Mónica. El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Pág. 1. Fecha de consulta 15/07/2018. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/03.pdf>

⁴⁶ Ibíd. Pag. 1.

para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.

1.5 Tipología de las sentencias constitucionales

La sentencia constitucional es un acto procesal y al igual que en todo proceso común, se finaliza el procedimiento constitucional. Con la sentencia se interpreta, se integra de manera creadora y se aplica la ley constitucional. La sentencia es genérica para el fin de toda relación procesal y la sentencia constitucional es una especie de sentencia cuyas peculiaridades son, entre otras, que se dan en interés público, preservan todo el ordenamiento jurídico y protegen los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.

En algún sector de la doctrina se dice que la sentencia constitucional es fuente de derecho, lo que no es nuevo en nuestro ordenamiento porque la ley del Organismo Judicial califica a la jurisprudencia como fuente de derecho, con el nombre de doctrina legal.

1.5.1 Modulación tradicional

La primera tipología que se estudia es igual a otro tipo de sentencias: sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias. En las primeras acogen la demanda y las segundas la rechazan.

Las sentencias constitucionales tienen la particularidad de no admitir su discusión por algún remedio procesal o recurso, salvo los de aclaración o ampliación que no modifican sustancialmente lo decidido. En algunos países existe el recurso de nulidad cuando se dan interpretaciones erróneas o abusivas, pero es un recurso que nunca prospera. Por eso se dice que cuando una sentencia constitucional no nos satisface, debemos quejarnos ante el mono de la pila o se podría decir también que objetar una sentencia constitucional es como ladrarle a la luna. ¿Por qué esa infalibilidad de la

sentencia constitucional? El juez Jackson, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dijo:

“No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.⁴⁷

1.5.2 Sentencia manipulativas

Cuando el juez constitucional manipula la norma que se somete a su conocimiento y le da un sentido interpretativo que a su juicio es el verdadero, surgen las sentencias manipulativas que comprenden:

- a. Las sentencias interpretativas o condicionales
- b. Las sentencias Integradoras o aditivas y
- c. Las sentencias sustitutivas

Para entender en qué consiste la manipulación, recordemos que según la teoría general del derecho en una regla jurídica, que son los artículos de una ley, hay disposición y norma. Disposición es el aspecto lingüístico del artículo o sea su redacción literal; y la norma es el sentido interpretativo, lo que se entiende que dice lo lingüístico o disposición. Entonces, el tribunal constitucional lo que manipula es la interpretación del artículo, no la forma en que está redactado, ya que esa es una facultad exclusiva del autor de la ley: el legislador. Lo que se manipula es la interpretación.

1.5.3 Sentencias interpretativas o condicionales

Puede ser que una norma acusada de contradecir a la Constitución, se puede interpretar en dos sentidos: Uno contrario a la Constitución y otro concordante con ella.

⁴⁷ Flavio Darío Espinal. La legitimidad de la justicia constitucional. La Opinión. 05/06/2014. <https://www.diariolibre.com/opinion/la-legitimidad-de-la-justicia-constitucional-FKDL641051>.

Entonces, el Tribunal manipula la norma e indica que modo de interpretar es en consonancia con la carta magna y cuál no. En este caso la norma no es expulsada del ordenamiento, pero sí restringe su interpretación a un solo sentido que es el constitucionalmente admisible; otro criterio en contrario quedado expulsado.

Estas sentencias también puede ser de rechazo o sea que el tribunal, contrariamente a lo que dice la norma, establece el único sentido que tiene la norma.

La sentencia interpretativa protege la obra legislativa al indicar cómo se debe interpretar y aplicar una norma. Ahora bien, si la norma no admite ninguna interpretación conforme al texto constitucional, lo que procede es expulsarla.

1.5.4 Sentencias integradoras o aditivas

Una norma puede haber omitido una previsión necesaria en el texto para que sea concorde con la Constitución. Ante esa circunstancia, la Corte no anula la norma, sino que le agrega lo que se omitió o sea un supuesto que no se contempló y que es necesario para su constitucionalidad. En este caso lo inconstitucional no es la norma sino lo que le falta. A este tipo de sentencias se les señala de ser una labor para legislativa, ejemplos del llamado “activismo judicial” y constitutivas porque innovan el ordenamiento jurídico. Claro que este tipo de sentencias son criticadas y no aceptadas por quienes no están de acuerdo con que el activismo judicial signifique actos de legislación positiva. Un ejemplo de la realidad demuestra cómo funciona este tipo de sentencias:

En Colombia la ley tributaria imponía multas severas a quien no pagara los tributos en una fecha indicada y por una responsabilidad objetiva, no cabía ninguna excusa ante el incumplimiento. Una persona alegó que no había pagado por una enfermedad grave y se defendía como base en la responsabilidad subjetiva: caso fortuito y fuerza mayor. La Corte resolvió que es contrario a la igualdad, a la equidad y a la Constitución, que la ley no contemplara casos como ese y amparó a la

demandante para que pudiera cumplir su obligación tributaria, que para el caso, agregó un supuesto a la norma que no existía originalmente.

1.5.5 Sentencias sustitutivas

En estas sentencias la Corte encuentra que una norma es contraria a la Constitución. Entonces la Corte la elimina del ordenamiento y la sustituye por otra, para que no se dé un vacío legal. En este caso se discute que la Corte no puede llenar vacíos normativos porque esa es tarea del legislador.

No obstante esa objeción, hay casos en que este tipo de sentencias tienen su razón de ser y el ejemplo siguiente es ilustrativo: en Colombia, una ley ordinaria estableció en qué casos una sentencia tenía efecto retroactivo. La Corte resolvió anular esa norma y estableció que ese efecto sólo lo podía preceptuar la Constitución o la misma Corte Constitucional al dicta la sentencia en un caso concreto. Aquí se sustituyó una norma por otra, que se generó en el tribunal.

1.5.6 Sentencias apelativas o exhortativas

Puede ser que el Tribunal Constitucional no tome la decisión precisa porque el caso no es fácil de resolver jurisdiccionalmente, y entonces recurre a una resolución o sentencia apelativa o exhortativa, en la que sugiere o pide a la instancia productora de la norma señalada de lesionar a la Constitución, ya sea por contenido o por omisión, para que dicte reglas que cubran las deficiencias u omisiones de la ley ordinaria. Lo que no es uniforme es el criterio al respecto de si la apelación o exhortación está sujeta a un plazo para que la autoridad resuelva sobre lo que la Corte le pide. Y aquí surge una contradicción de principios: entre la supremacía de la Constitución y la libertad de configuración del legislador. Nuestra Corte ha fallado repetidamente que en cuanto a la labor del Congreso, sólo es controlable si la norma riñe por forma o por contenido, con la Constitución; pero no lo es la libertad de normar lo que a su juicio, por política legislativa, conviene a la ampliación del ordenamiento jurídico.

1.5.7 Efecto temporal o prospectivo de la sentencia constitucional

El problema de este título, para el cual se utilizan dos términos latinos: *ex tunc* o *ex nunc*, según que la resolución tenga o no efecto retroactivo.

- a. Sentencias retroactivas o EX TUNC: Kelsen en su estudio sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución”⁴⁸, se inclinaba por el efecto no retroactivo de la sentencia constitucional, con el argumento de que lo retroactivo puede causar problemas de seguridad jurídica. ¿Qué pasa si una sentencia constitucional declara que un impuesto es inconstitucional y durante la dilación del proceso muchos ciudadanos pagan esos impuestos? Si hay efecto retroactivo deben devolverse los impuestos que tal vez ya se gastaron. Estos problemas se resuelven si la sentencia tiene sólo efectos para adelante (*ex nunc*).
- b. Sentencias con efecto *ex nunc*: para después de que la sentencia está firme. Seguir una modalidad u otra, depende de cada país. En nuestro sistema hay una corriente dual: si el Tribunal suspende provisionalmente la o las normas acusadas de inconstitucionalidad al momento de recibir el recurso, lo que se resuelva tiene efecto retroactivo; si no hay suspensión, el efecto es para el futuro. Estas circunstancias dependen de la visión del juzgador en cuanto a considerar que la suspensión es aconsejable porque su vigencia temporal puede causar daños irreparables.

1.5.8 Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal

Al analizar el título anterior es mejor el primer nombre no así el segundo porque es una contradicción de términos. Si el Tribunal observa que una norma o una ley es

⁴⁸ Hans Kelsen. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Fecha de consulta: 12/02/2019. Disponible en: [file:///C:/Users/WINDOWS%2010/Downloads/Dialnet-La GarantíaJurisdiccionalDeLaConstitucionLaJusticia-3764308.pdf](file:///C:/Users/WINDOWS%2010/Downloads/Dialnet-La%20GarantiaJurisdiccionalDeLaConstitucionLaJusticia-3764308.pdf)

inconstitucional puede así declararlo, pero establece una fecha futura para que lo resuelto surta efectos, ya que hay situaciones de la realidad que necesitan tener regulación y si se expulsara la existente, no habría modo de solucionar conflictos. Para mí es el caso hipotético de la Ley de Comisiones de Postulación estando a las puertas de una elección de corte.

1.5.9 Otros modelos de sentencias constitucionales

- a. Sentencias de inconstitucionalidad en caso concreto.
- b. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad: esta modalidad que trae la doctrina es un caso raro: La Corte declara que una norma es inconstitucional, pero no dice la razón de la anulación, dando la oportunidad al legislador de enmendar la ley. A mí me parece que esta modalidad no debe darse porque la misma teoría constitucional enseña que la sentencias deben motivarse y la motivación son las razones por la cuales se dicta.
- c. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión. La omisión es absoluta si la obligación de emitir una ley viene del texto constitucional; y relativa si es por otra causa, por ejemplo el incumplimiento de una norma programática. En el campo de la función legislativa se habla de sentencias de inconstitucionalidad por omisión ya sea por retardo en ejercer la función o por negación a ejercer la función.

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO: TEORÍA NORMATIVISTA Y PRINCIPALISTA

2.1 Situación actual del problema de la hermenéutica constitucional

Situándonos en nuestro contexto, generalmente, el texto de las Constituciones (especialmente de las Constituciones latinoamericanas), no establecen cómo se deben interpretar tales documentos, si así lo establecieren, las operaciones interpretativas tendrían que realizarse de conformidad con dichas reglas dado su carácter vinculante y de suprema jerarquía normativa, sin mayores complicaciones.⁴⁹

En dicho sentido, lo que normalmente se ha elaborado por parte de varios precursores del Derecho Constitucional, son teorías acerca de cómo se debe interpretar el texto de las Constituciones; estas teorías sobre la interpretación constitucional, no constituyen un conjunto uniforme, claramente definido o formulado, de directrices o principios genéricos; por lo que algunas coinciden en algunos tópicos y divergen en otros, y en otros casos hasta se contradicen.

Por otro lado, algunas teorías sobre la interpretación constitucional proponen lo que denominan métodos para interpretar el texto de la Constitución, sin cuestionarse si los distintos métodos de interpretación de los textos constitucionales pueden llegar al mismo resultado, lo que en la práctica ha evidenciado que generalmente no es así.

De manera que, en materia de teorías y métodos de interpretación del texto de la Constitución, propuestos por diferentes estudiosos del Derecho Constitucional no puede hablarse de criterios inequívocos que permitan decidir, qué principios integran ese orden. Aunado a esto, surge el problema de la ubicación epistemológica de las teorías sobre la interpretación del texto constitucional, surgiendo la interrogante:

⁴⁹ González Dubón Aníbal. hermenéutica jurídica, ha habido diferentes posiciones doctrinarias. Tesis Doctoral. Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016. Pág. 142.

¿Cómo sabemos si una teoría acerca de la interpretación del texto de la Constitución es verdadera o por lo menos verosímil? Es decir, si debemos aceptarla como la más adecuada a la realidad y libre de influencias distorsionantes e ideologías, ya que debemos tener en claro que toda teoría se pretende verdadera.⁵⁰

Las teorías se manifiestan o se dan a conocer por medio de su dogmática. La dogmática, a su vez, se manifiesta por medio de postulados, principios y axiomas y éstas formas lingüísticas se expresan por medio de conceptos, juicios y raciocinios, los cuales tienen como envoltura verbal los términos o palabras, las proposiciones y los argumentos o razonamientos (esta distinción pertenece a la lógica formal, por ello Guastini distingue entre norma y texto ya que un postulado de la lógica formal expresa que los juicios se componen de conceptos y las proposiciones de palabras o términos y, en ese sentido, las proposiciones constituyen la envoltura verbal de los juicios).⁵¹

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

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

Por otro lado, podemos afirmar también que las teorías acerca de la interpretación del texto de la Constitución, además de pretenderse verdaderas, tienen pretensión de universalidad, ya que de lo contrario, no podrían aplicarse a todos los casos de interpretación del texto de la Constitución; si así fuera, es decir, si sólo fuesen

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 142-143

⁵¹ Guastini, Riccardo. Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional. Op. cit. Pp. 32.

aplicables a algunos casos y a otros no; su categoría de teoría verdadera o por lo menos verosímil y universal, no sería tal.

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

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

A – Universal afirmativa- TODOS LOS S SON P

E - Universal negativa- NINGÚN S ES P

I - Particular afirmativa- ALGÚN S ES P

O - Particular negativa - ALGÚN S NO ES P

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

Naturalmente, estas reglas pueden ser violadas por el intérprete del texto de la Constitución, atendiendo a que, como intérprete auténtico (en el sentido que lo expresa Guastini, que el intérprete auténtico de la Constitución es aquel que tiene el poder de imponer como obligatoria dicha interpretación), generalmente el intérprete de última instancia de la Constitución, no está sujeto a recaudo alguno; sin embargo el error no es fuente de Derecho.⁵²

Hasta este momento sólo se han planteado algunos problemas de naturaleza lógica y epistemológica pertinentes a la hermenéutica constitucional, falta hacer alusión a otro tipo de problemas como lo son los jurídicos, políticos y humanos.

⁵² Ibíd. Pág. 33

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

Los únicos que, desde el punto de vista del órgano aplicador, valen para él, son los de su propio derecho, o expresado en otras palabras, los que tienen en su norma básica el fundamento de su fuerza vinculante. Pero no se trata sólo de los formulados de modo expreso por los órganos de creación jurídica, sino de los implícitos en las prescripciones vigentes, y de los cuales tales prescripciones resultan actos de aplicación o determinación, desde la perspectiva de Guastini; Manifiesta así mismo que las normas implícitas son aquellas que no corresponden a ningún enunciado normativo debido a que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa; y que muchos principios generales del derecho pertenecen a esta categoría.

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

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

De esa forma, cualquier fuente de conocimiento constitucional distinta del texto de la Constitución que se pretenda hacer valer por el intérprete como constitucionalmente válida, simplemente rompería la unidad del ordenamiento jurídico, ya que de otorgarle tal condición por vía interpretativa, se tendría otro fundamento de validez para las normas del ordenamiento jurídico, al cual, también deberían referirse directa o indirectamente para fundamentar su validez, su obligatoriedad y su razón suficiente.

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

Lo descrito supra es, por ejemplo, lo que ocurre con la doctrina francesa del Bloque de Constitucionalidad, la cual, por vía interpretativa, pretende concederle jerarquía constitucional a instrumentos jurídicos que no la poseen según mi criterio, arrojándose entonces el intérprete que la acoja, la función de legislador e intérprete constitucional a la vez.

Otro ejemplo de los problemas de la hermenéutica constitucional es el constituido y heredado a la tradición constitucional como el que se señala en la IX enmienda de la Constitución de Los Estados Unidos de América, y que también se encuentra contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este problema es definido por Villabella como “la perspectiva de los derechos individuales como realidades pre jurídicas que no necesitan escriturizarse”.⁵³

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

García Máynez lo manifiesta de la siguiente forma: “El peligro de la llamada aequitas cerebrina, es decir, del arbitrio judicial en cuanto se ejerce aún en menoscabo de la ley, ha sido eliminado desde la aparición del moderno Estado de Derecho, ... Si

⁵³ Villabella, Carlos Manuel. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma? Grupo Editorial Mariel. México. 2014. Pp. 49-61

hay delegación en favor de los principios generales... quedan ipso facto incorporados al sistema del órgano aplicador... Pero si tal delegación falta, no es posible admitir la validez simultánea, para el órgano aplicador, de principios implícitos en el derecho estatal y de otros ajenos a éste, que es ipso, no podrían, de acuerdo con el postulado de unidad del supremo criterio de validez jurídica, obligarlo en ninguna forma, ni servir de fundamento a sus resoluciones”⁵⁴

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

Prieto Sanchís provee una posible respuesta que se podría considerar admisible: “En sentido positivo, un derecho es universal cuando resulta oponible frente a todos (erga omnes), esto es, cuando el círculo de obligados es universal,... Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. ... En suma, este concepto amplio de derechos fundamentales exige conjugar racionalidad e historia: racionalidad porque el consenso alcanzado argumentativamente sustituye al monólogo y quiere ser una realización procedimental de la universalidad; e historia porque la competencia de esta argumentación ya no se circunscribe a un concepto abstracto de humanidad, sino que recoge las necesidades e intereses de los interlocutores, ... las condiciones de racionalidad impiden que cualesquiera intereses u objetivos puedan presentarse como tales exigencias”.⁵⁵

La hermenéutica constitucional impone también un límite político al intérprete; este límite lo constituye la legitimidad democrática. Cuando el intérprete constitucional

⁵⁴ García Máynez. Op. Cit. Pp. 63

⁵⁵ Prieto Sanchís Luis. Cuadernos de derecho público, ISSN 1138-2848, Nº 11, 2000, págs. Madrid: Editorial Trotta, S.A. (2 ed.). 2000. Pág. 507-508

pretende fundamentar su interpretación en fuentes distintas al texto constitucional, en palabras de Ibáñez:⁵⁶ “...olvida que las decisiones de llevar a la parte dogmática de las constituciones las normas en que se sustenta no fueron adoptadas por juristas de gabinete perdidos en algún cielo de conceptos, sino por mayorías abrumadoras de ciudadanos en momentos de fuerte crecimiento democrático. Por cierto, acontecidos normalmente, cuando estaban todavía frescas en la memoria las atrocidades producidas en marcos de intervención estatal de los que estuvieron ausentes las garantías”.⁵⁷

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

A estos aspectos jurídicos, también es oportuno sumar el problema humano que representa también un obstáculo difícil de superar en la hermenéutica constitucional. En primer lugar, se debe admitir la falibilidad de la acción humana, todos nos equivocamos y nos equivocamos constantemente. Por lo que el resultado de nuestras acciones nos coloca ante la posibilidad del error. Ninguna fuente de conocimiento humano tiene autoridad absoluta pues todas pueden conducirnos al error.

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

⁵⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés. Justicia Penal, Derechos y Garantías. Ediciones Palestra. Lima. 2007. Pp. 143- 144

⁵⁷ Ibid p, 143-444

Esos defectos humanos señalados, pueden provocar una hermenéutica constitucional que afecte seriamente sus resultados, incidiendo directamente en la seguridad jurídica. Pérez Luño señala dos tipos de amenazas contra la seguridad jurídica: "...las teóricas, como los movimientos del derecho libre, del uso alternativo del derecho, el activismo judicial, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, etc.; y las fácticas como la pérdida de claridad y sencillez de las leyes y su profusión exagerada, el protagonismo de la función judicial en la producción normativa y la politización de los argumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad. Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho mediante el reforzamiento del arbitrio judicial, entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho".⁵⁸

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

2.2 Situación actual del problema de los principios constitucionales

Otro de los tópicos que ofrece problemas tan variados como divergentes es el problema de los principios jurídicos. La principal divergencia versa sobre la respuesta a la pregunta ¿dónde encontramos los principios jurídicos?

El problema de los principios jurídicos puede dividirse en dos partes:

- a. El de los principios generales de Derecho.
- b. El de los principios constitucionales.

Pues bien, para Guastini, la aplicación de los principios implícitos supone mayor discrecionalidad judicial que la que se produce con la aplicación de los principios

⁵⁸ Pérez Luño. La seguridad jurídica. Trotta, Madrid. 2000. Pp. 487-490

expresos. Y ello porque los principios no expresos son fruto, no de interpretación —es decir, de adscripción de significado a específicos textos normativos—, sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. En este sentido, el iusfilósofo genovés señala que los operadores jurídicos a veces obtienen los principios implícitos de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas y en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁵⁹

Respecto de los llamados principios generales de Derecho, de las teorías existentes que pretenden justificar su existencia, una de las más acertadas parece ser es la del filósofo mexicano Eduardo García Máynez, cuyo pensamiento puede resumirse de la siguiente manera:

- a. “Rechazo a las teorías que refieren al derecho natural para localizar a los principios jurídicos, ya que al aceptarlas se presenta el problema de la violación al principio de unidad del ordenamiento jurídico.
- b. La necesidad de que una norma jurídica explícita, remita a los principios generales de Derecho o los incorpore por referencia.
- c. El establecimiento de un método para acceder a o para encontrar los principios generales de Derecho. Por lo que propone tres formas de acceder a los principios generales de Derecho:
- d. Encontrar los principios implícitos en las normas explícitas, por ejemplo, los principios apriorísticos normativos que no dependen del legislador como el *argumentum a contrario*, el derecho fundado en una obligación, la *facultas optandi*, etc.
- e. la construcción del principio cuando partimos de la norma explícita y vamos hacia arriba hasta encontrar su fundamento axiológico en los fines del ordenamiento jurídico y;
- f. La deducción del principio partiendo de la norma jurídica explícita hacia abajo hasta deducir el principio.

⁵⁹ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*», trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34. 1999.

- g. El requisito de que el principio no contradiga el orden público, es decir, no contradiga normas expresas de orden público y;
- h. La conclusión de que los principios generales de Derecho, por no poder contradecir el orden normativo vigente, se encuentran siempre implícitos en las normas explícitas.⁶⁰

En ese mismo orden de ideas, respecto de los principios constitucionales, parece tener coherencia la tesis de Zagrebelsky sobre que estos se localizan en el mismo texto de la Constitución. Esta tesis tiene coherencia con el principio de unidad del ordenamiento jurídico. El referido autor distingue entre reglas y principios y establece algunas distinciones entre estos términos expuestos de la siguiente manera:

- a. En la constitución encontramos tanto reglas como principios.
- b. Las reglas se agotan en sí mismas, sólo los principios son constitutivos del orden jurídico.
- c. Las reglas regulan conductas, los principios proporcionan adhesión a posiciones sobre situaciones concretas pero cuya solución se encuentra indeterminada.
- d. Sólo las reglas sirven para realizar los métodos de interpretación jurídica, pues los principios, en su formulación lingüística son autoevidentes y no dejan mayor margen para polemizar sobre su significación textual.
- e. Las reglas poseen supuesto de hecho en su estructura lógica, los principios no contienen supuesto de hecho.⁶¹

Lo que el autor Zagrebelsky quiere dejar en claro es que el lugar en donde encontramos los principios constitucionales es en el mismo texto de la Constitución.

Otro problema que se presenta recurrentemente sobre la naturaleza de los principios es la pregunta sobre si tienen o no, carácter normativo, es decir, si poseen

⁶⁰ García Máynez, Eduardo. Lógica del raciocinio jurídico. Editorial Fontamara. México. 2011.

⁶¹ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Valladolid. 1992. Pp. 160-161

fuerza obligatoria. En otras palabras, si son aplicables por sí mismos o únicamente constituyen una guía o pauta para decidir sobre situaciones en que hay ausencia de norma o las normas existentes no corresponden a las circunstancias de los casos concretos. Esta interrogante no es fácil de contestar, pues la respuesta dependerá de la teoría que, acerca de los principios, sustente el intérprete.

2.3 Situación actual de problema de la axiología constitucional

El problema de los valores constitucionales sigue generando una polémica que pareciera prolongarse ad infinitum. Para ello debemos de tener en claro que de los valores, generalmente se habla de forma tan ligera, como si se tratara de objetos puestos a la vista y alcance de todos.

En tal sentido y con gran razón, el Doctor González menciona que el autor Max Weber aconsejó excluir las valoraciones del método de la ciencia. Sin embargo, como es notorio que los seres humanos realizamos valoraciones, y que en el Derecho éstas se realizan para sopesar las circunstancias de los casos concretos, su discusión deviene insoslayable para esta investigación.⁶²

Así mismo, sobre la naturaleza de los valores existen también teorías variadas y hasta contradictorias, es aplicable a estas teorías, el análisis realizado en el primer apartado. En primer lugar se debe aclarar que la concepción de valor tiene su genética en la ética, no en el Derecho⁶³. En este sentido, algunas teorías afirman la objetividad de los valores, es decir, que el valor se encuentra en el objeto y no en el sujeto; otras afirman la subjetividad de los valores, es decir que el valor se encuentra en el sujeto y no en el objeto; otras afirman que para que se produzca el valor, debe establecerse necesariamente una relación entre el sujeto que valora y el objeto valorado (esta teoría confunde valoración con valor). Existen, además, teorías intermedias, todas tratando

⁶² González Dubón Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Algunos problemas de la interpretación de la Constitución y de la discusión valorativa en las decisiones constitucionales. Tesis Doctoral. Op. Cit. Pag. 110

⁶³ Aristóteles. Ética a eudemo, Editorial Alianza. Madrid. 2002.

de explicar la noción de valor sin que, en mi opinión, hayan tenido éxito hasta hoy. Lo único que queda claro, es que no tenemos clara la noción de valor y que es imposible expresar la definición del concepto de valor en forma lingüística o mejor, desde el punto de vista de Aristóteles, establecer su género próximo y su diferencia específica.⁶⁴

Así mismo, el Doctor González Dubón expone que el autor Dworkin fue uno de los primeros en reconocer este problema, ubicando a los valores en el ámbito moral, relativo al lugar y a la época. El autor Alexy en cambio los nombra como principios y los define como mandatos de optimización. Pozzolo manifiesta por su parte que cuando se habla de una moral universal, puede suponer que se trata de una moral crítica, porque no conoce morales objetivas, entendiendo por moral crítica como aquella que consiste en un conjunto de principios, obtenidos a través de un debate intersubjetivo desarrollado según reglas predeterminadas. Pero si Pozzolo tiene razón, se trataría de una construcción social, de una forma elaborada de manera teórica, fruto de un cierto momento histórico y en ese sentido, contingencial, ya que cambiaría con el tiempo y el espacio, y en cuanto al discurso normativo, el Derecho ni explica el mundo, ni afirma ser verdadero, sólo sirve para regular conductas y para pretender modificar el mundo de acuerdo a ciertos fines o intereses.⁶⁵

Por lo tanto, a la pregunta sobre si se pueden encontrar valores en el texto de la Constitución, no hay respuesta correcta. Si los valores constituyen la premisa mayor del silogismo que concluye con la norma constitucional, es decir, si toda Constitución responde en su contenido normativo a ciertos valores, es una situación que no puede dilucidarse en el ámbito positivo.

Ahora bien, si es necesario un discurso ético-valorativo para justificar una decisión constitucional, y para fundamentar su resolución, entonces debemos tener mucho cuidado con qué clase de justificaciones valorativas utilizamos. Muchas veces, el recurrir a valores constitucionales es una excusa para justificar la orientación de la

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 110-111

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 111

decisión hacia ciertos intereses y fines que no van con la independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional, características esenciales para legitimar la actuación de los tribunales constitucionales.

A lo largo de la historia del pensamiento, la idea de una valoración moral del Derecho ha sido tratada por distintos autores. Desde el primer libro de La República de Platón (en voces de Sócrates y de Trasímaco), hasta los postulados de la lógica deóntica contemporánea.

Siguiendo con la exposición realizada por el Doctor González Dúbon en donde menciona que el autor Leibniz es considerado como el precursor de la lógica contemporánea, habiendo observado la analogía por un lado, los conceptos normativos justo, injusto y facultativo, y los conceptos modales aléticos, necesario, posible, imposible, analogía que será el punto de partida de Von Wright, tres siglos después. Leibniz afirma que las modalidades aléticas dan lugar a modalidades deónticas, cuando se predicán de una persona imaginaria, que encarnaría el ideal normativo semejante al Juez Hércules de Dworkin. Los primeros trabajos de Leibniz buscaban la certeza en las ciencias, en el Derecho y en las matemáticas. A partir de la tradición leibniziana, una parte de la ciencia jurídica alemana busca caracterizar las normas en vigor como si formasen un sistema. Sin embargo, la lógica y la matemática jurídica no alcanzaron los estándares exigidos para solucionar los problemas que presenta el análisis del Derecho.⁶⁶

Por su parte como se expuso anteriormente, Kelsen, el jurista más influyente del siglo XX, guarda un escepticismo axiológico a lo largo de su voluminosa obra, rechazando toda injerencia de la moral en las decisiones jurídicas, al grado que califica a la justicia absoluta como un ideal irracional.

Von Wright, considerado el padre de la lógica deóntica, rechaza también la doctrina de las verdades morales, aunque acepta que la racionalidad humana va más

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 111-115

allá de lo que los lógicos podrían mostrar con ayuda de la lógica veritativa-funcional (la que depende de las condiciones de verdad).⁶⁷

En el análisis de la solución de conflictos constitucionales contemporáneos, han tomado notoriedad los conceptos de derrotabilidad de las normas constitucionales y del balance o ponderación; rechazando el razonamiento deductivo aplicable a las normas infraconstitucionales y manifestando que la solución a dichos conflictos no va en detrimento de ninguno de los derechos en pugna, sino que únicamente se establecen los límites intrínsecos del alcance de cada derecho, dando lugar a lo que se conoce como la Doctrina de los Límites Inmanentes, que se traduce en la tesis de que no existen derechos absolutos.⁶⁸

Esta tesis tiene el problema de que no nos da cuenta de cuáles son en definitiva los derechos constitucionales que deben gozar de especial tutela y por lo tanto deja abierta la respuesta a la pregunta ¿qué derechos constitucionales tenemos?

Por otro lado, la doctrina de la derrotabilidad y de la ponderación, peca de un iusnaturalismo moderado, porque en el balance, deja al arbitrio del intérprete la asignación de valor numérico a la fórmula del peso en palabras del autor Alexy; o, expresado en otras palabras deja al arbitrio del intérprete la determinación del peso específico según Dworkin, de los principios constitucionales que representan a los derechos en pugna, de manera que dicha asignación de valor numérico o de peso específico, depende en última instancia del intérprete y con eso nos regresa, a los problemas humanos de la interpretación del texto de la Constitución, ya discutidos antes.

En este caso, quien toma la decisión debe acatar la sentencia que pronuncian los números porque éstos sólo combinan las premisas que él reconoce como válidas, pero incluso bajo estos modelos sofisticados de razonamiento, la decisión judicial

⁶⁷ Von Wright, George Henrik. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. Editorial Tecno. Madrid. 1979.

⁶⁸ Bolaños. El Contenido Moral De Las Decisiones Judiciales. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Autónoma Metropolitana. México. 2011. Pp. 58-59

parece operar en buena medida como un dispositivo que limita y combina, entre otras premisas, las intuiciones morales del intérprete.

Por lo antes mencionado, se concluye que existe la necesidad de realizar investigaciones que pretendan encontrar soluciones a los problemas contemporáneos de la interpretación constitucional.

El retorno al autoritarismo, el regreso a las dictaduras tanto autocráticas como democráticas, los intentos de perpetuación en el poder, los abusos de los grupos de presión y los problemas que presenta la ignorancia, la pobreza, el narcotráfico el crimen organizado y la corrupción, son peligros inminentes cuya solución no puede hacerse esperar, si queremos algún día lograr la tan ansiada paz, la seguridad y la prosperidad económica, desde una perspectiva de seguridad y certeza jurídica.

Para todo ello, es requisito indispensable el resguardo de los derechos fundamentales y la preservación del orden constitucional y son los tribunales constitucionales los llamados a colaborar a lograrlo, por medio de la interpretación del texto constitucional que tienda a preservar las instituciones allí consignadas y a consolidar la seguridad jurídica y la certeza del texto constitucional; último valladar del ciudadano contra el abuso y la coacción tanto de los poderes formales como de los poderes fácticos.

2.4 La Teoría del Neoconstitucionalismo

Los orígenes del neoconstitucionalismo se encuentran en el desarrollo histórico que culminan el fenómeno de la transformación de los sistemas jurídicos modernos a fundamentar su validez en una unidad denominada Constitución, además de estar relacionado directamente, con los sistemas políticos de la segunda postguerra.

Desde la segunda mitad del siglo veinte, la difusión del Estado constitucional ha tenido un éxito sin precedentes, pero no lleva consigo la tradicional ideología

constitucionalista, ligada a la división de poderes. La Constitución representa, por el contrario, el vehículo para una doctrina más genérica de los derechos humanos, que a su vez empujan a la afirmación de formas políticas más o menos democráticas.

Las constituciones de la segunda mitad del siglo veinte se caracterizan de hecho por un catálogo abundante de derechos, formulado de manera abstracta y vaga al mismo tiempo. La transformación de las declaraciones políticas en documentos jurídicos contribuye al surgimiento de tribunales constitucionales, con potestad de juzgar las leyes y no a los súbditos. El otorgamiento de una autoridad más extensa a los tribunales, acentúa el desequilibrio constitucional a su favor, produciendo una demanda creciente de aplicación de la Constitución. La concreción de las normas constitucionales, en particular de las que atribuyen derechos o establecen principios, ha sido asumida poco a poco, de manera creciente, por los tribunales. Esto ha favorecido un papel preponderante al Poder Judicial y una notable difusión de la argumentación constitucional mediante valores.

El término neoconstitucionalismo, fue establecido para denominar una cierta concepción anti-positivista de entender al derecho: una aproximación que no es ni iusnaturalista ni post-positivista; caracterizada por oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios contra reglas, ponderación contra subsunción, Constitución contra legislación, poder judicial contra poder legislativo.

Según información que se tiene, el término neoconstitucionalismo fue acuñado y utilizado por primera vez por la iusfilósofa italiana Susanna Pozzolo⁶⁹, en el año 2001 en su obra denominada "Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico".

El término neoconstitucionalismo, según Villabella, se empleó para reunir posturas distintas que evolucionaron en el derecho constitucional europeo desde la segunda posguerra. En ese sentido, la doctrina sistematizó algunos rasgos trascendentes que le proporcionaron al derecho constitucional una visión novedosa. Esta propuesta de

⁶⁹ Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Op. Cit. Pp. 21.

un nuevo tipo de derecho desplazó el enfoque positivista y planteó una doctrina constitucional expresiva de perspectivas teóricas, ideológicas y metodológicas en apariencia novedosas.⁷⁰

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

“La oposición entre principios y reglas, constantemente debatida en la literatura neoconstitucionalista, ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, y también ha permitido la apertura de una teoría analítica de discusión que ha rechazado las tendencias metafísicas de las primeras concepciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico”⁷¹. Mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un origen que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la importancia, de la razonabilidad, de valores y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del Estado de legalidad justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho.

La oposición entre ponderación y subsunción depende de la particular naturaleza y papel de los principios en el sistema jurídico. Mientras la subsunción,

⁷⁰ Villabella, Carlos Manuel. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma? Grupo Editorial Mariel. México. 2014. Pág. 49-61

⁷¹ Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. (Madrid: Editorial Trota, 1992), P. 71.

considerada como propia del iuspositivismo, estaría pensada y concebida para un Derecho formado exclusivamente por reglas, la ponderación (que no emplea instrumentos estrictamente deductivos) sería la propia de un derecho compuesto por principios. Si bien no hay una definición unívoca, la ponderación puede ser entendida como una técnica dirigida a equilibrar los valores incorporados por el derecho, teniendo en cuenta las necesidades de justicia que surgen en cada caso concreto.

Lo anteriormente mencionado, nos viene a reconstruir el pensamiento que se tiene de la Constitución, pues entonces, no es simplemente un nivel más en la pirámide, ya que se situaría en la idea de un conjunto diverso de valores, por medio de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral. Ponderación y un amplio uso del criterio de razonabilidad favorecen la confusión de papeles y funciones institucionales: en primer lugar, de la Corte constitucional, que oscila entre el rol jurisdiccional y el de un legislador consciente y hasta cierto punto prudente.

Los orígenes del neoconstitucionalismo se encuentran en el desarrollo histórico que culminan el fenómeno de la transformación de los sistemas jurídicos modernos a fundamentar su validez en una unidad denominada Constitución, además de estar relacionado directamente, con los sistemas políticos de la segunda postguerra.

Haciendo un análisis histórico podemos establecer que desde la segunda mitad del siglo veinte, la difusión del Estado constitucional ha tenido un éxito sin precedentes, pero no lleva consigo la tradicional ideología constitucionalista, ligada a la división de poderes y la ley de frenos y contra pesos para obtener el equilibrio de los mismos. La Constitución representa, por el contrario, el vehículo para una doctrina más genérica de los derechos humanos, que a su vez empujan a la afirmación de formas políticas más o menos democráticas.

Las constituciones de la segunda mitad del siglo veinte se han caracterizado en la mayoría de los casos por contener un catálogo abundante de derechos, el cual ha

sido formulado de manera abstracta y vaga al mismo tiempo. La transformación de las declaraciones políticas en documentos jurídicos contribuye al surgimiento de tribunales constitucionales, con potestad de juzgar las leyes y no a los súbditos. El otorgamiento de una autoridad más extensa a los tribunales, acentúa el desequilibrio constitucional a su favor, produciendo una demanda creciente de aplicación de la Constitución. La concreción de las normas constitucionales, en particular de las que atribuyen derechos o establecen principios, ha sido asumida poco a poco, de manera creciente, por los tribunales. Esto ha favorecido un papel preponderante al Poder Judicial y una notable difusión de la argumentación constitucional mediante valores.

La doctrina neoconstitucionalista ha interceptado el papel que venían asumiendo los tribunales y ha subrayado la potencialidad de tales cambios, recogiendo también el descontento difuso hacia una teoría que no ofrecía respuestas a las cuestiones del presente; obviamente, respuestas normativas.

Estas nuevas constituciones no representan sólo el orden institucional, sino que expresan la reivindicación de la igualdad y de la dignidad humana y los principios de los cuales se hace y toma vida el derecho como: la libertad, igualdad y fraternidad que formaron parte de las consignas de la Revolución francesa de 1789. La Constitución no es una mera técnica de ordenamiento, ni tan sólo de contención y limitación del poder. Es una reacción política contra el orden pasado. Y frente a la inmutabilidad de lo natural, la nueva ley fundamental representa el orden proyectado, la afirmación de la política, declara los derechos y funda un nuevo orden de cosas, artificial y pensado, que se impone sobre la naturaleza que se percibe como desordenada.

De tal cuenta, el juicio sobre las leyes adquiere distinción propia, se parece más a una valoración de las políticas implementadas o impuestas por el ente legislador. De tal manera, podemos establecer sobre la base de los resultados, que las leyes son más fácilmente invalidables, se consigue un posterior desplazamiento del poder dispositivo a favor de la función judicial y produce el correspondiente debilitamiento de las funciones legislativa y ejecutiva.

Por estas y algunas otras razones la doctrina del neoconstitucionalismo tarda en acogerse; más sin embargo, se trata de un cambio profundo con una nueva perspectiva y enfoque en apreciación e interpretación del derecho constitucional. Si bien las constituciones del siglo dieciocho ya habían revolucionado el poder, desnaturalizándolo y pretendiendo una justificación, el cambio se convierte en ruptura en el curso del siglo veinte, al afirmarse la superioridad de las constituciones y estabilizarse la democracia.

Por tanto, no es sólo que la Constitución se haga cada vez más penetrante, sino que es el Derecho entero el que se hace cada vez más profundo y extensivo, regulando cada ámbito colectivo e individual de la vida. Se podría ver aquí una tendencia antiliberal de la democracia.

“Frente a los cambios descritos, parte de la doctrina ha lamentado una carencia de instrumentos normativos; instrumentos que el positivismo jurídico no podía ofrecer, pero que el cambio de la discusión normativa como discusión ética ha hecho percibir como cada vez más necesarios”⁷². El enfoque lingüístico del Derecho se percibe como insatisfactorio por parte de los intérpretes, para afrontar las tareas que poco a poco se perfilan. Con la profundización del proceso de constitucionalización, el Derecho aparece cada vez más como una práctica que tiene que ver con valores, con la sustancia, y no sólo con el lenguaje.

Dentro de todo el presente contexto en las nuevas tendencias y perspectivas del constitucionalismo, la doctrina de los límites jurídicos al poder político ofrece distintas posibilidades de acción. El Estado de Derecho fundado sobre el principio de legalidad es una de ellas, pero no la única. Distinguiendo entre límites procesales y de contenido, se encuentra una mezcla en las constituciones de la postguerra. Sin embargo, la larga tradición del constitucionalismo se caracteriza sobre todo por las barreras de tipo procesal, reglas de estatus y de clase y atribuciones de competencia.

⁷² Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Op Cit. P. 45.

El constitucionalismo del siglo dieciocho se diferencia respecto a esta tradición, inaugurando una tipología de documentos caracterizada por una descompensación hacia previsiones que establecen fuertes límites sustanciales, contenidos de sentido que se desarrollarán sucesivamente en las constituciones de la postguerra.

El neoconstitucionalismo, a pesar de su nombre, no es solo una doctrina constitucionalista; se propone sobre todo como una teoría general del Derecho. Sin embargo, puede ser útil para su mejor comprensión, distinguir el significado que hoy en día tienen los términos “constitucionalismo” y “Constitución”.

Haciendo un análisis retrospectivo, si en el concepto antiguo la Constitución es orden, en el concepto moderno la Constitución pasa a ser regla o norma. Se verifica una ruptura conceptual: el concepto de un orden natural, al que la regulación de la actuación humana se debe conformar, deja su puesto al de un orden artificial, proyectado por aquel mismo humano que se somete al mismo orden que crea. Le subyace. Irrumpe la categoría del consenso, de la razón, del proyecto que se impone sobre la naturaleza desordenada, se asemeja a la antigua distinción griega entre phisys y nomos.

2.5 Interpretación y neoconstitucionalismo. Teoría Normativista y Principalista

Si bien el constitucionalismo es un término ambiguo y su análisis no define la naturaleza del neoconstitucionalismo, es útil recordar que la primera elaboración de este último insistía en su carácter doctrinal y normativo, reflexionando a partir del trasfondo del constitucionalismo como doctrina de la limitación jurídica del poder. La nueva doctrina se diferenciaba del concepto tradicional ligado a ideales garantistas de tipo más formal o procedimental. El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.

Partiendo de un rechazo general hacia aproximaciones descriptivas, amplios sectores del neoconstitucionalismo han ido recogiendo esta potencialidad, encontrando en esa vía una manera para tratar de reducir las dificultades que se derivan de la interpretación moral de la Constitución. Después de esta aproximación, también muchos estudiosos tradicionalmente cercanos al positivismo jurídico se han aproximado a ella.

Se configura, por tanto, un marco distinto, pero no su desaparición donde el Poder Judicial tiene un papel concurrente con el del Legislativo, que no se traduce sólo en aplicación y control, sino también en el estímulo y, en ciertos casos, en la aplicación directa de la Constitución. La Constitución hecha de principios no ofrece una única perspectiva, sino que se abre a distintas posibilidades significativas; es una Constitución pluralista. En su interior encuentran espacio valores potencialmente contradictorios, que pueden ofrecer una posibilidad de protección más amplia.

Esta interpretación marca la parte liberal de los textos, para favorecer la producción de reglas-marco que dejen amplio margen dispositivo a los individuos. Se prefiere una reconstrucción del sentido constitucional a la luz de una teoría comprensiva del bien de tipo liberal. Esta interpretación de la Constitución tiende a vincular al legislador, sin eliminar ni enfatizar la discrecionalidad de los intérpretes. Por un lado, esta interpretación considera que las disposiciones de principio no pueden ser interpretadas como reglas porque el modo del todo o nada las petrificaría escayolando el sistema entero. Por otro lado, tomando en serio las posibilidades de la racionalidad jurídica a propósito de los derechos, esta doctrina de la constitución niega que se vacíen los límites significativos dentro de los que debe moverse el legislador. En esencia, es una visión que se confía a la racionalidad de la técnica ponderativa para acoger, pero al principio limitar, la renovada actividad de las cortes.

El referido discurso funciona sólo si se alimenta la misma creencia sobre la existencia de un mundo moral universal. De otra forma, cabe preguntarse de qué modo la calificación de positivización de normas morales pueda limitar los sentidos

incorporados por el texto, tomando en cuenta que para tal efecto existen múltiples opiniones de autores renombrados que hacen la división de moral y derecho y que las mismas son de por si incompatibles, no obstante otros opinan que en alguna medida la positivización del derecho es resultado o consecuencia de aspectos morales de relevancia en una determinada comunidad y por ende que los mismos necesariamente deben de formar o pasar a formar parte de la regulación que los limite, proteja o desarrolle por ser aspectos de relevancia e importancia para las personas del lugar.

Se tiende a pensar que el significado será asignado a la luz de alguna doctrina política que, en la mejor de las hipótesis, está quizá también en situación de dar un sentido sistemático, sino a todos, al menos a los principios considerados, dejando en claro que no hay respuestas absolutas ni definitivas.

El utilizar el término neoconstitucionalismo se quiere hacer referencia al nuevo paradigma asociado a esta forma constitucional (la del Estado constitucional democrático). Un modelo de perfiles todavía confusos que ha obligado a la revisión de la filosofía del derecho.⁷³

García Figueroa, sostiene que el neoconstitucionalismo es una nueva corriente, un nuevo paradigma, esquivo a las etiquetas tradicionales, capaz de superar la agotada dialéctica positivismo-iusnaturalismo y que se caracteriza porque en él el derecho tiene disposición a la corrección. Esta corrección se interpreta como corrección moral.

Bernal Pulido expone en su obra "El neoconstitucionalismo a debate" dos tesis opuestas respecto del neoconstitucionalismo, la de Luis Prieto Sanchís y la de Juan Antonio García Amado.⁷⁴

⁷³ Olano García, Hernán Alejandro. Interpretación y neoconstitucionalismo. Porrúa. México. 2006. Pág. 118-132

⁷⁴ Bernal Pulido, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. En: Carbonell, M. (Editor), Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta-instituto de investigaciones jurídicas, 2009.

De tal cuenta, se exponen aquí, únicamente los argumentos axiológicos de cada uno de los referidos autores a efecto de poder establecer la comparación entre sus pensamientos:

Prieto Sanchís expone los siguientes argumentos axiológicos:

1. La Constitución es omnipresente. Posee fuerza expansiva e irradia todo el sistema jurídico.
2. La Constitución establece una regulación principalista. No se integra sólo por reglas sino por principios, los cuales está inuidos de razón práctica.
3. La Constitución se aplica mediante la ponderación. Esto excluiría la subsunción como método de aplicación.
4. Cualquier caso legal es constitucional. No hay fronteras entre ley y derechos fundamentales.
5. Existe un modelo argumentativo entre Constitución y legislación que se estructura con base en “círculos de competencias”. No existe división entre materias.⁷⁵

Por su parte el autor García Amado se opone a las tesis de Prieto Sanchís expresando los siguientes argumentos:⁷⁶

1. En el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con lo que los intérpretes dicen que la Constitución dice. La Constitución sólo dice lo que dicen sus palabras y no también aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice.

⁷⁵ Prieto Sanchís, Luis. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, nº44, 2010

⁷⁶

2. Hay cosas que la Constitución claramente dice, cosas de las que no dice absolutamente nada y cosas de las que no sabemos si dice algo o no y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados.
3. Por lo tanto, la tesis de la omnipresencia de la Constitución queda negada.
4. Los derechos fundamentales tienen fuerza de irradiación pero sólo en lo que de determinado hay en los enunciados que los recogen.
5. Por lo tanto, no es cierta la tesis de que no existe separación entre Constitución y legislación. Las leyes distintas de la Constitución no pueden ser “constitucionalizadas”.⁷⁷

Desde el punto de Vista de García Amado, la visión axiológica de la Constitución en que se funda el neconstitucionalismo llevaría a atribuir a su aplicación judicial el carácter de un control de máximos.

Su objetivo sería atribuir a cada caso la solución que para él demanda la axiología constitucional. En cambio el positivismo, si bien no negaría el carácter garantizado de la Constitución, sí caracterizaría a su control judicial un control de mínimos. Esto quiere decir que este control estaría dirigido sólo contra las normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales.

En cuanto a la concepción principalista de la Constitución, ya Dworkin había anticipado dicha teoría y Alexy es su continuador, manifestando este último que, las normas o reglas se distinguen de los principios en que las primeras son “mandatos definitivos” y los segundos son “mandatos de optimización”.⁷⁸

⁷⁷ Atienza, Manuel & García Amado, Juan Antonio. Un Debate sobre la Ponderación. Editorial Temis. Bogotá. 2012.

⁷⁸ Dworkin, R. El Positivismo y la Independencia entre el Derecho y la Moral. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.

Por lo tanto, los principios no poseen la rigidez de las reglas, siendo posible su expansión o su contracción en la interpretación de la Constitución.

El problema de la teoría principalista es que no explica ni aclara si existe un método racional para llegar a los principios, es decir, no existe un listado taxativo ni una referencia semántica ni una pauta objetiva para su determinación.

Una teoría explicativa de los principios la encontramos en la Lógica del Raciocinio Jurídico de Eduardo García Máynez. Para este iusfilósofo mexicano, en primer lugar, para poder aplicar los principios generales de Derecho a casos concretos de la experiencia jurídica, debe existir en el ordenamiento jurídico, una delegación normativa hacia ellos, pues de no existir dicha delegación, ningún juez estaría facultado para recurrir a dichos principios.

En segundo lugar, los principios generales del Derecho deben encontrarse implícitos en las normas (deben deducirse de las normas explícitas) y únicamente se admite su aplicación siempre que no contradigan expresamente alguna o algunas normas de orden público (entendidas por tales, aquellas que imponen deber jurídico).

García Máynez niega rotundamente la teoría de Giorgio Del Vecchio de que los principios generales del Derecho se encuentran en el Derecho Natural. Su crítica explica que, en primer lugar, Del Vecchio habla de Derecho Natural como si fuera un sistema de normas coherente, racional y unitario, en el cual se puedan encontrar directrices y principios genéricos de manera clara y; en segundo lugar, que las distintas teorías del Derecho Natural, no sólo son distintas, sino algunas contradictorias entre sí, y por lo tanto, no puede hablarse en el Derecho Natural de criterios inequívocos que permitan decidir, cada vez, qué principios integran ese orden. Pero aun cuando se argumente –continúa García Máynez- que la unidad del Derecho Natural no se hace depender de requisitos extrínsecos, sino de la bondad o justicia de los preceptos que lo integran, este criterio axiológico material, no puede formularse con el rigor de la otra pauta, ni tiene el mismo carácter abstracto, porque la bondad o justicia intrínsecas de

un precepto sólo pueden establecerse cuando se conocen y toman en cuenta las situaciones de hecho a que ha de aplicarse.

En tal sentido es importante considerar que la explicación de García Máynez posee un amplio poder explicativo y difícil de contradecir.

2.6 Los principios jurídicos y los principios constitucionales

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

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

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

Lo afirmado sobre los principios generales de Derecho es aplicable a los principios constitucionales. Tópicos que ofrecen problemas tan variados como divergentes. La principal divergencia versa sobre la respuesta a la pregunta ¿dónde encontramos los principios jurídicos? El problema de los principios jurídicos puede dividirse en dos

partes: a) el de los principios generales de Derecho y b) el de los principios constitucionales.

Respecto de los llamados principios generales de Derecho, de las teorías existentes que pretenden justificar su existencia, la más acertada, es la del ius filósofo mexicano Eduardo García Máynez, que puede resumirse así:⁷⁹

1. Rechazo a las teorías que refieren al derecho natural para localizar a los principios jurídicos, ya que al aceptarlas se presenta el problema de la violación al principio de unidad del ordenamiento jurídico.
2. Necesidad de que una norma jurídica explícita, remita a los principios generales de Derecho o los incorpore por referencia.
3. Establecimiento de un método para acceder a o para encontrar los principios generales de Derecho.

García Máynez propone tres formas de acceder a los principios generales de Derecho:

80

- a. Encontrar los principios implícitos en las normas explícitas, por ejemplo, los principios apriorísticos normativos que no dependen del legislador como el argumentum a contrario, el derecho fundado en una obligación, las facultas optandi, etc.
- b. la construcción del principio cuando partimos de la norma explícita y vamos hacia arriba hasta encontrar su fundamento axiológico en los fines del ordenamiento jurídico y;
- c. La deducción del principio partiendo de la norma jurídica explícita hacia abajo hasta deducir el principio.
- d. El requisito de que el principio no contradiga el orden público, es decir, no contradiga normas expresas de orden público y;

⁷⁹ García Máynez, Eduardo. Principios Supremos de la Ontología Formal del Derecho y de la Lógica Jurídica. Ediciones Coyoacán. México. 2010.

⁸⁰ Ibid.

- e. La conclusión de que los principios generales de Derecho, por no poder contradecir el orden normativo vigente, se encuentran siempre implícitos en las normas explícitas.

Respecto de los principios constitucionales, parece tener coherencia la tesis de Zagrebelsky sobre que estos se localizan en el mismo texto de la Constitución. Esta tesis tiene coherencia con el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Zagrebelsky distingue entre reglas y principios y establece algunas distinciones entre estos términos:

- a) En la constitución encontramos tanto reglas como principios.
- b) Las reglas se agotan en sí mismas, sólo los principios son constitutivos del orden jurídico.
- c) Las reglas regulan conductas, los principios proporcionan adhesión a posiciones sobre situaciones concretas pero cuya solución se encuentra indeterminada.
- d) Sólo las reglas sirven para realizar los métodos de interpretación jurídica, pues los principios, en su formulación lingüística son autoevidentes y no dejan mayor margen para polemizar sobre su significación textual.
- e) Las reglas poseen supuesto de hecho en su estructura lógica, los principios no contienen supuesto de hecho.⁸¹

Lo que Zagrebelsky deja claro es que el lugar en donde encontramos los principios constitucionales es el texto de la Constitución.

Otro problema que se presenta recurrentemente sobre la naturaleza de los principios es la pregunta sobre si tienen o no, carácter normativo, es decir, si poseen fuerza obligatoria. En otras palabras, si son aplicables por sí mismos o únicamente constituyen una guía o pauta para decidir sobre situaciones en que hay ausencia de

⁸¹ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Valladolid. 1992. Pp. 160-161.

norma o las normas existentes no corresponden a las circunstancias de los casos concretos.

Esta interrogante no es fácil de contestar, pues la respuesta dependerá de la teoría que, acerca de los principios, sustente el intérprete.

2.7 La interpretación axiológica de la constitución

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

“Los principios son normas derrotables (*defeasible*) porque no establecen exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumeran todas las excepciones”⁸².

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

⁸² Guastini, Ricardo. *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Pp. 76. Citado por: Villabella. *Op. Cit.* Pp. 57.

“La Constitución posee el carácter de un recipiente abierto, en el que, pueden concluir muchas y heterónomas interpretaciones, en este plano, la Constitución no limita y delimita, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época, debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades”⁸³.

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

“Las normas en cuanto contenidos significativos no son previas a la interpretación, sino el resultado de la actividad interpretativa; la interpretación jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en descubrir el contenido de los textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente en la propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos”⁸⁴.

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

El Doctor González cita a Villabella, la solución de antinomias entre normas, de fricción entre valores o de conflictividad entre derechos, no resulta posible por la vía de la subsunción, ya que no son aplicables los principios *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*.⁸⁵

⁸³ Bockenförde, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Pp. 23-29. Citado por: Villabella, Op. Cit. Pp. 57.

⁸⁴ Moreso, Juan José. Conflictos entre principios constitucionales. En: Neoconstitucionalismo (S). Pág. 101. Citado por: Villabella. Op. Cit. Pp. 57.

⁸⁵ González Dúbon Aníbal. Op. Cit. Pág. 67.

A lo manifestado aquí por Villabella, debemos comentar, que en realidad no existiría oposición contradictoria entre preceptos constitucionales, pues generalmente, lo que en la teoría de la interpretación constitucional se ha llamado como tal, no es la oposición contradictoria entre normas constitucionales sino entre la reclamación de derechos constitucionales. Ello es así, porque el supuesto de hecho de las supuestas normas en conflicto es distinto, situación que elimina la posibilidad de la existencia de oposición contradictoria entre preceptos constitucionales. Por ejemplo: en una reclamación constitucional sobre el derecho al honor que tenga conflicto con el derecho a la libertad de expresión, no son las normas constitucionales las que se encuentran en oposición contradictoria, porque el supuesto de hecho de cada una es diferente; el conflicto se da en la determinación de la extensión y límites del ejercicio de ambos derechos pero no entre las normas que los regulan.⁸⁶

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

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

“La interpretación es un proceso abierto, no es una sumisión pasiva, conoce posibilidades alternativas. La sujeción se convierte en libertad en la medida en que una concepción más nueva de la interpretación ha refutado la ideología de subsunción”⁸⁷.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Pág. 156. Citado por: Villabella. *Op. Cit.* Pág. 59.

Con base en lo expuesto, Villabella concluye que la interpretación constitucional en la propuesta neoconstitucionalista se vuelve maximizadora del contenido constitucional (principio de eficacia), equilibradora de los contenidos constitucionales (principio de concordancia), razonada (principio de argumentación), favorable a la dignidad humana (principio pro libertatis), adaptadora a las circunstancias (principio de concreción) y desarrolladora de la Constitución. Así mismo, menciona: "... la ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad, el instrumento normal es la jurisprudencia"⁸⁸.

⁸⁸ Zagrebelsky, Gustavo. Jueces Constitucionales. en: Teoría Del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Pág. 99. Citado por: Villabella. Op. Cit. Pág. 59.

CAPÍTULO III

AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL

El término Axiológico se refiere a un **concepto de valor** o que constituye una axiología, es decir, los valores predominantes en una determinada sociedad.

El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implican la noción de **elección del ser humano** por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales.

La axiología es la teoría filosófica encargada de investigar estos valores, con especial atención a los valores morales. Etimológicamente, la palabra axiología significa 'teoría del valor', que se forma a partir de los términos griegos axios, que significa **valor**, y logos, que significa **estudio, teoría**.

En este contexto, el valor, o lo que es valorado por las personas, es una decisión individual, subjetiva y producto de la cultura del individuo.⁸⁹

La teoría pura de los valores, mejor conocida como axiología, trata los valores en cuanto tales, como entidades objetivas, que son razonables como normas de práctica y no obedecen al solo capricho personal. Para unos, el valor depende de los sentimientos de agrado o desagrado, del hecho de ser o no deseados, de las decisiones individuales o colectivas, pero en ambos casos son subjetivos; otros, en cambio, piensan que lo único que hace el hombre frente al valor es reconocerlo, como es el caso de los Derechos Humanos que, a su vez, se convierten en preceptos de estricto y riguroso cumplimiento universal por el hecho de valer para todos.⁹⁰

⁸⁹ Axiológico. En: Significados.com. Disponible en: <https://www.significados.com/axiologico/> Consultado: 4 de agosto de 2019, 09:14 pm.

⁹⁰ UNAM. Unidad de apoyo y aprendizaje. Axiología. Recuperado el 04/08/2019. Disponible en: https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/1151/mod_resource/content/1/contento/index.html

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

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

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

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

3.1 El problema de los valores Constitucionales

El problema de los valores constitucionales sigue generando una polémica que pareciera prolongarse ad infinitum, lo cual se tratara de resumir en algunas líneas. Para ello debemos de tener en claro que de los valores, generalmente se habla de forma tan ligera, como si se tratara de objetos puestos a la vista y alcance de todos.

El Doctor González Dúbon menciona a Max Weber e indica que este aconsejó excluir las valoraciones del método de la ciencia. Sin embargo, como es notorio que los seres humanos realizamos valoraciones, y que en el Derecho éstas se realizan para sopesar las circunstancias de los casos concretos, su discusión deviene insoslayable para esta investigación.⁹¹

Así mismo, sobre la naturaleza de los valores existen también teorías variadas y hasta contradictorias, es aplicable a estas teorías, el análisis realizado en el primer apartado. En primer lugar se debe aclarar que la concepción de valor tiene su genética en la ética, no en el Derecho. En este sentido, algunas teorías afirman la objetividad de los valores, es decir, que el valor se encuentra en el objeto y no en el sujeto; otras afirman la subjetividad de los valores, es decir que el valor se encuentra en el sujeto y no en el objeto; otras afirman que para que se produzca el valor, debe establecerse necesariamente una relación entre el sujeto que valora y el objeto valorado (esta teoría confunde valoración con valor).

Existen, en fin, teorías intermedias, todas tratando de explicar la noción de valor sin que, en mi opinión, hayan tenido éxito hasta hoy. Lo único que queda claro, es que no tenemos clara la noción de valor y que es imposible expresar la definición del concepto de valor en forma lingüística o mejor, en versión de Aristóteles, establecer su género próximo y su diferencia específica.⁹²

Dworkin fue uno de los primeros en reconocer este problema, ubicando a los valores en el ámbito moral, relativo al lugar y a la época. Alexy en cambio los nombra como principios y los define como mandatos de optimización. Pozzolo manifiesta por su parte que cuando se habla de una moral universal, puede suponer que se trata de una moral crítica, porque no conoce morales objetivas, entendiendo por moral crítica como aquella que consiste en un conjunto de principios, obtenidos a través de un debate intersubjetivo desarrollado según reglas predeterminadas. Pero si Pozzolo

⁹¹ González Dubón Aníbal. Op. Cit. Pág. 110.

⁹² *Ibíd.*

tiene razón, se trataría de una construcción social, de una forma elaborada de manera teórica, fruto de un cierto momento histórico y en ese sentido, contingencial, ya que cambiaría con el tiempo y el espacio, y en cuanto al discurso normativo, el Derecho ni explica el mundo, ni afirma ser verdadero, sólo sirve para regular conductas y para pretender modificar el mundo de acuerdo a ciertos fines o intereses.⁹³

Por lo tanto, a la pregunta sobre si se pueden encontrar valores en el texto de la Constitución, no hay respuesta correcta. Si los valores constituyen la premisa mayor del silogismo que concluye con la norma constitucional, es decir, si toda Constitución responde en su contenido normativo a ciertos valores, es una situación que no puede dilucidarse en el ámbito positivo.

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

A lo largo de la historia del pensamiento, la idea de una valoración moral del Derecho ha sido tratada por distintos autores. Desde el primer libro de La República de Platón (en voces de Sócrates y de Trasímaco), hasta los postulados de la lógica deóntica contemporánea.

Leibniz es considerado como el precursor de la lógica contemporánea, habiendo observado la analogía por un lado, los conceptos normativos justo, injusto y facultativo, y los conceptos modales aléticos, necesario, posible, imposible, analogía que será el punto de partida de Von Wright, tres siglos después. Leibniz afirma que las

⁹³ Pozzolo, Susanna. Un Constitucionalismo Ambiguo. En: Carbonell, Miguel. (Editor). Neoconstitucionalismo (S). Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pág. 197.

modalidades aléticas dan lugar a modalidades deónticas, cuando se predicán de una persona imaginaria, que encarnaría el ideal normativo semejante al Juez Hércules de Dworkin. Los primeros trabajos de Leibniz buscaban la certeza en las ciencias, en el Derecho y en las matemáticas. A partir de la tradición leibniziana, una parte de la ciencia jurídica alemana busca caracterizar las normas en vigor como si formasen un sistema. Sin embargo, la lógica y la matemática jurídica no alcanzaron los estándares exigidos para solucionar los problemas que presenta el análisis del Derecho.⁹⁴

Kelsen, el jurista más influyente del siglo XX, guarda un escepticismo axiológico a lo largo de su voluminosa obra, rechazando toda injerencia de la moral en las decisiones jurídicas, al grado que califica a la justicia absoluta como un ideal irracional.

Von Wright, considerado el padre de la lógica deóntica, rechaza también la doctrina de las verdades morales, aunque acepta que la racionalidad humana va más allá de lo que los lógicos podrían mostrar con ayuda de la lógica veritativa-funcional (la que depende de las condiciones de verdad).

En el análisis de la solución de conflictos constitucionales contemporáneos, han tomado notoriedad los conceptos de derrotabilidad de las normas constitucionales y del balance o ponderación; rechazando el razonamiento deductivo aplicable a las normas infraconstitucionales y manifestando que la solución a dichos conflictos no va en detrimento de ninguno de los derechos en pugna, sino que únicamente se establecen los límites intrínsecos del alcance de cada derecho, dando lugar a lo que se conoce como la doctrina de los límites inmanentes, que se traduce en la tesis de que no existen derechos absolutos.⁹⁵ Esta tesis tiene el problema de que no nos da cuenta de cuáles son en definitiva los derechos constitucionales que deben gozar de especial tutela y por lo tanto deja abierta la respuesta a la pregunta ¿qué derechos constitucionales tenemos?

⁹⁴ Echeverría Javier. Leibniz: una guía para el siglo XXI. Consultado el 15/05/2019. Disponible en: <http://www.upv.es/ahuman/congresos/leibniz/Paginas/Arti03.html>

⁹⁵ Bolaños Bernardo. El contenido moral de las decisiones judiciales. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Autónoma Metropolitana. México. 2011. Pág. 58-59).

Por otro lado, la doctrina de la derrotabilidad y de la ponderación, peca de un iusnaturalismo moderado, porque en el balance, deja al arbitrio del intérprete la asignación de valor numérico a la fórmula del peso (Alexy) o, expresado en otras palabras deja al arbitrio del intérprete la determinación del peso específico (Dworkin), de los principios constitucionales que representan a los derechos en pugna, de manera que dicha asignación de valor numérico o de peso específico, depende en última instancia del intérprete y con eso nos regresa, a los problemas humanos de la interpretación del texto de la Constitución, ya discutidos antes.

En este caso, quien toma la decisión debe acatar la sentencia que pronuncian los números porque éstos sólo combinan las premisas que él reconoce como válidas, pero incluso bajos estos modelos sofisticados de razonamiento, la decisión judicial parece operar en buena medida como un dispositivo que limita y combina, entre otras premisas, las intuiciones morales del intérprete.

En suma, la cantidad de problemas que presenta la interpretación del texto de la Constitución plantea un panorama desestimulante de la esperanza en la certeza del Derecho Constitucional, esto, se exagera al observar el paisaje constitucional latinoamericano, cuyas muestras paradigmáticas han sido, por ejemplo, Venezuela, seguido por Ecuador, Bolivia, Brasil, Argentina y últimamente, Nicaragua y Honduras.

Respecto de los primeros tres, Miguel Carbonell ha expresado que: "...veo claros signos de regresión autoritaria en esos tres países, bien alejados de lo que estimo debe ser el mejor constitucionalismo o el constitucionalismo deseable para nuestros países"⁹⁶.

La necesidad de realizar investigaciones que pretendan encontrar soluciones a los problemas contemporáneos de la interpretación constitucional, de los cuales los aquí señalados constituyen apenas una muestra, se vislumbra urgente, debido a las

⁹⁶ Carbonell, Miguel (Coordinador). Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos. Editorial Porrúa UNAM. México. 2004. Pp. 10

amenazas que, sobre todo, para algunos países latinoamericanos asoman como sombras en el horizonte y, para otros, ya son una realidad angustiante.

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

La presente investigación no pretende encontrar soluciones brillantes y absolutas a los problemas formulados, sino únicamente, parafraseando a Popper, encontrar algunas lucecitas que alumbren el camino en la oscuridad infinita de nuestra ignorancia.

El objetivo principal de la investigación, como ya fue planteado, es verificar la tesis de que el neoconstitucionalismo como línea de pensamiento jurídico es en alguna medida unitaria y coherente y que a su vez tiene una conexión conceptual lógica y necesaria con el positivismo jurídico como enfoque e ideología de la justicia; así como determinar las relaciones que el iuspositivismo mantiene con las razones del constitucionalismo moderno y contemporáneo, las cuales se dan, esencialmente, en el momento interpretativo y en el momento aplicativo.

En virtud de que las distintas posiciones de pensamiento que sostienen tanto el neoconstitucionalismo como el positivismo jurídico desembocan en la interpretación y

aplicación del Derecho y en las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, se tratará de exponer como parte del objetivo de la investigación, los problemas interpretativos que resultan de la adopción de alguna de las dos corrientes de pensamiento jurídico expuestas, ya que al final, considero que la percepción que los ciudadanos tienen de la función del poder judicial, es la forma como éste resuelve los conflictos que se suscitan entre ellos.

3.2 ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?

Se expone aquí, de manera sucinta la opinión del jurista italiano Ricardo Guastini, acerca de los problemas que generalmente se presentan en el ámbito de la interpretación constitucional, por considerar que este autor presenta, de manera realista y lógica, la exposición de los referidos problemas.⁹⁷

Guastini formula las siguientes preguntas: ¿Cuáles son (si es que existen) las peculiaridades de la interpretación constitucional?; ¿Qué cosa distingue (suponiendo que algo la distinga) la interpretación de la Constitución de la interpretación de cualquier otro texto normativo?; ¿La interpretación de la Constitución es distinta, por ejemplo, de la interpretación de la ley?, y en caso afirmativo, ¿Cuál es la diferencia?

En opinión de Guastini, las peculiaridades de la interpretación constitucional, si existen, no se refieren a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal, ya que “interpretar” es el nombre de al menos dos actividades diferentes: a) un acto de voluntad o decisión; esto es, atribuir o adscribir de un significado a un texto y; b) un acto de conocimiento: el descubrimiento o descripción de los significados que un texto potencialmente contiene. Pero nadie plausiblemente puede sostener que una interpretación sea una cosa o la otra según la identidad del texto interpretado.⁹⁸

⁹⁷ Guastini, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. (Editorial Fontamara. México. 2013), p. 249-272

⁹⁸ Guastini, Riccardo. Estudios Sobre la Interpretación Jurídica. Editorial Porrúa. México. 2014. *Pag.* 3.

Las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a una o más de las cosas siguiente: a) los agentes de la interpretación; b) las técnicas interpretativas y; c) los problemas de interpretación.

Para identificar a los agentes –si no exclusivos al menos típicos o privilegiados- puede preliminarmente identificarse a los destinatarios de las normas. ¿Quiénes son los destinatarios de las normas constitucionales? Esta pregunta no parece admitir respuesta simple y unívoca, porque son muchas las variables en juego, las principales, sin combinarlas son:

A) Dos concepciones de la Constitución:

Una primera variable es el modo de concebir la función política de la Constitución. Puede entenderse en primer lugar que la Constitución responde a la función de limitar el poder político, o bien a la función de modelar las relaciones sociales. Esa concepción induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos y que éstos son los únicos intérpretes autorizados de la Constitución. En otras palabras ésta no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes.

La segunda concepción, por el contrario, sugiere que la Constitución es –como cualquier otra ley- susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas. Esta concepción, favorece la idea de que las leyes son interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución (previamente interpretada). En esta segunda concepción, se favorece la sobreinterpretación y el condicionamiento de las leyes ordinarias a los textos constitucionales.

B) El régimen jurídico de la Constitución:

Esta variable se refiere a la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles (asumiendo que todas las Constituciones rígidas están garantizadas por alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de la legislación ordinaria).

Si la Constitución es flexible, de modo que no existe ningún control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes, el único intérprete oficial (dotado de autoridad) del texto constitucional no es otro más que el mismo legislador. La Constitución es sustraída de hecho de la interpretación de los jueces comunes.

Si la Constitución es rígida, puede distinguirse entre aquellos sistemas en donde el control de legitimidad constitucional es ejercido en forma difusa por todos los jueces, en cuyo caso no existe un intérprete privilegiado de la Constitución, de aquellos en que dicho control es ejercido por un juez constitucional quien sería el único órgano hipotéticamente competente para decidir las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

C) El contenido normativo de la Constitución:

Una tercera variable es el contenido normativo de la Constitución. No todas las Constituciones tienen el mismo contenido normativo.

Algunas contienen exclusivamente normas sobre la organización de los poderes públicos, éstas no están sujetas a la interpretación judicial, los únicos intérpretes son los mismos órganos a los que se dirigen. Sin embargo, conviene hacer alguna precisión.

La controversia que puede nacer de la violación de las normas que distribuyen el poder entre los órganos del Estado, es un conflicto de poder entre dichos órganos los que pueden ser justiciables o no serlo de hecho. En la mayor parte de

Constituciones modernas, los conflictos entre poderes no son justiciables, pero puede suceder que sí lo sean y el juez competente para resolver dichos conflictos es el juez constitucional.

Cuando los conflictos entre los poderes del Estado no son justiciables, los únicos intérpretes autorizados de las disposiciones constitucionales son esos mismos órganos del Estado. Cuando son justiciables, el intérprete privilegiado o último es el juez constitucional.

Otras Constituciones incluyen también declaraciones de derechos, en estos casos la controversia que típicamente puede nacer de la violación a las normas que confieren derechos es la relativa a la legitimidad constitucional de una ley. El intérprete último depende del régimen jurídico de la Constitución.

Por último, otras Constituciones contienen además de las disposiciones ya comentadas, una variedad de normas programáticas y de principio. ¿Qué órgano es competente para interpretar las disposiciones de este tipo? La respuesta depende por un lado, del modo de concebir la función política de la Constitución y por el otro, del régimen jurídico de la Constitución.

D) Interpretación auténtica de la Constitución:

Puede indagarse, si la Constitución es susceptible de interpretación “auténtica” (obviamente la pregunta no tiene sentido para las Constituciones no escritas), sin embargo, el concepto de “interpretación auténtica” es ambiguo.

En el lenguaje jurídico típicamente se llama auténtica a la interpretación de la ley realizada por el órgano legislativo mediante una ley sucesiva. ¿Pero qué cosa convierte en auténtica esa interpretación?, ¿su nomen iuris?, ¿la identidad del órgano del que la interpretación proviene? ¿Su fuerza como fuente de Derecho?, ¿el hecho de que la ley interpretativa sea vinculante? Como puede verse, la pregunta admite

diversas respuestas. De todos modos, el considerar auténtica la interpretación sólo realizada por el autor de texto, ya no tiene cabida en el mundo jurídico.

Existen entonces, cuatro posibles opciones:

- a) Puede entenderse que la interpretación de un documento normativo es auténtica sólo si la realiza el mismo órgano que ha aprobado el documento en cuestión. En tal caso deberá distinguirse entre Constituciones “concedidas” por el soberano, y Constituciones aprobadas por asambleas populares. La interpretación auténtica de una Constitución “otorgada” parece si bien improbable, posible: será necesario un acto del soberano. Por otro lado, la interpretación auténtica de una Constitución “popular” es del todo una hipótesis peregrina, comúnmente las asambleas que han aprobado una Constitución se disuelven, habiendo agotado el mandato para el que fueron creadas.
- b) Puede considerarse auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un texto dotado del mismo nomen iuris que el documento interpretado. En tal caso, la posibilidad de una interpretación auténtica parece estar excluido. Una Constitución sucesiva sería entendida no como una interpretación auténtica de la precedente sino como una Constitución nueva.
- c) Puede entenderse como auténtica la interpretación de un documento normativo, realizada mediante un texto dotado de la misma fuerza jurídica que el documento interpretado. En tal caso hay que distinguir entre Constituciones flexibles y rígidas. Si es flexible, podrá tenerse como auténtica la realizada mediante ley ordinaria, si es rígida, podrá quizá tenerse como auténtica la realizada por leyes constitucionales (siempre que prevea una fuente como ellas).
- d) Puede considerarse auténtica la interpretación de un documento normativo realizada por un órgano que tenga, por así decirlo, la última palabra en la

materia, es decir, un órgano cuya interpretación no pueda ser contradicha o modificada por algún otro órgano y sea vinculante para todos. También en este caso hay que distinguir entre Constituciones flexibles y rígidas. Si es flexible, cualquier acto legislativo puede valer como interpretación auténtica, si es rígida y está garantizada por un órgano de la justicia constitucional, vale como interpretación auténtica toda decisión del juez constitucional.

3.3 Técnicas de la interpretación constitucional

Puede sostenerse, y de hecho así se ha sostenido hasta ahora, que para la Constitución deben emplearse reglas y técnicas de interpretación peculiares, diversas de las que se emplean para otros documentos normativos. Dentro de ellas, pueden distinguirse las siguientes:

a) Constituciones “otorgadas” y Constituciones “pactadas”.

No necesariamente todas las Constituciones exigen o permiten las mismas técnicas interpretativas. Puede sostenerse que:

1. Las Constituciones nacidas de actos unilaterales de una cualquiera autoridad (Soberano, Asamblea) o Constituciones otorgadas, deben ser interpretadas investigando la intención del legislador.
2. Las Constituciones pactadas –nacidas del acuerdo entre el Soberano y Asambleas Legislativas-, deben ser interpretadas investigando la intención común de los “contratantes”.

a) La interpretación liberal de la Constitución.

Esta interpretación debe realizarse de manera tal que circunscriba, tanto como sea posible, el poder estatal y que extienda, tanto como sea posible, los derechos de libertad. Sin embargo es evidente que, esta doctrina puede ser trasladada a cualquier

instrumento normativo, aún no constitucional, que instituya poderes públicos o confiera derechos de libertad.

b) La Constitución rechaza la interpretación literal

Según un punto de vista bastante difundido, la Constitución no se presta a una interpretación literal.

Si no todas, la mayor parte de ellas, las Constituciones están redactadas en un lenguaje extremadamente vago, o son propiamente hablando, principios más que normas, cuya indeterminación es su rasgo característico. Los principios no pueden ser entendidos a la letra, la interpretación de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y convertirlo en inutilizable para la aplicación del derecho.

Como quiera que sea, esta doctrina asume que los principios constitucionales tienen contenido prescriptivo que hay que encontrar mediante la interpretación. Pero esta es una tesis que hay que demostrar.

c) La Constitución exige una interpretación evolutiva

Es también, una doctrina muy difundida que a la Constitución le debe ser aplicada una interpretación llamada “evolutiva”, que consiste en la atribución al texto constitucional de un significado diverso del “histórico” (distinto del significado que tenía en el momento de su creación) y también un significado siempre mutable para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales.

Esta tesis se ha defendido con dos argumentos diversos. El primero, manifiesta que la Constitución disciplina esencialmente relaciones políticas, o sea, relaciones que fatalmente cambian en el tiempo; el segundo manifiesta que la Constitución es el contrato social que funda una comunidad, y que en cuanto tal debe ajustarse a los valores ético-políticos dominantes en el seno de la comunidad de que se trata.

A este propósito, pueden hacerse tres observaciones la primera es que la doctrina en examen puede ser aplicada a la interpretación de cualquier documento normativo y no es exclusiva de la interpretación constitucional; la segunda es que esta doctrina es inaceptable para quien se incline atribuir autoridad a la intención subjetiva de los constituyentes y la tercera es que la doctrina en cuestión supone una notable estabilidad de los documentos constitucionales.

Como quiera que sea, este punto de vista conlleva un grave problema. Generalmente las Constituciones son reformables. La reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias. Sin embargo, la reforma constitucional es competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos. Pero la reforma constitucional vía mutación conlleva problemas diferentes y difíciles de resolver.

CAPÍTULO IV

PROBLEMAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte el positivismo jurídico ha sido un campo fértil para la creación intelectual y ha producido un grupo de pensadores que se auto clasifican de iuspositivistas: entre ellos, algunos de los más destacados son: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini. Todos estos autores representan la élite del positivismo jurídico contemporáneo y poseen una formación intelectual envidiable, de manera que las discusiones que han promovido están apuntaladas con argumentos muy sólidos, que defienden de manera bastante fuerte sus posiciones jurídicas y algunos de ellos representan distintas versiones del positivismo jurídico.⁹⁹

“Hegel creía que la razón era tan astuta como para utilizar las pasiones humanas para orientar la historia conforme a sus finalidades. No es posible desde luego, una historia teleológicamente orientada por la razón”¹⁰⁰. No es posible que en la historia humana todo lo real sea racional, como pretendía Hegel, sino más bien, como lo afirma Popper, “no hay ninguna trama en la historia”¹⁰¹. Pero en el plano individual es posible una operatividad modesta y benévola de la astucia de la razón. Modesta, porque no se trata de una razón existente de forma independiente de los sujetos individuales y que

⁹⁹ Bulygin, Eugenio & Atienza, Manuel. El positivismo jurídico. Editorial Fontamara. México. 2006.

¹⁰⁰ Ruiz Manero, Juan. El Legado del Positivismo Jurídico. (Bogotá: Editorial Temis. 2014). p 8.

¹⁰¹ Popper, Karl. La Miseria del Historicismo. Editorial Trotta. (Madrid. 2005) Pág. 15.

opera por medio de estos como sus instrumentos, sino de la razón que forma parte de cada conciencia individual; benévola, porque puede, a posteriori, aportar coherencia a un retazo de vida individual, cada uno de cuyos episodios haya sido vivido en su momento por el sujeto como aislado e independiente de los demás.

Es indudable la ambigüedad del término. Norberto Bobbio distinguió tres sentidos independientes en los que se usa la expresión positivismo jurídico: “como enfoque general, como teoría de derecho provista de ciertos rasgos específicos y como ideología sobre el derecho”¹⁰².

Hoy es usual la distinción entre tres variedades de positivismo jurídico: el positivismo jurídico duro o excluyente, el positivismo jurídico blando o incluyente y el positivismo jurídico ético o normativo. No se trata de tres teorías del Derecho, que compartieran todas ellas, por decirlo con González Vicén, esa concepción general sobre el Derecho que serviría como línea de demarcación entre las posiciones positivistas y las que no son.

Se trataría, más bien, de tres formulaciones distintas de esa concepción general o, si preferimos decirlo con Bobbio, de tres variantes del positivismo como enfoque acerca del derecho y, más específicamente, de una de las tesis que se suelen considerar, dentro de él, esenciales: la de la separación conceptual (necesaria o lógica) entre el derecho y la moral.

“De acuerdo con la variante excluyente, los criterios de validez jurídica no podrían incluir nunca consideraciones morales; la variante incluyente afirmarían que dichos criterios de validez no tendrían por qué incluir siempre consideraciones morales; la variante normativa por su parte, pondría el acento en que estos criterios de validez no deberían incluir nunca consideraciones de ese género”¹⁰³.

¹⁰² Bobbio, Norberto. Positivismo Jurídico. (México: Ediciones Fontamara, 1992). Pág 37.

¹⁰³ Bobbio, norberto. Op cit. Pág. 67.

De forma que la triple distinción de Bobbio, positivismo como enfoque, como teoría y como ideología, no logra eliminar por completo la ambigüedad de la expresión positivismo jurídico. La distinción entre los positivismos excluyente, incluyente y normativo muestra que la ambigüedad se vuelve a producir al menos en el interior mismo del positivismo como enfoque.

4.1 Problemas esenciales de la interpretación constitucional

Existen diferencias sustanciales entre la interpretación jurídica y la interpretación constitucional. Karl Larenz ha manifestado que el objeto de la interpretación es el texto legal. La interpretación para este autor consiste en que el intérprete se representa los diferentes significados posibles de un término o de una serie de palabras y se pregunta cuál de tales significados es el exacto.¹⁰⁴

Para ello interroga al contenido textual y a su propio conocimiento del asunto del que se habla en el texto. La conclusión no es lógicamente vinculante sino una elección, motivada por razones suficientes, entre diferentes posibilidades de interpretación.

Los textos jurídicos son entonces «problematizables», al estar redactados en lenguaje cotidiano o especializado, dejan un margen de libre significado que hace posible numerosas variantes del mismo. Larenz concluye que sería un error aceptar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente «oscuros», «poco claros» o «contradictorios»; más bien todos los textos jurídicos, en principio, son susceptibles de y necesitan interpretación.

La interpretación jurídica se ubica dentro de la hermenéutica, ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos. El qué hacer del jurista es, en buena medida, interpretar textos. Los debates jurídicos son normalmente debates sobre palabras, sobre las palabras concretas de un precepto legal.

¹⁰⁴ Hoyos, Arturo. La Interpretación Constitucional. Editorial Temis. Colombia. 1998.

En un primer momento, el intérprete judicial de un texto jurídico emprende su indagación para descubrir el sentido normativo del texto y así aplicarlo a la solución del caso concreto que se le ha planteado.

La hermenéutica debe considerarse como un proceso unitario que incluye no sólo la comprensión e interpretación del texto, sino también su aplicación. La actividad del intérprete judicial no es meramente pasiva sino en gran medida creativa, del texto debe extraer la norma aplicable al caso concreto que ha de resolver.

Debe tenerse presente que texto y norma constitucionales no siempre coinciden: un texto (un artículo de la Constitución) puede contener varias normas y una norma puede encontrarse dispersa en varios textos.

Aunque hay leyes ordinarias de carácter general, las normas constitucionales tiene la particularidad de regular relaciones de carácter político, lo que coloca al juez constitucional en un terreno infructuoso. La interpretación constitucional es una especie de la interpretación jurídica, pero se diferencia de ésta por:

1. Su objeto: los textos de jerarquía constitucional.
2. Sus finalidades: son la actuación de la Constitución, integración del ordenamiento constitucional, control formal y material de las leyes y otros actos de autoridad, elegir la solución constitucional más correcta, la defensa de la Constitución.
3. Sus actores: la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia, y los tribunales ordinarios.
4. Una serie de principios especiales que la animan.

5. Su matiz político: no en el sentido de política partidista, sino porque mediante ella se condicionan y controlan las actuaciones de los órganos políticos del Estado, y mediante la interpretación constitucional se les da en ocasiones una solución jurídica a conflictos políticos.

4.2 Necesidad de la interpretación constitucional

La interpretación constitucional se plantea como problema cuando ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de manera concluyente. Una particularidad que posee la interpretación constitucional es que usualmente se enfrenta con normas indeterminadas, flexibles y abiertas, normas concedidas en términos de un elevado grado de generalidad.

Hay por supuesto normas constitucionales específicas y hay normas legales de tipo general, pero en las normas legales de tipo general, los problemas que se plantean, son de políticas sectoriales o particulares, mientras que en la Constitución se plantean los problemas de política estatal.

Otra particularidad del objeto de la interpretación constitucional se encuentra en que, como se ha dicho, las normas constitucionales regulan relaciones políticas.

La interpretación constitucional de carácter judicial es necesaria, siempre que se vaya a aplicar un texto que contiene normas constitucionales para resolver una controversia.

4.3 Finalidad y límites de la interpretación constitucional

La finalidad primaria de toda interpretación jurídica efectuada por el juez, es extraer el sentido normativo del texto jurídico para aplicarlo a un caso concreto.

La interpretación constitucional tiene finalidades específicas:

1. Permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional. Esto entraña expandir al máximo la fuerza normativa de la Constitución y la interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con ella misma; así se actualiza la Constitución mediante la tarea del intérprete.
2. La integración del ordenamiento constitucional. Esto se produce a través de las sentencias que por vía de interpretación completan el ordenamiento constitucional.
3. El control formal de la regularidad de las leyes y otros actos, y el control sustancial del contenido de tales actos. Esta finalidad es una de las esenciales, porque permite al juez constitucional controlar la aplicación efectiva de la Constitución.
4. Elegir la solución más adecuada para el caso, desde el punto de vista de la Constitución.
5. La defensa de la fórmula política contenida en el sistema constitucional.

4.4 Los métodos tradicionales de interpretación y la interpretación constitucional

Von Savigny señalaba que existen 4 métodos para interpretar las normas jurídicas: el gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático.

Pero estos métodos no son suficientes porque el problema o mejor, la tarea fundamental de la interpretación constitucional enfrentaba con normas de tipo general, normas abiertas estriba en su concretización.

Concretizar una norma es dotar de contenido concreto a una norma de tipo general y de ahí el carácter creativo de la interpretación constitucional, ya que el

contenido de la norma constitucional, interpretada por el juez constitucional, sólo queda completo con la interpretación que éste le ha dado. De ahí, la cuestión central de la interpretación constitucional, la concretización de las normas generales.¹⁰⁵

4.5 Los principios de la interpretación constitucional

La tesis de la distinción entre reglas y principios presenta al menos dos variantes: una fuerte y otra débil. La tesis de la distinción en sentido fuerte, sin duda deriva de la caracterización originaria de los principios propuesta por Ronald Dworkin en su obra "Los Derechos en Serio"¹⁰⁶. En opinión de quienes sostienen la distinción en sentido fuerte, los principios serían cosa distinta de las reglas no solo cuantitativamente, por ejemplo, por una cuestión de grado de generalidad, sino también cualitativamente. Según este modo de pensar, la naturaleza de principio o de regla es un dato objetivo propio de toda formulación normativa, es decir, una característica que puede ser observada por el jurista mediante una actividad meramente cognitiva. Principios y reglas se diferenciarían por motivos lógicos que serían el distinto carácter de la directiva en unos y otras: mientras las segundas serían aplicable al modo de todo o nada, no sería así para los principios, que no funcionarían nunca de manera automática y tendrían distinto peso o importancia.

Entre los autores que ha merecido la calificación de neoconstitucionalistas, Zagrebelsky puede verse como un defensor de la distinción en un sentido fuerte. Según él, "la distinción entre reglas y principios reside en el hecho de que los segundos no exigen simplemente una acción conforme, sino que eligen la forma más apropiada para una toma de posición frente a la realidad: la incidencia de los principios sobre la realidad, es decir, la posibilidad de que estos confieran a los hechos un preciso valor normativo, supone un hecho no previsto, incluso excluido por el positivismo jurídico"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Von Savigny, Friedrich Karl. Metodología Jurídica. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.

¹⁰⁶ Dworkin, Ronald. Los Derechos en Serio. (Barcelona: Editorial Ariel. 1999). p 227.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo. Op Cit. Pp 77.

Este último, con su insistencia en la separación entre ser y deber ser, habría asumido como único criterio de validez de las normas, siguiendo a Kelsen, la competencia jurídico-formal, por la cual norma jurídica válida sería aquella proveniente de una voluntad autorizada, de manera totalmente independiente de los contenidos de esa voluntad. La realidad no tendría, de por sí, ninguna pretensión frente al Derecho, porque su verdad no tendría nada que ver con la voluntad de la que deriva la norma jurídica.

Según Zagrebelsky, por el contrario, el criterio de validez establecido por el Derecho constitucional moderno no sería tanto la legalidad, sino más bien la verdad. Y precisamente por este motivo el positivismo jurídico, ligado a una concepción que separa racionalidad y los problemas práctico-morales, negando así fundamento racional a los valores, estaría en dificultades frente al gran número de principios, en gran parte positivizados por el Derecho constitucional, que requieren una indagación en el contenido y no solo un mero control del fundamento de validez. Manifiesta Zagrebelsky que, “si el Derecho no estuviese compuesto más que por reglas, no sería insensato pensar en la mecanización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se diesen los hechos y que nos darían la respuesta. Pero el Derecho constitucional está compuesto de reglas y de principios, los cuales tendrían en sí la noción de valor que implica el paso, no solo lícito, sino obligatorio, de los jueces del ser al deber ser”¹⁰⁸.

La argumentación de Zagrebelsky, no deja muchas dudas sobre la adhesión a la tesis de la distinción en sentido fuerte. Debe sin embargo, reflexionarse sobre su sostenibilidad. De hecho, en cuanto se intenta entrar en el detalle de la distinción fuerte aparecen notables dificultades. Zagrebelsky, por ejemplo, queriendo responder a la pregunta sobre en qué se diferencian reglas y principios, escribe: “en primer lugar, solo los principios desarrollan un papel propiamente constitucional, esto es constitutivo del

¹⁰⁸ Ibid. Op Cit. p 96.

orden jurídico. Las reglas se agotan ellas mismas, no tienen ninguna fuerza constitutiva de algo fuera de sí mismas”¹⁰⁹.

Según Alexy, por lo tanto, “el criterio diferenciador entre reglas y principios podría ser el distinto grado de cumplimiento de la norma: si lo que la norma exige, es el mayor grado de cumplimiento posible se trataría de un principio; si lo que la norma exige es solo una determinada medida, se trataría de reglas. Reglas y principios serían ambas normas que establecen un deber ser, que presentan un operador deóntico que cualifica la acción, que ofrece razones para juicios concretos de deber ser. Pero los principios, además, introducirían el criterio de la razonabilidad en la aplicación del Derecho; criterio que, por un lado, permite determinar la medida de su cumplimiento y, por otro, necesita el criterio de equilibrio”⁶⁹.

De tal cuenta, y en concordancia con lo antes señalado, podemos establecer como ciertos principios básicos en la interpretación constitucional:

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

¹⁰⁹ Ibid. p 107.

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

Weschler, un profesor norteamericano, sostiene que las decisiones del juez constitucional deben inspirarse en varios principios: ¹¹⁰

1. Las sentencias deben razonarse, ser decisiones razonadas;
2. Ese razonamiento debe darse en todas las etapas del proceso;
3. Las decisiones deben obedecer a principios;
4. Esos principios deben ser neutrales y generales, es decir, no deben obedecer a un mero acto de voluntad del juez constitucional.

4.6 Reglas de la interpretación constitucional

Linares Quintana, indica siete reglas para la interpretación constitucional:¹¹¹

1. Debe prevalecer el contenido finalista de la Constitución, que es garantizar la libertad y la dignidad humanas;
2. La Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico;

¹¹⁰ Weschler, Herbert. Derecho Constitucional. Citado por: Alonso García, Enrique. La Interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pág. 31-38.

¹¹¹ Linares Quintana, Segundo V. Tratado de la Ciencia Del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1998. Pág. 622 y ss.

3. Las palabras de la Constitución deben ser interpretadas en su sentido general y común, a menos que sea claro que el creador de la norma se refirió a un significado técnico-legal;
4. La Constitución debe ser interpretada como un todo, como un conjunto armónico;
5. Hay que tener en cuenta las situaciones sociales, económicas y políticas que existen al momento de realizarse la interpretación;
6. Las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo;
7. Los actos públicos se presumen constitucionales si mediante la interpretación pueden ser armonizados con la ley fundamental.

Gustavo Zagrebelsky propone algunos lugares o elementos de argumentación típicos:

1. El primer «canon general» establece que las sentencias constitucionales no deben perjudicar la libertad del proceso político ni la más amplia participación en él.
2. El juez constitucional debe pronunciarse sobre los casos evitando que sus sentencias asuman el valor suplemental de legitimación o, peor, de deslegitimación en abstracto de fuerzas u orientaciones políticas. Por ello debe evitar la petrificación de los valores y principios constitucionales: su articulación positiva debe dejarse ante todo al proceso político mientras el juez constitucional vigila su carácter no arbitrario.
3. La interpretación constitucional debe concebirse como medio para promover el valor de la Constitución tomada integralmente.

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

4.7 Modelo de hermenéutica constitucional contemporáneo

4.7.1 El Derecho por principios

La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos “separaciones” de la ley de las que hasta aquí se han hablado –la separación de los derechos y la separación de la justicia– han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocida en el pasado, pero que

hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada mucho más cuanto lo haya sido con anterioridad.¹¹²

4.7.2 Derecho por reglas y derecho por principios

Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse, en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse “principio”. Si esta separación no se reflejase en la distinción regla-principio, no tendría la capital importancia que hoy, en cambio, debe reconocérsele en el mundo del derecho.

La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituyente por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente. Aquí podemos limitarnos a las observaciones que tiene interés para el desarrollo de nuestro razonamiento, evitando entrar en complicaciones que sólo producirían dispersión.

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho

¹¹² Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia. (Editorial Trotta. Madrid. 1999). p. 109-110.

estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio.

¿Cuáles son las diferencias entre reglas y principios? En primer lugar, solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tiene ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento” que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas “de principio” son a menudo expresiones un tanto banales, “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ethos. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

Así pues –por lo que aquí interesa–, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por

las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, peor nos proporcionan criterios para tomar posición ante las situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios a diferencia de los que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar”, ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.

Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la normal. Ahora bien, tal idea, típicamente positiva, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de “tomar posición” en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.

4.8 ¿Por qué distintos intérpretes de la constitución realizan interpretaciones diversas de un mismo texto normativo?

La respuesta a esta pregunta tiene que ver con la tesis escéptica en la teoría de la interpretación, la cual puede enunciarse así: “todo texto normativo –e incluso cualquier enunciado normativo, cualquier disposición, como suele decirse- es de hecho

interpretada, por distintos operadores, de maneras diversas e incompatibles entre sí”¹¹³.

De tal enunciación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

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

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

En conclusión, “toda pregunta de derecho admite una pluralidad de respuestas, ninguna de las cuales –por consiguiente- puede llamarse correcta ni menos aún verdadera”¹¹⁴.

¿Cómo debe entenderse la tesis escéptica? Según Tarello¹¹⁵, la tesis escéptica, según la cual no hay significados anteriores a la interpretación, no debe entenderse que antes de la interpretación, los textos normativos están desprovistos de todo significado, sino en el sentido de que todo texto normativo expresa potencialmente más de un significado. La interpretación, más bien la interpretación decisoria, en cuanto se distingue de la interpretación cognitiva, consiste precisamente en elegir dentro de una pluralidad de significados.

¹¹³Guastini, Riccardo. Estudios Sobre La Interpretación Jurídica. Op. Cit. Pp. 139.

¹¹⁴Ibid p. 140.

¹¹⁵ Tarello, Giovanni. La Interpretación de la Ley. Citado por: Guastini, Estudios sobre la Interpretación Jurídica. Op. Cit. PP. 140.

Guastini¹¹⁶ manifiesta que hay que destacar que la multiplicidad de las interpretaciones no depende de la equívocidad –por así decirlo- “objetiva” del lenguaje en el que los enunciados a menudo se expresan, aunque también este factor influye en aquel fenómeno. Sino que las controversias interpretativas dependen más bien de:

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

Uno de los fundadores de la teoría escéptica de la interpretación fue Hans Kelsen¹¹⁷, cuyas tesis en cuanto a la interpretación jurídica pueden resumirse de la siguiente forma según Guastini¹¹⁸:

1. Todo texto normativo ofrece a los intérpretes, no ya una sola posibilidad de interpretación sino un marco de múltiples interpretaciones diversas, igualmente posibles o admisibles.
2. Constituye interpretación científica o cognitiva, la verificación de tales significados.
3. Constituye interpretación política o decisoria, la elección de uno de esos significados.
4. La interpretación política en ese sentido, puede ser ejercida por los juristas o por los órganos de aplicación. La realizada por los juristas es una mera directiva

¹¹⁶Guastini, Riccardo. Estudios Sobre la Interpretación Jurídica. Op. Cit. Pp. 140.

¹¹⁷Kelsen, Hans. Teoría pura Del Derecho. Edición de 1960. Op. Cit. Pp. 349-356.

¹¹⁸Guastini, Riccardo. Estudios sobre la Interpretación Jurídica. Op. Cit. Pp. 150-153.

desprovista de efectos jurídicos. La realizada por un órgano de aplicación, en cambio, constituye interpretación auténtica, en el sentido de que produce efectos jurídicos, al menos provisionalmente e inter partes.

5. A veces los intérpretes, y especialmente los órganos de aplicación salen, sin embargo, del marco de los significados abstractamente posibles y atribuyen al texto normativo en cuestión un significado nuevo, que no encaja entre los verificados o verificables mediante interpretación científica.
6. A pesar de todo, el derecho positivo (y muchos ordenamientos, si no todos) atribuye consecuencias jurídicas –al menos provisionales y al menos inter partes- a cualquier decisión interpretativa de los órganos de aplicación, incluso a las decisiones que caen fuera del marco. De este modo, también la interpretación fuera del marco es auténtica, es decir, produce efectos jurídicos.

Se puede decir que el derecho positivo no distingue entre interpretaciones que caen dentro o fuera del marco. En este sentido, para el derecho positivo una interpretación vale tanto como la otra; los jueces, y en especial los de última instancia, pueden atribuir a cualquier texto normativo cualquier significado y no hay modo de discriminar entre la interpretación genuina, es decir, la escogida entre los significados que caen dentro del marco, y la creación de significados nuevos.

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

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

Manifiesta Guastini que alguien podría objetar que ni siquiera desde el punto de vista del derecho positivo todas las interpretaciones son equivalentes, ya que las

interpretaciones fuera del marco, como provisionalmente eficaces, son susceptibles de anulación. Pero aclara que dicha objeción es infundada. En primer lugar porque ella no vale para decisiones interpretativas de los órganos jurisdiccionales de última instancia. En segundo lugar, porque también las decisiones interpretativas que caen dentro del marco son anulables, cuando no han sido pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de última instancia.

Podemos concluir entonces, que la teoría de la interpretación tiene por objeto, precisamente la interpretación, no la aplicación, ni las normas jurídicas que rigen los efectos de la aplicación. Para esta teoría es relevante distinguir:

- a) Por una parte, la interpretación de los textos normativos, o sea la identificación de las normas, de la aplicación de las normas previamente identificadas y:
- b) Por otra parte, la elección de un significado (en el ámbito de una pluralidad de significados posibles preexistentes) de la creación de significados nuevos.

No obstante lo expuesto, las tesis del escepticismo interpretativo son apreciables para cualquier jurista, sólo que a veces resulta problemático o difícil distinguir entre los significados que entran en el marco y los que queda fuera de él; de hecho, el propio marco puede ser objeto de controversia. Para el escepticismo basta mostrar que los jueces siempre tienen discrecionalidad, porque siempre tienen la posibilidad de escoger entre una pluralidad de significados posibles.

Este hecho se agrava, si le agregamos el problema de que la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, contienen una gran cantidad de textos redactados de forma estructuralmente indeterminada, a los que se acostumbra llamar principios, cuya estructura semántica y sintáctica difiere de las denominadas reglas o normas jurídicas estructuradas con un supuesto de hecho, una consecuencia jurídica o disposición, unidos por una cópula deber ser.

CONCLUSIONES

1. Podemos concluir que el neoconstitucionalismo como línea de pensamiento jurídico es en alguna medida unitaria y coherente y que a su vez tiene una conexión conceptual lógica y necesaria con el positivismo jurídico como enfoque e ideología de la justicia; así como las relaciones que el iuspositivismo mantiene con el constitucionalismo moderno y contemporáneo, se dan, esencialmente, en el momento interpretativo y en el momento aplicativo.
2. Que son los Jueces y Magistrado los llamados a realizar una adecuada interpretación del texto constitucional manteniendo el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el de coherencia y completitud, tomando en cuenta que no existen derechos absolutos en base a la doctrina de los límites inmanentes, pues la justicia absoluta es un ideal irracional.
3. En la actualidad la hermenéutica constitucional, ha utilizado como fundamentación de la interpretación del texto constitucional, los principios y valores constitucionales, no obstante, en la axiología constitucional doctrinarios renombrados postulan la exclusión de las valoraciones del método de la ciencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alonso García, Enrique. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
2. Arango Olaya Mónica. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Fecha de consulta 15/07/2018. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/03.pdf>.
3. Aristóteles. ÉTICA A EUDEMO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
4. Atienza, Manuel & García Amado, Juan Antonio. UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN. Editorial Temis. Bogotá. 2012.
5. Axiológico. En: [Significados.com](https://www.significados.com). Disponible en: <https://www.significados.com/axiologico/> Consultado: 4 de agosto de 2019, 09:14 pm.
6. Bernal Pulido, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
7. Bolaños Bernardo. EL CONTENIDO MORAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Autónoma Metropolitana. México. 2011.
8. Bulygin, Eugenio. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Fontamara. México. 2006.
9. Carbonell, Miguel (Comp.) NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2009.

10. Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2007.
11. Carbonell, Miguel (Coordinador). JUECES Y DERECHO, PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS. Editorial Porrúa UNAM. México. 2004.
12. Corte de Constitucionalidad. AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA EXPEDIENTE 2685-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/821568.2685-2011.pdf>
13. Corte de Constitucionalidad. APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO EXPEDIENTE 825-2010. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/815704.825-2010.pdf>
14. Corte de Constitucionalidad. GACETA JURISPRUDENCIAL N° 41 - APELACIONES DE SENTENCIAS DE AMPAROS EXPEDIENTE NO. 175-96. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/794734.175-96.pdf>.
15. Corte De Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión Expediente 1822-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>
16. Corte de Constitucionalidad. INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL EXPEDIENTE 3009-2011. Disponible en: <http://138.94.255.164/Sentencias/819266.3009-2011.pdf>
17. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2002. Expediente número: 890-2001. Consultado 05/05/2019. Disponible en: <https://gt.vlex.com/vid/-423827862>.

18. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2008.
Expediente número: 2158-2008. Disponible en:
<http://138.94.255.164/Sentencias/812144.2158-2008.pdf>
19. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha 8 de febrero de 2011 dentro del expediente número: 1994-2009. Disponible en: <https://gt.vlex.com/vid/-423671634>
20. Corte Interamericana de Derecho Humanos. CASO BOYCE Y OTROS VS. BARBADOS. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 52. Consultada de 05/05/2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf.
21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA. OPINIÓN CONSULTIVA Oc-5/85 del 13 de noviembre De 1985. Fecha de Consulta 15/06/2019. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/expresion/showDocument.asp?DocumentID=26
22. Corte Interamericana de Derechos Humanos. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Opinión consultiva 5-1985 de fecha 13 de noviembre de 1985, siempre de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH, párrafo. 67. Pag. 149. Consultada el 05/05/2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF
23. 19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de fecha 15 de julio de 1981, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en el párrafo 16 (Asunto Viviana Gallardo y otras). Pag. 4. Consultado el 05/05/2019. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.doc.

24. Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal. Proceso No. 665-2009. Fecha de la Sentencia: 12/07/2011 Delito: comercio, tráfico y almacenamiento ilícito. Disponible en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/44561.pdf>.
25. Diccionario de la Real Academia Española. Definición de hermenéutico en el diccionario español. (En línea) Consultado el 15/05/2019. Disponible en: <https://educalingo.com/es/dic-es/hermeneutico>.
26. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
27. Dworkin, R. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1977.
28. Espinal Flavio Darío . LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. La Opinión. 05/06/2014. <https://www.diariolibre.com/opinion/la-legitimidad-de-la-justicia-constitucional-FKDL641051>.
29. Echeverría Javier. LEIBNIZ: una guía para el siglo XXI. Consultado el 15/05/2019. Disponible en: <http://www.upv.es/ahuman/congresos/leibniz/Paginas/Arti03.html>
30. Ferrajoli, Luigi. LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Madrid, Trotta, 2005.
31. Frosini, Vitorio. LA LETRA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.
32. García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.

33. García Máynez, Eduardo. LÓGICA DEL RACIOCINIO JURÍDICO. Editorial Fontamara. México. 2011.
34. García Máynez, Eduardo. PRINCIPIOS SUPREMOS DE LA ONTOLOGÍA FORMAL DEL DERECHO Y DE LA LÓGICA JURÍDICA. Ediciones Coyoacán. México. 2010.
35. González Dúbon Aníbal. HERMENÉUTICA Y AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL ALGUNOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DISCUSIÓN VALORATIVA EN LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES. Tesis Doctoral. Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016.
36. Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Fontamara. México. 2013.
37. Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. IJ UNAM. Madrid. 2010.
38. Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Editorial Porrúa. UNAM. México. 2014.
39. Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.
40. "Hermenéutica". En: Significados.com. Disponible en: <https://www.significados.com/hermeneutica/> Consultado: 4 de agosto de 2019, 06:01 pm.
41. Hoyos, Arturo. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Colombia. 1998.

42. Ibáñez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Ediciones Palestra. Lima. 2007.
43. Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2013.
44. Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ARGENTINO Y COMPARADO. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1998
45. Mendonca, Daniel. LAS CLAVES DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000.
46. Mendonca, Daniel. LOS DERECHOS EN JUEGO. CONFLICTO Y BALANCE DE DERECHOS. Editorial Tecnos. Madrid. 2003.
47. Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.
48. Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa. México. 2006.
49. Pérez Luño. LA SEGURIDAD JURÍDICA. Trotta, Madrid. 2000.
50. Pozzolo, Susana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Lima. 2011.
51. Prieto Sanchís Luis. CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO, ISSN 1138-2848, Nº 11, 2000, págs. Madrid: Editorial Trotta, S.A. (2 ed.) . 2000.

52. Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO (un catálogo de problemas y argumentos). En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, nº44, 2010
53. Sagüés, Néstor Pedro. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Lexis Nexis, 2006.
54. Tamayo y Salmorán Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Segunda Edición. 2004. ISBN 970-32-2121-1.
55. Villabella, Carlos Manuel. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ¿UN NUEVO PARADIGMA? Ediciones Mariel. México. 2014.
56. UNAM. UNIDAD DE APOYO Y APRENDIZAJE. Axiología. Recuperado el 04/08/2019. Disponible en: https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/1151/mod_resource/content/1/contenido/index.html.
57. Von Savigny, Friedrich Karl. METODOLOGÍA JURÍDICA. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
58. Von Wright, George Henrik. NORMA Y ACCIÓN, UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editoriales Tecnos. Madrid. 1979.
59. Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHOS, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

Legislación consultada

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad
3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos
4. Ley del Organismo Judicial.
5. Código Procesal Penal
6. Código Procesal Civil y Mercantil