

Argumentación Jurídica

FISONOMÍA DESDE UNA ÓPTICA FORENSE

MAYOLO GARCÍA GARCÍA
RODOLFO MORENO CRUZ
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
FISONOMÍA DESDE UNA ÓPTICA FORENSE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
SERIE: ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 249

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora asistente: Karla Beatriz Templos Núñez
Edición: Miguel López Ruiz
Formación en computadora: Jessica Quiterio Padilla
Diseño de forro: Carlos M. Aguilera Ortiz

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

FISONOMÍA DESDE UNA ÓPTICA FORENSE

MAYOLO GARCÍA GARCÍA
RODOLFO MORENO CRUZ

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2014

Primera edición: 30 de marzo de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5535-9

CONTENIDO

Palabras preliminares	XI
Sobre los autores	XV
Sobre los coordinadores	XXI

PRIMERA PARTE

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SENTENCIAS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

1. El subprincipio de adecuación o idoneidad	13
2. El subprincipio de necesidad	16
3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	18
La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-sub- suntivo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e incon- venientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Civil, del 10 de diciembre de 2010)	29

LA SENTENCIA DE INHABILITACIÓN A GARZÓN. UN ANÁLISIS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Los hechos	65
El derecho	68
Conclusión	80

VIII

CONTENIDO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

(LÍMITES Y RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

I. Introducción.	83
II. La función de la hermenéutica constitucional en la magistratura constitucional.	85
III. El principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional	88
IV. El empleo del principio de proporcionalidad para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales en México.	91
V. Conclusiones	103
VI. Bibliografía.	106

SEGUNDA PARTE

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: UNA REVISIÓN

¿POR QUÉ LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA SON DEFICIENTES TEORÍAS
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO?

I. Introducción	111
II. Epistemología general y epistemología jurídica	112
III. Argumentación y epistemología jurídica	118
1. Fundacionalismo.	118
2. Teoría del diálogo.	121
IV. Algunos problemas de la teoría de la epistemología jurídica basada en la argumentación	124

LOS PROBLEMAS DE JUSTIFICACION EXTERNA
COMO PROBLEMAS DEL CASO

I. Planteamiento.	127
II. El caso y los problemas de justificación externa.	129

CONTENIDO

IX

III. Los puntos controvertidos: principales aspectos	132
1. ¿Qué son los puntos controvertidos?	134
2. ¿Para qué sirven los puntos controvertidos?	135
IV. ¿Cómo se fijan los puntos controvertidos?	145
V. A manera de colofón	149

ARGUMENTACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

I. Digresión: el análisis de los hechos	153
II. Los principios jurídicos	154
III. Los principios jurídicos. Clases. ¿Cómo se enumeran? . .	157
IV. Principios fuertes y principios débiles	160
V. ¿Como surgen los principios en nuestra conciencia? . . .	165
VI. Valor argumentativo de los principios	168
VII. Límites del alcance de los principios	168

ARGUMENTACIÓN Y CASOS DIFÍCILES:
EL CASO DE LA INMIGRACIÓN “IRREGULAR”

I. El caso de la inmigración “irregular”	173
II. Argumentar la legalidad y argumentar la ilegalidad en el caso de la inmigración irregular	174
III. La regla de la “bivalencia jurídica”	189
IV. La regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal.”	193

CASOS INDÍGENAS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL:
DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

I. Introducción	199
II. El pluralismo de los pluralismos	199
1. Pluralismo moral	200
2. Pluralismo cultural	200
3. Pluralismo jurídico	201

III. Teorías de la interpretación	201
IV. Teorías del significado	203
V. Casos judiciales indígenas	205
1. Caso Tráfico de tesoros nacionales	205
2. Caso Violación impropia	208
3. Caso Matrimonio privignático	213
VI. ALGUNAS CONCLUSIONES	218

NUEVAS REGLAS PARA JUZGAR
AL INDÍGENA EN MÉXICO
(CASO DE JORGE SANTIAGO SANTIAGO)

I. Introducción	221
II. Antecedentes del caso	223
III. Aserción	225
IV. Argumentación jurídica	227
V. Pragmatismo de la argumentación jurídica	228
VI. Argumentos de la defensa del caso	229
VII. Argumentos en revisión.	232
VIII. Consecuencia judicial	234
IX. Categoría de persona indígena y consideraciones procesales	235
X. Conclusiones.	238
XI. Bibliografía	239
Legislación	239

PALABRAS PRELIMINARES

En nuestros tiempos, la argumentación jurídica se ha convertido en un medio procedimental idóneo y razonable para superar (si no todas) un número importante de las diferencias que pueden surgir a propósito de los enunciados jurídicos.

Las y los teóricos de la argumentación jurídica han creado un lenguaje propio y acuñado su propia conceptualización para fortalecer esta herramienta; sin embargo, en ese proceso de teorización han abandonado, en ocasiones, la finalidad de toda teoría de la argumentación jurídica: su relevancia en la práctica diaria del ejercicio de la abogacía.

El presente libro tiene como finalidad exponer y discutir las ideas de la argumentación jurídica desde el propio lenguaje de la disciplina, pero sin olvidar la relevancia práctica de la misma. Y al decir “relevancia práctica de la misma”, se quiere poner de manifiesto tres principales ideas: la primera consiste en que toda conceptualización debe tener relación con la vida diaria de las y los juristas. La segunda, que la teoría está en revisión constante para evaluar su desempeño. Y la tercera idea, que la argumentación debe prestar fundamental atención a los temas que preocupan a una sociedad determinada.

Desde el primer ensayo hasta el último que contiene esta obra, se pone de relevancia lo aquí manifestado.

Ciertamente, en cuanto al primer tema de la relación entre la conceptualización y la vida diaria de los juristas, hay aportaciones importantes en este libro. Un primer ensayo es el del profesor de la Universitat Oberta, de Catalunya, David Martí-

nez Zorrilla, quien analiza la sentencia del Tribunal Constitucional español, núm. 12/2012, del 24 de febrero, en términos del principio de proporcionalidad. Más adelante, y bajo el mismo tenor, el profesor de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado, al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Civil, del 10 de diciembre de 2010, compara los alcances de los métodos ponderativo y subsuntivo. Continúa en este contexto el documento de la doctora Sonia E. Rodríguez Boente, actualmente profesora en la Universidad de Santiago de Compostela, y cuya aportación consiste en revisar la sentencia de inhabilitación a Garzón. Finalmente, los profesores mexicanos Rafael Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez retoman la conceptualización de la ponderación y sus efectos en la jurisprudencia mexicana.

En cuanto al segundo tema, sobre la revisión constante de la argumentación jurídica para evaluar su desempeño, el presente libro integra cuatro textos. Un primer texto es el del egresado de la University of Arkansas y actualmente profesor de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (Bogotá-Colombia), Danny Marrero Avendaño, cuyo artículo “¿Por qué las teorías de la argumentación jurídica son deficientes teorías del conocimiento jurídico?” le permite hacer un estudio crítico y evaluativo de la argumentación jurídica. Le sigue el profesor de la Academia de la Magistratura del Perú y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Roger E. Zavaleta Rodríguez, quien evalúa críticamente el tema de la justificación externa. Después, el profesor mexicano, Roberto Ibáñez Mariel, desarrolla su estudio respecto a la posición que ocupan los principios del derecho en el sistema normativo.

Finalmente, en cuanto al tercer tema respecto a los temas de preocupación especial para una sociedad determinada, y toda vez que el público al que va dirigida la presente obra es mayoritariamente latinoamericana, se incluyeron textos que abarcaron dos temas específicos: el de la inmigración y el de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. A este respecto, Al-

berto del Real Alcalá profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Jaén, España contribuye con un texto enfocado al tema de la inmigración y al análisis argumentativo de sentencias españolas. Más adelante, el profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, y actualmente secretario de la revista *Derechos y Libertades* de la misma institución, Carlos Pérez de la Fuente, revisa diversos casos indígenas y los resultados de los mismos a la luz de la interpretación jurídica. Sin duda, este tema quedaría incompleto si no se incluyera un caso, que ha sido relevante a nivel internacional, y que fue defendido por el abogado oaxaqueño Carlos Morales. El caso, ya identificado en el escenario nacional e internacional como el de “los huevos de tortuga”, es expuesto por el propio Carlos Morales en coautoría con Miguel Ángel Martínez.

En suma, y como podrá adelantar el lector, encontrará en esta obra una fisonomía de la argumentación jurídica desde el quehacer diario de la abogacía. La y los expositores, son especialistas tanto de Latinoamérica como de España, lo que propicia que haya una especie de diálogo entre diversas culturas. Diálogo que, por su puesto, es la esencia de la argumentación jurídica.

SOBRE LOS AUTORES

DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA

David Martínez Zorrilla (Manresa, Barcelona, 1974) es licenciado en derecho con Premio Extraordinario por la Universidad Autónoma de Barcelona (1997), y doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra (2004). Actualmente es profesor de filosofía del derecho en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y en la Universitat Oberta de Catalunya (Barcelona). Entre sus publicaciones destacan los libros *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* y *Metodología jurídica y argumentación*, ambos publicados en esta misma colección, así como varios artículos académicos en revistas especializadas españolas y extranjeras, como la *Revista de Estudios Políticos*, la *Revista Española de Derecho Constitucional*, *Law and Philosophy* y *Ratio Juris*.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Licenciado en derecho por la Universidad de Oviedo (1981). Doctor en derecho por la Universidad de Oviedo (1987), con premio extraordinario. Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en Múnich (dos años) y Berlín (cuatro meses). También ha realizado estancias de investigación en Maguncia, Aix-en-Provence y Florencia. Ha publicado los siguientes libros: *Teorías de la tópic jurídica* (Madrid, 1988); Hans

Kelsen y la norma fundamental (Madrid, 1996); *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá, 1997); *Escritos sobre filosofía del derecho* (Bogotá, 1999); *La Lista de Schindler. Abismos que el derecho difícilmente alcanza*, Valencia, 2003 (edición brasileña, en portugués, en 2009); *Ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2003); *Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007* (Bogotá, 2007); *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2010) (con Manuel Atienza), *Un debate sobre ponderación* (Lima/Bogotá, 2012).

SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE

Sonia Esperanza Rodríguez Boente (Porriño, Pontevedra, España, 1972) es licenciada en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (1995); doctora en derecho por la misma Universidad, y Premio Extraordinario de Doctorado (2002). Actualmente es profesora en el área de filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Aunque ha tratado otros temas (igualdad hombre-mujer; derechos fundamentales; principios generales del derecho...), su labor investigadora se centra fundamentalmente en la argumentación jurídica, tema en el que se encuadran sus obras *La justificación de las decisiones judiciales. El art. 120.3 de la Constitución Española*, “Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados”, “La argumentación del jurado”.

RAFAEL AGUILERA PORTALES

Profesor de filosofía del derecho e investigador en el Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SNI, II.

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ**

Profesor de derechos fundamentales e investigador-colaborador en el Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Exbecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DANNY MARRERO AVENDAÑO

Sus intereses académicos fluctúan entre la filosofía (epistemología, teoría de la argumentación y filosofía del derecho) y el derecho (derecho probatorio y teoría de la evidencia). Obtuvo sus títulos de pregrado en filosofía (2000) en el Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá-Colombia) y de derecho (2011) en la Universidad de Los Andes (Bogotá-Colombia). Sus títulos de maestría en derecho (2005) de la Universidad Nacional de Colombia y en filosofía (2011) de la University of Arkansas. Actualmente es candidato a doctor en filosofía en esta última universidad. En 2007, el International Council for Canadian Studies lo galardonó con el Canada-Latin America-Caribbean Award por sus estudios en razonamiento y argumentación en el sistema acusatorio colombiano. En 2009 fue merecedor de la beca Fulbright. Actualmente es profesor de tiempo completo en el Departamento de Humanidades de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (Bogotá-Colombia).

ROGER E. ZAVALETA RODRÍGUEZ

Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez – Taiman & Olaya (Lima, Perú), con amplia experiencia en litigios constitucionales, civiles, contenciosos administrativos y arbitrajes. Máster en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante (2012). Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú, desde 2005 a la fecha, en los cursos de “Razonamiento y argumentación jurídica” “Redacción jurídica”, dictados en el Programa de Formación de Aspirantes para la Magistratura, así como en el Curso de habilitación para magistrados. Profesor del Centro de Estudios

Constitucionales del Tribunal Constitucional en los diplomados “Teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales” (ediciones 2009, 2010 y 2011), “Proceso y Constitución” (ediciones 2011 y 2012); y, “Argumentación Jurídica” (edición 2013). Coautor del libro *Razonamiento judicial: introducción, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, cuya primera edición fue publicada en Lima, por la editorial Gaceta Jurídica, en 2004; y, su segunda edición fue publicada tanto en Lima como en México D. F., por las editoriales ARA y Ubijus, en el 2006. Autor de diversos artículos sobre argumentación jurídica. Email: rogerzava@gmail.com. Blog: <http://www.argumentacionderecho.blogspot.com/>

ROBERTO IBÁÑEZ MARIEL

Doctor en derecho. Universidad de Navarra. 1982-1984.

Experiencia laboral: vicerrector de la Universidad Panamericana 1985 a 1994; asesor jurídico del Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa y de la Universidad Panamericana de 1976 a 1994. Director corporativo de doctorados de la Universidad Panamericana a partir de enero de 2004

Experiencia docente. Profesor de derecho mercantil, derecho civil, de filosofía del derecho, garantías individuales en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

Otras experiencias profesionales o docentes: conferencista invitado por la escuela de Derecho de la Universidad de Houston, ponencia: “El sistema jurídico mexicano”; conferencista invitado por Bishop University en Québec, Canadá, ponencia: “El sistema jurídico mexicano”. Sus obras publicadas son las siguientes: *Historia de la racionalidad jurídica*, edición de la Universidad Panamericana, México, 2004; *Interpretación jurídica*, edición de la Universidad Panamericana, México, 2005; *Los valores y su relación con los principios jurídicos*, edición de la Universidad Panamericana, México, 2006; *La justicia.*, edición de la Universidad Panamericana, México, 1985; *El método del caso en la enseñanza del*

derecho, edición de la Universidad Panamericana, México, 1980; “Argumentación jurídica y valores”, dentro de la obra colectiva *Argumentos de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2010.

JUAN ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

Es profesor titular de filosofía del derecho en la Universidad de Jaén. Doctor en derecho por la Universidad de Granada, y Premio Extraordinario de Doctorado por esa Universidad. Ha impartido docencia de grado, posgrado y doctorado en distintas universidades españolas (Universidad de Jaén, Universidad de Granada, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad de Alcalá) y en universidades extranjeras (Università della Calabria, Università di Genova y Università de Padova, en Italia; Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador y Sede Bolivia-Sucre; Universidad Casa Grande de Guayaquil, en Ecuador; Universidad Autónoma de Occidente, en Colombia; Universidad Autónoma de Nueva León e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en México). Ha sido Research Associate en el Balliol College (University of Oxford, UK) y Profesor visitante en la Università di Genova (Italia) y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido asesor internacional 2010 de la GTZ-Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Cooperación Técnica Alemana) para la Cámara de Diputados de Bolivia, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED) del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania. Autor de cuatro libros y de más de cincuenta publicaciones en revistas científicas y libros. Su investigación se ha especializado en teoría jurídica de los derechos fundamentales y democracia constitucional, argumentación e interpretación jurídica, con especial atención a los derechos de la diversidad cultural.

ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Óscar Pérez de la Fuente, profesor ayudante, doctor de filosofía del derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Se licenció en derecho en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) en 1994, adquiriendo el grado de doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid en 2003, con Premio extraordinario de Doctorado. Ha sido becario MEC en la Universitat Pompeu Fabra de 1995 a 2000, y es profesor en la Universidad Carlos III de Madrid desde 2001 a la actualidad. Secretario de la revista *Derechos y Libertades*; coordinador de Publicaciones del Instituto Bartolomé de las Casas; coordinador de Biblioteca del Área de Filosofía del Derecho; coordinador del Taller Pluralismo cultural y minorías (<http://pluralismocultural.wordpress.com>) y editor de *Webphilosophia* (<http://www.webphilosophia.com>). Autor de *Pluralismo cultural y derechos de las minorías* y *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*.

CARLOS MORALES SÁNCHEZ

Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca, se desempeñó como defensor público federal y tramitó asuntos paradigmáticos dentro del sistema de justicia mexicano. Actualmente funge como director general de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Oaxaca.

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

Licenciado en derecho por la Universidad del Valle de México, Diplomado en derecho procesal constitucional por el Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Maestro y Doctor en Derecho Procesal por el Centro Mexicano de Estudios de Posgrado con sede en Xalapa, Veracruz, actualmente funge como Director de Ejecución de Medidas para Adolescentes del Estado de Oaxaca.

SOBRE LOS COORDINADORES

MAYOLO GARCÍA GARCÍA

Cuenta con estudios de posgrado en derecho constitucional por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, así como especialización en educación judicial por la Escuela Judicial de Barcelona, España. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Coautor de la obra *Derecho administrativo del estado de Oaxaca* coedición UNAM-Porrúa. Director de la Escuela Judicial de Oaxaca.

RODOLFO MORENO CRUZ

Cuenta con estudios de posgrado por las universidades Complutense de Madrid, Carlos III de Madrid y el centro de filantropía de la Universidad de Indiana. Es profesor Investigador con obra publicada en temas de teoría política, argumentación jurídica y de filosofía de los derechos humanos.

PRIMERA PARTE

ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA Y SENTENCIAS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

David MARTÍNEZ ZORRILLA

I

Sin duda alguna, el tema de la argumentación jurídica es uno de los ámbitos que más ha captado la atención de los teóricos y filósofos del derecho en los últimos años, y un número muy significativo de autores han dedicado al menos parte de su atención a estas cuestiones en las últimas décadas. No obstante, la relevancia e importancia de la argumentación jurídica se extiende más allá del interés teórico suscitado en tiempos recientes, pues puede considerarse que se trata de una cuestión indisolublemente ligada a la propia noción de decisión jurídica *correcta* o *justificada*: en la medida en que se considere que una decisión de una autoridad (ya sea legislativa, judicial o administrativa) está justificada si es *conforme a derecho*, resultará imprescindible poder acreditar que la decisión tomada es la que resulta obligatoria (o al menos permitida), teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos que resulten relevantes para el caso, y a fin de poder llevar a cabo esta actividad es imprescindible recurrir a la argumentación. Probablemente éste sea uno de los principales motivos por los que la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos actuales exigen

a los órganos de aplicación (fundamentalmente a los jueces y tribunales) que justifiquen o motiven las decisiones tomadas.¹ Esto es, no basta con que las decisiones sean las correctas o adecuadas, sino que además es necesario argumentar por qué lo son.

En muchos casos esta actividad argumentativa o justificatoria no plantea demasiados problemas, porque los elementos jurídicos y fácticos están claramente determinados, y la respuesta se obtiene fácilmente, en ocasiones casi de una manera automática o mecánica, a partir de esos elementos. Pero como todo jurista sabe, en muchos otros casos surgen problemas o dificultades que complican la determinación de la respuesta, y por consiguiente su justificación. Por poner solo algunos ejemplos: puede ocurrir que los preceptos legales tengan una redacción defectuosa que complique la interpretación de su significado, o que cuenten con términos con un alto grado de indeterminación o vaguedad, o con una importante carga valorativa o moral; puede ocurrir que el decisor se enfrente a un vacío legal, en el que no exista ninguna disposición específica que regule la situación a la que debe dar una respuesta; puede ocurrir también que los hechos del caso no estén claramente determinados o que existan dudas acerca de su calificación jurídica. Todas estas circunstancias, obviamente complican la tarea de determinar cuál es la solución correcta del caso, pero es precisamente en estas situaciones en las que la argumentación jurídica cobra una mayor importancia, pues en ellas el órgano de aplicación debe redoblar sus esfuerzos para mostrar que la decisión que adopta está justificada y no resulta arbitraria.

De entre todas las circunstancias o situaciones que pueden dificultar la justificación de la decisión quisiera destacar lo que habitualmente se conoce como los ‘conflictos normativos’, esto es, aquellas situaciones en las que, al menos *prima facie*, existen dos o más preceptos aplicables al caso, pero que establecen so-

¹ En el caso del ordenamiento español, el artículo 120.3 de la Constitución establece que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

luciones incompatibles (por ejemplo, porque uno de ellos obliga a hacer lo que el otro prohíbe, o porque ambos ordenan realizar comportamientos que resultan mutuamente incompatibles). Estas situaciones, usualmente denominadas como ‘antinomias’, no resultan del todo excepcionales, y la existencia de criterios con una larga tradición jurídica para su resolución, como el criterio jerárquico (*lex superior*), el cronológico (*lex posterior*) y el de especialidad (*lex specialis*) muestra que son fenómenos relativamente frecuentes y conocidos desde antiguo.

II

Existe una tipología de conflictos normativos que resulta especialmente interesante y problemática, tanto por la importancia de los elementos involucrados como por los desafíos teóricos y prácticos que conlleva su análisis y resolución. A este tipo de conflictos, que podrían denominarse genéricamente como “conflictos constitucionales”, dedicaré mi atención en lo que resta del presente trabajo. Numerosos autores coinciden en señalar que estamos inmersos en un proceso de “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos.² Uno de los aspectos asociados a este fenómeno es que la gran mayoría de textos constitucionales actuales van mucho más allá de los elementos institucionales y procedimentales, y contienen una importante cantidad de preceptos con un denso contenido sustantivo, en forma de derechos y libertades fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, valores superiores, etcétera. Estos preceptos suelen estar redactados en términos muy abstractos y generales, y muchos de los conceptos utilizados son de índole claramente valorativa o moral (tales como “dignidad humana”, “integridad moral”,

² Para una visión panorámica de este proceso y de sus múltiples manifestaciones véase Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

“tratos inhumanos”, “libertad de conciencia”, etcétera), lo que sin duda dificulta en gran medida su interpretación y alcance.

En este contexto, no es del todo inusual encontrarnos frente a situaciones en las que una acción o decisión parece al menos *prima facie* amparada por uno de estos preceptos de rango constitucional, pero simultáneamente parece, también *prima facie*, ser contraria a algún otro precepto igualmente fundamental. Algunos de los supuestos más usuales se producen entre dos derechos fundamentales, o, más bien, entre dos tipos o bloques de derechos: la libertad de información (libertad de prensa) y la libertad de expresión y opinión, por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Así, por ejemplo, no es excepcional el caso en que un periodista publica o se plantea publicar una noticia referida a una persona que ocupa un cargo público y que afecta negativamente a la credibilidad, proyección o buena imagen pública de dicha persona (por ejemplo, afirmando que un ministro del gobierno está involucrado en un caso de corrupción o que ha llevado a cabo una malversación de dinero público), de forma que lesionaría su honor. Aun sin entrar en la cuestión de la veracidad o falsedad de esa información (lo cual, por supuesto, puede ser un elemento clave a la hora de tomar y justificar una decisión), parece que si tomamos en cuenta la libertad de información, la actividad del periodista está *prima facie* amparada por un derecho o libertad fundamental, y por lo tanto se trataría de una actividad permitida, mientras que, por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho al honor del afectado por la actividad del periodista, esta misma actividad estaría *prima facie* prohibida.

Muchos autores han destacado que este tipo de situaciones conflictivas suponen diferencias muy relevantes respecto de las “tradicionales” antinomias, tanto en su estructura como en su método de resolución. En otro lugar³ he sostenido que lo que

³ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 63 y ss.

podría concebirse como la “posición estándar” en relación con los conflictos constitucionales puede sintetizarse en las tres tesis centrales siguientes:

- 1) Los elementos involucrados en el conflicto (derechos y libertades fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, etcétera) son *principios*, por contraposición a las *reglas*. Este aspecto tendría una importancia fundamental en la configuración de las dos siguientes tesis, pues hace que estos conflictos tengan características fundamentalmente distintas a los conflictos entre reglas o antinomias.
- 2) No se trata de conflictos normativos *in abstracto*, sino *in concreto*. Las antinomias o conflictos entre reglas surgen porque existe una incompatibilidad lógica o contradicción entre los preceptos involucrados, de modo que necesariamente se plantea un conflicto cada vez que ambos preceptos son simultáneamente aplicables. O bien un mismo comportamiento es calificado deónticamente de manera incompatible (un precepto obliga a realizar lo que otro prohíbe, por ejemplo), o bien el problema es que los comportamientos calificados normativamente resultan mutuamente incompatibles (por ejemplo, un precepto obliga a hacer A mientras que otro obliga a hacer B, pero A y B se excluyen mutuamente). Por ello, es posible predecir o predeterminar con precisión y con carácter general (*in abstracto*) los casos en que se producirá tal conflicto, pues éste obedece a la propia estructura y contenido de las reglas involucradas. En cambio, los conflictos entre principios no responderían a una incompatibilidad o inconsistencia lógica entre los principios involucrados, sino que dependerían inexorablemente de las circunstancias concretas del caso (no parece haber incompatibilidad lógica alguna entre la protección de la libertad de informar y la protección del honor de las personas, aunque es innegable que en algunos casos pueden entrar en tensión). Por eso los preceptos serían compa-

tibles (de hecho en muchos casos no se plantean conflictos de ningún tipo), y las situaciones de conflicto dependerían de las circunstancias empíricas del caso, con lo que no es posible predecir con precisión y de manera exhaustiva los casos de conflicto. En conclusión, son conflictos *in concreto*.

- 3) Este tipo de conflictos no pueden resolverse por los mecanismos tradicionales de resolución de las antinomias (*lex superior*, *lex posterior*, etcétera). En primer lugar, lo usual es que ni siquiera resulten de aplicación por no darse los requisitos para ello (los preceptos involucrados son todos de rango constitucional, aprobados en un mismo momento, y entre ellos no suelen plantearse relaciones de especialidad). Pero más allá de esto, se afirma que no deberían aplicarse aunque fuera posible hacerlo. La razón sería que los mecanismos para resolver antinomias entre reglas solo pueden dar lugar a dos resultados: o bien se declara que uno de los preceptos es inválido (por ejemplo, la norma inferior respecto de la superior), o bien se establece una excepción con carácter general en uno de los preceptos involucrados (por ejemplo, estableciendo que la norma específica sirve como excepción a la general). Ninguna de estas respuestas sería adecuada en los conflictos constitucionales, puesto que los principios seguirían siendo ambos válidos y la solución tomada no supondría establecer una excepción con carácter general, pues puede ocurrir perfectamente que en un caso posterior de conflicto entre los mismos preceptos sea resuelto de manera inversa, dando prioridad al otro principio, según las circunstancias del caso. Por esa razón, según se afirma, estos conflictos requieren de otro mecanismo específico, al que usualmente se le denomina “ponderación” (o su equivalente en otros idiomas, como *weighing and balancing* o *bilanciamento*).

III

Aunque considero que las tres tesis anteriormente señaladas son problemáticas,⁴ en esta ocasión solo voy a centrarme en la tercera, pues al ser la relativa al método para resolver este tipo de conflictos, es en este contexto la que más nos interesa, pues tiene una orientación más pragmática y vinculada con la argumentación jurídica que las dos primeras, que son de carácter más teórico.

Aunque en las últimas décadas resulta habitual, tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial, oír hablar de “ponderación”, es éste uno de los ámbitos de mayor indeterminación y desacuerdo de toda la teoría jurídica. Para empezar, es posible acercarse o analizar la ponderación desde distintas dimensiones o perspectivas. En algunas ocasiones el análisis o discusión es de tipo conceptual y/o metodológico: se trata de determinar en qué consiste eso que denominamos “ponderación” y cuál es su estructura y propiedades principales. En este contexto, la discusión gira en torno a aspectos tales como si se trata o no de un mecanismo sujeto a parámetros de control racional, o si la solución se limita estrictamente al caso individual enjuiciado, o si por el contrario

⁴ Así, sobre la primera tesis (principios y reglas), autores como Guastini (Guatini, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 142-178) ponen de manifiesto las dificultades para trazar una distinción, dada la gran heterogeneidad de criterios utilizados por teóricos y juristas y las dificultades para reconducir todos los elementos calificados como “principios” a una categoría mínimamente unitaria, así como las discrepancias a la hora de calificar un determinado precepto como “principio” o como “regla”.

En relación con la segunda de las tesis, es también cuestionable que los conflictos constitucionales respondan siempre a aspectos empíricos y sean por tanto conflictos *in concreto*, pues al menos en algunos casos parecerían responder a aspectos estructurales, siendo calificables como conflictos *in abstracto* (véase Martínez Zorrilla, David, “The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights”, *Law & Philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, vol. 30, núm. 6, 2011, pp. 729-749).

puede entenderse que mediante la ponderación se daría lugar a una especie de regla que permitiría resolver futuros casos de colisión similares mediante un razonamiento subsuntivo. Las discrepancias existentes en torno a estas cuestiones nos permiten hablar de distintas *concepciones* de la ponderación,⁵ si bien todas ellas coincidirían en un núcleo conceptual mínimo, conforme al cual la ponderación consistiría en la atribución de un cierto nivel de “peso” o “importancia” a cada uno de los elementos en conflicto de acuerdo con las circunstancias del caso, de modo que éste se resolvería de acuerdo con la solución establecida por el principio que resulte “vencedor” (esto es, considerado como el de mayor “peso”) en esas circunstancias.

En otros casos, no obstante, la ponderación se aborda desde otra perspectiva, relativamente independiente de la anterior: se trata de la dimensión *normativa* de la ponderación. En muchos casos, hablar de “ponderación” hace referencia a algún mecanismo, procedimiento, conjunto de criterios, etcétera, cuyo seguimiento determina que la respuesta al conflicto es correcta o justificada, o que al menos resulta aceptable (o, dicho de otro modo, es una *teoría normativa*). Es decir, “ponderar” los elementos en juego consiste básicamente en seguir una serie de pasos o aplicar un conjunto de criterios que harán que la solución pueda considerarse justificada, puesto que tal procedimiento o criterios son los parámetros que hay que seguir para atribuir el “peso” a cada uno de los elementos en juego según las circunstancias del caso. Como es obvio, éste es el sentido de “ponderación” que habitualmente entra en juego en el ámbito judicial y en la argumentación jurídica en general, puesto que el objetivo primordial es mostrar que la decisión está justificada.

⁵ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos... cit*; pp. 155-183, he sostenido que pueden diferenciarse cuatro principales concepciones de la ponderación: la intuicionista, la escéptica, la particularista y la universalista.

IV

La teoría normativa de la ponderación más conocida y extendida es sin duda el llamado *principio de proporcionalidad*, hasta el punto de que en no pocos casos “ponderación” y “proporcionalidad” son tratados como sinónimos. Sin embargo, no es la única teoría posible, ni de hecho la única existente.⁶ No obstante, está firmemente implantada, porque en síntesis es una reconstrucción teórica de una práctica judicial preexistente, llevada a cabo principalmente por la Corte Constitucional federal alemana, y que ha sido posteriormente adoptada por los tribunales de muchos otros países, y ha sido objeto de una detallada y rigurosa elaboración teórica por parte de ilustres juristas como Robert Alexy.⁷ En lo que sigue de este trabajo se presentarán las líneas básicas de este modelo o teoría, y se ilustrará con ejemplos de la

⁶ Merece la pena en este punto destacar la teoría coherentista desarrollada por S. L. Hurley (en Hurley, Susan, *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York, Oxford University Press, 1989, así como en Hurley, Susan, “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 221-251), que en mi modesta opinión resulta en algunos aspectos superior al principio de proporcionalidad. No obstante, y a diferencia del principio de proporcionalidad, que es una reconstrucción teórica de una práctica que ya existía en el ámbito jurisprudencial, la teoría de Hurley es un producto estrictamente académico, y hasta donde llega mi conocimiento no ha sido nunca usada (todavía) por órganos judiciales. Para una presentación del modelo en lengua castellana, véase Martínez Zorrilla, David, “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 86, 2009, pp. 119-144.

⁷ Entre otras obras, pueden destacarse: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, pp. 13-64; Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 2 (16), 2003, pp. 131-140; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 4 (16), 2003, pp. 433-449. En el ámbito de habla hispana, merece la pena destacar el trabajo de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

jurisprudencia constitucional española. Más adelante se realizará un análisis más detallado de una decisión judicial concreta: la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 12/2012, del 24 de febrero de 2012. Esta resolución resulta especialmente interesante no solo por tratarse de una decisión relativamente reciente, sino también por suponer un cambio de criterio respecto la jurisprudencia anterior a la hora de enjuiciar cierto tipo de conflictos entre la libertad de información y el derecho a la intimidad.

El principio de proporcionalidad se basa en una idea fundamental muy simple: en palabras del propio Alexy, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸ Es decir, se trata en síntesis de un análisis coste-beneficio (si bien no en términos económicos), en el que para que la decisión esté racionalmente justificada, los beneficios (satisfacción de uno de los principios) deben ser superiores a los costes (lesión o menoscabo de otro principio). Para analizar si los beneficios superan a los costes, y por ende si la decisión está justificada, Alexy elabora un modelo que comprende diversas etapas o fases acumulativas (denominadas por Alexy como “subprincipios”), de modo que para poder acceder a la siguiente etapa deben haberse satisfecho las exigencias de la anterior, y el hecho de no cumplir con los requisitos de cualquiera de las fases supone automáticamente el rechazo de la decisión considerada, por estar injustificada. Si, por el contrario, la alternativa considerada satisface todas las exigencias y supera todas las etapas, puede considerarse como racionalmente (y jurídicamente, para lo que nos interesa) justificada.

El principio de proporcionalidad estaría entonces compuesto por tres “subprincipios” aplicables sucesivamente: 1) el subprincipio de idoneidad o adecuación; 2) el subprincipio de necesidad, y 3) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁸ Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 161.

Debe destacarse que este esquema está concebido para aplicarse no solo a los conflictos entre dos partes que deben ser resueltos judicialmente (por ejemplo, cuando el ejercicio de un derecho fundamental de una de las partes supone la lesión o menoscabo de otro derecho fundamental de la otra parte), sino también para analizar la constitucionalidad de las medidas legislativas (o de otras autoridades normativas), cuando se entiende que esas medidas podrían lesionar algún principio constitucional, y por ende ser inconstitucionales: por ejemplo, para analizar si ciertas medidas contenidas en la legislación antitabaco (que en principio se fundamentan en la protección de la salud pública),⁹ tales como la prohibición de la publicidad, la prohibición de la venta a ciertos colectivos (como los menores de edad), el establecimiento de impuestos específicos, la obligación de incluir imágenes y mensajes advirtiendo de los riesgos para la salud, etcétera, y que suponen objetivamente una limitación de la libertad de empresa¹⁰ para las compañías tabaqueras, son constitucionalmente admisibles. Con todo, si bien en términos generales el esquema es el mismo para ambos tipos de situaciones, existen también algunas diferencias en su aplicación según se analice un conflicto de derechos entre particulares o se esté examinando la constitucionalidad de una medida legislativa.

1. *El subprincipio de adecuación o idoneidad*

En una primera fase, el principio de proporcionalidad exigiría comprobar si la medida o decisión a considerar persigue un interés o fin constitucionalmente legítimo, y de ser así, si se trataría de una medida adecuada, efectiva o idónea para la consecución de dicho fin. Si lo que se examina es la constitucionalidad de una medida legislativa, estas exigencias se entienden en un sentido débil: sobre el fin constitucionalmente legítimo,

⁹ En el caso español, el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la integridad física, y el artículo 43, el derecho a la protección de la salud.

¹⁰ Artículo 38 de la Constitución española.

no se requiere que se persiga un fin explícitamente reconocido por la Constitución, sino que es suficiente con que no se persiga un fin abiertamente contrario o prohibido por ésta. Y sobre la adecuación, no se exige que se trate de la medida más idónea o adecuada para la consecución del fin perseguido, sino que basta con que se trate de una medida adecuada *en algún grado*; esto es, que no sea manifiestamente inadecuada para tal fin (como ocurriría, usando un ejemplo extremo y muy inverosímil, si se sostuviera que el objetivo de una legislación es proteger la salud de la población frente a los perjuicios del tabaco y la medida adoptada consistiera en liberalizar totalmente el comercio y la publicidad del tabaco).

Puede pensarse, con fundamento, que las exigencias del subprincipio de adecuación no tienen demasiado sentido en contextos de conflicto entre dos derechos fundamentales. Si lo que está en juego son derechos constitucionales, por definición, cualquiera que sea la decisión (sea favorable a la protección del derecho A o favorable al derecho B), satisfará un interés constitucionalmente legítimo, cual es la protección de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente de forma explícita. Por otro lado, el ejercicio de un derecho fundamental es por definición un modo adecuado de alcanzar o satisfacer ese derecho, por lo que existe de nuevo un vínculo conceptual.

Sin embargo, creo que esta primera fase o etapa no está totalmente carente de sentido en los supuestos de conflicto de derechos constitucionales. Todos y cada uno de estos derechos cuenta con un cierto ámbito de protección jurídica, de modo que no permiten fundamentar cualquier pretensión por el mero hecho de alegar el ejercicio de un derecho. Por el contrario, el ámbito de cada uno de estos derechos se delimita y perfila según lo establecido tanto por la Constitución y la legislación que la desarrolla como por las decisiones jurisprudenciales. De este modo, es posible determinar qué “cae dentro” y qué “cae fuera” del ámbito de protección del derecho en cuestión, diferenciando así los supuestos en que efectivamente se ejercita un derecho y

es legítimo solicitar su protección, de aquellos otros casos en los que la pretensión sencillamente no se ampara en el ejercicio de un derecho porque cae fuera de su ámbito de protección. Por ejemplo, en el caso español, la libertad de información se recoge en el artículo 20.1 d) de la Constitución, que reconoce el derecho “A comunicar o recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión” (la cursiva es nuestra). El requisito de la *veracidad* de la información supone que se ampara cualquier actividad informativa, sino que para gozar de protección constitucional se requiere la exigencia de que la información sea veraz.¹¹ La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha interpretado la veracidad no como la verdad material de los hechos que constituyen el objeto de la actividad informativa, sino como una exigencia de diligencia para el informador, que tiene la obligación de contrastarla y de verificar las fuentes antes de publicarla (en palabras del tribunal constitucional español: “el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información”).¹² De ese modo, un periodista no está ejerciendo su derecho fundamental a la libertad de información si, pese a que la información sea materialmente verdadera, no ha satisfecho este deber de diligencia, así como por el contrario, estará amparado por ese derecho si ha sido diligente, a pesar de que finalmente resulte que la información no era verdadera.

El aspecto más relevante de todo lo anterior es que el primer paso a la hora de considerar qué respuesta tomar frente a su-

¹¹ Esta exigencia no se extiende a la libertad de expresión (artículo 20. 1 a) de la Constitución), pues ésta no se refiere a la transmisión de noticias o información, sino a la exteriorización de opiniones, valoraciones o puntos de vista.

¹² STC 50/2010, del 4 de octubre (fdto. jurídico 5o). En parecidos términos se pronuncia la STC 29/2009 del 26 de enero, y la STC 21/2000, del 31 de enero, entre otras.

puestos de (al menos aparente) colisión de derechos consiste en verificar que nos hallamos frente a un genuino conflicto normativo, lo que exige verificar que las pretensiones en disputa pueden ampararse en el ejercicio de dichos derechos. Si no es así, el conflicto es solo aparente, y deberá tomarse la decisión que corresponda. En otras palabras, la exigencia de “adecuación o idoneidad” se traduce, en el caso de los conflictos entre derechos fundamentales, en verificar que las pretensiones en disputa pueden considerarse efectivamente como el ejercicio de un derecho constitucional, y que por ende el conflicto es auténtico.

2. *El subprincipio de necesidad*

Si la medida o decisión considerada supera las condiciones exigidas por el subprincipio de adecuación, corresponde analizar si puede considerarse como *necesaria*. La idea fundamental es que no deben realizarse sacrificios inútiles de derechos o principios, para lo cual hay que acreditar mínimamente que no existe alguna otra alternativa que tenga como mínimo el mismo grado de adecuación o eficacia para alcanzar ese mismo fin constitucionalmente legítimo, y que al mismo tiempo sea menos lesiva o que suponga un sacrificio menor para el resto de derechos o principios implicados. Por tanto, si no existen alternativas, o éstas no son como mínimo igual de idóneas, o no son menos gravosas, la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.

Este criterio funciona en principio del mismo modo tanto si se está analizando una medida legislativa o si se está examinando un conflicto de derechos. Sin embargo, cuando se trata de examinar la constitucionalidad de una medida legislativa, la doctrina y la jurisprudencia han introducido una serie de matizaciones, que hacen que en la práctica sea sencillo superar esta fase, pues no se exige al legislador que haga un examen previo y exhaustivo acerca de las posibilidades alternativas, y en la prác-

tica es suficiente con que no exista de modo evidente otro medio alternativo más benigno y al menos igual de idóneo.

En el contexto de los conflictos entre la libertad de expresión/información y el derecho al honor, algunas de las decisiones jurisprudenciales pueden analizarse desde la perspectiva de este subprincipio de necesidad. El Tribunal Constitucional Español ha resuelto reiteradamente a favor de la protección del honor del afectado cuando las opiniones o informaciones proferidas utilizaban un lenguaje que podía calificarse como vejatorio, injurioso o insultante. En diversas ocasiones ha manifestado que la Constitución no reconoce un supuesto “derecho al insulto” bajo el paraguas de las libertades de expresión e información (entre otras, STC 41/2011, del 11 de abril; STC 278/2005, del 7 de noviembre; STC 204/2001, del 15 de octubre; o STC 110/2000, del 5 de mayo). Creo que el modo más adecuado de entender estas decisiones es poniendo de manifiesto que cuando se utiliza un lenguaje injurioso o vejatorio no se satisface la exigencia de la necesidad, pues este tipo de expresiones son enormemente lesivas para los afectados, mientras que prácticamente no aportan nada ni a la información presentada ni a la opinión o valoración (obviamente negativa) que esa persona le merece a quien profiere esas expresiones. Así, por ejemplo, si afirmo que X (un político, pongamos por caso) es un prevaricador y un malversador, obviamente estoy haciendo una valoración negativa de esa persona y estoy afectando de manera negativa a su honor (credibilidad, proyección, buena imagen pública), pero al mismo tiempo estoy afirmando que tomó decisiones quebrantando la ley, y que ha destinado dinero público a finalidades no previstas o no autorizadas. Si, en cambio, me limito a calificar a esa persona como un “sinvergüenza” y un “cretino”, a pesar de que estoy afectando muy negativamente a su honor, no estoy dando prácticamente ninguna información sobre los hechos o los motivos por los cuales esa persona me merece esa calificación tan negativa. Ello es así porque la mayoría de expresiones insultantes tienen muy poco (o prácticamente nulo)

contenido descriptivo o informativo, mientras que su contenido valorativo (negativo) es muy contundente. Pero si mi intención era informar de unas supuestas irregularidades cometidas por esa persona y expresar una valoración negativa de la misma, podría haberlo hecho igualmente (o incluso mejor) sin acudir al uso de esas expresiones injuriosas. Por tanto, usar un lenguaje injurioso o insultante sería un modo de lesionar gratuitamente el honor de las personas afectadas, por lo que no se superarían las exigencias del subprincipio de necesidad, al haber alternativas al menos igual de idóneas y menos gravosas (decir lo mismo sin utilizar ese tipo de expresiones).

3. *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

Si la medida o decisión examinada supera los requisitos exigidos por los subprincipios de idoneidad y necesidad, la última etapa es comparar si el nivel o grado de satisfacción de un principio o derecho compensa la lesión o menoscabo del otro principio o derecho implicado. Tomando como base la obra de Alexy, puede observarse una evolución en este punto, pues el esquema que presenta en su *Teoría de los derechos fundamentales* y el que posteriormente adopta en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales* y en sus escritos posteriores¹³ guardan algunas diferencias significativas, aun manteniendo la misma idea nuclear de que los beneficios deben superar a los costes.

En el modelo expuesto en la *Teoría*, que sería el que mejor se correspondería o se acercaría a la práctica real de los tribunales, la clave estaría en examinar las circunstancias del caso a decidir para intentar extraer de éstas aquellas propiedades que resulten ser las relevantes para “inclinarse la balanza” en un u otro sentido; es decir, prestar atención a aquellos elementos que resulten determinantes para favorecer una u otra decisión. Es más, gracias a estas propiedades no solo se podrá dar una respuesta justificada

¹³ Obras ya citadas en la nota núm. 7.

al caso concreto justificando la precedencia de un principio sobre el otro en las circunstancias del caso, sino que se podrá dar lugar a una regla que permita resolver, mediante un razonamiento subsuntivo “clásico”, otros casos futuros que presenten idénticas circunstancias o propiedades relevantes. Como sostiene el autor, “Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \succ P_2) C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale un regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \textcircled{R} R$ ”.¹⁴ Estas reglas así obtenidas a partir de relaciones de precedencia condicionada pasan a constituir, en palabras de Alexy, “normas de derecho fundamental adscriptas”, ya que, por así decirlo, pasan a “incorporarse” al principio constitucional correspondiente y permiten una aplicación subsuntiva en casos futuros que compartan las mismas circunstancias relevantes.¹⁵

En el contexto de los conflictos entre las libertades de expresión/opinión y los derechos fundamentales al honor/intimidad, una propiedad o circunstancia que es tenida usualmente como relevante es si el asunto sobre el que se opina o informa es o no de interés público, pues en caso de que lo sea, esa actividad tiene una repercusión muy importante en la formación de una opinión pública libre, que es un pilar básico de la sociedad democrática.¹⁶ Dicho de otro modo, cuando se trata de cuestiones de interés o relevancia pública, el grado de satisfacción o de realización de los derechos de libre expresión e información es muy importante, y superaría la importancia de la lesión o menoscabo de los derechos al honor y/o a la intimidad de las personas afectadas.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría...* (*op. cit.*), p. 94.

¹⁵ *Ibidem*, p. 98.

¹⁶ Un gran número de decisiones judiciales en España se pronuncian en este sentido. A modo de ejemplo, véase STC 11/2000, del 17 de enero; 15/1993, del 18 del enero; STC 171/1990, del 12 de noviembre; STC 105/1990, del 6 de junio; STC 107/1988, de 8 de junio, entre otras.

Autores como Atienza,¹⁷ Moreso¹⁸ o Mendonca¹⁹ han afirmado que del análisis de la jurisprudencia constitucional española es posible extraer tres elementos o propiedades relevantes a la hora de justificar una decisión en estos casos de conflicto: la veracidad de la información, el carácter vejatorio o injurioso del lenguaje utilizado y la relevancia o interés público del asunto tratado. A partir de estos elementos y de un análisis sistemático de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Español habría dado lugar a las reglas siguientes: 1) la libertad de expresión/información prevalece sobre el derecho al honor/intimidad cuando la información es veraz y el asunto es de relevancia pública, salvo que se utilicen expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias; 2) el derecho al honor/intimidad prevalece en el caso de que la información no sea veraz, carezca de relevancia pública o haga uso de lenguaje insultante o vejatorio. Gracias a estas reglas, todos los supuestos futuros de conflicto entre estos derechos podrían resolverse de manera relativamente sencilla mediante un razonamiento subsuntivo.

En mi modesta opinión, esta reconstrucción debería ser matizada en algunos puntos. En primer lugar, el requisito de veracidad (recordemos, entendida como diligencia del informador en la contrastación de la noticia y comprobación de las fuentes) sería una exigencia previa para poder afirmar que se está ejerciendo el derecho a la libertad de información, por lo que su examen se ubicaría en el subprincipio de idoneidad, más que en la proporcionalidad en sentido estricto: en efecto, si la información no es veraz, el conflicto es solo aparente. Además, esta exigencia no afectaría a la libertad de expresión, que tiene por objeto opiniones, valoraciones, puntos de vista, etcétera, y no informaciones en sentido estricto. Y en segundo lugar, como

¹⁷ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía* 8, 1998, pp. 75-99.

¹⁸ Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 99-121.

¹⁹ Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.

vimos previamente, si el lenguaje utilizado es de carácter vejatorio, lo que ocurriría es que no se satisface el subprincipio de necesidad, con lo que tampoco sería un criterio o propiedad que actuaría en la proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, en definitiva, el único criterio o propiedad determinante, si se ha llegado a esta última fase, sería valorar si el asunto tratado cuenta con entidad suficiente como para ser considerado de interés o relevancia pública.

A partir del *Epílogo*, Alexy introdujo algunos cambios significativos en su concepción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora ya no se trataría de seleccionar propiedades relevantes y configurar reglas, sino de llevar a cabo un proceso de carácter matemático, que por lo que parece se limitaría siempre al caso individual que se está considerando, y que debería repetirse por tanto en cada supuesto concreto de colisión. Muy sintéticamente, se trataría de atribuir un valor al grado de satisfacción de un principio y al grado de lesión del otro, para que el resultado de su comparación (expresable numéricamente) determine la solución. El profesor alemán propone una escala triádica, conforme a la cual el grado de satisfacción o de lesión puede ser “intenso”, “moderado” o “leve”. Cada uno de estos niveles tiene un valor numérico: si es “intenso”, vale 2^2 (=4); si es “moderado”, vale 2^1 (=2); y si es “leve”, vale 2^0 (=1). Posteriormente, el valor asignado al primero de los principios se divide por el valor asignado al segundo.²⁰ Si el cociente es superior a 1, prevalece el primer principio, mientras que si es inferior, prevalece el segundo. En caso de empate (cociente igual a 1), existiría discrecionalidad por parte del órgano decisor. Así, si por hipótesis el asunto sobre el que se está informando es de gran relevancia pública, tendría un valor de “intenso” (4), mientras que si no se usa lenguaje injurioso, lo más normal es que la lesión del derecho al honor no supere el nivel de “moderado” (2). Al dividir ambas

²⁰ Para ser justos, el modelo de Alexy es más complejo, pues introduce también el elemento del “peso abstracto” de los principios y otros condicionantes.

magnitudes, el resultado es 2; esto es, superior a 1, con lo que prevalecería la libertad de información. En cualquier caso, y pese al interés de la propuesta, no nos detendremos más en este punto. Tan solo señalaré que este modelo se aleja un tanto de las prácticas argumentativas efectivamente usadas por los tribunales, y que debe hacer frente a una serie de dificultades no menores, como he señalado en otro lugar.²¹

V

Llegados a este punto, analizaremos brevemente la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional español, núm. 12/2012, del 24 de febrero, en términos del principio de proporcionalidad. Los hechos de caso planteado son sintéticamente los siguientes: un equipo de periodistas de investigación deciden hacer un reportaje sobre el fenómeno de los falsos médicos que ofrecen sus servicios sin tener la titulación correspondiente. A estos efectos, una de las periodistas, haciéndose pasar por una paciente interesada en ciertos servicios, acude a la consulta de doña Rosa María, que prestaba servicios como esteticista y naturista en su propio domicilio, y respecto a la que se daba la circunstancia de que había sido condenada a tres años antes por un delito de intrusismo por ofrecer servicios como fisioterapeuta sin la titulación correspondiente. Durante la visita, realizada en una parte de la propia vivienda de doña Rosa María destinada a consulta, la periodista registra imágenes y sonido del encuentro mediante el uso de una cámara oculta. Posteriormente, en un programa de televisión sobre “falsos profesionales médicos”, se emiten imágenes y sonido de este encuentro captados con la cámara oculta, de modo que aparecen imágenes de doña Rosa María y su voz, sin ningún tipo de tratamiento que impidiera

²¹ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos...*, cit., pp. 248-252.

reconocer a esta persona fácilmente, y se hace público que fue condenada por un delito de intrusismo en el pasado.

En este contexto, se produce al menos *prima facie* un conflicto entre la libertad de información de los periodistas y los derechos al honor (por el descrédito que supone para doña Rosa María hacer pública su condena y que ejerce sus servicios sin la correspondiente titulación), a la intimidad (por hacer públicas imágenes y conversaciones recogidas dentro de su domicilio) y a la propia imagen (por emitir su imagen sin su consentimiento).

Por lo que respecta al análisis del conflicto entre la libertad de información y el derecho la honor, por desgracia la sentencia apenas aborda la cuestión, y le dedica tan solo unas pocas líneas en el fundamento jurídico segundo, para afirmar que el derecho al honor no ha sido vulnerado “en cuanto que no se han vertido expresiones ofensivas o ultrajantes durante el programa televisivo”. Aquí hubiera sido preferible, en mi modesta opinión, un desarrollo más extenso para fundamentar adecuadamente esta conclusión. A mi parecer, resulta bastante obvio que hacer público que dora Rosa María ejerce sus servicios sin la preceptiva titulación, y que fue condenada penalmente por un delito de intrusismo por ejercer como fisioterapeuta, afectan claramente de manera negativa a la reputación, a la proyección y a la buena imagen pública de esa persona, máxime cuando se ha realizado por un medio de tan amplia difusión, como lo es la televisión. Una adecuada fundamentación de por qué dar prioridad a la libertad de información de los periodistas habría requerido, en primer lugar, señalar que se trataba de una información veraz (extremo que no se pone en duda en ningún momento), lo que supone que se satisface el subprincipio de adecuación. A partir de ahí, es correcto destacar que el reportaje no utiliza lenguaje ofensivo o vejatorio, sino que su tono es neutral e informativo, con lo que quedaría satisfecha la exigencia del subprincipio de necesidad. Por último, el elemento clave para inclinar la balanza hacia la libertad de información sería la consideración de que se trata de una información de interés o relevancia pública, pues

la sociedad está interesada en saber quién y cómo se ejercen los servicios en un área tan relevante como es la salud, y tiene derecho a estar convenientemente informada de los supuestos de fraude y malas prácticas en este ámbito. La sentencia considerada en ningún caso discute esta relevancia pública, sino que más bien la da en todo momento por presupuesta, lo que justificaría la conclusión de dar prioridad al derecho de información de los periodistas sobre el derecho al honor de la falsa profesional.

Pero la sentencia es interesante, especialmente porque supone un cambio de criterio jurisprudencial por lo que respecta al uso de la técnica de la “cámara oculta” en relación con los derechos de intimidad y a la propia imagen, y que ha afectado ya a decisiones posteriores, como la STC 24/2012, del 28 de marzo. El primer paso consiste en comprobar que se produce un genuino conflicto de derechos, esto es, que mediante la actividad de los periodistas se invade la esfera protegida por el derecho a la intimidad de doña Rosa María (subprincipio de adecuación). La respuesta no es evidente, porque a pesar de que el registro de imágenes y conversaciones se realiza en el domicilio de la afectada, se hace en un lugar abierto al público (como consultorio médico), y por tanto no de acceso exclusivamente privado. Los periodistas obviamente esgrimen como un argumento principal este carácter abierto al público del lugar para sostener que no se invade el derecho a la intimidad. No obstante, el criterio seguido por el tribunal (acertadamente, a mi entender) es que el derecho a la intimidad personal y familiar no se restringe estrictamente al “círculo íntimo” en el que el individuo y su familia pueden desarrollar sus actividades a su manera y excluyendo completamente al “mundo exterior”, y que el criterio relevante es el de las “expectativas razonables” de privacidad (fundamento jurídico 5o.). En palabras del tribunal:

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en

esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores.

Así pues, concluye que “resulta evidente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad”. Por tanto, la actividad de los periodistas al registrar con cámara oculta invade el ámbito protegido por el derecho a la intimidad de doña Rosa María. Existe un conflicto, y la cuestión es determinar qué derecho prevalece.

Es en el examen del subprincipio de necesidad donde radica la parte más interesante de la sentencia, al sostener por primera vez que el uso de la técnica de la “cámara oculta” no satisface este requisito (fundamento jurídico 7o.). En efecto, el tribunal sostiene que no puede considerarse como un medio necesario para el ejercicio de la libertad de información de los periodistas, pues se podría haber obtenido la información por otros medios menos lesivos, como por ejemplo mediante entrevistas a clientes o vecinos. E incluso se va más allá, pues aun en las situaciones en las que se estime que el uso de la cámara oculta es el único medio para lograr obtener la información, ello no faculta para después emitir el contenido de las grabaciones de manera que se pueda identificar a la persona que realiza las actividades o declaraciones. Este posicionamiento, junto con lo sostenido en la posterior sentencia 24/2012, del 28 de marzo (fundamentos jurídicos 2o. y 3o.), en el que se hace alusión al uso de las actuales tecnologías digitales para distorsionar la imagen y el sonido, de modo que no se haga reconocible a la persona que aparece en la grabación, implica de hecho que *en ningún caso* estaría legitimado desde una perspectiva constitucional la emisión de grabaciones obtenidas mediante cámara oculta en un ámbito protegido por la intimidad (expectativa razonable de estar resguardado de intromisiones ajenas), sin un

previo tratamiento que impida reconocer la identidad de quien en ellas aparece, incluso en los supuestos en que razonablemente el uso de estas cámaras fuera el único medio adecuado para obtener la información. Por esa razón, la actividad de los periodistas no encuentra amparo frente a la pretensión de doña Rosa María por entenderse vulnerado el derecho de ésta a su intimidad, que prevalecería sobre el de la libertad de información al no superarse el requisito impuesto por el subprincipio de necesidad. Por ello, no es necesario pasar a examinar si concurre la exigencia del interés o relevancia pública de la noticia (que formaría parte de la tercera etapa, la del examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). Además, se entiende que como la emisión de las imágenes se ha hecho sin el consentimiento de la afectada y sin haberlas tratado para ocultar la identidad, se ha conculcado su derecho a la propia imagen (que impide hacer pública la imagen de una persona sin su consentimiento, salvo en supuestos en que ello esté justificado por el ejercicio legítimo de la libertad de información).

VI

A modo de conclusión, podría decirse que en los casos de conflicto constitucional, un proceso argumentativo para justificar una decisión guiado por el principio de proporcionalidad debería seguir los pasos siguientes:

- 1) En primer lugar, debería analizarse si cada una de las pretensiones incompatibles en disputa puede fundamentarse realmente en el principio o derecho alegado; esto es, si cae dentro de su ámbito de aplicación (esfera protegida jurídicamente por ese derecho o principio). Esto es lo que se correspondería al llamado “subprincipio de adecuación”. Un análisis de la situación puede revelar que en realidad una o incluso ambas pretensiones carecen de fundamento, con lo que el conflicto es solo aparente. Esto ocurriría, por ejemplo, si en el contexto de la libertad

de información la actividad del informador no cumple con las exigencias de la veracidad, o si en el contexto del derecho a la intimidad la información no ha sido recabada en un ámbito protegido por ese derecho (por ejemplo, por tratarse de grabaciones realizadas en un lugar público sin expectativas razonables de privacidad).

2) Si se trata de un auténtico conflicto, el siguiente paso es el análisis de la necesidad de la intromisión o lesión en el principio o derecho afectado (subprincipio de necesidad): si existen métodos alternativos igual de idóneos, pero menos lesivos, esta exigencia no se satisface, y la pretensión debe rechazarse. La jurisprudencia constitucional española ha señalado que ello ocurre cuando en el contexto de las libertades de expresión e información se utiliza un lenguaje insultante, injurioso o vejatorio, y recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido con relación a la captación y emisión de imágenes y sonido obtenidos mediante cámara oculta en ámbitos privados, al menos si no existe un tratamiento posterior que impida el reconocimiento de las personas afectadas.

3) Si los dos filtros anteriores quedan superados, en último término se procede a examinar la proporcionalidad en sentido estricto: teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se comparan para cada posible respuesta los grados de satisfacción y de lesión de los principios o derechos afectados. La solución correcta, justificada o más adecuada será aquella que suponga el mayor grado de satisfacción o realización de uno de los principios en comparación con el menor grado de lesión o menoscabo del otro. En el análisis de las circunstancias del caso, usualmente la jurisprudencia identifica ciertos elementos o propiedades como los más relevantes y los que determinarán hacia qué lado se inclina la balanza. Así, en el caso de un conflicto entre las libertades de expresión/información y los derechos al honor/intimidad, el elemento clave suele ser el interés o relevancia pública del asunto tratado.

LA ESENCIAL INTERCAMBIABILIDAD DEL MÉTODO
PONDERATIVO-SUBSUNTIVO
Y EL INTERPRETATIVO-SUBSUNTIVO
Y LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA UNO
(AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL,
SALA CIVIL, DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2010)

Juan Antonio GARCÍA AMADO

Comencemos con una precisión. Es común en la doctrina contraponer los métodos¹ ponderativo y subsuntivo, los de ponderación y subsunción. Los defensores de la ponderación siempre señalan que ese proceder tiene dos pasos. En el primero se pondera propiamente, para establecer, a la luz de las circunstancias del caso que se enjuicia, si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios² que se enfrentan. De esa ponderación resulta una

¹ Hablaré de “métodos” sin entrar en detalles sobre si propiamente merecen ese nombre o si solo por aproximación o en sentido débil se puede llamar así a esos dos procedimientos de razonamiento judicial y/o de justificación de las decisiones judiciales.

² Si leemos a los autores emblemáticos en esta materia, empezando por Robert Alexy, vemos que ni todos los derechos son aptos para la ponderación ni solo se ponderan principios contra principios. Lo primero, porque existirían derechos (iusfundamentales, al menos) respaldados por normas (iusfundamentales) que no son principios, es decir, mandatos de optimización, sino “reglas de validez estricta”, en la terminología de Alexy. Las reglas de validez estricta vencen frente a otras normas que sean reglas ordinarias o que sean principios, resultan inderrotables. Por consiguiente, los derechos que esas reglas de validez estricta respalden son derechos absolutos, derechos que nunca pueden

regla, cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias de ese caso concreto y cuya consecuencia jurídica es la contenida en o derivada del principio vencedor. En un segundo paso, el caso se resuelve *subsumiendo* los hechos que se juzgan, los de tal caso, bajo la regla así resultante en el paso anterior. Por consiguiente, en el proceso de la ponderación hay una primera etapa de pesaje de principios y una segunda de subsunción bajo la regla así surgida.

Muchas veces la literatura al uso presenta el método o proceder razonador contrapuesto, el llamado subsuntivo, como consistente nada más que en esa simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente “mecánico” o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva.

Si ese sencillo esquema de la aplicación del derecho como elemental subsunción pudo alguna vez ser defendido, fue, si acaso, nada más que en el siglo XIX y en algunos autores extremos de la Escuela de la Exégesis o de la Jurisprudencia de Conceptos,

ceder ante otros derechos o intereses amparados en principios o reglas ordinarias. Lo que Alexy ciertamente no cuenta es qué pasaría cuando compitieran dos reglas de validez estricta; es decir, dos derechos o intereses protegidos, respectivamente, por dos reglas de validez estricta. En otras palabras, quién gana cuando pelean dos normas inderrotables o dos derechos absolutos. Pero, al fin y al cabo, tampoco nos explica Alexy cómo saber cuándo estamos ante una regla de validez estricta, con lo que hay que suponer que el resultado queda siempre al albur de cómo quiera el juez calificar la norma en cuestión: si como regla de validez estricta, para que gane de todas, todas, o como principio o regla ordinaria, para que pueda perder cuando se tercie.

Por otro lado, también en los mismos autores comprobamos que no solamente cabe ponderar principios contra principios, sino también principios contra reglas, si bien en esa tesitura la ponderación se hace comparando el peso de un principio en el caso con el peso que para ese caso cobra el principio subyacente a la regla más el principio de deferencia hacia el legislador o de prioridad del legislador.

Por último, no se debe perder de vista que no todas las normas constitucionales que serían principios (mandatos de optimización) acogen derechos, sino que hay también principios constitucionales que defienden cosas tales como intereses colectivos y las correspondientes facultades del Estado.

pero ahí se quedó, y nunca más se ha propugnado así, y menos por iuspositivistas de todo el siglo XX y hasta nuestros días, todos los cuales resaltan el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión.

Para seguir una convención habitual y sin entrar ahora en pormenores ni en la justeza de la calificación, llamemos iuspositivistas a los autores que critican el uso del método ponderativo o lo ven con considerable escepticismo.³ Ninguno dirá en estos tiempos que, al menos en un caso mínimamente difícil, como los que suelen llegar a los tribunales, quepa sin más resolver con solo subsumir los hechos bajo la norma general y abstracta. También aquí habría dos fases. En la primera, la norma debe ser interpretada para resolver lo que de su indeterminación significativa (vaguedad, ambigüedad...) pueda afectar a la solución del caso. Esa interpretación operativa o práctica de la norma se hace en aquel "ir y venir de la mirada", de que hablaba Engisch, entre los hechos del caso y los enunciados normativos pertinentes. Solo una vez que se ha precisado el significado del enunciado normativo que viene al caso (determinando también con ello si finalmente viene al caso o no), solo una vez que se ha pasado de lo que los autores de la escuela genovesa de Tarello llaman la proposición normativa a la norma, tendremos un enunciado suficientemente preciso como para que bajo su supuesto puedan subsumirse los hechos del asunto que se juzga. Por tanto, hay una primera fase de interpretación y una última de subsunción.

En resumidas cuentas, tanto para positivistas como para ponderativos la subsunción es fase segunda o terminal del razonamiento decisorio. La diferencia importante se halla en que, para los primeros, en la primera etapa la operación esencial consiste en una interpretación de la o las normas generales y abstractas que puedan venir al caso, mientras que para los segundos, en ese paso primero lo más importante que se hace es sopesar o ponderar las

³ Sin con esto indicar que sean positivistas los únicos que plantean críticas a la ponderación.

circunstancias del caso a fin establecer cuál de las normas que se enfrentan merece ganar en esa ocasión. Las razones dirimentes para los primeros son razones interpretativas, razones que miran al enunciado general y abstracto de las normas preestablecidas y que justifican la creación de una norma igualmente general y abstracta, concreción de la anterior en lo que ésta tuviera de indeterminada, con la que resolver este caso y los futuros que tengan sus notas esenciales. Por su parte, para los ponderativos, en la etapa esencial se atiende antes que nada a las circunstancias precisas del caso, y sobre su importancia se razona para ver si el caso, con esas circunstancias definitorias, merece ser resuelto con prioridad del contenido valorativo de una u otra de las normas que para su resolución en principio concurren con consecuencias jurídicas contrapuestas. Mientras los positivistas quieren precisar la norma, a los ponderativos les importa más precisar los hechos, pesándolos para que de ese pesaje nazca una norma nueva, una norma del caso, que desarrolla el principio que vence en el pesaje, pero que no se identifica con él ni puede verse como desarrollo del mismo por vía interpretativa.

Esa diferencia crucial lleva a que sea diferente también, y en correspondencia, el énfasis en uno u otro tipo de argumentos justificadores de la decisión. Mientras que el positivista da prioridad a los argumentos interpretativos, esto es, a las razones para dar a la norma o las normas una u otra de las interpretaciones posibles, el ponderativo otorga prevalencia a los argumentos sobre los hechos y sobre el trato que merecen; es decir, a los argumentos sobre la justa solución para un caso con esas circunstancias concretas, en la idea de que las normas en juego son principios, y de que el sustrato de los principios es valorativo antes que lingüístico, de que son mandatos que en última instancia protegen valores entre los que en cada oportunidad hay que encontrar el debido equilibrio, y no formulaciones lingüísticas, enunciados, cuyo concreto significado, siempre más o menos indeterminado, haya que precisar para que de ellos pueda extraerse una solución.

Era pertinente la aclaración anterior como punto de partida para la tesis que aquí voy a (volver a) sostener: que método interpretativo-subsuntivo y método ponderativo-subsuntivo son intercambiables, y que lo que acontece cuando se usa uno u otro es una elección de método, pues cada juez (o profesor) escogerá entre ellos según más le convenga, según le parezca en esa oportunidad más fácil justificar el fallo argumentando sobre interpretaciones de las normas al hilo del caso o sobre “pesos” de los hechos del caso.

Lo primero que, por tanto, pongo en solfa es que según el tipo de normas que para un caso concurren se deba emplear este o aquel de esos métodos. Es decir, que cuando aparecen en liza un principio, por un lado, y otro principio o una regla (ordinaria), por otro, el método correcto y debido sea siempre el de la ponderación, el ponderativo-subsuntivo; y que si el conflicto para el caso se da entre dos reglas, haya de usarse el método de la subsunción, el interpretativo-subsuntivo.

Creo que lo anterior es la explicación de un llamativo desajuste en la jurisprudencia constitucional de muchos países, empezando por España. Muy a menudo anula el Tribunal Constitucional decisiones del Tribunal Supremo porque este no ponderó o no acertó al ponderar, cuando el caso presentaba un conflicto entre derechos fundamentales; pero en otras ocasiones el propio Tribunal Constitucional resuelve casos con idéntica estructura y prescindiendo alegremente de todo esquema ponderativo.

Sostendré la tesis mencionada de la mano del análisis de un caso, el resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia del 10 de diciembre de 2010 (ponente Juan Antonio Xiol Ríos).

Los hechos, resumidos, son los siguientes: un pequeño camino o callejón, que constituye una serventía, separa dos casas. El propietario de una de ellas, John,⁴ ha colocado un sistema de

⁴ En realidad, Leonora y John, la pareja propietaria de la casa. Pero aquí simplificamos la exposición y nos referiremos nada más que a John.

seguridad que incluye una pequeña cámara que graba esa vía de acceso, y, con ello, una pared de la otra casa, una verja de acceso al huerto y las dos puertas de entrada a dicha vivienda, perteneciente a Ernesto.

Ernesto presentó demanda por vulneración del derecho a la intimidad. La situación normativa es la siguiente. El artículo 18.1 de la Constitución española dice que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. La Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen dispone en su artículo 2.1 que “La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. El artículo 7 de dicha Ley Orgánica establece lo que sigue:

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

(...)

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Puede también tenerse en cuenta que la finalidad de esa Ley Orgánica es la de desarrollar los derechos contenidos en el artículo 18.1 de la Constitución, tal como se afirma en su propia exposición de motivos.

Una vía para enfocar la resolución del litigio sería la que denominamos interpretativo-subsumtiva. Puesto que el demandante alega que con las grabaciones por las cámaras de seguridad ins-

taladas por John se vulnera su derecho a la intimidad, habrá que interpretar primeramente cuáles son los alcances de tal derecho y ver si en el concreto caso resulta el mismo ilegítimamente interferido. En consecuencia, necesitaremos examinar qué contenidos forman parte de esa “intimidad” a la que, según la Constitución, todo el mundo tiene derecho, o a qué se refiere la ley señalada cuando, al concretar la norma constitucional, dice que es intromisión ilegítima la grabación de la “vida íntima de las personas” o la captación de “la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada”. Nos preguntamos qué cae dentro de “intimidad”, “vida íntima” o “vida privada”. Igual que cuando, por ejemplo, el Código Penal habla de “ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” como circunstancia determinante de que el homicidio se convierta en asesinato (artículo 140.3^a) nos planteamos qué comportamientos homicidas son así clasificables y cuáles no.

Esos problemas pueden resolverse por vía de una definición que precise lo que significa el término o expresión “x” (“intimidad”, “vida íntima”, “ensañamiento”...) o por vía de directamente clasificar los hechos del caso como referidos o no por la correspondiente expresión normativa “x”. En ocasiones se hace una sola de esas dos operaciones y otras veces se realiza una combinación de ambas.

Denominemos esas operaciones, respectivamente, “interpretación-definición” e “interpretación clasificación”.

La *interpretación-definición* es reconducible a la siguiente estructura:

“X” se refiere a las acciones/objetos/estados de cosas que tienen las propiedades a, b...n.

La *interpretación-clasificación* se atiene al siguiente esquema:

Dado que los hechos del caso tienen las propiedades a, b...n, encajan (son clasificables, son subsumibles) bajo “X”.

Cuando se hace una sola de esas operaciones suele haber una deficiencia argumentativa. Si se recurre solamente a la interpretación-definición, pueden faltar las razones por las que los

hechos del caso sí se subsumen bajo la expresión “X”, que es la que contiene la norma interpretada.

Cuando se pasa directamente a la interpretación-clasificación puede fundadamente echarse en falta la interpretación-definición de “X” que da pie a esa subsunción de los hechos bajo “X”. Por tanto, el esquema argumentativo más completo exige, por lo común, que se expliciten los dos pasos.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado de Primera Instancia no. 2 de Icod de los Vinos, en su sentencia del 27 de abril de 2007, siguió clarísimamente un esquema interpretativo-subsuntivo. Las fases de su razonamiento fueron las siguientes:⁵

(i) La parte actora ejercita su acción con base en el artículo 18 CE y en el artículo 7 LPDH, cuyos apartados 1 y 5 son los únicos que pudieran encajar en el supuesto.

(ii) Las cámaras que graban, sin sonido, lo que sucede en el camino y en la propiedad de Ernesto solo captan parte de una pared, las dos puertas verdes que acceden a su casa y una reja al final por la que se accede a un huerto.

(iii) El único acto de la vida del actor y de su familia que queda reflejado en las cámaras son las entradas y salidas de su domicilio por las tres puertas referidas.

(iv) Una interpretación conjunta de los artículos 2 y 7. 1 y 5 LPDH implica que los actos del artículo 7 deben referirse a actos que mantenga cada persona reservados para sí misma o su familia (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 28 de mayo de 1998).

(v) Las grabaciones no afectan al ámbito de la vida privada del actor, que no desarrolla en el callejón ninguna actividad que pueda considerarse integrada en el ámbito de su vida personal y familiar. Lo único que se graba son las entradas y salidas de su vivienda y el paso por la serventía.

⁵ Los reproducimos por el orden en que son expuestos en la sentencia posterior del Tribunal Supremo. En aras de menor complejidad del análisis, dejamos de lado el asunto referido a las posibles molestias para Ernesto por causa de que cuando las cámaras detectan movimiento nocturno se encienden unos focos que permiten la grabación.

(vi) La imagen que ofrecen las cámaras no es nítida, hasta el punto de que en la reproducción realizada en el juicio, el actor se identifica, pero aun teniéndolo enfrente la juzgadora fue incapaz de identificarlo en las imágenes.

(vii) No se ha presentado ninguna prueba ni indicio que evidencie que la intención de los demandados con la instalación de las cámaras es grabar aspectos de la vida de su vecino y de su familia.

(viii) Haya o no habido robos como se discute, no es ilógico, por el aumento de la delincuencia, que los demandados adopten medios para la vigilancia de su patrimonio.

Vemos, pues, que el juzgador ha combinado la interpretación-definición y la interpretación-clasificación. En (iv) ha dado su interpretación de “intimidad”, “vida íntima” o “vida privada”, en estos términos: forman parte de la referencia de esas expresiones aquellos “actos que mantenga cada persona reservados para sí misma o su familia”. Esta interpretación se respalda con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Por supuesto, cabría cuestionar si la opción por esa interpretación-definición aparece o no suficientemente justificada en esta sentencia de primera instancia, pero ese asunto, en sí muy relevante en términos de racionalidad argumentativa, afecta poco a lo que aquí estamos tratando, sobre todo debido a que lo que, en las dos instancias posteriores, van a hacer la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y el Tribunal Supremo no es tanto discutir la interpretación y la correspondiente subsunción como optar por un método distinto: el de la ponderación.

Una vez que se ha interpretado así “vida íntima” o “vida privada”, a los efectos de aplicar el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (y, por extensión, el artículo 18.1 de la Constitución que esa Ley desarrolla), se desgranán los hechos, para mostrar que en el caso no se ha visto afectada la “vida privada” o “íntima” de Ernesto y su familia, pues lo grabado por las cámaras de seguridad instaladas por John no sería parte de los actos que Ernesto

y su familia mantienen reservados para sí mismos. Resumidamente y en síntesis de lo que ya hemos visto: solo quedan grabadas las entradas y salidas de la propiedad de Ernesto; no puede considerarse parte de la vida privada (definida como antes se ha dicho) el paso por el callejón común a las dos propiedades, las grabaciones no son nítidas y no se ha probado una intención vulneradora de la intimidad de Ernesto y su familia, sino que es razonable el propósito de seguridad que mueve a John a colocar las cámaras para defender su vivienda. La conclusión es que los hechos *no resultan subsumibles bajo la norma protectora del derecho a la intimidad, tal como ha sido interpretada.*

Si quisiéramos cuestionar esa resolución sin salirnos del planteamiento interpretativo-subsuntivo, tendríamos que hacerlo atacando alguno de sus dos pasos, o los dos. O bien discutiendo la interpretación-definición que el juez ha dado y proponiendo una interpretación alternativa de “vida íntima”, o bien argumentando que los hechos probados sí pueden subsumirse bajo esa noción resultante de “vida íntima”. O ambas cosas.

Mas a partir de la segunda instancia las consideraciones irán principalmente por otros derroteros, como pasamos a ver. Ernesto recurrió aquella sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife⁶ declara “la existencia de violación del derecho fundamental a la intimidad del actor por cámaras de grabación instaladas por los demandados”. ¿Con qué fundamentos?

El recurrente, Ernesto, alega que la sentencia recurrida va “en contra del principio de proporcionalidad que debe regir en la confrontación entre los derechos a la seguridad personal, familiar y patrimonial, por una parte, y el derecho a la intimidad, por otra, ya que no se ha acreditado que exista una situación de inseguridad que justifique la colocación de las cámaras pudiendo establecerse otros medios menos invasivos para garantizar esa seguridad”.

⁶ Sentencia del 12 de diciembre de 2007, sección tercera.

Aquí vemos cómo el asunto ya se sitúa en términos de apertura a la ponderación entre derechos contrapuestos. Este dato es de suma importancia en clave de estrategia resolutoria y argumentativa. Expliquemos por qué. Con el enfoque interpretativo-substantivo de la sentencia de primera instancia, tenemos que existe una norma legal (o varias, la constitucional y la legal) que confiere un derecho a la intimidad. Este derecho podrá resultar vulnerado o no. Si, a la luz de las interpretaciones correspondientes de la norma y de las calificaciones de los hechos probados, resulta que hay vulneración de ese derecho, intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, no hace falta tomar en consideración si a la otra parte, a la vulneradora del derecho, la amparaba a su vez algún derecho, en este caso el derecho a la seguridad. Si resulta que no hay vulneración, tampoco se presenta el caso como de victoria del derecho a la seguridad frente al derecho a la intimidad, sino que basta con mencionar que no ha habido intromisión ilegítima en este último, violación del mismo. En otros términos, con este planteamiento da igual que a John, para poner sus cámaras, lo respalde el derecho a la seguridad o que simplemente se parta de la idea de que lo no prohibido está permitido. Si John no ha violentado ningún derecho de Ernesto, no necesita ninguna especial justificación para su acción, más allá de esa cláusula de cierre de libertad para hacer lo no prohibido. Ahí, así, no entra en juego el principio de proporcionalidad. O hay intromisión ilegítima en el derecho que se discute o no la hay, y esa ilegitimidad de la intromisión en tal derecho no depende de ponderaciones entre derechos.

La Audiencia Provincial va a combinar dos estrategias para dar la vuelta a la decisión de primera instancia. Por un lado, después de dar por buena la interpretación-definición del Juzgado de Primera Instancia, rebate la subsunción subsiguiente. Así:

[L]as entradas y salidas del hogar familiar afectan, aún [sic] cuando sólo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor, pues la grabación de esas imágenes

suponen [sic] un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo no siendo óbice para ello que esa captación (y grabación) de imágenes no esté específicamente dirigida a una finalidad intrusiva ni que las imágenes obtenidas no sean enteramente nítidas.

Se acepta que de la vida íntima forma parte nada más que lo que cada persona “reserva para sí misma o su círculo íntimo”, pero se discrepa en cuanto a que en esa zona reservada no se integren el paso por el camino que lleva a la casa y la entrada y salida por sus puertas.

Puestas así las cosas, el debate parece sobre si son galgos o son podencos. Que no porque no o que sí porque sí. Es nada más que una diferencia de juicio u opinión. Pero la Audiencia Provincial va a reforzar su opción mediante un elemental uso del esquema ponderativo:

La intromisión no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho conculcado, pues no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto.

Primero han tenido que afirmar que hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, aunque sea leve. *Porque si no hay tal intromisión ilegítima, no ha lugar a la ponderación.* Esto es fundamental. Aquí encontramos una clave del razonamiento ponderativo. No se pondera para ver si existe la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino que se pondera una vez que se afirma que sí hay, en principio, esa intromisión, por lo que,

en el paso siguiente, hay que sopesar contra otro derecho para ver si la intromisión, ilegítima *en principio*, acaba siendo legítima porque el derecho que el invasor tiene de su parte es en el caso más fuerte que este otro que ha sido afectado.

Encontramos, así, un elemento decisivo en la estrategia metodológica de la ponderación y una explicación de por qué unas veces los tribunales (incluidos los constitucionales) ponderan y otras no. Si se quiere evitar la ponderación, se resuelve el caso en términos de que ningún derecho ha sido negativamente afectado, y eso se hace con un razonamiento de tipo interpretativo-subsuntivo. Es decir, el derecho del que se está tratando no se pone a competir con ningún otro, ya que se estima que ningún otro sufre daño. Porque para que quepa ponderar hay que *construir el caso como de conflicto entre derechos* (o, más ampliamente, entre principios). Por tanto, *cuando no hay conflicto* (o no se procura que lo haya) *entre normas que son principios, esas normas no funcionan como principios, sino como reglas*. De lo que se desprende que *las tales normas no son en sí una cosa o la otra, reglas o principios, sino que son configuradas de una u otra manera por el aplicador según el tipo de juego que quiera darles*.

¿Y si se quiere ponderar? Entonces hay que partir de que en principio están en juego dos derechos contrapuestos y llamados recíprocamente a limitarse. Por eso, en el asunto que examinamos, la Audiencia Provincial tiene que hacer dos cosas: primero, dictaminar que sí se da intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, lo cual hace enfrentándose con la subsunción del juzgado de primera instancia. Y, luego, en lugar de atacar la interpretación de base con una interpretación alternativa de “vida íntima” o “vida privada”, llevar la justificación de su fallo al terreno de la ponderación, para que el derecho a la intimidad gane porque pesa más que el derecho a la seguridad que se ha sacado a colación, a fin de poner la argumentación en el terreno de la valoración de los hechos probados, de las circunstancias del caso. Al hacerlo así, las circunstancias del caso se apartan de la subsunción bajo la norma preexistente, el artículo 7.1 de

la Ley Orgánica 1/1982, y se subsumirán, más adelante, bajo la regla resultante de la ponderación: la regla del caso.

En el párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial últimamente citado se comprueba cómo ocurre el desplazamiento de la perspectiva que da pie a la justificación del ponderar. En la instancia previa, el demandante, Ernesto, había alegado vulneración de su derecho a la intimidad, y tanto la interpretación de la norma como la apreciación de los hechos estaban al servicio nada más de ver si había existido o no vulneración. Ahora se invierte el punto de vista y se trata de examinar si en el derecho a la seguridad de John hay base para justificar la limitación del derecho a la intimidad que se da por sentada en el punto de partida del razonamiento. Y se afirma que la intromisión en la intimidad de Ernesto “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo”, como es el de la protección de la seguridad personal, familiar y patrimonial, pues habría medios alternativos para conseguir la misma seguridad pretendida de modo menos limitativo de la intimidad y, en consecuencia, es desproporcionada la intromisión en la intimidad. ¿Y por qué todo ello? ¿Con base en qué razones? En estas:

no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto.

No olvidemos que la demanda la presentó Ernesto. Lo que ahora se dice es que, sin embargo, John debió haber acreditado “datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras”. ¿Se invierte, acaso, la carga de la prueba o, al menos, de la argumentación, cuando la demanda puede dar lugar a una resolución basada en la ponderación de derechos? ¿Ya no es el demandante el que debe acreditar que la

intromisión es ilegítima, sino que debe el demandado aportar los hechos y argumentos que la hagan legítima? ¿Debe el demandado probar o acreditar que no existen otros medios menos dañosos para la intimidad que le brinden a él el mismo grado de seguridad? Y, sea como sea, ¿qué medios alternativos serían esos que el Tribunal sostiene que habría, pero que no menciona en modo alguno? ¿Realiza bien la ponderación el tribunal que se limita a afirmaciones de ese tipo, sin más, sin ulterior concreción ni ejemplificación? ¿Basta que sostenga, como aquí sucede, que el demandado no ha probado lo que, ley procesal en mano, no le correspondía probar en realidad?⁷

Cuenta la doctrina más autorizada que los pasos de la ponderación son tres juicios o comprobaciones: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Las tres palabras se mencionan en el reseñado párrafo de la sentencia de la Audiencia. Pero, ¿acaso basta y ha de darse por bien ponderado cuando, como aquí, el tribunal se limita a decir que la medida juzgada no es ni idónea ni necesaria ni proporcionada, sin explicitar con un mínimo detalle el porqué de cada una de tales asertos? ¿Se puede motivar peor una decisión judicial?

⁷ Surge un interesante problema sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos que se abocan a la ponderación. El artículo 217, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sienta que “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”. Aquí el demandante era Ernesto, quien, por tanto, debía probar los hechos de los que se desprenda o en los que se manifieste que se dio intromisión ilegítima en su derecho. Pero, por su parte, ¿qué debe probar John? ¿Qué no se dieron tales hechos o con ese efecto? Si es eso, para nada necesitará probar qué causas empíricas concurren para su preocupación por su seguridad personal, familiar y patrimonial. ¿O debe probar sobre esto último? En tal caso, se le asigna una carga probatoria que tal vez no está en la ley, pues en vez de probar que no hay base fáctica para la demanda (y téngase en cuenta que si el demandado no prueba, el reconviniendo no necesitaría probar), pasa a tener que probar que hay base fáctica para el derecho suyo que él opone al del demandado. ¿No se está alterando la distribución de las cargas probatorias por esta vía?

Como interesante problema teórico cabría plantear si el principio de proporcionalidad debe respetarse también en las sentencias. Esto es, si los propios tribunales han de inclinarse por la solución que reporte el mayor bien al derecho que protegen, pero al coste más leve de los posibles para el derecho que restringen. Veámoslo en el caso y a propósito del fallo de la Audiencia Provincial.

El conflicto proviene, recordemos, de que John ha instalado unas cámaras de seguridad que, además de la entrada de su casa, graban el callejón que es acceso común para su propiedad y la de Ernesto, y graban también las puertas de acceso a la casa de este y una pared de la misma. Sentado por la Audiencia, como hemos visto, que hay así intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de Ernesto, nos podemos preguntar: ¿cuál sería la solución que dejaría incólume tal derecho a la intimidad de Ernesto, dañando, al tiempo, lo menos posible el derecho de John a la seguridad? En su fallo, la Audiencia Provincial condena a los demandados a que cesen en la vulneración del derecho del otro, “para lo cual deberán retirar las cámaras de filmación y desmantelar todos sus dispositivos e instalaciones”. ¿No habría bastado, en nombre de la ponderación y la proporcionalidad, ya puestos, con que se les hubiera condenado a orientar de otra forma las cámaras o a alterar de alguna forma su modo de colocación?⁸

Pasemos ahora a la decisión del Tribunal Supremo, ante el cual John recurre la decisión de la Audiencia Provincial, que le manda retirar las cámaras de seguridad.⁹

⁸ Así lo señala el demandante ante el Tribunal Supremo: “La sentencia al fijar la esfera protegible del derecho a la intimidad del apelante no obliga al recurrente a modificar la orientación de las cámaras para evitar la visión parcial sino a retirar las cámaras de seguridad vulnerando los artículos 15, 17.1, 18.1 y 33.1 CE que protegen los derechos asimismo fundamentales del recurrente a la seguridad de su persona y bienes”.

⁹ Y a indemnizar a Ernesto, aunque de ese aspecto no nos estamos ocupando aquí.

Para comenzar, es interesante observar las estrategias argumentativas o “metodológicas” de las partes. Cada una va a hacer razonamientos de tipo interpretativo-subsuntivo o de tipo ponderativo-subsuntivo según más le convenga, y el Tribunal dispondrá de la consiguiente posibilidad de elegir también el método que le sea más práctico para la justificación del fallo.

La defensa del demandante, de John, usa una triple estrategia. Por una parte, redescrive los hechos, poniendo, naturalmente, el acento en las dimensiones de los mismos que más favorezcan su postura. Un proceso judicial es también una competición de narraciones alternativas de unos mismos hechos, al igual que también el juez, en su motivación, va a hacer aquella exposición sintética de los hechos del caso que mejor se avenga con el cariz de su fallo. Contemplemos algunos fragmentos de lo que sobre el particular expone ante el Tribunal Supremo el recurrente, tal como se sintetiza en la propia sentencia:

- a) Se trata de la colocación de las cámaras de seguridad que recogen el “tránsito de una persona por un paso de acceso público, no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas”.
- b) “Es un hecho acreditado que las cámaras colocadas son para vigilar el acceso principal y único directo a la vivienda del recurrente”.
- c) “[S]olo de modo tangencial pueden apreciarse los accesos de un lateral de la edificación vecina que no es además su entrada principal”.
- d) “[S]in posibilidad incluso de determinar si entran o salen o quiénes son esas personas, pues son cámaras fijas que no graban con nitidez, no son direccionales y están dirigidas a grabar lo que ocurre en el acceso a la propiedad del recurrente.
- e) “Además, se graba sobre una cinta de cuatro horas que graba y borra continuamente”.

- f) “Las cámaras fueron colocadas por una empresa dedicada profesionalmente a su instalación para controlar los accesos a la fachada principal de la edificación del recurrente”.
- g) “Además, la zona carece de iluminación pública”.
- h) “[L]a propiedad es una edificación lujosa en una zona relativamente aislada, contiene mobiliario valioso y es lógico que se quieran asegurar sus bienes mediante la colocación de cámaras y focos que se encienden en horario nocturno cuando se accede al camino”.
- i) “Con la retirada de las cámaras la propiedad queda desprotegida por motivos de enemistad vecinal”.

En segundo lugar, el recurrente despliega una estrategia interpretativo-subsuntiva, consistente en resaltar que el alcance de las normas protectoras del derecho a la intimidad no puede ser tan extenso como para que el derecho se entienda vulnerado en un supuesto de estas características. Repasemos algunos fragmentos significativos a este propósito:

“La cuestión que se plantea es si la percepción ocasional por unas cámaras de seguridad del tránsito [sic] de una persona por un paso de acceso público [sic], no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas, entre ellas el recurrente y su familia, puede afectar a la esfera íntima o a la vida privada del vecino demandante”.

“La sentencia recurrida infringe las normas aplicables, al realizar una ampliación injustificada del ámbito protegible del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen constitucionalmente reconocida en el artículo 18 CE y en lo dispuesto en el artículo 7.1 y 5 en relación con el artículo 8.2 LPDH”.

Con el enfoque interpretativo-subsuntivo el esquema es “o...o”; o esto o lo otro. O los hechos son subsumibles bajo la norma que otorga a una parte un derecho, en cuyo caso no existe violación del derecho de la otra parte porque no enca-

jan bajo la norma que lo ampara, o a la inversa.¹⁰ Es decir, o hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, en cuyo caso no cuenta la afectación negativa del derecho a la seguridad, o hay afectación negativa de este último, y entonces no se podrá plantear que exista aquella improcedente intromisión en la intimidad. Cuando el recurrente aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial ha concedido una extensión desmedida al derecho a la intimidad, está descartando que las normas que lo resguardan sean aplicables al caso, que los hechos del caso sean positivamente subsumibles bajo ellas. Pero va a usar igualmente una estrategia complementaria o de subsunción positiva de los hechos bajo una norma que los justifica: las normas constitucionales que respaldan el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial:

A la vista de lo alegado en el fundamento anterior, la estimación del recurso de apelación interpuesto por el actor supone la vulneración del derecho a la integridad física y moral del recurrente, a su libertad y seguridad y al derecho a la propiedad, derechos constitucionalmente reconocidos en los artículos 15, 17.1 y 33.1 CE, derechos vulnerados por la aplicación desmedida que se hace del derecho a la intimidad al ampliarse su esfera protegible contrariando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto de que [sic] debe entenderse como esfera privada protegible al amparo del artículo 18.1 CE.

Y todavía se precave el recurrente ante la posibilidad de ponderación. Si, pese a todo, el tribunal prefiere ponderar, y una vez que ya han sido traídos a escena los dos derechos contrapuestos que habría que poner en la balanza, tendríamos que “En la

¹⁰ Igual que los hechos de un caso penal de homicidio o asesinato o son calificados como homicidio simple y subsumibles bajo el artículo 138 del Código Penal, o son calificados de asesinato y subsumibles bajo el artículo 139 del Código Penal, sin que a nadie se le ocurra sostener que tienen un poco de cada cosa y que se debe ponderar para ver qué norma de esas dos pesa más en el caso.

presunta confrontación de los derechos en conflicto, dados los antecedentes del caso debe primar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la seguridad y a la propiedad frente al hipotético ataque a la intimidad del recurrido”.

A la defensa de la otra parte, de Ernesto, parece que claramente le conviene más que el caso se resuelva ponderando, y así lo propone: “En orden a la seguridad según la doctrina será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos, así, toda instalación de sistemas de cámaras o videocámaras ha de respetar el principio de proporcionalidad (STC 207/1996), es decir, que siempre que sea posible se deben adoptar medios menos invasivos para la intimidad de las personas”.

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental es o no proporcional se deben cumplir 3 requisitos: 1. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). 2. Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para obtener el fin perseguido con la misma eficacia (juicio de necesidad). 3. Si tal medida es ponderada o equilibrada, esto es, si se derivan de ella más ventajas o beneficios que perjuicios sobre otros derechos o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido estricto).

Vayamos al fin con el fallo del Tribunal Supremo y con los argumentos de su motivación. La sentencia ratifica la de la Audiencia Provincial y da la razón a Ernesto, quien alegaba intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. Analicemos la motivación en sus mismos pasos.

1. Para empezar, se cita la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho a la intimidad “en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»”.

Acéptese sin el más mínimo cuestionamiento esa doctrina del TC. ¿Nos resuelve, por sí, algo para el caso presente? No, pues todo dependerá de qué entendamos incluido dentro de la referencia de la expresión “espacio propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”. ¿El camino o callejón por el que se accede a la casa lo es? ¿Lo es la vista exterior de puertas de entrada y salida de una casa? Nada sustancial se aporta al recordar que la intimidad es “espacio reservado”, si no se explica por qué el espacio X forma parte de esa reserva de espacios.

2. Se recuerda que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y que está limitado por otros derechos o intereses, ante los que puede ceder:

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho».

¿Qué quiere decir que un derecho no es absoluto y que, por consiguiente, topa con limitaciones provenientes de otros derechos? Esa limitación puede contemplarse de dos maneras. Una, entendiendo que cada derecho tiene un ámbito propio, delimitado por la norma que lo acoge, de modo que donde acaba el espacio de un derecho comienza el de otro, razón por la que extender un derecho significa penetrar o invadir el ámbito propio de otro. El espacio X o pertenece al campo o ámbito del derecho D¹ o al del derecho D.² Otra forma de verlo es entendiendo que los D¹ y D² poseen un espacio que en principio es común y que en cada caso hay que asignar la concreta “propiedad” o uso de ese espacio común a uno u otro de ellos, lo cual se hace ponderando las circunstancias concretas del caso. Si se sigue el primer punto de vista, se requieren antes que nada argumentos interpretativos generales que justifiquen las respectivas

asignaciones de sus espacios a D¹ y D². Si se opta por el otro camino, no importan tanto los argumentos sobre las normas generales y sus interpretaciones como los que versen sobre el “peso” de los hechos del caso.

Pero repárese en que, si en lugar de decidir mediante la consideración nada más que del derecho a la intimidad y su alcance, para ver si los hechos se subsumen bajo su norma con un efecto u otro, determinando si hay o no intromisión ilegítima, se trae al campo de juego un segundo derecho, aquí el derecho a la seguridad de la otra parte en el proceso, podemos preguntarnos por qué no hacer un razonamiento simétrico para los dos. O sea, por qué no afirmar igualmente que el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial “no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Se responderá, con mucha razón, que el caso estaba planteado a partir de la demanda de Ernesto en defensa de su derecho a la intimidad, y no de la de John en pro de su derecho a la seguridad.¹¹ Pero la cuestión nos sirve, al menos en vía de hipótesis, para pedir que las propias sentencias judiciales apliquen a sus mismos fallos los parámetros de proporcionalidad, si son los que importan. ¿Tenía el Tribunal Supremo la posibilidad de limitar el derecho a la seguridad de John de manera que su recorte sea solamente el “necesario” para lograr el “fin legítimo” de proteger la intimidad de Ernesto?

3. Igual que al principio se cita doctrina jurisprudencial que por sí no resuelve el asunto de que tratamos en el caso, ahora se hace lo mismo con las normas vigentes sobre el particular:

¹¹ Pero el recurso de casación de John ante el Tribunal Supremo sí puede verse como basado en la defensa de su derecho a la seguridad.

Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el artículo 7.1 y 5 LPDH, en relación con el artículo 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2».

Esas son las normas que vienen al caso, en efecto, pero sabemos ya que nada nos solucionan mientras no interpretemos, mientras no concretemos el significado de “vida íntima” y “vida privada”.

4. No será el significado o alcance de “vida íntima” o “vida privada” lo que ocupe al Tribunal, pues a partir de ese momento, de la mera cita de la normativa vigente con la que parecía que había que resolver, su argumentación da un giro y va por otros cauces: ponderar para ver si en el caso merece ganar este o aquel derecho.

Primero, la exposición general del principio de proporcionalidad y de los pasos de la ponderación:

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186)), la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995, 66), FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998, 37), FJ 8) para comprobar si una medida

restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Aceptemos esa vía y tratemos nosotros mismos de ejecutar lo mejor posible los tres pasos.

a) Juicio de *idoneidad*. Hay que ver “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”. ¿Cuál era la medida de marras? La colocación por John de cámaras de seguridad del modo que ya sabemos y para el fin de aumentar su seguridad, a la que tiene un derecho que en sí no se discute. ¿Son idóneas en general las cámaras de seguridad para ese propósito? Parece difícil negarlo. ¿Son idóneas en el caso concreto? Para restarles esa aptitud o idoneidad en el caso habría que argumentar algún defecto en la disposición de las mismas que las convierta en inútiles para dar seguridad a la vivienda de John. Si no disponemos de tales argumentos basados en hechos, difícil parece que la idoneidad pueda ponerse en tela de juicio. No olvidemos que en este paso del examen de idoneidad todavía no entra en consideración nada que se refiera a la afectación o no del derecho a la intimidad de Ernesto.

b) Juicio de *necesidad*. Ahora corresponde mirar si la medida de instalar las cámaras “es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”. ¿Habría otras medidas, alternativas a las cámaras o a su modo de disponerlas, igual de eficaz para la seguridad y menos negativa para la intimidad de Ernesto? En términos de exigencia argumentativa, no puede bastar decir que sí o que no. Si mantenemos que sí habría tales medidas

alternativas, debemos explicitar cuáles lo serían en este asunto concreto. Si sostenemos que no las hay, habremos de repasar las que en teoría razonablemente cupieran y acreditar por qué en el caso no encajan. Por poner un ejemplo, seguramente forzado: ¿cabe que valoremos si en lugar de las cámaras sobre la finca y el camino de acceso, podría, con el mismo efecto asegurador, tener John uno o varios perros guardianes en su propiedad? Ahí está la dificultad mayor del juicio de necesidad, en la elaboración y consideración expresa de toda la lista de alternativas razonablemente posibles. Lo que se suele hacer, sin embargo, es acortar artificiosamente esa lista para considerar únicamente las alternativas que avalen el juicio negativo o positivo que se pretende.

c) Juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*. Para empezar, el fundamento de este juicio es presentado en la sentencia de un modo peculiar, un tanto extraño: se debe examinar “si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. ¿Cuál interés general? En casos como el presente, planteados como conflicto entre intereses individuales, ¿por qué meter en liza el interés general?

Reconduzcamos a sus términos habituales el juicio de proporcionalidad cuando, como aquí, se dirimen conflictos de derechos. Hay que ver el grado de afectación positiva de uno de ellos, en esta ocasión el de seguridad, y el grado de afectación negativa del otro, el de intimidad. Si es más lo que pierde o se daña del derecho a la intimidad de Ernesto que lo que gana o se beneficia el derecho a la seguridad de John, entonces la medida de instalar las cámaras del modo que se ha hecho es desproporcionada y decae o es derrotado el derecho de John. Si es más lo que gana el derecho a la seguridad de John que lo que merma el suyo a la intimidad de Ernesto, la medida es proporcionada e impera el derecho del primero.

Ahora, con los presupuestos claros, veamos cuál es el grado de afectación de cada derecho. Es decir, establezcamos el peso negativo de la afectación (negativa) del derecho a la intimidad

del uno y el peso positivo de la afectación (positiva) del derecho a la seguridad del otro. Las circunstancias del caso las conocemos de sobra ya y, por tanto, se supone que estamos en condiciones para ponderar, para otorgar esos “pesos” respectivos, aunque sea, como Alexy propone, en términos de “mucho” (afectación grande), “poco” (afectación leve) o “regular” (afectación de grado medio). Pues bien, haga el amable lector el ejercicio, ponde, y piense cada cual si la medida que aquí se analiza, la de poner las cámaras como se ha dicho, pasa o no la prueba del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es prácticamente seguro que los ponderadores no coincidan en sus pesajes y resulta probable que se dividan al cincuenta por ciento.

La ponderación de derechos no es un método que aporte objetividad y, además, sus defensores suelen responder que tampoco lo pretende. Por tanto, el “peso” que en la ponderación se establece no es propiamente un peso, sino un valor que el juzgador atribuye discrecionalmente, en uso de una discrecionalidad tan legítima como inevitable. Si así es en efecto y así se admite, tendríamos que la presencia de discrecionalidad no sería muy diferente de la que comparece en el método interpretativo-subsumitivo al optar entre interpretaciones posibles de las normas y valoraciones posibles de las pruebas. La única diferencia a considerar podría estar, en suma, en cuál de los dos métodos resulta más apto como esquema de justificación del uso que los jueces hacen de esos ineliminables márgenes de discrecionalidad. O, expuesto de otra forma, la clave del debate se reconduciría a cuál de los dos esquemas argumentativos es más “honesto” porque no disimula el elemento valorativo dirimente, y cuál se ciñe mejor a la justificación de los pasos valorativos que conducen a la decisión final, al fallo.

5. Nos falta examinar la ponderación del Tribunal Supremo, ya que al ponderar condujo la base de su decisión.

El Tribunal Supremo, como ya vimos, se propone revisar si es correcta la ponderación que la Audiencia Provincial ha ejecutado en la sentencia que ante él se recurre en casación:

Esta Sala debe enjuiciar sí [sic], como exige la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional expuesta en el fundamento jurídico anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial ha ponderado adecuadamente sí [sic] la instalación y empleo de medios de grabación de imágenes por el recurrente ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del recurrido y de su familia de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Se debería sobreentender que, colocado el asunto en clave ponderativa, la determinación de que existe o no intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad dependerá del resultado de la ponderación, con sus tres juicios o pasos. Sin embargo, no queda nada claro, en la presentación que se hace en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, si esa constatación de la existencia de intromisión ilegítima antecede a la ponderación, al juicio de proporcionalidad, o si, como debemos esperar, es la consecuencia de aplicar dicho juicio. Si es lo primero, nada hay que ponderar una vez sentada la intromisión ilegítima, el fallo ya está predeterminado por esa afirmación. Pero ¿cómo se ha razonado realmente?

Ya al inicio de este decisivo fundamento quinto se dice que “La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado conduce a la conclusión de que la fundamentación de ambos motivos de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, al existir intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad del recurrido y de su familia (artículo 18 CE)”. Concedamos que no se quiere sentar así una premisa del razonamiento, sino que se adelanta la exposición de su conclusión. Pero poco después se repite que la instalación de las cámaras “no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino”. Volvemos a la duda: ¿no supera el juicio de proporcionalidad porque es ilegítima la

intromisión o es ilegítima la intromisión porque no supera el juicio de proporcionalidad?

Sea como sea, podemos fiar a la calidad de la ponderación y de sus pasos y argumentos el fundamento de ese juicio negativo. Así que apreciemos en detalle cómo ha ponderado el Tribunal Supremo, o cómo se revisa la ponderación de la instancia previa. Convendrá que leamos enteros y juntos estos dos párrafos cruciales de la sentencia:

Según la sentencia de la Audiencia Provincial la grabación de las entradas y salidas del domicilio afectan, aun cuando solo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor y suponen un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo. Por tanto, si bien en un principio se puede considerar que la instalación de las cámaras respondía a motivos de seguridad al situarse la vivienda en una zona aislada y sin iluminación, sin embargo, no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino. El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas de su domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido.

En suma, esta Sala considera que la intromisión que supone la grabación de las entradas y salidas del domicilio del recurrido no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad. Además, la instalación adicional de los focos de luz que permiten la grabación de imágenes nocturnas con sucesivos episodios de encender y apagar es una molestia adicional para el recurrido.

Ahora analicemos.

i) Lo primero que confirmamos es que, *pese a la vestimenta ponderativa, la clave decisoria es antes que nada interpretativa*. Y ello es así porque se da por bueno sin discusión que de la “intimidad” o “vida privada” o “vida íntima” de una persona o de su familia forman parte las entradas y salidas de su domicilio y que, por tanto, la grabación, aunque sea por otras razones o con otra intención, como efecto colateral de otra medida, de tales entradas y salidas, “supone un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo”. Se están dando los tres pasos del razonamiento interpretativo-subsumtivo: a) se ha asumido esa interpretación de que la intimidad está compuesta por las facetas que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo; b) así delimitado el “territorio” de la intimidad, se mantiene que la entrada y salida del domicilio pertenece a dicho “territorio reservado”: se han subsumido los hechos bajo la norma previa de esa manera interpretada; c) sale la conclusión: existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

ii) ¿Para qué se ha de ponderar, entonces? Parece que para comprobar si esa intromisión ilegítima puede ser contrapesada por el beneficio para el derecho a la seguridad. Nos vemos así conducidos a un curioso dilema teórico: si resulta que la intromisión ilegítima supera la prueba de la ponderación, el examen de proporcionalidad, ¿se convierte en legítima tal intromisión ilegítima? ¿Puede sanarse la ilegalidad o inconstitucionalidad, sentadas en el punto de arranque, de un atentado contra un derecho fundamental mediante la ponderación? ¿Cómo lo explicaríamos? ¿Diríamos que la intromisión en un derecho es ilegítima —inconstitucional e ilegal—, pero que se compensa por lo muy legítima que resulta la protección del derecho contrapuesto? ¿Mantendríamos que hay intromisión ilegítima, pero proporcionada y, por tanto, no antijurídica? Se explique como se explique la situación en clave teórica, lo que resulta bastante evidente, en definitiva, es que la ilegitimidad del atentado contra la intimi-

dad no resulta de la ponderación favorable a ese derecho, sino que antecede a la ponderación misma.

(iii) Como quiera que se vea lo anterior, el Tribunal pondera. El resultado es favorable al derecho a la intimidad de Ernesto y contrario al derecho a la seguridad de John. ¿Podría haber sido de otro modo, con ese punto de partida? Dejemos esa duda, a la que no se nos da respuesta, y examinemos cómo se aplican los tres juicios en que se descompone operativamente el principio de proporcionalidad.

a) Juicio de *idoneidad*. No estará de más que repitamos que se aplica observando si la medida en disputa rinde algún beneficio para el derecho a la seguridad de John y su familia. La sentencia dice que no hay tal idoneidad. ¿Acaso no contribuyen a la seguridad las cámaras de seguridad? Respuesta de la sentencia:

El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente [de John] por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas de su domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido.

Ese, sencillamente, no es el juicio de idoneidad. Del juicio de idoneidad en la sentencia no hay ni rastro, aunque se emplee el término “idóneo”. Pero asumamos, quizá, que se da por tácitamente admitido que ese juicio sí se supera por la obviedad de que las cámaras de seguridad benefician la seguridad. Así que vayamos a los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

b) Juicio de *necesidad*. Teoría general del mismo: para que la medida sea constitucionalmente legítima, no debería haber existido una medida alternativa que, favoreciendo igual el derecho a la seguridad de John, dañara menos el derecho a la intimidad de Ernesto. También aquí parece negativa la opinión que vierte el Tribunal en la sentencia, pues se concluye que la medida

analizada “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo” y no se ha llevado a cabo “utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad”.

¿Cuáles podrían haber sido esas medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la intimidad? Solo una pista se nos da a este propósito: “como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido”. Parece un buen argumento. Pero, en ese caso, ¿no se incurre en incongruencia en el fallo que condena a “retirar las cámaras de filmación y dismantelar todos sus dispositivos e instalaciones”? ¿No bastaría, precisamente en aras de la maximización correlativa de los derechos, haber condenado a modificar la colocación u orientación de las cámaras?

c) Si el test de necesidad no da positivo, ya no haría falta practicar el de *proporcionalidad en sentido estricto*, salvo que se quiera hacer a mayor abundamiento. ¿Lo aplica el Tribunal aquí? Diríase que no, pero no queda del todo claro, pues dice también que “la intromisión (...) no se revela como (...) proporcionada” para alcanzar “un fin constitucionalmente legítimo”. ¿Por qué no? No lo sabemos, pues no nos lo cuentan: su balanza es privada.

Llega el momento del balance y la síntesis final:

i) La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan. Pero es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia. A los teóricos de la ponderación y defensores más estrictos del método ponderativo-subsumtivo debería corresponder la crítica de tan común mal uso, pues si no se depuran esas tergiversaciones acabará convirtiéndose la pon-

deración en el más lamentable pretexto para un casuismo vacío y totalmente ajeno a las más mínimas exigencias de racionalidad argumentativa en la decisión judicial.

ii) Insisto en la tesis de la esencial intercambiabilidad práctica o estratégica de los métodos interpretativo-subsuntivo y ponderativo-subsuntivo. Unas veces se elige sin más el que parece dar mejor resultado para motivar el fallo que se busca. Otras veces, como acabamos de comprobar, se entremezclan en una misma sentencia sin una mínima claridad sobre la utilidad posible de cada uno y, sobre todo, sin que el empleo de cada uno quede argumentado con una mínima racionalidad argumentativa. Se hacen interpretaciones decisivas sin asumir que se está poniendo la base de la decisión en la interpretación de una norma y, por consiguiente, sin dar razón de por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra de las interpretaciones posibles, de las interpretaciones que podrían brindarse como alternativas en tal oportunidad. Y se pondera simplemente diciendo que se ponderó, pero sin enseñar la imaginaria balanza (el “ponderómetro”) ni explicitar con claridad por qué en ella se ponen unos hechos u otros y con qué concretos resultados. Se afirma que la medida es o no es idónea sin entrar en ningún pormenor sobre por qué hay o no beneficio para el derecho fundamental de referencia en ese juicio de idoneidad. Se proclama que cabían o no medidas alternativas menos perjudiciales para el otro derecho que se considera en este juicio, pero no se explicitan cuáles serían o no se agota la lista de las que razonablemente se deberían tomar en cuenta, limitándose los tribunales a seleccionar, de esa lista posible, la que mejor soporte la conclusión positiva o negativa que se busca.

Y se mantiene que la ponderación en sentido más propio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el “pesaje” propiamente dicho, se ha realizado con tal o cual resultado. Pero como lo que se pesa son los hechos del caso (en combinación a veces con el peso abstracto de los derechos o principios en juego) y como en puridad los hechos no tienen más peso que

el que el “pesador” les asigne,¹² ponderar contrapuestamente dos derechos no es más que *valorar* en conciencia cuál debe tener preferencia. Ahora bien, cuando se justifican argumentalmente valoraciones, el sujeto correspondiente debe entenderse como respondiendo a las siguientes preguntas: ¿por qué yo preferiré aquí el bien (derecho, interés...) X al bien Y, ¿qué razones me lo hacen preferible? y ¿cómo puedo tratar de convencer a un observador imparcial para que comparta mi preferencia o, al menos, la acepte como no irrazonable?. En este punto es donde el lenguaje del “peso” puede invitar a o ser disculpa para omitir ese tipo de argumentaciones exigibles. Si peso no valoro, sino que constato, me muevo en el marco de algún tipo de cuasievidencia, sea empírica o de razón práctica. Si peso, yo compruebo lo que pesa el objeto en cuestión, mientras que si valoro, yo atribuyo ese peso. Si yo afirmo que el aceite pesa menos que el agua, no tengo muchas cuentas que dar del fundamento de mi afirmación; si yo mantengo que, en nuestro caso, el derecho a la intimidad de Ernesto es más importante que el derecho a la seguridad de John y, en consecuencia, debe prevalecer, es grande el esfuerzo argumentativo que se me tiene que exigir para alejar la posible sospecha de arbitrariedad o exceso de subjetivismo en mi juicio.

iii) Si a la “filosofía” del principio de proporcionalidad y la ponderación subyacen tesis de ética y filosofía práctica de corte objetivista y cognitivista; es decir, algo parecido a un verdadero sistema objetivo de pesos y medidas, deben explicitarse esos presupuestos para mostrar que no se trata meramente de un método más o menos útil para la simple argumentación de valoraciones discrecionales del juez, pero sin pretensiones fuertes de corrección objetiva de los resultados. Hay que fundamentar el objetivismo y el cognitivismo de base, lo primero, y después hacer una correspondiente teoría “material” de la Constitución, para que se entienda qué se quiere decir cuando se habla de que las Constitu-

¹² Y los principios, igualmente.

ciones tienen su esencia en una trama de valores y principios en los que el contenido axiológico se impone a cualquier indeterminación semántica o a cualquier apertura a los consensos políticos y a las preferencias mayoritarias que en las leyes se expresan, dentro de ese marco y en lo que semánticamente tenga de abierto.

Si quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable y en sí no reprochable práctica de la discrecionalidad judicial, al menos en ciertos casos difíciles por razón de la indeterminación de las normas o de la duda sobre la prueba o relevancia de los hechos. El juicio, entonces, ya es de pura conveniencia, y versará sobre cuál esquema argumentativo es más útil para forzar al juez a explicitar más y mejor sus propias valoraciones y las razones en que las apoya, si el esquema ponderativo-subsumitivo o el esquema interpretativo-subsumitivo o una combinación de los dos no permita presentar como evidencias objetivas lo que son preferencias discrecionales. Y, desde luego, si estamos en esto último, debería rechazarse con toda rotundidad que los tribunales constitucionales anulen sentencias de las instancias judiciales porque en éstas no se ponderó. Pues haber ponderado o no pasaría a ser asunto muy secundario, y lo relevante será nada más que comprobar si las valoraciones que condujeron al fallo aparecían o no suficientemente argumentadas, sea con unos términos o con otros y sea siguiendo unos pasos del razonar u otros distintos, pero igualmente eficaces para lo que importa: el descarte de la arbitrariedad o el capricho, en lo posible.

LA SENTENCIA DE INHABILITACIÓN A GARZÓN UN ANÁLISIS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE

Con el trabajo que ahora presento me propongo analizar la sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante TS) no. 79/2012, del 9 de febrero de 2012, en la que se condenó al magistrado juez del Juzgado Central de Instrucción no. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón Real, por un delito de prevaricación en concurso aparente de normas con un delito de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, con violación de las garantías constitucionales o legales, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de seis euros y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado.¹

La elección de esta resolución se basa, creo, en sólidas razones. En primer lugar, el caso ha tenido una repercusión mediática extraordinaria, no solo en mi país, España, sino también en

¹ “Con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares”: Sentencia del TS 79/2012, del 9 de febrero, citada por el texto distribuido por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial español (CENDOJ) (Roj STS 414/2012): fallo.

el resto del mundo, ya que el magistrado imputado y finalmente condenado era ya conocido por la comunidad internacional por haber promovido una orden de arresto contra el exdictador chileno Augusto Pinochet por crímenes contra la humanidad,² lo cual me permite presumir que los potenciales lectores de este trabajo tendrán una mínima idea del caso, y es que el “auditorio” al que se dirigía esta sentencia es casi global. En segundo lugar, y debido precisamente a ese perfil mediático del condenado, que ha despertado, y continúa haciéndolo, pasiones exaltadas a su favor y en su contra, la presión social sobre los magistrados que debían juzgarlo ha debido de ser enorme, presión proveniente tanto de quienes querían verle condenado como de quienes querían que lo absolviesen. Por ello, no se trata de un caso cualquiera en el que solo están en juego los bienes y derechos de las partes en el proceso, sino que se tenía conciencia, y los magistrados así lo entenderían, que si se condenaba a Garzón, para una gran parte de la sociedad, y no solo española, se estaba condenando al gran baluarte “mundial” de los derechos humanos.³ En tercer y último lugar, y a consecuencia de lo anterior, esa gran presión a la que se vieron sometidos los magistrados que juzgaron al imputado me lleva a pensar que los condujo a

² En España adquirió fama a partir de su actuación como instructor de la Audiencia Nacional en la llamada “operación Nécora” contra el narcotráfico en Galicia (1990); tras un breve paso por la política, volvió a la Audiencia Nacional, donde actuó contra el llamado “terrorismo de Estado”, la guerra sucia contra el terrorismo de ETA—caso Gal—; y también, por supuesto, contra el terrorismo de ETA. Ha sido asesor del Tribunal Penal Internacional de La Haya y, actualmente ha asumido la defensa de Julian Assange, fundador de Wikileaks. Recientemente también ha creado una fundación internacional en defensa de los derechos humanos en España y en el mundo, denominada “Fundación Internacional Baltasar Garzón” (Orden SSI/1394/2012 del 21 de junio); *Boletín Oficial del Estado* del 27 de junio de 2012.

³ De hecho, ya desde el inicio del proceso miles de personas anónimas y también personajes públicos se habían manifestado regularmente a favor de Garzón. Una vez recaída la sentencia, las manifestaciones en su apoyo se sucedieron y no faltaron tampoco concentraciones ante el Tribunal Supremo, en las que incluso se tildaba a los magistrados del Tribunal Supremo de fascistas.

presentar una argumentación muy cuidada y esmerada, como luego veremos, con el fin de convencer a propios y extraños.

LOS HECHOS

El objeto del proceso, lo que se juzga en el mismo, son determinadas actuaciones del magistrado Baltasar Garzón en el caso seguido en la Audiencia Nacional contra Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez, como los máximos responsables junto a otros que fueron encausados, y en el que él actuaba como instructor, más conocido en el argot periodístico como caso Gürtel, y en el que acusaba a aquéllos de los delitos de blanqueo de capitales, tráfico de influencias, defraudación fiscal, falsedad, cohecho y asociación ilícita; en definitiva, uno de los casos de corrupción de mayor trascendencia en nuestra historia reciente, y en el que se vieron implicados varios políticos del Partido Popular español.⁴ Por esta causa, los imputados se encontraban en prisión provisional acordada por el magistrado instructor, a pesar de lo cual, a juicio de la policía, continuaban con su actividad delictiva de blanqueo de capitales ayudados, también de acuerdo con lo manifestado por la policía, por algunos abogados, perfectamente identificados. De esto informaron al magistrado Garzón, quien el 19 de febrero de 2009 dictó un auto en el cual disponía, entre otras cosas, “1.- Ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas que man-

⁴ Fue muy mediático el caso de los “trajes de Camps”, en el que se juzgaba a Francisco Camps, presidente de la Comunidad Valenciana, de cohecho impropio, ya que, supuestamente, había recibido trajes por valor de unos 30,000 euros por favorecer a miembros de la trama Gürtel. En enero de 2012, esto es, poco antes de la sentencia en la que se condenó a Garzón por prevaricación, un jurado popular declaró no culpable a Camps. Cuando en febrero el TS condenó a Garzón, el recuerdo reciente de la absolución de Camps todavía dio más argumentos a los que se manifestaron a favor del primero, quienes criticaban la actuación judicial con la consigna de que “los culpables son absueltos mientras los inocentes que persiguen a los primeros son condenados”.

tengan los internos Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sobaris, y Antoine Sánchez en el centro penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, (...) desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”,⁵ esto es, acuerda la intervención de las comunicaciones generales de los internos, y específicamente “2. Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, *previniendo el derecho de defensa* (cursiva mía) (...) por un período comprendido entre el 19.02.09 hasta el 20.03.09”.

Ante esta resolución, dos instituciones que debían hacerla efectiva consultaron al magistrado instructor algunas cuestiones. Así, por un lado, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solicita aclaración sobre si las comunicaciones de los internos con los letrados deben ser grabadas, a lo que Garzón contesta afirmativamente. Por otro lado, los funcionarios policiales le preguntan sobre el significado de la expresión “previniendo el derecho de defensa”, a lo que contesta que ellos deben “proceder a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula”,⁶ pero sin comunicar a los policías qué conversaciones debían excluirse de la grabación o no debían utilizarse en la investigación.

Tampoco excluía el magistrado instructor a ningún letrado de la intervención de las comunicaciones, lo cual implicaba que también se intervinieran las mantenidas con sus abogados defensores, actuales o futuros, puesto que no se identificaban individualmente en el auto, lo cual impedía también conocer y

⁵ Cito por la STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

⁶ STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados

valorar los indicios de su supuesta colaboración en actividades delictivas. Garzón justificaba la medida en la posibilidad de que los abogados defensores pudieran estar actuando de enlace de los tres imputados mencionados anteriormente con personas del exterior. El 2 de marzo, Francisco Correa y Pablo Crespo designan nuevos abogados defensores. El 4 de marzo, la policía presenta en el juzgado un informe sobre las comunicaciones intervenidas, haciendo referencia expresa “a la estrategia de defensa pactada por los letrados en relación con uno de los hechos investigados”⁷. El 13 de marzo presenta otro que no contiene ningún indicio concreto de actuación delictiva por parte de los abogados defensores Ignacio Peláez, José Antonio Choclán, Pablo Rodríguez-Mourullo y Juan Ignacio Vergara, pero en el que, aún así, solicitan la prórroga de la intervención.

El Ministerio Fiscal emite entonces un informe sobre esa solicitud de prórroga, en el que no se oponía a la misma, pero siempre que se excluyeran “las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa”. Conocido este informe por el magistrado instructor, dicta un nuevo auto, del 20 de marzo, acordando la prórroga de las intervenciones, sin incluir ninguna cautela especial, salvo la expresión “previniendo el derecho de defensa”, por un periodo comprendido entre el 20.03.09 y el 20.04.09, ordenando “la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, *previniendo el derecho de defensa* (cursiva mía)”,⁸ constándole al magistrado instructor que no se había hallado ningún indicio de criminalidad en la actividad de los letrados. En respuesta a este auto, el Ministerio Fiscal emite un nuevo informe, del 23 de marzo, en el que reitera lo solicitado en el informe anterior, en el sentido de excluir de la

⁷ STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

⁸ STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

intervención las comunicaciones que se refieran, en exclusiva, al ejercicio del derecho de defensa, informe éste que entra en el juzgado el 27 de marzo, y ante el cual, ese mismo día, el magistrado instructor dicta un nuevo auto, en el que dispone “excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa”,⁹ en cumplimiento de lo cual se suprimieron distintos párrafos y transcripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados.

EL DERECHO

La cuestión jurídica a debate se centra en determinar si la intervención de las comunicaciones entre los internos imputados y sus abogados defensores ordenada por Garzón fue o no conforme a derecho. En palabras del TS, se trata “de la valoración jurídica penal de dos resoluciones judiciales dictas por el acusado de fecha 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos”.¹⁰

La norma aplicable en este caso es el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) 1/1979, del 26 de septiembre. Este artículo regula dos tipos de comunicaciones del interno. Por un lado, las que tenga con cualquier persona que no sea su abogado defensor o procurador, regula-

⁹ STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

¹⁰ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamentos de Derecho: preliminar.

das en el punto 1¹¹ y, por otro, las reguladas en el número 2, que dispone que

Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

La regla general es que las comunicaciones con el abogado defensor o con el procurador no pueden ser intervenidas, y solo se establece una excepción a esa regla, que es la que el legislador dispone a partir de la palabra “salvo”: “por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

A partir de ahí comienzan los problemas interpretativos de la excepción, y es que se pueden entender que «orden de la autoridad judicial», por un lado, y «supuestos de terrorismo», por otro, son requisitos independientes, de tal manera que siempre que haya autorización judicial la intervención de las comunicaciones es conforme a derecho, y además, en los supuestos de terrorismo no sería necesaria tal autorización, que es la interpretación seguida por el magistrado instructor; o bien se puede interpretar que se trata de requisitos acumulativos de tal forma que solo se puede acordar la intervención en los supuestos de terrorismo con la garantía de que haya una autorización judicial para hacerlo, interpretación ésta seguida por el TS en la sentencia que estamos analizando.

¹¹ Art. 51.1. “Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

Siguiendo a Ross, nos encontramos ante un problema sintáctico de interpretación, puesto que el significado de la expresión “depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas”.¹² La conexión entre “orden de la autoridad judicial” y “en los supuestos de terrorismo” es una conjunción copulativa: “y”. Si utilizamos el criterio de interpretación literal, debemos llegar a la conclusión de que el sentido de la expresión no es claro, se presenta una duda interpretativa, ya que caben las dos interpretaciones señaladas *supra*. Y es que los criterios lingüísticos no son suficientes para resolver los casos dudosos, puesto que el “sentido ‘natural’ está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado ‘bueno’ o ‘razonable’ que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalen como tal”.¹³

Es en estos casos en los que se revela con toda claridad el carácter discrecional de la interpretación; esto es, como señalan Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, “el componente ideológico o subjetivo que está presente en la misma”.¹⁴ Estos autores distinguen los problemas interpretativos en función de los contextos en los que se incluye el texto legal. Así, nos encontraríamos con dudas interpretativas que afectan al contexto lingüístico, pues el texto ha de ser interpretado de acuerdo con las reglas del lenguaje natural, contexto sistémico, ya que el significado del texto depende de las relaciones de éste con otras

¹² Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 119. El autor distingue entre problemas de interpretación sintácticos, ya descritos, lógicos, que son los que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto, como la inconsistencia, la redundancia y las presuposiciones y, por último, problemas de interpretación semánticos en sentido restringido, que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases: pp. 119-131.

¹³ *Ibidem*, p. 119.

¹⁴ Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A., *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 61. Vid. de los mismos autores *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2003.

normas pertenecientes al sistema y, por último, contexto funcional, que pone en relación el texto con la sociedad adoptando la interpretación del mismo que lo ponga en relación con los fines sociales pretendidos por la norma.

Entre los problemas relacionados con el contexto lingüístico todavía cabe distinguir entre problemas de ambigüedad, que afectan a las expresiones lingüísticas y problemas de vaguedad, que se relacionan con el significado de los términos. Y todavía en el seno de la ambigüedad semántica debemos diferenciar entre la semántica y la sintáctica, relativa esta última a la forma en que las palabras se relacionan entre sí. Pues bien, el problema interpretativo que presenta el artículo 51.2 de la LOGP se desarrolla en el contexto lingüístico; en concreto, es un problema de ambigüedad sintáctica.

Quizá una redacción más cuidadosa por parte del legislador hubiera evitado esta duda interpretativa,¹⁵ pero en todo caso, la duda relativa al contexto lingüístico, la ambigüedad sintáctica, existe y, con ella, la posibilidad de interpretar, solo a efectos lingüísticos, la norma de las dos formas, de tal manera que tanto la interpretación de Garzón como la del TS serían correctas. Luego veremos que aún así, el magistrado instructor debería haber seguido la interpretación vigente para el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y TS, no como la única o la más correcta sino como la autorizada.

Con todo, como hemos visto, siguiendo a Gascón Abellán y García Figueroa, todavía restan dos contextos por analizar si la interpretación del artículo 51.2 pretendida por el magistrado instructor es correcta o no, el sistémico y el funcional. Por lo que

¹⁵ Parece que al legislador español no lo acompañaba la musa cuando redactó esta ley, o cuando menos, el artículo 51. Fíjense en el apartado 1o. que he incluido en una nota anterior: “Los *internos autorizados* (cursiva mía) para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial (...)”. Entre internos y autorizados falta el verbo, un elemento tan importante en toda frase.

respecta al primero, debemos poner en relación este artículo con otros del sistema jurídico español; en concreto, con el artículo 24 de la Constitución Española, que regula el derecho de defensa,¹⁶ tal como hace el TS. De acuerdo con ello, la corrección o incorrección de las resoluciones de Garzón dependerían del nivel de garantía y, por tanto, protección, que se otorgue al derecho de defensa. Si se entiende que la interpretación del magistrado instructor es correcta y, por tanto, las resoluciones conforme a derecho, el nivel de garantía del derecho de defensa es, por supuesto, mucho menor que si seguimos la interpretación del TS.¹⁷ La cuestión está en determinar si aún aminorando la garantía del derecho de defensa la interpretación de Garzón sería con todo correcta; es decir, una de las dos interpretaciones correctas del artículo 51.2 de la LOGP.

Hace poco escuchaba una conferencia de un magistrado instructor gallego en la que decía que actualmente, en nuestro país, sufrimos de complejo de dictadura, lo cual conduce a que tanto la doctrina como la jurisprudencia estén obsesionadas con proporcionar a los derechos fundamentales el mayor nivel posible de garantías; por su parte, el TS, en la sentencia analizada, alude, luego lo veremos, a que la interpretación de Garzón había sido aplicada, cierto que como *obiter dictum*, en una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 1983, debido al escaso nivel de garantías que existía todavía en ese momento, muy cercano

¹⁶ Artículo 24: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

¹⁷ Vid. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed, Madrid, Trotta, 2004..

al fin de la dictadura española. Pues bien, desde mi punto de vista, y en ello coincido con el TS, la interpretación de Garzón sería incorrecta y, por tanto, contraria al derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, pues supondría anular, o al menos reducir ese derecho de manera desproporcionada por lo que respecta a los internos en centros penitenciarios. Seguirla conllevaría que a cualquier interno, en prisión provisional, con carácter general y previa autorización judicial, se le podrían intervenir las comunicaciones con su abogado. En tales condiciones su defensa se tornaría muy difícil, por no decir imposible.

Y si trascendemos del caso particular y nos preguntamos por las consecuencias que *pro futuro* tendría seguir la interpretación del magistrado instructor, el panorama no se presenta nada halagüeño. Ciertamente que la investigación del delito sería bastante más sencilla, ya que bastaría con decretar la prisión provisional¹⁸ y esperar a que interno y abogado comentaran aspectos de la defensa como la estrategia a seguir, modos y maneras de contrarrestar las pruebas de la acusación o, incluso, gracias a un golpe de suerte, el interno reconociera ante su abogado los hechos, confiando en la supuesta confidencialidad de su conversación.¹⁹ Y todo ello sin necesidad de que el juez instructor se levantara

¹⁸ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho duodécimo: regla 3; “Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución”.

¹⁹ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 3: “En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes, y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen

de su sillón o de que la policía judicial se molestara en buscar huellas dactilares, pruebas de ADN, testigos de cargo... En fin, se probarían los hechos solo apretando el botón “grabar”, con autorización judicial en todos los casos, e incluso, en los casos de terrorismo, sin que aquella fuera necesaria, ya que también la autoridad penitenciaria acordar la intervención.

En el caso que nos ocupa, el magistrado instructor alega ante el Tribunal Supremo, ante el que comparece como acusado, que “adoptó la medida porque no había otra solución para impedir que siguieran delinquiendo”.²⁰ Y el TS le responde que la alegación no puede ser aceptada “ni como expresión de un error, ni como afirmación de un estado de necesidad”, y ello por varias razones. Primera, porque la investigación criminal no justifica por sí sola cualquier clase de actuación, y más si implica vulneración de derechos fundamentales, pues “la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio”. Segunda, y aquí nos encontramos con un argumento consecuencialista, porque una interpretación como la de Garzón, “en tanto justifica la restricción de derechos fundamentales sobre la base de una consideración absolutamente inmotivada respecto de su necesidad, conduce a la desaparición de la posibilidad de controles efectivos sobre el ejercicio del poder, lo que afectaría a la misma esencia del Estado democrático de Derecho”.²¹ Tercera, la afirmación de Garzón de que no había otro modo de evitar que siguieran delinquiendo no se apoya en ninguna base fáctica ni en ningún razonamiento justificativo. Cuarta, porque, dado que no existía ningún indicio de actuación criminal que afectara a los abogados “los únicos datos a los que se podría acceder grabando sus comunicaciones

o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia”.

²⁰ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

²¹ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6. Y continúa: “En este sentido no puede aceptarse como motivación la simple suposición de que los sospechosos continuaban cometiendo delitos. O la mera posibilidad de que lo hicieran”.

eran, con alta probabilidad, los proporcionados por los imputados a aquellos en el marco del ejercicio del derecho de defensa, los cuales, por su propia naturaleza deben mantener su carácter confidencial”.²² En la misma línea, implícitamente alude, creo, el TS, a que se actuó buscando la obtención de datos de manera cómoda y rápida, cuando afirma que se podrían haber llevado a cabo otras actuaciones de investigación, como por ejemplo “vigilar las actividades que se continuaran ejecutando, cuya realidad, al parecer, había sido verificada policialmente, hasta identificar a los responsables, tomando entonces las medidas pertinentes sobre los mismos y no con carácter indiscriminado, como se hizo, contra todos los letrados defensores, a los que se convirtió en imputados en la causa sin razón alguna”.²³ Además, siguiendo con el argumento consecuencialista, si “un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad”.²⁴ En última instancia, admitir la validez de las resoluciones de Garzón afectaría a la estructura que debe tener el proceso penal en un Estado de derecho, ya que se estaría vulnerando el derecho a un proceso con igualdad de armas, un proceso justo, equitativo.²⁵

²² STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

²³ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

²⁴ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 3.

²⁵ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 7: “De aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo”. En el mismo sentido, fundamento de derecho undécimo, regla 3: “Lo que aquí se examina es una actuación judicial que restringe profundamente el derecho de defensa, que, como se dijo, es un elemento estructural esencial del proceso justo. No se trata de la validez de un elemento de investigación

Pues bien, el criterio seguido por la sentencia analizada y por otras sentencias del TC y TS españoles es el más garantista para el derecho de defensa. Aún así, el propio Tribunal Supremo admite que la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP no ha sido pacífica.²⁶ Así, relata cómo en la STC 73/1983, aunque en un *obiter dictum*, se establecía que el artículo debía interpretarse de modo que las comunicaciones entre los internos y los abogados defensores o los especialmente llamados para asuntos penales podían ser intervenidas con carácter general por orden de la autoridad judicial y en casos de terrorismo, además, por el director del centro penitenciario, utilizando una interpretación lógica del artículo en relación con la regla quinta del mismo.²⁷

Esta interpretación, que, como señala el TS aludiendo a lo dicho por la doctrina, “podía obedecer al momento histórico en el que se produce, con un todavía escaso desarrollo de las garantías del sistema democrático implantado en España tras la finalización de la dictadura”²⁸ se mantuvo durante más de una década, hasta la STC 183/1994, en la que se disponía que la interpretación correcta del artículo 51.2 de la LOGP conduce a distinguir entre dos tipos de comunicaciones. Por un lado, las generales,

o de prueba, sino de la estructura del proceso penal del Estado de Derecho. La supresión de la defensa no afecta solo a la validez de lo actuado, sino a la misma configuración del proceso”.

²⁶ Fundamento de derecho octavo. Tres.

²⁷ En el fundamento de derecho octavo, regla 3 de la STS 79/2012, de 9 de febrero se alude al fundamento jurídico séptimo de la STC 73/1983: “La interpretación de este precepto —51, número 2— ha de hacerse en conexión con la regla 5ª del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, «dando cuenta a la autoridad judicial competente». La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo —que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC— conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

²⁸ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla 4.

reguladas en el punto 1 del artículo 51.1, y las específicas, que son las que mantiene el interno con su abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (artículo 51.2), respecto de las cuales el TC concluyó que las dos condiciones contenidas en este artículo (autorización judicial y casos de terrorismo) no pueden entenderse como exigencias alternativas, sino acumulativas,²⁹ doctrina que es seguida también por las SSTC 200/1997 y 58/1998. Por otra parte, esta

²⁹ STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla 4: cita al STC 183/1994: “Esta interpretación, aunque se haya hecho referencia a ella en la STC 73/1983, es una declaración accidental o de *obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al art. 51 de la LOGP, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. (...). Esta diferencia esencial que existe entre el art. 51.5 (...) y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

doctrina constitucional fue seguida también por el TS, en las sentencias 245/1995 y 538/1997. Así, en esta última se declara que las limitaciones que se pueden establecer al derecho a las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios “no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que garantizarla desde la prisión (...)”.

En este sentido, se garantiza la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, “sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial”. No obstante, se admite una excepción a esta regla general, “sin que dicha excepción pueda contagiarse el resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares”. En definitiva, concluye el TS que la exigencia de ambas condiciones no solo supone que la intervención de las comunicaciones con el abogado defensor no pueden ser acordadas por el director del establecimiento penitenciario sino que además, al ser acumulativas, la autoridad judicial sólo puede acordarlas en los supuestos de terrorismo³⁰ y, aún así, con restricciones.

Por tanto, las resoluciones de Garzón afectaban al derecho de defensa de los internos, de acuerdo con la doctrina del TC y, como señala el TS, el propio acusado era plenamente consciente

³⁰ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla sexta.

de ello.³¹ La interpretación del artículo 51.2 mantenida por el magistrado no derivaba de su poder discrecional de interpretación, sino que fue fruto de su arbitrariedad,³² por contraria al artículo 24 de la Constitución española, en el marco del contexto sistémico de interpretación.

Y, por último, resta por analizar el contexto funcional, que se relaciona, como he dicho, con la finalidad perseguida por la norma, de manera que la pone en contacto con la sociedad. Si esto es así, es admisible que la interpretación del texto cambie al compás de los cambios sociales, y lo que debemos preguntarnos es si esto es lo que ha ocurrido con el artículo 51.2 de la LOGP. Tal como vimos, una STC de 1983, si bien como *obiter dictum*, interpretaba la norma en el mismo sentido en que lo hizo Garzón para justificar sus autos. En 1994, otra STC inauguraba la nueva línea jurisprudencial, más garantista, seguida también por el TS, y no abandonada hasta el momento. En mi opinión, una interpretación originalista (argumento genético) del texto nos llevaría a la conclusión de que la intención de la norma era salvaguardar el máximo el derecho de defensa de los internos en centros penitenciarios y solo aminorarlo o anularlo en supuestos

³¹ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho segundo, regla séptima: “El acusado sabía cuáles eran las consecuencias necesarias de las dos resoluciones que dictó. La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa, dejando a un lado su efectividad, revela que sabía que su resolución afectaría a este derecho”.

³² Fundamento de derecho quinto: “En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus posturas. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de puro voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable”.

excepcionales, especialmente gravosos para la sociedad española, como eran los casos de terrorismo, y aún en éstos, siempre con autorización judicial. Quizá el garantismo reste eficacia a las investigaciones, pero su ausencia hiere de muerte al Estado de derecho. De acuerdo con el fin perseguido por la norma, por tanto, la interpretación del magistrado no es correcta, y sus resoluciones serían, por lo tanto, injustas, y justifican su condena por un delito de prevaricación.

Además, dejando de lado ya el criterio de corrección o incorrección de interpretaciones, lo cierto es que tanto el TC como el TS en España se habían pronunciado ya sobre cómo debía interpretarse el artículo 51.2 de la LOGP, y el magistrado instructor debía conocer esa doctrina jurisprudencial, pues está obligado a ello. El argumento de autoridad le obligaba por tanto a seguirla, como la solución “autorizada”, fuera o no la “correcta”. Se trata de aplicar, en última instancia, y siguiendo a MacCormick, el principio de universalidad, principio justificativo, exigencia de justicia formal, y que tiene un alcance que se extiende hacia el pasado, en el sentido de que un caso actual debe decidirse siguiendo el criterio establecido en casos anteriores, y hacia el futuro, ya que el juzgador debe estar dispuesto a aplicar el mismo criterio en casos futuros.³³

CONCLUSIÓN

Solo en el marco del contexto lingüístico la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP sobre la que fundamentó Garzón sus dos resoluciones sería correcta; mientras que tanto en el contexto sistémico como funcional se reputaría incorrecta, y, por tanto, inadmisibles y habilitantes para dar lugar a resolucio-

³³ MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1978, 1994.

nes injustas, base a su vez del delito de prevaricación por el que, finalmente, el magistrado instructor es condenado.³⁴

Es cierto lo que afirman muchos de los críticos a la condena a Garzón, en el sentido de que había muchos sectores políticos, sociales y jurídicos, incluso compañeros de profesión del magistrado, que criticaban su perfil de “Juez estrella” en búsqueda, en su opinión, de notoriedad pública, y que estaban deseando su caída en desgracia. Y esto motivó que estuviera en el punto de mira. Pero también, precisamente por ello, en mi humilde opinión, el magistrado Garzón debió cuidar el máximo el rigor “jurídico” de sus resoluciones. Resulta paradójico que uno de los máximos exponentes en la defensa de los derechos humanos a nivel mundial haya sido condenado en su país por la vulneración de un derecho fundamental como es el derecho de defensa, y, desde mi punto de vista, con razón, y les puedo asegurar que no milito en las filas de aquellos que querían verlo caer. Muy al contrario. En su actuación en determinadas causas existía ese punto de “romanticismo jurídico” que da forma a un gran jurista, y por ello no puedo dejar de estar un tanto molesta con quien considero el principal culpable de que no pueda seguir haciéndolo, al menos como juez: él mismo.

³⁴ STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho quinto: regla 3: “El artículo 446 del Código penal dispone: El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3o. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas. (...) se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho”.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA
(LÍMITES Y RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

Rafael AGUILERA PORTALES
Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La función de la hermenéutica constitucional en la magistratura constitucional.* III. *El principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional.* IV. *El empleo del principio de proporcionalidad para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales en México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el juez constitucional se ha convertido en la figura primordial de la interpretación y argumentación creativa para la solución de casos. Alguna vez Zagrebelsky afirmaba que las interpretaciones de las normas a partir de una Constitución “viviente” corren el grave peligro de aumentar la discrecionalidad del juez; sin embargo, en algunas ocasiones la discrecionalidad equivale a “politización”, lo cual resulta bastante perjudicial para el carácter “jurídico” de la justicia. Si bien es cierto que la nueva hermenéutica judicial permite al juez un margen de “discrecionalidad” para llevar a cabo su labor de una manera más cómoda, flexible y abierta, esta misma característica de (discrecionalidad) como afirma el

jurista italiano, es inherente a la interpretación que se haga de las normas jurídicas.¹

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta en este proceso de interpretación y argumentación, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, el enfoque propuesto es sobre una hermenéutica jurídica capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propios del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

El denominado “nuevo constitucionalismo” surgido de la segunda posguerra ha traído consigo todo un repertorio teórico acerca de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la Constitución como una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos.² En este sentido, la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la ley fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado.³

¹ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco, *Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 750; *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

² Aguilera Portales, Rafael y López Sánchez, Rogelio, “Estudio introductorio”, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010, pp. 4 y ss.

³ Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios

Por estos motivos, creemos que la formación del juez, más allá de los conocimientos meramente técnicos, debe contar con una sólida formación hermenéutica; de lo contrario, su labor silogística o de aplicación mecánica de las normas jurídicas no tendrá la legitimación necesaria ante el contexto sobre el cual tienen repercusión las normas jurídicas. Es importante volver a reevaluar la propuesta metodológica de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. De tal forma, creemos que la proporcionalidad y la ponderación son herramientas que ya no pertenecen únicamente a la labor del juez constitucional, sino que en la actualidad cualquier juez está llamado a cumplir con la ley fundamental.

II. LA FUNCIÓN DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL EN LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.⁴ La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional es la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho, y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso pau-

jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, pp. 139-151; Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

⁴ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 225; Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, México, 2000.

latino, de reconocimiento y consolidación de una constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos, a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional.⁵

Las Constituciones son textos vivos que aspiran a ser factores de integración de nuestras sociedades. El juez constitucional tiene un papel preponderante en la conjugación de esos valores, traducidos en derechos fundamentales o principios constitucionales. El desafío de la justicia constitucional es mayúsculo, en la medida en que los problemas sociales se judicializan. Ante esos conflictos, no es suficiente la preparación y el conocimiento de herramientas epistemológicas para la justificación interna de las resoluciones.⁶ Es necesario un amplio conocimiento de las teorías de la justicia que fundamentan las propias normas jurídicas, a fin de dar una justificación externa, y con base en la axiología constitucional.

La simbiosis entre el derecho y la moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional en la actualidad se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permite comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxilia la labor del intérprete constitucional. Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial

⁵ Tribe, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32; Strauss, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

⁶ En la fundamentación o justificación interna se decide si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación; es decir, la corrección de estas premisas. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 213.

alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden.

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los tribunales resulta atractiva para los operadores jurídicos. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto. Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

Por estas razones, la labor del intérprete constitucional se ha constituido el día de hoy como uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional democrático. La fuerza normativa de los textos fundamentales, así como del propio derecho internacional de los derechos humanos, debe orientarse hacia una labor crítica a través de la expansión y potencialización de los derechos fundamentales como principios y valores que doten de sentido a todas las normas de los inferiores ordenamientos. La interpretación conforme y el control de convencionalidad son ejemplos claros de la realización de este proceso, que está siendo progresivamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales iberoamericanas. Afirmamos, sin dubios, que este es apenas el comienzo de una era de justicia constitucional que tenga por fin la concretización de los derechos fundamentales y que aspire

a satisfacer los ideales de justicia y equidad, que por siglos han permanecido en la mesa de debate, pero que por su profunda dimensión e impacto en los conflictos en las relaciones humanas siguen vigentes hoy en día.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

El principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o restricción a los derechos fundamentales. Este instrumento ha servido para descifrar el nivel de intensidad en las restricciones de un derecho fundamental. Para Robert Alexy, un principio es un mandato de optimización; es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán, la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, la cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional”.⁷

Siguiendo la jurisprudencia alemana y la doctrina relativa, el principio de proporcionalidad debe respetar las siguientes fases o pasos (algunos autores lo denominan *test de proporcionalidad*). De esta manera, los subprincipios en la proporcionalidad son los siguientes:⁸

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, p. 200.

⁸ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 693 y ss.

1. El *subprincipio de idoneidad o adecuación* (*Grundsatz der Geeignetheit*). Significa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De esta forma, el referido subprincipio impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: que tenga un fin constitucionalmente legítimo y que ésta sea idónea para favorecer su obtención. De igual forma, un fin será constitucionalmente legítimo cuando no esté prohibido de manera expresa por la Constitución.

Otra dimensión de este subprincipio es la prohibición de protección deficiente. Este principio “se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”.⁹

2. El *subprincipio de necesidad* (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) ha recibido otras denominaciones, entre las que se encuentran: subprincipio de indispensabilidad, subprincipio de medio más benigno, subprincipio de la intervención más restringida posible y como prohibición de exceso (*Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichkeit Eingriffs, Übermaßsigverbot*). Implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Es decir, implica la comparación adoptada por el legislador y otros medios alternativos. La elección de estos medios exige el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental.

3. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne, o Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit*). Significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia

⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008, p. 139.

de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa la expone Carlos Bernal Pulido en tres pasos:

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

De esta forma, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control”.¹⁰ En este contexto, el principio de proporcionalidad es empleado para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula o cláusula aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2,¹¹ seguida por la Constitución española de 1978, en su artículo 53.1.¹² Con-

¹⁰ Martínez-Escudero, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 117.

¹¹ Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

¹² “Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el

forme a criterios doctrinales, esta cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes Legislativo y Ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.¹³ En este mismo sentido se encuentra la concepción que realizó el Tribunal Constitucional español. Este órgano señaló en el famoso caso del “Decreto-Ley de Huelga”, que el contenido esencial del derecho subjetivo puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.¹⁴

IV. EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES O RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

El empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales tiene un retraso bastante notable en la jurisprudencia constitucional mexicana. Es decir, su reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tardío, a través de una jurisprudencia aprobada en 2007, a raíz de distin-

ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

¹³ De Asís, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-107. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español del 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

tos casos. Dicho reconocimiento y aplicación ha sido escaso aún para la solución de casos difíciles por nuestro más alto tribunal. Pero lo que más llama nuestra atención es quizá la combinación del modelo americano y el modelo de Europa continental del principio de proporcionalidad, ya que mientras para el primero el principio se deriva de la cláusula del debido proceso, para el modelo europeo tuvo su origen en el derecho de Prusia, especialmente con el empleo debido de la fuerza pública, pero es a partir de la jurisprudencia europea de la segunda posguerra cuando comienza adquirir los rasgos que hoy lo distinguen, a partir de la interpretación que ha realizado especialmente el Tribunal Constitucional Federal Alemán.¹⁵

Por tanto, el análisis que haremos en los siguientes apartados será de los distintos casos que dieron origen a las jurisprudencias sobre el principio de proporcionalidad. La primera jurisprudencia fue aprobada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas en 2007, mientras que la segunda pertenece al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En el presente estudio haremos alusión únicamente al primer precedente, debido al carácter de análisis forense del presente manual, sin que por ello pasen desapercibidos los precedentes posteriores, emitidos por los tribunales mexicanos; por ello remitiremos al lector en las notas al pie a los mismos.¹⁶ Una vez aclarado lo anterior, la

¹⁵ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 693 y ss.

¹⁶ Para estos efectos, citamos únicamente jurisprudencia (y prescindimos de las tesis aisladas), la cual tiene efectos vinculantes a los órganos inferiores conforme al artículo 193 de la Ley de Amparo. Del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación destaca la siguiente: “Procedimiento administrativo sancionador electoral. Debe realizarse conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Tesis S3EIJ 62/2002, Sala Superior, *Justicia Electoral* 2003, suplemento 6, páginas 51-52. La SCJN también ha reconocido el principio de proporcionalidad, con relación al principio de igualdad en los precedentes de la Primera Sala: 55/2006 y 37/2008: “Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”. *Semanario Judicial de la Federación* XXIV, septiembre de 2006, p. 75; “Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificacio-

jurisprudencia a analizar fue aprobada en dos mil siete por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su contenido es el siguiente.

Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.¹⁷

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria; es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior, conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

nes legislativas (interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII*, abril de 2008, p. 175. De la Segunda Sala de la SCJN, destaca también: “Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía”. Tesis: 2a./J. 42/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: XXXI, abril de 2010, p. 427. Asimismo, en materia de suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, el Tribunal Constitucional mexicano ha propuesto el empleo de la ponderación en la siguiente tesis jurisprudencial: “Norma Oficial Mexicana De Emergencia Nom-Em-012-Scfi-2006. Procede negar la suspensión solicitada en su contra, ya que de concederse se seguiría un perjuicio al interés social”. Tesis: 2a./J. 212/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, localización: XXVI, diciembre de 2007, p. 209. Derivada de la contradicción de tesis 180/2007-SS.

¹⁷ Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI*, diciembre de 2007, p. 8.

Desde nuestra perspectiva, existen distintos elementos que resulta indispensable destacar. El primero de ellos es el término de “garantías individuales” y no el de “derechos fundamentales”. Creo que desde el inicio se define la postura de los ministros ponentes que participaron en los casos que integran esta tesis. Es decir, una visión positivista, anclada aún en la falsa visión garantista de los derechos y en una errónea conceptualización de las garantías constitucionales proveniente del constituyente de 1917. A pesar de las imprecisiones conceptuales y metodológicas, podemos destacar los principios de razonabilidad y proporcionalidad utilizados por los ministros para limitar o restringir las “garantías individuales”. De la tesis aludida podemos destacar los siguientes elementos.

1. El subprincipio de idoneidad. Es decir, la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima para alcanzar un fin. En esta jurisprudencia se divide en dos elementos el referido subprincipio.

2. El subprincipio de necesidad. Que en el logro de la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la norma o el acto de autoridad no implique una carga desmedida o injustificada para el gobernado. En esta descripción se encuentra ausente la existencia de medidas alternativas para restringir en menor grado los derechos fundamentales en conflicto.

3. El subprincipio de proporcionalidad. Este elemento se encuentra ausente en la citada jurisprudencia. Incluso, como lo demostraremos líneas adelante, se confunde el subprincipio de proporcionalidad con el de necesidad.

4. Finalmente, la tesis incluye un elemento adicional: el principio de razonabilidad. Es decir, que se encuentre justificado en razones constitucionales. Si bien es cierto que en algunas ocasiones para la tradición continental europea este subprincipio se pudiera subsumir en el subprincipio de necesidad, pero sin dejar de estar dentro del principio de proporcionalidad, para nuestra Suprema Corte se encuentra separado, o al menos eso se puede inferir de la separación realizada al rubro de la misma tesis jurisprudencial, al establecer: “Debe respetar los principios de

razonabilidad y proporcionalidad jurídica”. Desde la perspectiva del derecho comparado, el principio de razonabilidad tiene mayor raigambre en el modelo americano de test de balanceo o principio de proporcionalidad. En un inicio la razonabilidad se constituye como un test menos exigente, “que ya no requerirá la minimización en la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda”.¹⁸ Nosotros creemos que la inclusión del principio de razonabilidad en la mencionada jurisprudencia no tiene un fundamento metodológico válido, debido a lo siguiente.

En primer lugar, la tradición que decidió seguir la Corte para invocar el principio de proporcionalidad como instrumento para que una restricción a una “garantía individual” sea válida fue la del modelo continental europeo y no la del modelo americano. Ahora bien, si pretendía fusionar los dos principios, incurre en otro error, al argumentar al final de la tesis, que es a partir del principio de legalidad donde tiene o adquiere vigencia el principio de proporcionalidad, y añade: “con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados”. De alguna forma, este último argumento pudiera salvar el resto, ya que se invoca la interdicción de la arbitrariedad o el exceso de poder, como lo ha realizado en ocasiones el modelo español; sin embargo, creemos que la invocación es meramente retórica, pues el principio de legalidad en nuestro sistema constitucional ha merecido una interpretación distinta a la que se ha realizado de acuerdo con otros estándares comparados y de derecho internacional, en donde se entiende como debido proceso.

En segundo término, y continuando con la idea del principio de razonabilidad, creemos que el hecho de que se haya seguido el modelo americano tampoco tiene fundamento ni bases metodológicas claras. Me explico: el principio de razonabilidad, conforme al modelo de la Corte Suprema de Estados Unidos,

¹⁸ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 114.

tiene su origen en la interpretación que la misma Corte ha realizado sobre la cláusula del debido proceso sustantivo y adjetivo (*due process of law*) contenida en las enmiendas cinco y catorce de aquel país.¹⁹ Es cierto que el término “proceso” hace referencia al procedimiento, lo que de alguna forma se identifica con las formalidades del proceso, pero desde la perspectiva americana la dimensión sustantiva del debido proceso sostiene que algunas libertades son esenciales, y que el gobierno no puede limitar por cualquier proceso, es decir, tiene un elemento sustantivo, como pudieran ser la presunción de inocencia, la prohibición de pruebas ilegales en el juicio, una defensa adecuada, a la no autoincriminación, etcétera.²⁰

Mientras que para el modelo mexicano el principio de legalidad es el que fundamenta la proporcionalidad y razonabilidad jurídicas, siendo que el principio de legalidad por tradición ha sido entendido en nuestro sistema judicial como “formalidades esenciales del procedimiento”, haciendo referencia únicamente al proceso adjetivo; es decir, estar notificado de la acusación o cuestión que se demanda, aportar pruebas, tener un juicio y el dictado de una sentencia por escrito. Ahora bien, si la intención era ampliar el contenido del principio de legalidad, lo más razonable hubiera sido expresarlo en otra jurisprudencia o ahondar en ésta para redefinir la concepción del mismo. Dicho lo anterior, realizaremos un análisis de los precedentes que dieron lugar a esta jurisprudencia.

Se trata de cinco amparos en revisión,²¹ la mayor parte de ellos hacen referencia a un caso relativo a varios militares con

¹⁹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, cit., pp. 33 y ss.

²⁰ Murphy, Walter F. et al., *American Constitutional Interpretation*, New York, Thomson West-Foundation Press, 2003, pp. 1148-1149; Fisher, Louis, *American Constitutional Law*, Carolina, Carolina Academic Press, 2003, pp. 659 y ss.

²¹ Esta jurisprudencia se encuentra compuesta por cinco casos, todos aprobados por el Pleno de la Corte por una mayoría de ocho votos, e interpuestos por los agraviados, con excepción del primero que mencionamos, el cual fue interpuesto por los familiares del quejoso, y el cual también requirió de engrosarse (lo tenía en primer término el ministro Mariano Azuela Guitrón): Amparos

VIH que fueron separados del ejército mexicano por haber contraído la enfermedad, pues la fracción IV de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas establecía como causa de retiro “Quedar inutilizado en actos fuera de servicio”. Ubicamos a partir del considerando cuarto, la argumentación a través de la cual creemos que se da entrada a la interpretación constitucional con base en principios y en una concepción material de constitución en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales:

El principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática, en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida.

[...]

que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal.

Hasta este punto los razonamientos de la Corte nos parecen adecuados, pues reconoce en primer término la existencia de

en revisión 2146/2005, 810/2006, 1285/2006, 1659/2006, todos ellos resueltos el 27 de febrero de 2007 y el amparo en revisión 307/2007, resuelto el 24 de septiembre de 2007. Respecto a la estructura y contenido de los proyectos aprobados, cabe referir que es la misma para todos los proyectos y existieron votos particulares de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón, por su disconformidad con las pruebas que se allegaron al juicio de mérito. Asimismo, existió un voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, debido a que no estaba de acuerdo con el objeto de la ponderación realizada por los ministros: eficacia de las fuerzas armadas *vs.* principio de igualdad y no discriminación por razón de salud (derecho a la salud).

valores y principios en la norma constitucional, que en casos de colisión o choque, conforme al principio de unidad de la Constitución, deben balancearse o armonizar para que puedan tener eficacia en alguna medida. Aunado a lo anterior, el tribunal reconoce de igual forma la existencia de un contenido irreductible de los derechos fundamentales, sobre el cual no puede estar ningún poder constituido, argumentando que es en razón del contenido axiológico y material de la misma Constitución a partir de la cual deben interpretarse los derechos fundamentales. Asimismo, es destacable en el precedente aquí analizado, que la Corte mexicana cite un precedente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, con la finalidad de demostrar que la ponderación y la interpretación a partir de principios han estado presentes en la jurisdicción constitucional mexicana. Igualmente, se encuentra la cita de otras tesis aisladas aprobadas por la misma Corte.

La primera de ellas es una tesis aislada de la quinta época, que trata de las medidas para comprobar el contagio venéreo. Ésta se divide tres partes, a partir de la estructura silogística clásica. La primera parte (premisa mayor) transcribe el artículo 16 de la Constitución federal; la segunda parte (premisa menor) señala que el indicio consistente en el hecho del denunciante del delito no es suficiente para fundar ni motivar adecuadamente la orden judicial que ordene extraer sangre al quejoso para demostrar que éste se encuentra contagiado. Finalmente, en su conclusión realiza un razonamiento advirtiendo que los actos de molestia de autoridad (mandamiento que ordene extraer sangre) debe fundarse en una “causa bastante” que amerite ordenarlo, de lo contrario, la orden resultaría inútil, pues no se podría demostrar “la relación de causa a efecto que se pretende”, pues habría sido posible que éste la haya contraído después de los hechos probablemente delictuosos.²²

²² “Contagio venéreo, medidas para comprobar el”, tesis aislada, Primera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, LVII, p. 2498.

Consideramos que la cita se encuentra descontextualizada, pues el caso relatado previamente trata básicamente de la relación de causalidad entre un tipo penal y los hechos probablemente delictuosos. Es decir, en el soporte jurisprudencial se confunde el principio de causalidad con la relación instrumental del principio de proporcionalidad en relación de medios y fines,²³ ya que el hecho de que en la tesis se haya establecido que resultaba inútil por el transcurso del tiempo, y se invoque el derecho fundamental de fundamentación y motivación, no por esto podremos hablar de un posible origen o antecedentes del principio de proporcionalidad. El segundo antecedente es otra tesis aislada,²⁴ la cual nos parece aún más fuera de lugar, que incluso sostiene una postura legalista y una visión arraigada de la añeja concepción del principio de legalidad, al establecer lo siguiente.

La garantía de defensa que consagra el artículo 14 constitucional no se otorga en forma ilimitada, sino con sujeción al respeto de otras normas constitucionales de igual jerarquía que tienden a lograr un justo equilibrio entre la agilización de la administración de justicia y la seguridad jurídica de las partes en el proceso, lo cual sólo se obtiene mediante la inclusión de los requisitos necesarios en las normas ordinarias que regulan los casos específicos.

En este sentido, queremos únicamente señalar que el dato o soporte de la argumentación que se advierte en la tesis reseñada, relativo al antecedente para fundamentar el reconocimiento previo al principio de proporcionalidad, está equivocado, ya que el hecho de que el respeto a otras normas constitucionales dependa de los requisitos que señalen las demás normas ordinarias no proporciona ningún dato adicional o soporte que nos permi-

²³ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998; Mans Puigarnau, Jaime, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978; García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón, 1989.

²⁴ “Defensa, garantía de, Limitaciones”. Tesis aislada, Séptima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, pp. 181-186, tercera parte, p. 55.

ta extraer alguna relación entre medios y fines, o la posibilidad de que a partir de la cláusula del debido proceso existan ciertas medidas para restringir derechos fundamentales. Más aún, la argumentación confunde y realiza una errónea conceptualización metodológica de los elementos del principio de proporcionalidad.

Asimismo, las sentencias que componen la jurisprudencia citan la tesis aislada relativa a la donación de órganos entre vivos (dato con el cual estamos de acuerdo), debido a que en este caso se emplea de manera adecuada el principio de proporcionalidad; incluso éste será objeto de análisis en los sucesivos apartados cuando hagamos referencia al modelo argumentativo de defensa del derecho a la vida. De igual forma sucede con la jurisprudencia 42/2007,²⁵ citada en la sentencia, la cual busca fijar los alcances del derecho fundamental a una tutela de justicia efectiva, estableciendo las prohibiciones a la autoridad, ya sea que forme parte de cualquiera de los tres poderes, al ejercicio de este derecho, al establecer requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción innecesarios, excesivos y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Añade el reconocimiento a la inviolabilidad del contenido esencial del derecho fundamental y la regla que establece el subprincipio de necesidad, destinada a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, los cuales deben ser asimismo proporcionales a la finalidad perseguida.

Posterior a las citas jurisprudenciales y tesis aisladas, la Corte comienza a determinar cuáles son los elementos que componen el principio de proporcionalidad, los cuales ya hemos reseñado al inicio de este punto. También resulta importante mencionar otro dato, que soporta el hecho de que en la jurisprudencia

²⁵ “Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances”. Tesis: 1a./J. 42/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 124.

mexicana ya se podían de igual manera desprender los requisitos o elementos del principio de proporcionalidad, como lo hace nuestro máximo tribunal en dos tesis aisladas y una jurisprudencia. La primera tesis llama la atención, sobre todo por la concepción de los derechos como límites al poder político, y además por consagrar de manera inicial el principio de universalización de los derechos estableciendo que el Estado se encuentra legitimado para “limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos”²⁶ desde una perspectiva liberal de los derechos fundamentales. La segunda tesis aislada, como dato para inferir las reglas del principio de proporcionalidad, es relativa a las limitaciones a la libertad de trabajo, haciendo énfasis en la necesidad de que el ejercicio de este derecho lo sea de una manera racional y legítima.²⁷ En la parte final de esta motivación citan otra jurisprudencia concerniente al principio de igualdad, así como sus criterios para limitar este derecho fundamental. Cabe aclarar que esta última jurisprudencia, al igual que cada uno de los cinco casos que le dieron origen, serán analizados en este mismo capítulo, cuando hagamos referencia a la amplitud, a las restricciones y a los límites del principio de igualdad. De momento creemos que únicamente esta última tesis jurisprudencial sirve a la Corte para extraer o reconocer los requisitos del principio de proporcionalidad, pues más adelante se argumenta en la sentencia que en los amparos en revisión 1160/2006, 1342/2006, 278/2006 y 1416/2006 se ha distinguido y empleado el principio de proporcionalidad como criterio para limitar o restringir los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como garantía tributaria; sin embargo, esto no es cierto, pues de la lectura que hemos realizado a los mismos no aparece dicha distinción; es más, no hace referencia alguna explícita o implícita del principio de

²⁶ “Garantías individuales”. Tesis aislada, Quinta Época Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, XL, p. 3630.

²⁷ “Libertad de trabajo. “Tesis aislada, Segunda Sala, Quinta época, *S.F.F* LXI, p. 4026.

proporcionalidad como instrumento para restringir los derechos fundamentales.

Por último, se desarrolla el principio de proporcionalidad conforme con los hechos y las pruebas obtenidos en el proceso (caso de militares con VIH), determinando finalmente lo siguiente:

1. La diferenciación legal prevista en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (separación por inutilidad), pretende perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.

2. Dicha diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados per se para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.

3. Además, la diferenciación legal combatida es desproporcional, porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

[...]

El traslado a un área distinta, y no el retiro complementado con la sustracción de los derechos prestacionales de salud que corresponden en activo, sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales, lo que pone en evidencia que la relación VIH igual a retiro automático por inutilidad es una medida desproporcio-

nada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.

[...]

Finalmente, la diferenciación legislativa reclamada carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerza armadas.

Finalmente, queremos destacar el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, en el cual se deja en claro la postura en contra de la indebida ponderación entre la eficacia de las fuerzas armadas y la protección e integridad de sus miembros. Sobre este argumento, el maestro apunta que si bien es cierto que el ejército es una institución constitucionalmente reconocida y figuran partes importantes de su regulación legal, “no son describibles en lo individual como principios en sentido estricto o estructural, y todavía menos tomados en conjunto”.

V. CONCLUSIONES

En la actualidad, el papel del juez en la sociedad es primordial, ya que tiene la obligación de motivar de manera suficiente y adecuada las decisiones de los problemas que le presentan los justiciables. De esta manera, su responsabilidad, más allá de exigir una simple técnica vacía, lleva implícito también un compromiso ético, ya que la justificación de sus decisiones se encuentra ineludiblemente unida al respeto de los valores y principios constitucionales. El compromiso del juez en la sociedad sobre su conocimiento y capacitación en este nuevo siglo no debe re-

ducirse a los aspectos lógico-formales del pensamiento. Dicho en otras palabras: la estructura de sus resoluciones judiciales no debe limitarse a la aplicación meramente silogística y mecánica del derecho, sino que debe hacer uso de las herramientas que la epistemología jurisprudencial le ofrece. Tal y como propusimos, es necesario que en esta nueva hermenéutica jurídica y en este nuevo constitucionalismo pueda brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico, y tomar en cuenta los factores y circunstancias propios del comprender, no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

El desafío se vuelve mayúsculo cuando el juez constitucional se enfrenta a casos difíciles que involucran principios éticos o morales. Situaciones como el aborto, la eutanasia, el matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo, entre otros, exigen de los jueces una motivación adecuada y razonable. Si bien es cierto que es complejo determinar hasta qué punto podría considerarse razonable un argumento, existen técnicas que nos ayudan a estructurar de la mejor forma posible las limitaciones a los derechos fundamentales y los problemas éticos que subyacen a los mismos, tal y como resulta ser el principio de proporcionalidad.

En este sentido, este instrumento de la hermenéutica constitucional auxilia a estructurar el razonamiento judicial a partir de tres fases o pasos analizados. El primero trata de buscar la adecuación o idoneidad de la medida constitucionalmente legítima del fin que pretende perseguir la norma que restringe un derecho fundamental. El segundo paso consiste en la búsqueda de alternativas menos gravosas que restrinjan en menor grado el derecho que se pretende lesionar con esa afectación. Finalmente, la proporcionalidad, en sentido estricto, o mejor conocida como “ponderación”, busca medir la intensidad de la afectación de cada derecho o principio constitucional que resulta afectado,

y de esta manera ponderar o balancear dichos principios confrontándolos ante sí mismos.

Cabe mencionar que el principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento cotidiano para la resolución de casos por la justicia constitucional. Sin embargo, el empleo del mismo principio por los jueces no debe convertirse en una técnica o instrumento vacío, sino que debe ser complementado con la hermenéutica judicial y con una teoría material de los derechos fundamentales. Es decir, el juez se encuentra ineludiblemente obligado, al momento de plantear la resolución a un conflicto a partir de este principio, a invocar los principios constitucionales que subyacen al problema planteado, pero esto solo puede lograrse a partir de un conocimiento y la capacitación judicial adecuada, humanística, integral, que adecúe las realidades y necesidades actuales con la epistemología jurídica contemporánea.

Asimismo, estamos convencidos de que la postura argumentativa que más se adecua a la resolución de los problemas presentados ante la justicia constitucional en la actualidad es la teoría de la argumentación fundamentada en la razón práctica, específicamente cuando se corrigen vulneraciones o violaciones a los derechos humanos, ya sea que se potencialicen los principios constitucionales que los favorezcan, o bien restringiendo en la medida de lo posible aquellas situaciones que los perjudiquen. Desde esta perspectiva, nos enmarcamos dentro de una postura moderada o corregida del positivismo jurídico.

Creemos que la justicia constitucional debe ir a la par de los cambios que plantea la sociedad moderna, y a sus progresos científicos y técnicos. No se trata de convertir al derecho como un obstáculo al progreso social, sino transformarlo en un facilitador no subordinado, pero sí flexible y ágil para solucionar los conflictos que son resueltos en los tribunales judiciales. Sin embargo, ello no será posible sin la capacitación y el conocimiento judicial adecuados. Reiteramos: la postura integral del operador del derecho en el siglo XXI debe ser integral: una sólida formación hermenéutica que le permita la comprensión holística de

los problemas planteados y una argumentación sólida, que le permita motivar sus decisiones a partir de valores y principios constitucionales. El principio de proporcionalidad como técnica judicial y como instrumento de la razón práctica resulta ser una excelente vía para cumplir con estos propósitos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría política y jurídica (problemas actuales)*, México, Porrúa, 2010.
- _____, *Teoría política del Estado constitucional*, México, Porrúa, 2011.
- _____, (coord.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010.
- ALEXY, Robert, *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, New York, Oxford University Press, 2002.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, la 2ª ed traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IIJ, UNAM, 2003.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008.
- BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

- DEL REAL ALCALÁ, J. A. (s/a) “¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Universidad de Valladolid, núm. 15, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.
- LEITER, Brian, “Legal formalism and legal realism: what is the issue?”, *Legal Theory*, Cambridge University Press, v. 16, s. 02, septiembre 2010.
- , “The Radicalism of Legal Positivism”, *Guild Practitioner, Public Law Working Paper*, núm. 303, University of Chicago Law School, 2010.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.
- TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008.
- VIOLA, FRANCESCO y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008.

SEGUNDA PARTE

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
UNA REVISIÓN

¿POR QUÉ LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SON DEFICIENTES TEORÍAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO?

Danny MARRERO

SUMARIO: I. *Introducción*, II. *Epistemología general y epistemología jurídica*, III. *Argumentación y epistemología jurídica*, IV. *Algunos problemas de la teoría de la epistemología jurídica basada en la argumentación*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este ensayo es presentar, de manera general, mis intuiciones sobre uno de los mayores enfoques teóricos de la epistemología jurídica contemporánea, a saber: la perspectiva basada en la argumentación. El campo de la epistemología jurídica se localiza en la intersección entre la filosofía y el derecho, y se ocupa de las condiciones bajo las cuales creencias sobre hechos son justificadas en el campo del derecho. De acuerdo con Hendrik Kaptein, Henry Prakken y Bart Verheij, hay tres principales enfoques de la epistemología jurídica: uno basado en probabilidades, otro en la argumentación y otro en narrativas.¹ Sin entrar en demasiados detalles, el enfoque basado en la argumentación sugiere

¹ Kaptein, Hendrik *et al.*, “General introduction”, en Kaptein, Hendrik, *Legal Evidence and Proof. Statistics, Stories Logic*, Burlington, Ashgate, 2009, pp. 1-14. Estos pensadores no incluyen teorías confiabilistas de la argumentación

que las creencias sobre hechos están justificadas en el campo del derecho cuando un argumento sólido es proporcionado. Mi tesis es que esta perspectiva no describe adecuadamente las justificaciones epistemológicas. Defendiendo esta tesis, agotaré la siguiente agenda. Primero, definiré más detalladamente el concepto de “epistemología jurídica”. Haré una presentación general de sus principales opciones metodológicas y de las relaciones que ella tiene con la epistemología general. Segundo, reconstruiré el enfoque de la epistemología jurídica basado en la argumentación. Finalmente, mostraré algunos de los puntos débiles de esta perspectiva.

II. EPISTEMOLOGÍA GENERAL Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Yo defino a la “epistemología jurídica” como una parte de la filosofía del derecho que estudia las condiciones bajo las cuales diferentes creencias sobre hechos son justificadas en los diferentes contextos del litigio. Este último es entendido como un proceso jurídico completo; es decir, dicho concepto abarca todas las intervenciones procesales previas al juicio, el juicio en sí mismo, y los recursos posteriores a un juicio.² De manera más extensa, la filosofía del derecho de la segunda mitad del siglo XX realizó un cambio de enfoque fundamental: pasó de ser una lógica de las normas a ser una lógica de las normas y sus aplicaciones. Consecuentemente, la filosofía del derecho contemporánea no solamente explica la estructura de los sistemas jurídicos y las proposiciones normativas, sino que también se ocupa del razonamiento y de la argumentación jurídica. En términos generales, dos objetos de estudio son importantes en esta área. En primer lugar, los asuntos relacionados con la interpretación y aplicación de las

juridical, como la de Laudan. Aunque esto es un error, este no es el lugar para enmendarlo.

² Twining, William, “Rethinking Evidence”, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2a. ed., Ed. William Twining, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 37-270.

normas jurídicas. En segundo lugar, los problemas relacionados con la determinación de hechos relevantes para el derecho. Dentro de los procesos penales, por ejemplo, el razonamiento probatorio juega un papel importante como una herramienta usada por sus participantes (abogados defensores, fiscales, investigadores criminales, víctimas y jueces) tomar decisiones relevantes para sus intervenciones procesales. Algunos ejemplos obvios son las decisiones de investigar un delito, de privar de la libertad a una persona, de interrogar a un testigo, de confesar, o de declarar a una persona penalmente responsable. Estas decisiones son tomadas teniendo en cuenta determinadas creencias sobre hechos. Por ejemplo, el investigador criminal decide comenzar una investigación cuando él cree que una acción relevante para el derecho penal se ha cometido. De la misma forma, él decide interrogar a un testigo cuando cree que este último tiene información relevante. Finalmente, una persona decide confesar un crimen cuando cree que su conducta ilegal ha sido descubierta. ¿Bajo qué condiciones puede considerarse que las creencias acerca de hechos están justificadas en el contexto del litigio? Esta es la mayor preocupación de la epistemología jurídica.

Contrastar mi teoría con las ideas de Larry Laudan puede ser útil. Él sugiere que un proceso penal ideal es como un “motor epistemológico”.³ La razón para ello es que la justicia solamente es alcanzada a través del proceso penal si hay correspondencia entre los hechos probados en el proceso y el mundo. En otras palabras: el proceso penal es un proceso cognitivo que empieza con algunos indicios y finaliza con una decisión de un tribunal que refleja lo que realmente pasó. Como consecuencia, todas las partes constitutivas del proceso penal deben ser conducentes a la verdad. Desafortunadamente, los malos diseños legales de los procesos penales hacen que este “motor” no funcione adecuadamente. Desde el punto de vista de Laudan, la tarea de la episte-

³ Laudan, Larry, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 2 y 3.

mología jurídica es descubrir y enmendar dichos problemas. Para él, la epistemología jurídica es un tipo de epistemología aplicada. Esta última, respectivamente, “es el estudio de los sistemas de investigación que buscan alcanzar la verdad para determinar si sus diseños conduce a creencias verdaderas sobre el mundo”. Dos tareas, por lo tanto, deben ser realizadas por la epistemología jurídica. Primero, en una etapa de diagnóstico, esta debe determinar “cuáles leyes procesales conducen a y cuáles frustran la búsqueda de la verdad”. Segundo, en una etapa terapéutica, la epistemología jurídica debería proponer “cambios en las legislaciones existentes para eliminar o modificar las leyes que terminan siendo obstáculos para la búsqueda de la verdad”.

Hacer explícitas las perspectivas de la teoría en consideración es útil para aclarar sus diferencias. Mientras Laudan asume la perspectiva del legislador, quien diseña y corrige procesos criminales, yo adopto la perspectiva multifacética de todos los participantes en el litigio, incluido el legislador. En otras palabras, mientras la teoría de Laudan exclusivamente incluye las virtudes epistemológicas y las fallas en los diseños legales de los procesos jurídicos, mi propuesta incluye, por una parte, una descripción de la forma como las evidencias son procesadas y usadas por los agentes legales y, por la otra, los problemas epistemológicos que los agentes legales enfrentan en los procesos jurídicos. La estrecha perspectiva de Laudan no es su único problema. Adicionalmente, su teoría parece inconsistente, porque el último criterio para determinar la virtud epistemológica de los sistemas jurídicos es comparando la decisión judicial con la realidad. Por lo tanto, la perspectiva de los jueces debería ser incluida en su teoría. Pero Laudan no adopta dicha perspectiva. Finalmente, como un experimento mental, uno podría imaginarse un proceso penal que conduzca perfectamente a la verdad. Entonces, desde la perspectiva de Laudan, la epistemología jurídica se fusiona con la de derecho probatorio. Para clarificar, según Laudan, una de las funciones de la epistemología jurídica se debe hacer un diagnóstico de las fallas erróneas de los sistemas pena-

les. Sin embargo, si nuestro sistema penal es un sistema perfecto, esa función es suprimida. Como consecuencia, la única función de la epistemología jurídica sería la de estudiar la legislación en materia probatoria. Pero esa es la función del derecho probatorio. Q.E.D. Alternativamente, una epistemología jurídica centrada en los participantes en los procesos jurídicos, como la que yo propongo, proveería valiosas explicaciones de la forma como los operadores jurídicos procesan evidencias, inclusive en procesos jurídicos perfectos.

Mi concepto de epistemología jurídica no estaría completo si no muestro las conexiones entre la epistemología jurídica y la epistemología general. Primero, una aclaración metodológica. John L. Pollock y Joseph Cruz afirman que la multiplicidad de teorías epistemológicas puede ser organizada de acuerdo con el nivel de generalización con que ellas enfrentan los problemas de la justificación epistemológica. En el nivel de menor abstracción, Pollock y Cruz localizan las teorías comprometidas con explicaciones de justificaciones en particulares áreas del conocimiento. Por ejemplo, teorías de la percepción, del conocimiento de otras mentes, del conocimiento matemático, religioso o moral. En un nivel intermedio, ellos clasifican las teorías que estudian los procesos generales que contribuyen a la justificación epistemológica. Es decir, las teorías que estudian los procesos cognitivos generales que contribuyen en la justificación epistemológica. En concreto, las teorías de razonamiento, como la deducción o el razonamiento derrotable. Finalmente, en el nivel más abstracto se encuentran las teorías de la justificación epistemológica en sí misma considerada; por ejemplo, el fundacionalismo, el coherentismo o el probabilismo.⁴

Una vez que Pollock y Cruz han hecho esta organización meta teórica, ellos imponen constricciones de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba a las teorías epistemológicas. En primer lugar, las teorías localizadas en el menor nivel de abstracción no

⁴ Pollock, John y Cruz, Joseph, *Contemporary Theories of Knowledge*, 2a. ed., Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 132.

deberían estar separadas de los teorías más abstractas. Como la justificación del conocimiento propio de específicas áreas presupone una teoría que explique cómo el conocimiento, en general, es posible, una condición para la corrección de las teorías localizadas en el menor nivel de abstracción es su consistencia con las teorías más abstractas. En segundo lugar, las teorías de alto nivel de generalización deberían ser capaces de lidiar con la justificación de creencias en materias específicas. De esta forma, un criterio para la corrección de las teorías epistemológicas ubicadas en el nivel más alto de abstracción es su capacidad para proporcionar explicaciones útiles para las teorías con menor nivel de abstracción. Es gracias a estas constricciones de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba como las teorías ubicadas en el más bajo nivel de abstracción son un fructífero campo de experimentación filosófica. La razón de esto, según Pollock y Cruz, es que “las dificultades en la construcción de las teorías ubicadas en el más bajo nivel deberían conducir a la modificación, o en casos extremos, al abandono de las teorías más abstractas”.⁵

No es posible identificar una visión unificada de la epistemología jurídica; por el contrario, lo que existe es una multiplicidad de teorías que compiten interactuando con los más altos niveles de la teorización epistemológica. Un análisis detallado de cada una de las teorías de la epistemología jurídica sobrepasa el alcance limitado de este ensayo. La presentación esquemática que haré a continuación tiene dos objetivos: clarificar mi concepto de epistemología jurídica y mostrar el lugar que ocupa el enfoque de la epistemología jurídica centrado en la argumentación dentro del campo de la epistemología. Como fue afirmado con anterioridad, Kaptein, Prakken y Verheij los tres principales enfoque, de la epistemología jurídica son el basado en las probabilidades, el basado en la argumentación y el basado en narrativas. El primer enfoque está inspirado en la epistemología bayesiana. Este, resaltando la natural incertidumbre del derecho, afirman que

⁵ *Ibidem*, p. 193.

las creencias sobre hechos son justificadas en un proceso jurídico cuando la evidencia introducida en el proceso aumenta la probabilidad subjetiva del juez en su creencia de la ocurrencia del hecho alegado.⁶ En segundo lugar, las teorías basadas en la argumentación pueden ser clasificadas en dos grupos. Un grupo, apoyado en el funderentismo, afirma que las creencias son justificadas cuando son inferidas en un argumento que tiene las evidencias jurídicas como su último fundamento. El otro grupo defiende que las creencias fácticas son justificadas en contextos jurídicos cuando no es posible encontrar contraargumentos que las desvirtúen. La teoría de la epistemología general que alimenta estas teorías es el realismo directo de John Pollock. Finalmente, las teorías basadas en las narrativas, inspiradas por el coherentismo, sugieren que los hechos que son debatidos en el litigio están justificados si ellos son coherentes con las creencias del juez y con las evidencias introducidas en el proceso jurídico.

Tabla 1
Las conexiones epistemológicas de algunas teorías de epistemología jurídica

Teorías de epistemología jurídica		Teorías de razonamiento	Teorías de epistemología general
Basadas en probabilidades		Cálculo de probabilidades	Bayesianismo subjetivo
Basadas en la argumentación	Nueva escuela de la evidencia	Deducción e inducción	Fundacionalismo
	Inteligencia artificial y derecho	Argumentación derrotable	Realismo directo
Basadas en narrativas		Inferencia a la mejor explicación	Coherentismo

⁶ Tillers, Peter y Green, Eric (eds)., *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism*, Dordrecht, Kluwer.

III. ARGUMENTACIÓN Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Después de estudiar el campo de la epistemología jurídica en general, permítaseme regresar a las teorías centradas en la argumentación. Dos enfoques pueden ser empaquetados aquí: el primero se ocupa principalmente de la evidencia recolectada en el proceso jurídico y de sus relaciones con la creencia fáctica a ser justificada; el segundo, de los procesos dialógicos de revocabilidad de la creencia en cuestión. Debido a estos diferentes énfasis, voy llamar a estas teorías fundacionalismo y teoría del diálogo.

1. *Fundacionalismo*

En términos generales, el fundacionalismo sugiere que las creencias sobre hechos están justificadas si las evidencias recolectadas en el proceso jurídico tienen tres características. A saber, ellas deben soportar la creencia a ser justificadas, ellas deben tener seguridad individual y deben ser exhaustivas. Primero, la creencia en cuestión deber tener conexiones fuertes con la evidencia que la soporta. Segundo, cada elemento de la evidencia debe ser sólido de manera individual. Tercero, el argumento debe incluir la mayor cantidad de elementos posible.⁷

Evaluando estos criterios, la Nueva Escuela de la Evidencia adopta el método de los mapas de evidencia de John Wigmore.⁸ Para explicar este método voy a usar la versión simplificada de Terence Anderson y William Twining.⁹ Wigmore, reconociendo

⁷ Haack, Susan, “Warrant, Causation, and the Atomism of Evidence Law”, *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, Spec. issue of *Evidence and Law*, 5.3, 2008, p. 257; “Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way”, *The American Journal of Jurisprudence*, 49, 2004, p. 46.

⁸ Wigmore, John, *The Principles of Judicial Proof. As Given by Logic, Psychology and General Experience. And Illustrated in Judicial Trials*, Boston, Little, Brown, and Company, pp. 747-756.

⁹ Anderson, Terence *et al.* *Analysis of Evidence*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 90-98; 136-139.

que la complejidad y cantidad de masas evidencia usadas en los procesos jurídicos, sugiere que esta información debería ser organizada en estructuras argumentativas complejas, constituidas por diferentes tipos de proposiciones fácticas. El primer grupo de proposiciones es el fundamento de la argumentación fáctica. Este grupo está compuesto por las proposiciones que establecen la evidencia introducida en el proceso. Usando la terminología wigmoriana, este es el *factum probans*.

Dos tipos de evidencias son introducidas en el proceso. Primero, las aserciones testimoniales. Por ejemplo, un testigo, T_1 , afirma,

Factum probandum 1: “Yo vi a una persona con las características a, b, c, y d entrar en la casa de Y a las 4:15 p.m., el primero de enero”.

Otro testigo, T_2 , asegura,

Factum Probandum 2: “Yo vi a X salir corriendo de la casa de Y a las 4:45 p.m., el primero de enero”.

Acompañando este grupo de evidencias se encuentra la evidencia física, o los hechos que pueden ser percibidos por los sentidos. Por ejemplo,

Factum probandum 3: La persona X tiene las características a, b, c, y d.

Factum probandum 4: Y murió en su casa el primero de enero a las 4:30 p.m.

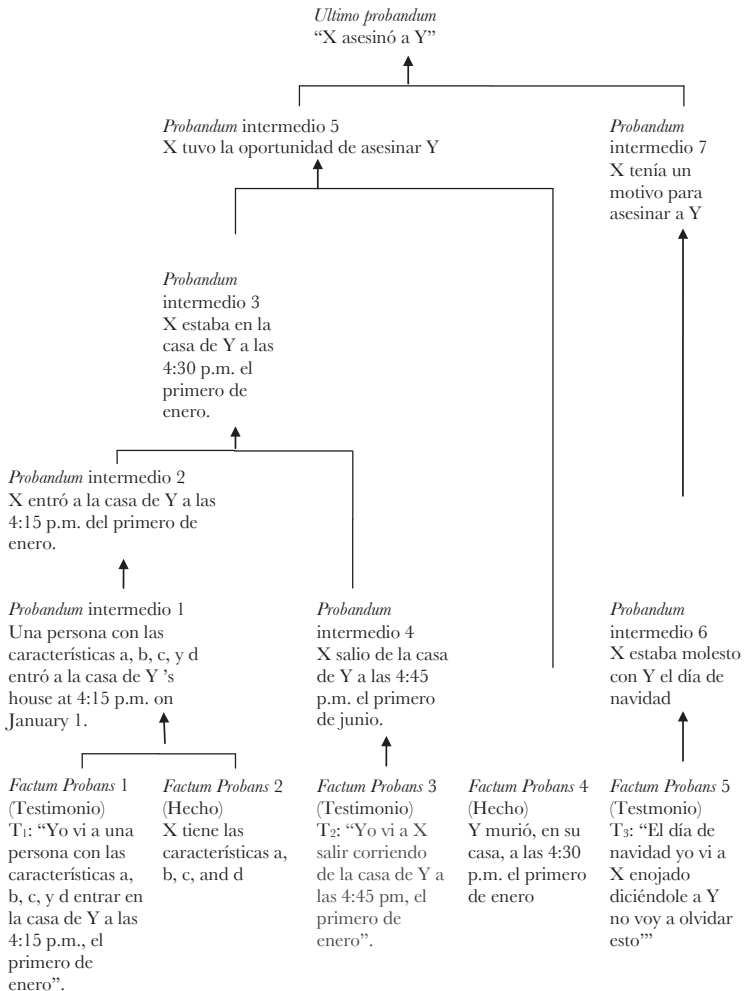
En segundo lugar, hay un grupo de proposiciones que son inferidas a partir de la evidencia; este es el *factum probandum*. Dentro de este grupo de proposiciones se encuentra el *probandum* final, que es la creencia a ser justificada. Por ejemplo,

Probandum final: X asesinó a Y.

Como es prácticamente imposible inferir directamente esta conclusión desde la evidencia, algunas proposiciones intermedias, o *probandum* intermedio, son necesarias. Estas conectan la evidencia con el *probandum* final. Dichas conexiones son mostradas en el siguiente diagrama argumentativo. Las conexiones en-

tre las proposiciones se diagraman con flechas, que en su parte superior tienen la proposición inferida, y en la parte inferior la fuente de esta inferencia.

Diagrama 1
Ejemplo del mapa de evidencias de Wigmore



Este simple diagrama es suficiente para mostrar cómo el fundacionalismo evalúa si una creencia fáctica está justificada en el campo del derecho. El problema, en palabras de Susan Haack, es “qué tan bien se ajusta la afirmación en consideración dentro de una explicación que articula los otros hechos que presuntamente se conocen”.¹⁰ En el anterior diagrama argumentativo, *factum probans* 1 – 3 convergen en el *probandum* intermedio 3. Esta proposición también se corrobora mutuamente. Adicionalmente, aunque el mapa de evidencias es epistemológicamente más robusto que sus partes, ellas deben ser individualmente relevantes. Es decir, cada una de ellas debe, independientemente, proporcionar seguridad a la conclusión final.

2. Teoría del diálogo

Una segunda teoría basada en la argumentación defiende que las creencias sobre hechos están justificadas cuando ellas son defendidas en una disputa argumentativa.¹¹ Esta teoría interpreta que el fundacionalismo solamente se preocupa por la manera en la que los grupos de evidencia son organizados en un momento específico. Consecuentemente, el fundacionalismo ofrece una explicación incompleta de la epistemología jurídica. Esta teoría no tiene en cuenta el dinamismo propio del conocimiento jurídico. Para aclarar, dado que la epistemología jurídica trata de explicar cómo las creencias fácticas son justificadas en el ámbito del derecho, ella debería iluminar dos asuntos. El primero es cómo un conjunto de evidencias usadas en una etapa procesal previa, como la investigación criminal, es usado en una etapa procesal posterior, como el juicio. El segundo es si un grupo de información fáctica es suficiente para avanzar en una eta-

¹⁰ Haack, Susan, “Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way”, *The American Journal of Jurisprudence*, 49, 2004, p. 49.

¹¹ Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, “The Three Faces of Defeasibility in the Law”, *Ratio Juris*, 17.1, 2004, p. 124.

pa procesal. Por ejemplo, si el fiscal ofrece evidencias más allá de la duda razonable para determinar la responsabilidad penal.¹²

Dando cuenta de estos problemas, la teoría del diálogo sugiere que el principal problema de la epistemología jurídica no es la explicación de las relaciones entre las evidencias y las creencias, sino la clarificación de la forma en la que los agentes jurídicos toman decisiones relevantes con la limitada información con la que cuentan en los procesos jurídicos, y cómo ellos procesan nueva información, cuando ella es disponible, para modificar sus decisiones previas.¹³ Atendiendo a estas cuestiones, los partidarios de la teoría del diálogo encuentran inspiración en algunas ideas de John Pollock.

El único camino obvio para alcanzar este objetivo es observar como los agentes cognitivos adoptan creencias basados en pequeños grupos de percepciones, pero después ellos las retiran dada la nueva información que perciben, si esta nueva información entra en conflicto con las creencias originales. Esta es una descripción del *razonamiento derrotable*. Las creencias son adoptadas en base a argumentos que apelan a pequeños conjuntos de información previamente adquiridos, pero las creencias pueden cambiar de cara a nueva información.¹⁴

Aunque el funderentismo tiene una buena explicación para la primera pregunta de la epistemología jurídica (cómo las evidencias usadas en una previa etapa procesal son usadas en una posterior etapa procesal), esta teoría no da cuenta de la forma como la información fáctica es usada para avanzar en una etapa procesal. Este problema es corregido si se incluyen las formas en las que la información fáctica es modificada. La teoría de

¹² *Ibidem*, pp. 125 y 126.

¹³ *Ibidem*, p. 122.

¹⁴ Pollock, John, *Cognitive Carpentry: A Blueprint for How to Build a Person*, Cambridge, MIT Press, 1995, p. 40.

Pollock del razonamiento derrotable sirve adecuadamente para propósito.

Prima facie, las creencias están justificadas si uno tiene evidencias que las soporten. Por ejemplo, yo creo que Ana mató a Juan porque Silvia afirmó que Ana le disparó.¹⁵ Este escenario puede ser modificado por dos circunstancias. Uno puede encontrar contraargumentos contra la conclusión que fue previamente justificada. De esta forma, el testimonio de María afirmando que ella vio a Alejandro, y por lo tanto ella no vio a Ana disparándole a Juan, puede funcionar como un contraargumento contra la creencia de que Ana mató a Juan. Alternativamente, uno puede encontrar contraargumentos contra uno de los argumentos justificando la conclusión final. En este sentido, el testimonio de Silvia puede ser derrotado por la información de que alguien le pagó a Silvia para testificar. Ahora bien, inclusive con estos contraargumentos, nuestro sistema inicial puede ser justificado de nuevo si uno encuentra respuestas a los contraargumentos planteados.

Con estas ideas sobre el razonamiento derrotable, esta teoría diseña un modelo de epistemología jurídica “como una interacción dialéctica de inferencias en competencia”.¹⁶ Con este modelo la epistemología jurídica puede ser estudiada como un modelo dialógico, o un “juego argumentativo”, en el que hay dos participantes, o jugadores, que están interesados en resolver una controversia fáctica con argumentos. El primer jugador, un proponente argumentativo como los fiscales en un proceso penal, comienza el juego con un argumento que justifica la creencia que él defiende. Su objetivo es defender esta proposición durante el juego. El segundo jugador, un oponente argumentativo como el abogado defensor en los procesos penales, debe atacar el argumento del proponente. Después de este el proponente

¹⁵ Este ejemplo es tomado de Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, “The Three Faces of Defeasibility in the Law”, *Ratio Juris*, 17.1, 2004, p. 121.

¹⁶ Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, “The Three Faces of Defeasibility in the Law”, *Ratio Juris*, 17.1, 2004, p. 124.

puede neutralizar este ataque con nuevos argumentos, y así consecutivamente. Cada participante en el juego tiene turnos, y solo cuando el movimiento de la contraparte se ha finalizado, el siguiente participante puede intervenir. Adicionalmente, las reglas de los procedimientos jurídicos imponen diferentes obligaciones que alteran los estándares de justificación de los participantes en el juego. Por ejemplo, con la carga de la prueba se imponen obligaciones justificatorias a los participantes en procesos penales.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA BASADA EN LA ARGUMENTACIÓN

Habiendo presentado las principales ideas del enfoque argumentativo de la argumentación jurídica, ahora voy a presentar algunos de sus puntos débiles. Esta no es una lista exhaustiva de críticas. Una fácil manera de presentar mis objeciones es construir un modelo ideal de epistemología jurídica y mostrar cómo las teorías bajo examen no se adecuan a este modelo. Recordando que yo defino la epistemología jurídica como una parte de la filosofía del derecho que estudia las condiciones bajo las cuales creencias fácticas son justificadas en el contexto del litigio, entendido como un proceso jurídico completo. Es decir, dicho concepto abarca todas las intervenciones procesales previas al juicio, el juicio en sí mismo, y los recursos posteriores a un juicio. Como consecuencia, una teoría de la epistemología jurídica debería ser capaz de explicar cómo una creencia fáctica es justificada por diferentes agentes legales en sus específicas intervenciones procesales y el proceso jurídico como un todo. Dada esta definición, las teorías basadas en la argumentación parecen muy estrechas para ser teorías de epistemología jurídica.

Como el fundacionalismo piensa que el principal problema epistemológico de los agentes legales es organizar grandes masas de evidencia que serán llevadas a juicio, entonces esta teoría parece adoptar la perspectiva de un investigador jurídico. Como

consecuencia, ellos excluyen de sus explicaciones los problemas que afrontan agentes legales como los litigantes, que tienen que construir argumentos y ofrecer replicas contra los argumentos de sus contrapartes. Ellos también excluyen a jueces y jurados que tienen que decidir evaluando los argumentos presentados por las partes. Adicionalmente, aunque el funderentismo describe las relaciones que las evidencias y las creencias tienen en un momento procesal específico, este no puede analizar las transformaciones que las evidencias y las creencias sufren a través del proceso. Por ejemplo, la transformación de un testimonio recibido en la investigación criminal al ser presentado ante un juez. Finalmente, el funderentismo no explica los ires y venires epistemológicos que los agentes legales enfrentan en cada etapa procesal.

Aunque la teoría dialógica parece corregir los errores del funderentismo, ella exagera el papel que juegan los diálogos argumentativos en el derecho.¹⁷ No todas las prácticas epistemológicas en el derecho tienen naturaleza dialógica. Por ejemplo, un investigador criminal que corrobora su hipótesis de investigación no tiene que dialogar necesariamente con otros intervinientes procesales. El modelo dialógico es especialmente útil para entender los interrogatorios y contrainterrogatorios a los testigos. Pero dicho modelo no explica las practicas epistemológicas de todas las etapas procesales.

¹⁷ Gabbay, Dov and John Woods, "Relevance in the Law", *Approaches to Legal Rationality*, Patrice Canivez, Dov Gabbay, Shaïd Rahman and Alexandree Thiercelin, 2010, pp. 246-249.

LOS PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA COMO PROBLEMAS DEL CASO

Roger E. ZAVALA RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El caso y los problemas de justificación externa*. III. *Los puntos controvertidos: principales aspectos*. IV. *A manera de colofón*.

I. PLANTEAMIENTO

El primer paso para resolver un problema es identificarlo plenamente. Si desconocemos las cuestiones e implicancias del problema que enfrentamos, no sabremos hacia dónde orientar nuestro esfuerzo para resolverlo, tendremos un mayor desgaste de recursos (tiempo, dinero y trabajo personal), y correremos el riesgo de equivocar el punto con una solución impertinente para el problema.

Esta reflexión, aplicable para las más variadas complicaciones que nos presenta la vida, no es extraña al proceso judicial; aún más, podríamos decir que le es consustancial. En efecto, la controversia que da pie a un proceso es por definición un campo de problemas en el que las partes discrepan ya sea sobre la relevancia de la norma jurídica (por ejemplo, por una laguna normativa o una antinomia), la interpretación de una o varias disposiciones jurídicas, la prueba de los hechos del caso, o la calificación jurídica de los mismos. Entonces, si la labor jurisdiccional consiste esencialmente en resolver estos problemas, es

imprescindible identificarlos y precisar las cuestiones que involucran a través de los puntos controvertidos.

Lamentablemente, este es un aspecto que muchas veces es descuidado por la judicatura. Con referencia al caso mexicano, Lara Changoyán anota:

Una práctica generalizada a la hora de plantear el problema es, curiosa y precisamente, no plantearlo. No es extraño encontrar sentencias que se pierden en un mar de información sin que se establezca con precisión y claridad qué es lo que se piensa abordar en el estudio del fallo. Desde el punto de vista lógico, es claro que no se pueden emitir argumentos si no se sabe a ciencia cierta en contra o a favor de qué se argumenta. Lo que explica esa práctica es, justamente, que no se argumenta, por ello la falta del planteamiento del problema queda diluida.¹

La falta de identificación y el consecuente desconocimiento de los problemas puntuales que genera la controversia determina que el resultado del proceso dependa mucho de la actividad y la pericia técnica de los abogados; y que el juez relegue —en cierta medida— su papel como director del proceso. Así, pierde valor la inmediación y el principio de socialización del proceso. En definitiva, se incrementa el riesgo de admitir medios probatorios impertinentes e inútiles; de no disponer que se actúen pruebas de oficio indispensables para la solución de la *litis*; de actuar los medios probatorios sin sacarles el máximo provecho respecto al *thema probandum*; de eludir el juicio sobre los problemas jurídicos en debate, y de incurrir, por tanto, en una motivación defectuosa de la sentencia (en el sentido amplio del término), entre otras contingencias.

Frente a este panorama, en este artículo defiende cuatro ideas que considero esenciales: i) que los llamados problemas de justi-

¹ Lara Changoyán, Roberto, “El principio de universalidad en el razonamiento jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, 2007, p. 232, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/art/art13.pdf>

ficación externa de la decisión son antes los problemas del caso; ii) que los puntos controvertidos constituyen el instrumento procesal para que el juez identifique dichos problemas y las cuestiones que ellos involucran; (iii) que los puntos controvertidos sirven como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional, y (iv) que, consecuentemente, una motivación idónea no es tanto el producto de la etapa decisoria, sino la parte final de un proceso cognoscitivo complejo, cuyo eje son los puntos controvertidos.

II. EL CASO Y LOS PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Un caso jurídico implica la existencia de problemas prácticos, y, visto desde la perspectiva del juez, no es sino la pregunta por el estatus normativo jurídico de una cierta acción, actividad o estado de cosas dentro del ordenamiento jurídico.

Por supuesto —dice Laporta²—, la pregunta puede ser muy compleja, el estatus normativo que se da como respuesta incluir muchos tipos de normas, y los hechos del caso ser múltiples e intrincados, pero un caso tiene siempre dos componentes básicos: un estado de cosas que se dan en el espacio-tiempo (actos, acciones, hechos brutos o institucionales, eventos, conductas, situaciones, sucesos, etc.) y una pregunta sobre si tal estado de cosas está prohibido o permitido, es obligatorio, merece una sanción, es titular de poderes o de derechos, etc. todo ello de acuerdo con un cierto orden jurídico.

En cualquier proceso el objetivo del abogado es que el juez declare fundada su demanda y expida una sentencia cuyo fallo lleve implícita una norma jurídica individual que asuma el petitório demandado. Para persuadir al juez que pronuncie esta norma jurídica individual, el abogado —al final de su razona-

² Laporta, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 117 y 118.

miento— presenta los hechos del caso como un supuesto de una norma jurídica general, interpretada a partir de un enunciado normativo, o construida desde la ponderación entre principios.³ En todo este proceso, el abogado necesariamente desarrolla una labor argumentativa tendiente a establecer —con solidez— las premisas fácticas y normativas que sustenten lógicamente el petitorio, el cual no es más que la expresión procesal de la conclusión de un silogismo que resulta e integra un razonamiento más complejo.⁴

Desde el punto de vista del abogado (y también del juez), los casos involucran a una persona C (el cliente o justiciable, según se le mire), que se encuentra en las circunstancias H (un conjunto de hechos), y desea obtener un resultado R (un cierto estado de cosas).⁵ El resultado R, en el ejemplo propuesto, constituye el petitorio demandado, el cual, a su vez, expresa la conclusión de la inferencia final desarrollada por el abogado en su demanda, a partir de determinadas premisas fácticas y jurídicas que conforman la *causa petendi*. Dado que para la solución del caso pueden concurrir varias normas jurídicas (o bien es posible que

³ Incluso la ponderación entre principios concluye en una regla a la cual se aplica el modelo subjuntivo. *Cfr.* Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2007, p. 168.

⁴ “(...) las posturas iniciales en un caso equivalen a un intento de construir un silogismo jurídico. Es fácil ver por qué. Las leyes típicamente se expresan en términos de universales: «quien sea un consumidor», «quien siendo un consumidor sufra un daño», «siempre que el daño sea causado por un defecto en un producto», «el fabricante del producto que causa el daño quedará obligado sin que se pruebe su culpa a indemnizar al consumidor dañado». De la infinidad de particulares en el mundo, quien quiera aplicar una ley tiene que seleccionar un conjunto de particulares que ejemplifiquen los universales (consumidor, daño, causa, producto, fabricante) desplegados en la ley, y tiene que probar hechos y sucesos que demuestren los particulares alegados como ejemplos o casos concretos de los universales” (MacCormick, Neil, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, trad. Juan Antonio Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 30, 2007, p. 326).

⁵ Carrió, Genaro, *Cómo estudiar y argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 22.

el sistema no provea ninguna norma); que los enunciados normativos para solucionar el caso pueden presentar problemas de ambigüedad o vaguedad; que usualmente los hechos del caso son presentados en una construcción parcial orientada hacia un objetivo; que la calificación jurídica de tales hechos puede ser disímil, etcétera, es condición necesaria del proceso que ambas partes cuenten con la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, para proponer y persuadir al juez sobre cuál debe ser la solución para cada una de estas posibles aristas y, finalmente, del caso. Esto también supone que el juez tenga que enfrentar diversos problemas para justificar su decisión. Se habla así de los problemas de relevancia o determinación de la norma aplicable, problemas de interpretación, problemas de prueba y problemas de calificación.⁶

Pareciera que estos problemas, denominados “de justificación externa”, con las cuestiones que ellos involucran, deben ser identificados por el juez al momento de sentenciar; sin embargo, esta idea es errónea, pues desconecta a la motivación de las resoluciones judiciales con el resto de actividades procesales. Todo el proceso está preordenado hacia un fin, cual es el de responder a la pregunta sobre si el estado de cosas que presenta el caso jurídico está prohibido o permitido, es obligatorio, etcétera. Para dicho efecto, y teniendo en cuenta que cada parte, por lo general, propone un estado de cosas y una solución jurídica bajo la perspectiva de sus respectivos intereses, el juez tendrá que resolver todos los problemas que plantee el caso. Ahora bien, esto no significa que recién deba identificar tales problemas y sus cuestiones al momento de justificar la decisión, pues la motivación

⁶ Por cuestión de espacio no puedo abordar acá la definición de cada uno de estos problemas; sin embargo, sugiero como bibliografía básica: MacCormick, Neil, *Argumentação jurídica e teoria do direito* (en inglés publicada bajo el título: *Legal reasoning and legal theory*), trad. Waldéa Barcellos, São Paulo, Martins Fontens, 2006, cap. II y V; Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 31-37; Gascón, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, pp. 176-181.

de las resoluciones judiciales no es una etapa aislada del proceso; constituye parte de una actividad epistemológica compleja que se inicia cuando el juez define los problemas y se plantea preguntas en relación con ellos, en función de las cuales centrará el debate, complementará información o filtrará argumentos; y, en definitiva, recopilará el material necesario para resolver los problemas de justificación externa.

Los problemas de justificación externa, por tanto, constituyen antes los problemas del caso, y esto supone que su papel no se limita al momento de justificar la decisión, sino que su identificación y división en cuestiones debe servir para organizar toda la actividad epistemológica necesaria para resolver el caso. Sobre esto regresaremos más adelante, cuando analicemos para qué sirven los puntos controvertidos.

III. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS: PRINCIPALES ASPECTOS

El filósofo argentino Ghirardi⁷ anota que ya en la antigua Roma, Cicerón (106-43 a. J. C.) en *El arte de la invención*, sostenía que en toda controversia es preciso, en primer lugar, establecer la cuestión del “estado de la causa”, a partir de la cual surge el debate acerca de “los puntos en discusión”. En la Edad Moderna, Descartes, a su vez, nos previno —con sus reglas para la dirección del espíritu— que en toda cuestión compleja debemos dividir las cuestiones en sus puntos simples y solucionarlos de uno en uno, sin perder de vista la cuestión fundamental (análisis y síntesis).⁸ Esto —según Ghirardi— inspiró a los pensadores posteriores a la

⁷ Ghirardi, Olsen, *Patologías lógico-formales de la sentencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar, consulta realizada el 29 de agosto de 2012.

⁸ “Llamamos *división* a la tarea de señalar y ordenar todas las cuestiones que pueden intervenir en un debate. Una buena división asegura tres cuartas partes del éxito, porque despliega con claridad lo que está en juego, lo que debemos defender y aquello que será preciso refutar. De ella, sin ningún esfuerzo adicional brotan los argumentos, porque ella misma los exige y en buena parte

Revolución francesa de 1789 cuando quisieron hallar los métodos más seguros para lograr las soluciones a los problemas complejos. Destaca, en este contexto, la célebre obra de P. F. Bellot, *Loi sur la procédure civile du Canton de Genève* (3a. ed., 1870, título IX, p. 45) en la que explica sus ideas como coautor de la ley que obligaba a los jueces a distinguir las cuestiones. Decía Bellot:

si los jueces no saben separar los puntos en los que haya acuerdo de partes, de los controvertidos; (...) si limitándose a considerar la causa en su conjunto no la descomponen en sus elementos; si en su ignorancia o su precipitación, no ven otra cuestión que “si la demanda está fundada”; si creen estar de acuerdo en haberla resuelto por unanimidad en el mismo sentido; corren el riesgo de equivocarse

La Ley del Cantón de Ginebra (artículo 104° del 29.09.1819) establecía que al proceder al fallo los jueces debían comenzar por plantear las cuestiones y votar separadamente cada una de ellas. Al respecto, afirmaba Bellot: “antes de proceder a fallar, antes de emitir su dictamen, es indispensable que los jueces estén de acuerdo sobre las cosas que deben decidir; y si con este motivo se produjere alguna dificultad u oposición, ella debe ser aclarada y resuelta”. Este sistema establecía la división entre cuestiones de hecho y de derecho, la cual no estuvo exenta de críticas; sin embargo, su importancia reside en que estableció una suerte de guía o pauta metodológica que exigía el planteamiento de los problemas que constituían la controversia, como presupuesto para su discusión y decisión al interior del proceso.

Al margen que la organización de dichos problemas en distintas clases es de reciente data la necesidad de su planteamiento a través de las “cuestiones” o “puntos controvertidos”, como hemos visto, ha sido puesta en relieve hace varias décadas, e incluso siglos. La mayoría de ordenamientos procesales no han

los sugiere”. García Damborenea, Ricardo, *Uso de razón*, 2000, p. 8, en www.usoderazon.com, consulta realizada el 29 de agosto de 2012.

escapado a este imperativo de la razón, y por ello exigen que el juez proceda a fijarlos y a admitir o rechazar, según sea el caso, los medios probatorios ofrecidos. Se relacionan así los puntos controvertidos con la actividad probatoria, ya que en función de tales puntos se deben admitir, actuar y valorar los medios de prueba. Pero eso no es todo, también conectan a los puntos controvertidos con la actividad decisoria o, mejor dicho, justificadora, cuando exige que las resoluciones judiciales contengan la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

1. *¿Qué son los puntos controvertidos?*

Se entiende por *puntos controvertidos* aquellas discrepancias entre las partes del proceso expresadas en cuestiones pertinentes, específicas y relevantes para la solución del caso. Estas cuestiones aluden a desacuerdos, divergencias o cuestionamientos —que pueden formularse a manera de preguntas— relativos a los problemas que presenta el caso. Como hemos visto, un caso puede involucrar uno o varios problemas; y, a su vez, un problema puede comprender una o varias cuestiones. Ahora, no cualquier cuestión es un punto controvertido; para que lo sea, ella tiene que ser atinente o estar relacionada con la discusión procesal (pertinencia), pero no en forma tangencial o superflua, sino íntimamente; de modo que —como su nombre lo indica— puntualice o concrete en pocas palabras lo que debe ser objeto de indagación, análisis y argumentación (especificidad). Se excluyen, por tanto, las discrepancias nimias o sin importancia en función de la información que se busca completar o filtrar para fijar las premisas del razonamiento judicial (relevancia).

No se trata, entonces, de trasladar el petitorio de la demanda como punto controvertido ni establecer como tal a una cuestión genérica, vaga o abstracta. La desidia o falta de cuidado sobre este aspecto, al final, genera actividades innecesarias y dilaciones indebidas. De lo que se trata es que los puntos controverti-

dos —siguiendo el método cartesiano— desmenucen —en cuestiones— los problemas sobre los que debe razonar el juez para resolver el caso concreto, constituyéndose así en una especie de *guía o pauta metodológica* para admitir, actuar y valorar los medios probatorios, analizar y ponderar los argumentos de las partes; y, finalmente, desarrollar la motivación en la sentencia que resuelva la *litis*.

2. ¿Para qué sirven los puntos controvertidos?

Las funciones que cumplen los puntos controvertidos pueden ser analizadas desde dos perspectivas: la primera de carácter metodológico y la segunda de carácter procesal. Veamos:

A. *Perspectiva metodológica*

El método supone seguir un cierto camino para alcanzar un fin propuesto de antemano. Se contrapone a la suerte o al azar, pues se trata de un modo razonado y ordenado de conducir el pensamiento para llegar al resultado que se busca.⁹ Constituye un conjunto de operaciones por medio de las cuales, paso a paso y siguiendo un sistema racional, se llega hacia un fin preestablecido.

En el ámbito del proceso se identifica a la dialéctica como el método por medio del cual se asegura que todos los interesados puedan hacer valer sus razones, posibilitando que emerjan los elementos sobre los que debe fundarse la decisión final.¹⁰ Para tal efecto, los ordenamientos procesales regulan determinados procedimientos, que garantizan la generación de dicha dialéctica en plano de igualdad entre las partes y en función del tipo de proceso instaurado. Estos procedimientos orientan las actuaciones que deben seguirse para que el proceso culmine con la deci-

⁹ Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, t. II, 5a. ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1964, p. 197.

¹⁰ Taruffo, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 147-150.

sión; sin embargo, si bien preordenan y regulan las actuaciones procesales, no guían el razonamiento del juez para ejercer su poder directriz y resolver los problemas del caso. Este papel le corresponde a los puntos controvertidos. Mediante su adecuada fijación, el juez determina qué tipo de problemas y cuestiones específicos debe resolver para fijar las premisas que le permitan decidir la controversia; qué herramientas (en sentido amplio) puede utilizar para resolver dichos problemas, y qué tipo de argumentos puede esgrimir para justificar su decisión. Todo ello limita su discrecionalidad y le sirve para ejercer su poder de dirección, así como para que el superior, los justiciables y la comunidad en su conjunto podamos evaluar y, en su caso, controlar su actividad.

Para entender mejor este asunto tal vez sirva hacer una analogía con la actividad del médico. Cuando cualquier persona siente algún malestar físico o incluso de carácter psicológico y recurre a un médico, lo primero que espera es que él la examine y, en su caso, le pida algunos análisis y pruebas para determinar cuál, exactamente, es el problema que genera el malestar. Nadie se sentiría confiado y satisfecho si el médico le prescribe algún medicamento o tratamiento sin siquiera haber determinado con certeza la enfermedad o el problema que lo aqueja. Es el problema (identificado) el que condiciona la praxis del médico (*v. gr.* la prescripción de la medicina o el tratamiento clínico, su recomendación de llevar a cabo una intervención quirúrgica, etcétera). Al mismo tiempo, este elemento limita su discrecionalidad y coadyuva a que no incurra en mala praxis. ¿En el proceso los problemas que presenta el caso condicionan la praxis del juez, o es que, a diferencia del médico, éstos no interesan en la actividad jurisdiccional, sino —tal vez— hasta el momento de dictar la sentencia?

Lamentablemente, en muchos procesos la realidad nos muestra que los problemas del caso no condicionan la práctica jurisdiccional, por la sencilla razón de que en ellos no se identifican

los problemas y sus cuestiones, o se hace de manera deficiente; y, por tanto, inútil. Alguien podría pensar que quizá esto no incide en la decisión, pues ella brinda tutela jurisdiccional efectiva desde que se pronuncia sobre el petitorio demandado. Sin embargo, una posición como la indicada confundiría el objeto de la demanda con el objeto de la controversia, e implicaría que no existen mayores limitaciones para la discrecionalidad judicial en el curso del proceso.

Si el médico le dijera a su paciente “tómame este medicamento por una semana y luego definimos qué es lo que te pasa”, el paciente —con seguridad— se iría del consultorio no sin antes tildar la sugerencia de absurda; ello porque cualquier persona —con cierto nivel de comprensión— tiene internalizado que la determinación del problema es el que condiciona la praxis del médico. El juez, del mismo modo que el médico, también enfrenta problemas (obvio que de otro tipo); sin embargo, la gran mayoría de los justiciables y, peor aún, de los abogados litigantes y de los propios jueces, nos hemos acostumbrado a que la actividad jurisdiccional esté totalmente desligada de la determinación de cuáles son los problemas específicos que presenta el caso. No se advierte que el proceso está preordenado para que se emita una decisión, pero no cualquiera, sino una que resuelva efectivamente tales problemas, para cuyo efecto se realizan diversas actividades procesales que —en teoría— tienen por finalidad proveer al juez del material epistemológico para resolverlos. Si el juez no ha definido qué problemas específicos enfrenta y cuáles son las cuestiones que estos involucran, es muy difícil que oriente su actividad y ejerza su poder de dirección con mayor guía que su intuición. Con ello el carácter dispositivo del proceso civil se fortalece sobremanera, y los principios de dirección y socialización del proceso se debilitan.

Como bien señala Peña, “La definición de la situación y del problema condiciona la búsqueda de información y, en general,

los pasos a seguir en el proceso de decisión”.¹¹ El mismo autor destaca que

(...) la habilidad del razonador práctico consiste en planearse preguntas estratégicamente correctas, de modo que sus respuestas ofrezcan la mayor probabilidad de ser las más informativas y de brindar acceso a líneas posteriores de investigación fecunda. El proceso de activación del conocimiento tácito disponible (respecto de la consideración de hechos y teorías) es controlado por la selección de preguntas que sirven para hacer efectiva la información predeductiva disponible, y cuya interrelación con las respuestas abre el camino para la recolección de los datos requeridos en la determinación de las premisas. Todo ello tiene que ver con qué buscar, cuáles pistas e indicios son importantes y cuáles irrelevantes, y cómo orientar una investigación predefinida.¹²

B. *Perspectiva procesal*

Desde la perspectiva procesal, los puntos controvertidos coadyuvan a que el juez establezca los parámetros del *thema decidendi* y la consecuente fundamentación del fallo. Su importancia es crucial, pues de la adecuada delimitación del objeto del proceso depende el correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional.¹³ En concreto, los puntos controvertidos inciden en las siguientes actividades procesales:

¹¹ Peña Ayazo, Jairo, *Lógica y razonamiento jurídico*, Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio, Bogotá, Universidad Externado, 1996, 106.

¹² Peña Ayazo, Jairo, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹³ Muñoz Jiménez, Francisco Javier, *Actos de las partes delimitadores del proceso: demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones*, Cuadernos de Derecho Judicial. *El objeto del proceso civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 149.

i) *En la admisión de los medios probatorios.* La admisión de los medios probatorios se realiza inmediatamente después de fijados los puntos controvertidos; ello porque tal admisión se resuelve a través de un *juicio de relevancia*, que se efectúa en función de dichos puntos (me refiero en este caso a los relativos a los problemas de prueba).¹⁴ De este modo, será relevante todo medio probatorio que, en el supuesto de que acreditara los hechos con los cuales se conecta, incidiera en el resultado de la decisión judicial.¹⁵ Ahora, dado que no todos los hechos expuestos por las partes necesitan ser probados, sino solo aquellos que integran la controversia, el parámetro para determinar si un medio probatorio es o no pertinente y relevante para la solución del caso, son los puntos controvertidos. Éstos permiten descartar los medios probatorios que no guarden conexión con la controversia, así como aquellos destinados a acreditar hechos incidentales que son intrascendentes para resolver la *litis*, impidiendo así que su actuación genere dilaciones procesales y que su eventual valoración complique o distorsione la decisión.

No todo medio probatorio debe ingresar en el proceso. Acá rige la máxima *frustra probatur quod probatum not relevat*, según la cual se debe frustrar o impedir la admisión de medios probatorios que no son potencialmente útiles para dilucidar la controversia sobre los hechos, evitándose así el desarrollo de actividades procesales inútiles en resguardo del principio de economía procesal. Solo cuando el medio probatorio puede proporcionar información relativa, directa o indirectamente, a los hechos controvertidos del caso, debe ser admitido. Y acá juegan un papel fundamental los puntos controvertidos, ya que ellos facilitan la realización del *juicio de relevancia* por parte del juez. Este

¹⁴ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 69; Taruffo, Michele, *Simplemente verdad*, trad. Daniela Accatino Scaglioti, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 161-165.

¹⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés, *La argumentación y su expresión en la sentencia*, Lenguaje Forense. Estudios de Derecho Judicial, núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 17; Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 71.

juicio comprende dos fases: la primera consiste en identificar, de manera general, cuál es la información que potencialmente proporcionaría un determinado medio probatorio, y la segunda consiste en establecer si esa información se relaciona, directa o indirectamente, con los puntos controvertidos. Si existe relación, el medio probatorio debe ser admitido; de lo contrario, debe ser rechazado.

ii) *En la actuación de los medios probatorios.* Cuando estamos frente a un problema de prueba, los medios probatorios sirven para que el juez resuelva las cuestiones relativas a dicho problema, se forme convicción sobre los hechos que ellas implican, y fundamentalmente las afirmaciones que en torno a los hechos vaya a realizar en la sentencia. Esto supone que el juez debe actuar los medios probatorios en función de los puntos controvertidos; de lo contrario, la referida actuación no sería eficiente. De este modo, la pertinencia de las preguntas a las partes y a los testigos, así como el ejercicio óptimo de la potestad judicial de interrogar a los sujetos procesales, dependen de que con las preguntas se busquen respuestas que sirvan para definir una cuestión o punto de la controversia.

iii) *En la valoración de los medios probatorios.* Los puntos controvertidos también sirven como foco referente para que el juez ubique la información que le permita corroborar o descartar una determinada hipótesis. A través de ellos se fija qué información, entre toda la que puede proporcionar un medio probatorio, es la relevante para resolver el caso; y, a su vez, coadyuva a delimitar qué es lo que exactamente se busca con la valoración conjunta de los medios probatorios. Desde esta perspectiva, el Código Procesal Civil peruano considera como una de las finalidades de los medios probatorios: “producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos”.¹⁶

¹⁶ Código Procesal Civil peruano, “Artículo 188. Finalidad. Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.

iv) *En la justificación de la decisión.* La motivación de una sentencia es, por naturaleza, una actividad argumentativa, y, como tal, presupone un problema. Es el problema el que suscita la necesidad de argumentar; dirigida —en el caso del juez— a justificar su decisión. La argumentación busca dar respuesta a una determinada cuestión, de forma tal que siempre podemos preguntarnos: ¿a qué cuestión trata de contestar el argumento? Esto —como lo resalta Atienza¹⁷— ocurre hasta en los supuestos más banales, como en el ejemplo escolar: “Todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; por lo tanto, Sócrates es mortal”. “Lo que da sentido a la concatenación de esos enunciados —dice el citado filósofo— es que ofrecen una respuesta a la pregunta que alguien puede haberse formulado (no importa si en serio o no) sobre si Sócrates es mortal”. En pocas palabras, la relación entre argumentación y problema es de mutua implicación: sin problema no es necesario argumentar, y si argumentamos es para resolver un problema.

En el campo procesal, lo dicho explica por qué se exige que las resoluciones contengan la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. En este sentido, la *ratio decidendi*; esto es, la regla jurídica que resuelve una cuestión puesta a conocimiento del juez, debe responder a los problemas del caso concreto.

Por otro lado, la relación que necesariamente debe existir entre los problemas del caso y la argumentación judicial nos permite identificar los casos de motivaciones aparentes. Si nos preguntamos: ¿a qué cuestión trata de contestar determinado argumento judicial?; y la respuesta que obtenemos no se refiere a un punto pertinente, específico y relevante de la controversia; y, por el contrario, es vaga, inespecífica o meramente dogmática, entonces, la motivación es aparente. Desde luego, el argumento que propicia la pregunta tiene que ser central, y no uno complementario o a mayor abundamiento.

¹⁷ Atienza, Manuel, *op cit.*, pp. 74 y 75.

La redacción de la sentencia está imbricada con todo esto: su parte expositiva (los resultandos) no solo debe comprender las posiciones de ambas partes, sino que además debe finalizar con los puntos controvertidos, pues ellos le servirán al juzgador para realizar una justificación completa de la decisión en la parte considerativa. Una deficiente fijación de los puntos controvertidos no solo abriría las puertas para la realización de una actividad procesal inútil, sino que dejaría mucho margen a la discrecionalidad y a los errores judiciales en cuanto a la valoración de qué hechos y argumentos son relevantes para resolver el caso. El conocimiento puntual de los problemas del caso jurídico coadyuva al desarrollo de una argumentación directa y sin ambages, y evita argumentos inútiles o repetitivos. Desde esta perspectiva, si la argumentación —y la motivación como forma de argumentación jurídica— se concibe como el flujo de información entre la pregunta inicial (el problema central), que abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución —argumentativa— del problema central) que la cierra, entonces, resulta claro que ese flujo solo debe contener información pertinente y relevante para resolver el problema.

En relación con el ámbito jurisdiccional mexicano, López Ruiz y López Olvera señalan: “Uno de los vicios más comunes en la redacción de sentencias y otros tipos de resoluciones son las continuas repeticiones de datos en varios apartados o lugares del documento judicial”.¹⁸ Los mismos autores también critican la inclusión de explicaciones innecesarias u obviedades, así como de largas transcripciones de jurisprudencia y extractos de medios probatorios, en vez de transcribir la parte medular o hacer una síntesis o paráfrasis de la parte útil.¹⁹ Este último cuestionamiento ya había sido expuesto por Pásara, quien —a partir de una muestra de varias sentencias penales del Distrito Federal— concluyó que era una práctica judicial transcribir in-

¹⁸ López Ruiz, Miguel y López Olvera, Miguel Alejandro, *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 45 y 46.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 43-69.

tegramente declaraciones, documentos y demás elementos probatorios, además del uso de “machotes” con frases de plantilla que se insertan sin reparar si son pertinentes y relevantes para resolver la controversia.²⁰

El uso de “machotes” es una práctica que también puede advertirse en el caso peruano. Por lo general traen consigo información de relleno que “infla” o extiende la argumentación para dar la apariencia de exhaustividad o suficiencia en la motivación, pero que poco aportan en la solución del caso; por el contrario, muchas veces esconden una insuficiencia en la motivación. La exigencia de una motivación exhaustiva y completa en relación con las cuestiones en controversia no puede confundirse con una motivación extensa o simplemente profusa, pues la cantidad del texto no es sinónimo de calidad argumentativa.²¹ Las motivaciones excesivas en el plano retórico, pero incompletas en el plano racional, en realidad vulneran el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Las perspectivas metodológica y procesal antes desarrolladas nos ponen luces sobre el papel que cumplen los puntos controvertidos en la motivación de las resoluciones judiciales. Una motivación idónea no puede atribuirse exclusivamente a la labor desplegada por el juez en la etapa decisoria, sino que es más bien la parte final de un proceso cognoscitivo, cuyo eje son los puntos controvertidos. Esto se conecta con el carácter indagatorio de la argumentación: desde el punto de vista epistemológico, la sentencia que contiene la motivación no es un acto aislado, sino el acto que pone fin a un proceso cognoscitivo que sirve al juez para que se informe de los detalles y circunstancias de los problemas puestos a su conocimiento. Todo este proceso no tiene otro fin más que el de proveer al juez del material fáctico y jurídico que le permitirá resolver los problemas que presen-

²⁰ *Ibidem*, Pásara, Luis, *Cómo sentencias los jueces del D. F. en materia penal*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2003.

²¹ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 228.

ta el caso; de manera que son los problemas, cuyas cuestiones integran los puntos controvertidos, los que sirven de pauta o guía metodológica para resolver el caso. Esto explica por qué los puntos controvertidos se fijan antes de la admisión de los medios probatorios, por qué los medios probatorios tienen por finalidad producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, y por qué las resoluciones deben contener lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos.²²

Desde un punto de vista muy cercano, aunque en términos más abstractos, Ibáñez anota:

La motivación de las decisiones es justificación, cierto. Y como tal justificación entra en juego *ex post*. Pero para que esta dimensión del imperativo constitucional pueda operar con eficacia en ese segundo momento, el correspondiente deber de motivar tendrá que haber actuado ya *ex ante*. Se necesita que el juez lo haya asumido con honestidad intelectual, haciéndolo presidir y orientar, concreta y efectivamente, todo el curso del proceso decisonal como ejercicio cognoscitivo y, *antes*, el desarrollo de la actividad probatoria, por cuya corrección el juez debe velar desde la equidistancia más exquisita.²³

Como destaca Nieto,²⁴ “Identificar con precisión qué es lo que se está discutiendo y poner el relieve la cuestión que determina el fallo es la tarea más importante del juzgador. Por eso suele decirse que una cuestión bien planteada está ya resuelta a medias y que la claridad resultante elimina digresiones inútiles que harían interminables y confusas las sentencias”.

²² “Por eso justificar, en el caso del juez, es acreditar que se ha individualizado bien el conflicto en sus rasgos caracterizadores relevantes y se ha seleccionado bien, se ha interpretado correctamente y se ha aplicado del mismo modo la regla de derecho que hace al caso” (Ibáñez, Perfecto Andrés, *Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico-práctica, Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 103 y 104).

²³ Ibáñez, Perfecto Andrés, *op. cit.*, p. 115.

²⁴ Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 79.

III. ¿CÓMO SE FIJAN LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS?

Determinar cuáles son los puntos controvertidos no pasa por leer solo el petitorio de la demanda, sino que es necesario —además— revisar los fundamentos fácticos y jurídicos que ella contiene, confrontándolos con la oposición y los respectivos fundamentos de hecho y de derecho que se encuentran en la contestación de la demanda, sin perder de vista también los elementos que el ordenamiento jurídico exige para amparar la pretensión.

Lamentablemente, a menudo esta actividad esencial para resolver adecuadamente la controversia es en extremo simplificada y trastocada hasta convertirla en algo estéril, en un mero trámite, en una brújula descompuesta que no solo no guía, sino hasta desorienta al juzgador en sus tareas de seleccionar los medios probatorios que deben ser admitidos al proceso, de actuarlos y valorarlos de forma tal que den respuestas a los problemas de prueba que plantea el caso, de filtrar los argumentos de las partes sobre los cuales debe emitir un pronunciamiento y de seleccionar y organizar los propios de cara a la motivación que le es exigida como fundamento de su decisión.

Aunque la determinación de los puntos controvertidos depende del caso concreto, podemos sugerir algunas pautas generales para el efecto.²⁵

i) En principio, el juez deberá determinar cuáles son los *problemas* de los que depende la solución del caso concreto, y las *tesis* que respecto a ellos defienden ambas partes.

En toda argumentación judicial puede identificarse un *problema central*, que consiste en si debe ampararse o no la pretensión demandada, según el interés que se defienda. No estamos acá frente a un punto controvertido, sino ante un foco referente que le será útil al juez para hallarlos. En relación con este *problema central*, cada parte expone sus argumentos, los cuales —confron-

²⁵ Conviene precisar que estas pautas son propuestas desde la perspectiva del proceso civil.

tados— le servirán al juez para identificar también a los subproblemas o problemas específicos que plantee el caso (relevancia, interpretación, prueba y calificación).

En relación con el problema central y los problemas específicos, las partes defienden sus respectivas tesis. En toda argumentación siempre hay —por lo menos— una *tesis principal*, que, como su nombre lo indica, consiste en la principal afirmación que se defiende. Si hablamos del demandante, su tesis principal coincidirá siempre con su pretensión. Cuando la demanda contiene solo una pretensión, la tesis principal solo es una. Pero si estamos frente a una acumulación de pretensiones, con pretensiones principales autónomas (aunque conexas) o pretensiones subordinadas, habrá tantos problemas centrales y tesis principales como pretensiones se tengan. Cada tesis principal constituye la conclusión de un *argumento central*, cuyas premisas son, a su vez, las conclusiones (las tesis) de otros argumentos que hemos denominado subargumentos.

La argumentación del demandado, por lo general, está circunscrita a contestar o dar respuesta a la(s) tesis del demandante. Pero esa respuesta puede consistir en una defensa de forma o en una defensa de fondo. En el primer caso, tenemos una línea argumentativa que apunta a que el juez declare improcedente la demanda; en el segundo, una línea argumentativa cuyo objetivo es persuadir al juez para que la declare infundada. Las tesis principales del demandado, entonces, estarán vinculadas a las pretensiones demandadas, pero, a su vez, al tipo de defensa que esgrima. En función de ellas se ampliarán el catálogo de problemas y subproblemas que el juez deberá resolver. En este caso, al igual que respecto a la demanda, es importante que no se mezclen líneas argumentativas, de forma tal que a cada una le corresponda un apartado.

El juez en todo este análisis deberá estar atento a las posibles falacias en las argumentaciones de las partes. El control de logicidad de la demanda y su contestación también es necesario,

pero se supone que ya lo realizó antes de declarar el saneamiento procesal.

Una vez establecidos cuáles son los problemas del caso y las tesis de las partes, lo que toca es determinar los *desacuerdos* y sus *cuestiones*. Un desacuerdo, de forma genérica, alude a la defensa de tesis opuestas respecto de una misma cuestión.

En el proceso no se plantea una pregunta específica o una cuestión sobre un determinado tema, a partir de la cual las partes exponen sus argumentos. Es todo lo contrario: las partes exponen sus argumentos, y a partir de ellos el juez —con la participación de las partes— deberá determinar cuáles son los desacuerdos y explicitar las cuestiones o preguntas precisas que resuman en qué consisten los desacuerdos.

Esta actividad no es enteramente descriptiva, pues en muchos casos requiere cierta dosis de interpretación por parte del juez sobre qué es lo que quiso decir alguna o ambas partes, o en qué consisten las tesis que defienden.

Al final de esta actividad el juez debe tener los siguientes elementos: a) una o varias cuestiones o preguntas a las que las partes pretendan dar solución, y b) la defensa de enunciados o tesis opuestas como respuestas a cada una de las cuestiones planteadas.

iii) El tercer y último paso consiste en determinar los puntos controvertidos. No toda cuestión relativa a un desacuerdo debe integrar los puntos controvertidos. Para que ello ocurra la cuestión debe conectarse con desacuerdos, que a su vez guarden relación con el problema central con los subproblemas o problemas específicos del caso, así como con las tesis principales defendidas por las partes, sin dejar de lado el marco legal aplicable.

La determinación de los puntos controvertidos también supone una labor de interpretación, pues el juez lleva a cabo esta actividad según de lo que considera relevante de la demanda y su contestación. En términos generales y siempre como pauta, podría considerarse que algunos enunciados fácticos y jurídicos son irrelevantes cuando, alternativamente: i) no sirven como premisa de ningún argumento que apoye la(s) tesis central(es) defendida(s)

por una o ambas partes, o ii) no guardan conexión, directa o indirecta, con el problema central con las condiciones de aplicación de las reglas que se proponen para su solución. En cualquiera de estos supuestos la supresión de tales enunciados no incide en el resultado del proceso. En tal sentido, los desacuerdos que surjan respecto a este tipo de enunciados son irrelevantes, y, en consecuencia, también lo son las tesis opuestas que los generan, y las cuestiones a los que aquellas dan respuesta.

Ahora bien, dado que la tarea de determinar los desacuerdos y sus cuestiones implica —como hemos visto— cierta dosis de interpretación, el juez debe guiarse por el denominado *principio de caridad*, según el cual debe optar por la interpretación que presente de la mejor manera posible el texto bajo análisis. Además, las partes deben participar activamente en la determinación de los puntos controvertidos; de lo contrario el juez podría rechazar cualquier cuestionamiento que realicen sobre la omisión en el análisis o valoración de pruebas, si este aspecto no constituye un punto controvertido.

Facilita la fijación de los puntos controvertidos que el petitorio del demandante y la oposición del demandado, así como los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan cada una de las posiciones, sean expuestos en forma precisa, clara y ordenada. Una demanda o una contestación farragosa, que mezcle o entreviera diversos argumentos de diferente peso o trascendencia para resolver la *litis*, complica la fijación de los puntos controvertidos y, en definitiva, la solución del caso.²⁶ A menudo un texto confuso es percibido como carente de fundamento, sin perjuicio de que entorpezca la admisión, la actuación y la valoración de los medios probatorios, la determinación de qué argumentos son los relevantes para ser analizados al momento de sentenciar, y la formación de un criterio judicial favorable. Si la argumentación tiene por función persuadir al interlocutor de la bondad de la tesis que se esgrime, flaco favor se le hace a los intereses que

²⁶ Ghirardi, Olsen, *op. cit.*, p. 14; Nieto, Alejandro, *op. cit.*, 79.

se patrocinan con un texto poco claro, y, por ende, susceptible de consumir más tiempo del juez, con el riesgo de agobiarlo. Va por descontado que esta forma de argumentar puede ser intencional; tal vez por eso se sostiene que “lo peor de quien recurre de argumentos oscuros es que sus razones para hacerlo pueden ser claras”.²⁷

Finalmente, dada la trascendencia de los puntos controvertidos en el desarrollo y conclusión del proceso, las partes no deben actuar como simples espectadoras al momento de su fijación, sino que deben colaborar activamente con el juez, en ejercicio de su derecho de defensa. Y es que si bien esta actividad es dirigida por el juzgador, no está librada a su arbitrio; por el contrario, debe efectuarse bajo condiciones que garanticen su plena eficacia (*v. gr.* lectura previa del expediente, confrontación de las posiciones de ambas partes y participación de ellas en su determinación). Refuerzan esta recomendación las palabras de Aienza,²⁸ en el sentido de que “una de las razones por las que es importante fijar bien los puntos de la controversia es que, de esa forma, se impide —o se dificulta— que se pueda cometer la falacia consistente en eludir la cuestión”.

IV. A MANERA DE COLOFÓN

Los problemas de *justificación externa* (problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación) son antes los *problemas del caso* y, como tales, están llamados a cumplir la función de pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional. Desde esta perspectiva, dichos problemas y sus cuestiones deben ser expresados al momento de fijar los puntos controvertidos, los cuales —nada más y nada menos— vertebran el *proceso cognoscitivo* al que antes me he referido. En esta línea, la admisión de los

²⁷ Aienza, Manuel, *La guerra de las falacias*, 2a. ed., Alicante, Librería Compa, 2004, p. 121.

²⁸ *Idem.*

medios probatorios, su actuación y valoración está determinada por los puntos controvertidos; ellos también delimitan la controversia y sirven para filtrar los argumentos impertinentes en cuanto a dichos puntos, a la par que coadyuvan a establecer el grado de apoyo argumentativo que tienen las posiciones defendidas por las partes. Ya en la sentencia los problemas del caso pasan a ser los problemas de *justificación externa*, cuyos *criterios de solución* le servirán al juez para construir argumentos que doten de solidez a las premisas de su razonamiento que, vía *justificación interna*, derivará en la decisión.

ARGUMENTACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Roberto IBÁÑEZ MARIEL

Los muchos autores que desde la antigüedad han desarrollado soluciones al arduo problema que implica diseñar un correcto método para argumentar, defendiendo o rebatiendo una tesis frente a un problema jurídico, con toda razón preceptúan: i) una fase previa de análisis del caso, en que se estudian los hechos principalmente, pero también, ii) el análisis de las reglas de derecho que afectan al problema en disputa o en construcción (cuando se crea una relación jurídica duradera), para que de ambos análisis surja el camino para la mejor defensa o el mejor ataque, o la mejor construcción de una nueva relación jurídica, con las características de brevedad, sencillez, coherencia, rigor lógico, propuesta de soluciones que toman en cuenta circunstancias y consecuencias y persuasión dirigida al destinatario de los argumentos.

Nótese que lo mismo debe prepararse una demanda o su contestación, en juicio formal o en arbitraje, como la presentación de alegatos, las pruebas propias o las objeciones a las que presente la contraparte.

Pero no solo en el litigio se argumenta, sino también en muchos otros casos se presenta la necesidad de argumentar.¹ A ve-

¹ Me refiero por ejemplo a situaciones no contenciosas, como sería el caso de la discusión de contratos de toda clase, incluyendo las transacciones judiciales, o bien la solicitud de permisos, concesiones, licencias, contratos de obra mediante licitación o sin ella, contratos de suministro o venta a los poderes estatales, también mediante licitación o sin ella, y otros muchos actos propios

ces se corre el riesgo de pensar que la argumentación solo tiene lugar en el debate surgido dentro de un proceso judicial. Nada más inexacto. Se argumenta al preparar un contrato, al negociar el cumplimiento de una obligación incumplida, al preparar el contrato de matrimonio, al explicar un abogado a sus clientes la mejor solución para una necesidad que le han planteado, al explicar ante los legisladores la necesidad de un cambio legislativo, al tratar de convencer a un consejo de administración o a una asamblea de accionistas, de la necesidad de celebrar cierto acto jurídico, etcétera.

No solo se argumenta con rigor lógico sino, también con persuasión retórica, como sostenía Aristóteles.

Este análisis previo ha recibido muchos nombres; yo le llamaré “razonamiento jurídico previo al debate o a la negociación” de los distintos actos jurídicos que puedan imaginarse.

Ambas clases de argumentación (la propiamente contenciosa y la negociadora) tienen reglas diferentes, pero también requieren de distintos análisis y distintas materias científicas auxiliares, para la correcta fijación de los hechos involucrados en el problema jurídico de que se trate y las consecuencias de seguir una o varias posibles soluciones.

Sin embargo, tienen básicamente un común sustrato: ambas son impactadas por las normas jurídicas positivas de muy diferente índole, y por los principios jurídicos, dado un correcto análisis de los hechos. Pues bien, quisiera limitarme a ese razonamiento jurídico previo a la presentación de los argumentos propiamente dichos.

También quisiera restringir mi exposición a los principios jurídicos, pues tanto sobre el análisis de hechos como sobre el análisis de las normas jurídicas positivas han corrido ríos de tinta, en una proporción mucho mayor a la que se ha empleado en el análisis de los principios de derecho.

del derecho administrativo y de otras ramas del derecho, como por ejemplo, la negociación de un contrato colectivo de trabajo en el derecho laboral.

Faltando un riguroso análisis de esta trilogía de conocimientos y razonamientos, difícilmente se podrá elaborar un plan de argumentación razonable y convincente frente a un caso concreto.

I. DIGRESIÓN: EL ANÁLISIS DE LOS HECHOS

Para empezar, es necesaria otra advertencia: desde hace por lo menos 120 años nuestras escuelas y facultades de derecho en México han privilegiado el estudio y enseñanza de las normas positivas de derecho, ignorando —casi por completo— adiestrar a los alumnos en el campo de los análisis de hechos que incluyen el estudio de las circunstancias, e implican también sopesar las consecuencias de aplicar una u otras soluciones previstas o ideadas.

Este difícil arte lo deben aprender los alumnos desde cero o casi cero en su práctica jurídica profesional, pagando el precio de su falta de conocimientos, experiencia, y doctrina (aunque hay mucha y muy buena), sobre este importantísimo tema, con toda clase de descabros y fracasos.

Por supuesto que hay excepciones, pero los pocos profesores que lo intentan, lo hacían y lo hacen, de manera incidental, casi de manera anecdótica, muy útil, pero incompleta. Por ello, los alumnos, en los despachos de abogados donde hacen sus pasantías, suelen escuchar esta prevención: “en tu escuela aprendes teoría, aquí vas a aprender Derecho en su máxima expresión vital y práctica, que es lo que realmente sirve”.

La mejor manera de enseñar el análisis de los hechos ha demostrado ser la discusión de casos, previamente estudiados por los alumnos en pequeños grupos de condiscípulos, para ser discutidos en clase bajo la conducción del profesor, quien deja a los alumnos discutir ordenadamente, para intervenir al final solo lo indispensable, a fin de aclarar o establecer las conclusiones sobre el caso, o bien para reorientar la discusión cuando esta se

aparta del tema central. En estos casos la discusión de sentencias judiciales es altamente redituable, pero también los casos de negociación de contratos y de otros actos jurídicos, como ya se ha señalado más arriba.

II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

El estudio de los principios en México y en buena parte del globo se ha desarrollado principalmente en el derecho constitucional, en la jurisprudencia, y menormente en ramas del derecho secundarias. En los países de tradición sajona —el denominado *common law*— se han estudiado tal vez con mayor amplitud que en los sistemas de tradición romano-canónica, como los denomina Merryman, por ser de mayor operatividad en el sistema jurídico anglosajón, dado su carácter de precedentes judiciales y no de derecho codificado.

En México también se han estudiado los principios jurídicos, con motivo de su aplicación en los términos del artículo 14 constitucional, que emplea la expresión “principios generales del derecho”. El artículo preceptúa su aplicación de manera subsidiaria; es decir, se acude a ellos ante oscuridad de la ley o en caso de lagunas de legislación aplicable.

La crítica que se ha hecho al Código Civil español es aplicable a nuestro artículo 14 constitucional, no por ser una norma de admisión expresa de los principios a nuestro orden jurídico, sino por seguir una vía subsidiaria de exigencia racional.

En efecto, los principios deben ser orientadores y estructuradores de todo orden jurídico; por tanto, no deberían aplicarse como remedio final y subsidiario a las cuestiones planteadas ante autoridades judiciales cuando no hay una norma clara aplicable, sino como primer recurso. Esto solo puede lograrse en el orden jurídico positivo de México, de una manera que se expresa negativamente; es decir, por vía de un recurso de inconstitu-

cionalidad, a través del juicio de amparo y de los demás procesos que para defender nuestra Constitución establece ella misma.

No obstante, es preciso aclarar el contenido de los principios, como exigencias racionales para respetar a los ciudadanos, a las comunidades, a las instituciones y al bien común de la sociedad, a través de ellos mismos y a través de las normas positivas (es decir, la propia Constitución, los tratados internacionales suscritos en forma definitiva por el Estado mexicano, las demás leyes secundarias de orden federal, las Constituciones y las leyes secundarias de las entidades federativas, los reglamentos de los diversos niveles de gobierno, y las sentencias de los tribunales, incluyendo por supuesto a la jurisprudencia).

¿Qué quiere decir que los principios son exigencias racionales para respetar a otros mediante el cumplimiento de una o más obligaciones?

Significa ante todo que reconocer que el cumplimiento de esas obligaciones (de acción o de omisión) son exigencias que plantea en primer lugar la dignidad del hombre. También, en segundo lugar, exigencias de promover el bien común de la sociedad, cuya alta apreciación o valor exige cumplir el orden social, que prepositiva o prelegalmente considerado es la base de la evolución jurídica hacia un orden de leyes cada vez más perfecto o más acorde con la realidad histórica.

En efecto, antes de la invocación de cualquier disposición jurídica, el ser humano piensa de manera espontánea en prerrogativas que se deben reconocer a cualquier persona, por el solo hecho de su eminente dignidad o por su función en la comunidad (lo que de nuevo esconde el concepto de dignidad).

Una madre o un padre invocan su propia misión en la familia cuando su hijo rechaza su autoridad. Ninguno de ellos dice: “me obedeces porque así lo establece el código civil en su artículo X”. Igualmente, cuando celebran un contrato de asociación profesional dos abogados, y estatuyen que todos los ingresos que obtengan por los casos en que lleven deberán entrar al fondo común de ingresos de la asociación, quedando prohibido llevar

cualquier negocio por separado, y uno de ellos viola este pacto. De primera instancia, el otro socio le recrimina “su deslealtad y traición a la palabra empeñada”, no se suele invocar la violación a tal artículo de su contrato; aunque si se procede judicialmente por supuesto que se invocará.

Con esto lo que se quiere decir es que los seres humanos tenemos una idea de los principios, por su evidencia, como serían “la palabra empeñada debe cumplirse” antes que cualquier código o ley respalde esa intuición, y que existen jerarquías de autoridad que descansan en la funcionalidad natural de nuestras comunidades, como es la de los padres en la familia mientras se es menor de edad. Por supuesto que si se quiere proceder judicialmente, la gente acude a un abogado para que respalde sus pretensiones hasta ese momento basadas tan solo en una intuición de justicia. El abogado deberá encontrar la base de su demanda en normas positivas, aunque para mayor fuerza persuasiva de sus argumentos eche mano de los principios jurídicos que acompañan y fundamentan su pretensión.

Desde hace más de una centuria nos señalan en las escuelas de derecho que las cosas suceden al revés, solo que exista un reconocimiento en la ley positiva de nuestras pretensiones, estas existen, y que no importa nuestra ignorancia del derecho: de todas formas la ley nos garantiza su asistencia y protección. En caso de que invoquemos un principio de justicia, no reconocido por la ley positiva, sencillamente el orden jurídico no atenderá nuestra pretensión, como tampoco tomará en cuenta nuestra ignorancia de la ley, para dejar de aplicar las prevenciones previstas en caso de su incumplimiento.

Esta negación de la autonomía de los principios y su remisión o envío automático al contenido de la ley positiva vigente ha distanciado al derecho de la gente y ha desacreditado a los abogados, a quienes se ve como “un mal necesario”.

Las grandes revoluciones del siglo pasado y aun del presente siglo utilizan como justificante de su violencia la profunda injusticia del orden jurídico vigente, no necesariamente su inconsti-

tucionalidad. ¿Por qué? Porque en el imaginario popular y en su conciencia jurídica pesa mucho más la injusticia de desconocer la dignidad humana y el bien público de la sociedad, que la inconstitucionalidad.

Curiosamente, al triunfar esas revoluciones, suelen adoptar la misma actitud legalista, que dicen encarna perfectamente el ideario de la revolución triunfante. En el fondo, el legalismo se vuelve la justificación del régimen triunfante y adopta monopólicamente el exclusivismo legalista con los mismos tintes diseñados en el siglo XIX: fuera de la sagrada majestad del orden legal victorioso no existe ninguna otra normativa que pueda rivalizar o competir con el canon del orden político-jurídico imperante. El estado de derecho es sinónimo al estado de leyes, no como la cultura que desde los griegos ha deseado que sea, un estado de justicia.

III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS. CLASES. ¿CÓMO SE ENUMERAN?

Por supuesto que los conceptos de persona y dignidad humana son complementarios y complejos. No voy a detenerme en su explicación más allá de unas cuantas líneas. El hombre es digno por ser libre e independiente, y sobre todo racional y libre. Está regido por su capacidad de crear obligaciones, y no por un mundo de fuerza bruta, como sucede en el mundo animal. El hombre debe ser entendido como persona (sujeto libre y capaz de decidir su propio destino sin imposiciones o violencia. El caso de la coacción del derecho no niega esa autonomía de la persona); solo puede admitir “la obligación voluntariamente aceptada” o generada por sus actos libres; es decir, decididos, queridos, aun cuando no pudiera prever sus consecuencias, como cuando imprudencialmente causa un incendio que daña a su vecino, o con su automóvil atropella a algunas persona. No deseaba el resultado de ambos accidentes, pero debe responder por ellos.

Si la fuerza del hombre se manifiesta en la capacidad de crear vínculos jurídicos de los que resultan obligaciones, como con razón señala Javier Hervada, es lógico que el derecho positivo tiene que secundar lo específico humano que se da en sus relaciones sociales, a saber: el vínculo jurídico llamado obligación, con sus derechos y deberes.

Si deseo obtener una casa que me parece bella y bien ubicada, o un auto o cualquier otro bien, lo específico del animal es arrebatarlo contra la voluntad de su poseedor. Lo específico humano, por ser lo racional, será crear un vínculo jurídico consensuado, sin violencia, por la pura fuerza de la persuasión, de la negociación. Podrá ser un contrato de préstamo o comodato, o un arrendamiento, o una compraventa, pero nunca lo específico del mundo animal irracional.

De ahí que los principios sean lo específico de ese mundo racional. Repito, son exigencias que resultan de los actos propios de la convivencia humana, derivadas de la dignidad del hombre. Los actos derivan de las circunstancias complejas de la convivencia humana y de las reacciones del carácter, de la personalidad de la psicología y de los valores de las personas, y las exigencias derivan de la dignidad del hombre.

En la convivencia, lo primero que salta a la vista es la obligación de respetar los pactos, conforme al milenario adagio *pacta sunt servanda*, pero también la obligación de comportarse con buena fe en los contratos. No puedo vender un objeto mecánico defectuoso ocultando su deterioro; esto ofende la dignidad mía y la del comprador.

Encontramos también la obligación de conducirnos con verdad tanto en los contratos como en los procesos administrativos y judiciales, y en general en la vida de relación con otros hombres y mujeres. Si mentimos al momento de hacer un compromiso jurídico o no, comenzará una larga sucesión de sufrimientos y amarguras, y lo mismo sucede en el matrimonio, en una asociación profesional, al fundar una empresa, al escribir un libro, etcétera.

Todo esto significa tratar al otro como un ser sin dignidad; pero como sí la tiene, terminamos lacerando a un hombre que deberíamos tratar como a un hermano, y a veces las personas se comportan respecto a otros peor que buitres.

Otro principio es el debido respeto por los bienes comunes de una organización o institución. Lo mismo tratándose de bienes públicos regentados por el Estado o por la comunidad internacional que con bienes de una universidad, de un sindicato, de un municipio, de una cooperativa o de una familia.

El máximo grado de respeto a la dignidad de los otros es el cuidado. Estoy tentado a decir “amoroso”, de los bienes comunes. Decía Aristóteles que “de lo común no solemos cuidar tanto como de los bienes propios”. Bienaventuradas las naciones que han alcanzado un grado de civilidad tan avanzado, que el respeto por los bienes comunes hace deliciosa la vida en ellos.

Podemos decir que de los principios tenemos todos casi una intuición inmediata. Se dan tanto en el derecho privado como en el derecho público. Sin embargo, en todas las épocas de la historia algunos tienen el triste honor de distinguirse por su violación sistemática de principios, como es el caso de la esclavitud en el mundo antiguo grecolatino, la colonización europea en América con su terrible institución esclavista, sobre todo de negros capturados contra todo derecho en África. La esclavitud en los Estados Unidos no fue abolida hasta el siglo XIX. En este mismo siglo y en el XVIII la explotación obrera fue terrible con la aparición incontenible de la Revolución Industrial. André Pietre llega a decir que Federico Engels no exageró un ápice en la patética descripción que hace en su obra *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. El siglo XX se distingue por los terribles genocidios en Europa y en Asia. Las maquinarias de muerte de que disponían las naciones beligerantes sembraron terror, llanto y tragedia en las asoladoras I y II guerras mundiales de ese siglo. Con sus campos de concentración y sus armamentos de terrible poder destructor, algunos de ellos atómicos, como las bombas de Nagasaki e Hiroshima.

Por su parte, el siglo XXI conoce crueles y terribles genocidios en África. Violaciones también devastadoras contra la vida y la libertad religiosa en Egipto y en otros países africanos, Timor oriental, Afganistán, India, Siria, Israel y Palestina.

Muchas de estas masacres y violaciones sistemáticas de derechos humanos, incluyendo las cometidas en el siglo XXI, se han perpetrado ante el silencio y casi complicidad inexcusable de las naciones desarrolladas, de los medios de comunicación y de los organismos internacionales responsables de asegurar una convivencia pacífica entre las naciones.

Los principios incluyen los derechos humanos, pero al mismo tiempo los trascienden. En efecto, además de la vida, la salud, la educación, la propiedad y sus derivados, las libertades, los derechos subjetivos públicos, están otros principios, como los ya mencionados, de la obligación de conducirse con verdad y buena fe en las actuaciones judiciales, administrativas y legislativas. La necesaria imparcialidad del juez. El derecho de los ciudadanos a la actuación honesta, objetiva, profesional y por tanto eficiente de los funcionarios públicos, y en general de los gobernantes, respecto al empleo de los recursos públicos y en la concesión de contratos de toda índole, a favor de suministradores de bienes y servicios.

No por el lento reconocimiento de estos derechos-deberes quiere decir que antes no existieran, como no empezó a existir la libertad hasta la abolición de la esclavitud. Ya los juristas romanos se planteaban cómo justificar la esclavitud contraria a la dignidad del hombre.²

² Francisco Carpintero, *El desarrollo de la libertad personal en el pensamiento medieval*, México, Porrúa, 2006.

IV. PRINCIPIOS FUERTES Y PRINCIPIOS DÉBILES

Buena parte de las confusiones en torno a los principios se diluyen si se tiene en cuenta la célebre distinción de Robert Alexy.³

Las teorías que admiten la diferenciación entre normas y principios pueden ser agrupadas en teorías fuertes y teorías débiles. Estas últimas serían las que sustentan la separación en criterios meramente formales o cuantitativos, en tanto que llamamos “Teorías fuertes” a las que fundan la distinción en consideraciones cualitativas o sustanciales.⁴

Yo prefiero dar otra explicación de ambas teorías, y por tanto a ambas clases de principios, porque hay principios fuertes que descansan en consideraciones cuantitativas, como es la equidad en los impuestos de nuestro artículo 31, fracción IV, constitucional. Hay principios fuertes que descansan en cuestiones meramente formales, como es el acuerdo en la cosa y en el precio para que haya contrato de compraventa perfeccionado. Lo mismo sucede con los principios débiles. Algunos se basan en algo meramente cualitativo, como el ser vecino de un centro de población al que conforme la ley se le han adjudicado tierras. Es un principio débil, porque no repugna a la razón en que algún día si se vuelve inoperante el sistema ejidal, se transforme en propiedad privada.

Por tanto, prefiero definir a los principios fuertes como aquellos que descansan en el ser de la dignidad humana, como el trato respetuoso y digno que merece el hombre en los procesos penales

³ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, pp. 139 y ss.; el mismo artículo aparece en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993. Citado por Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalama, 2000, pp. 5 y ss.

⁴ *Idem*.

en que sea acusado, y que son exigencias de la dignidad del hombre, evidentes, universales, transhistóricos y supralegales.

Por otro lado, los principios débiles son aquellas construcciones del legislador (ley, tratados internacionales, reglamento, costumbre y aun jurisprudencia) para hacer frente a una situación histórica en que peligran o son violados los principios fuertes, como sería el caso de hacer obligatoria la enseñanza primaria y secundaria en un país en el que no hay costumbre o interés de la población o un sector de la misma para que los niños o los jóvenes reciban esa instrucción. Ciertamente, educar a los niños y a los jóvenes es una exigencia de la dignidad del hombre, universal y evidente, pero ante la apatía o pobreza de un gran sector de la población se vuelve una exigencia prioritaria para promover a millones de jóvenes y niños a un futuro de mayor despliegue de sus capacidades de desarrollo, así como una exigencia del bien común una vez pasada la emergencia y alcanzada esa meta, puede desaparecer la norma que declaraba esa obligatoriedad, porque todos comprenden la necesidad de dotar de formación intelectual a esos jóvenes.

Aunque hay autores que niegan la existencia de principios fuertes, puede decirse también, con Alexy, que existen valores que ha aceptado la modernidad universalmente, y nadie discute al menos en su enunciación la necesidad y universalidad de esos valores; son los siguientes:

1. Dignidad humana
2. Libertad
3. Igualdad
4. Democracia
5. Estado de derecho y
6. Estado social⁵

⁵ Robert, Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, cit., p. 144, citado por Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos*, cit., p. 15.

Por otra parte, John Finnis señala una serie de valores, presentes en todas las civilizaciones en todos los tiempos y lugares, que de una forma u otra han alimentado siempre a los sistemas jurídicos. Él los llama *Formas básicas del bien humano*.⁶ Tales bienes universalmente aceptados son:

1. La vida.
2. El conocimiento.
3. El juego.
4. La experiencia estética.
5. La sociabilidad (aquí entran la paz, la justicia, el bien común o bien público, la amistad, etcétera).
6. La razonabilidad práctica (es la búsqueda inteligente y razonable para decidir las propias acciones, hábitos y actitudes prácticas).
7. La religión.⁷

Excede el fin de este trabajo reproducir la impresionante bibliografía con que Finnis demuestra la universalidad de la presencia de estos valores en todas las civilizaciones, presentes y pasadas. Para ello me remito a su obra citada.⁸

Por lo pronto, de las clasificaciones de principios más admitidas vienen los que se refieren a las relaciones entre los miembros de una comunidad, ubicados en relaciones de igualdad, entre los que se genera la justicia conmutativa. Se refiere esta primera categoría al principio *pacta sunt servanda*, del que ya hemos hablado, y del que aún diremos algo más. También el principio *de la buena fe* en las negociaciones y en las formalizaciones de contratos, el principio *de igualdad entre las prestaciones*, que dio lugar a la *teoría de la imprevisión*, al principio de *la anulación de las obligaciones por lesión*,

⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 117.

⁷ *Ibidem*, pp. 117-121.

⁸ *Ibidem*, véase las notas al capítulo IV, pp. 127 y ss. Notas al cap. V, pp. 156 y ss. Notas al cap. VI, pp. 185 y ss. Notas al cap. VII, pp. 221 y ss.

del abuso en las transacciones *en caso de necesidad*, no siempre reconocido en los códigos civiles para efectos de la nivelación del precio ínfimo que acepta el vendedor por una situación grave de necesidad, de las diversas causas de nulidad por error, vicios del consentimiento, etcétera. Principios que garantizan la libertad en la celebración de los contratos, respondiendo a la dignidad del hombre, que puede afectarse en su libertad tanto por el error o por la amenaza merced a diversos medios de violencia. Todo ello es contrario a la dignidad de la persona.

Por otro lado viene el daño injusto, del que el responsable debe resarcir e indemnizar a la víctima del mismo daño, haya sido el acto lesivo con violencia o sin violencia, voluntario o involuntario. Que ahora incluye el daño moral.

Por otro lado, se encuentran las exigencias que en el derecho público se siguen para la consecución del bien común.

El elenco de principios es grande. Enunciaré algunos que considero tienen especial relieve. No todos tienen la misma antigüedad. Desgraciadamente, no hay espacio para explicarlos y fundarlos.

1. En primer lugar el concerniente al respeto de los derechos humanos, especialmente el derecho a la vida.
2. En segundo lugar, la obligación tanto de los gobernantes como de los gobernados, de observar las leyes.
3. La eficaz administración de justicia, de los que resulta el principio de economía procesal, el profesionalismo de los juzgadores, su imparcialidad, la no retroactividad de las leyes en perjuicio de persona alguna, la aplicación de criterios objetivos para condenar o absolver, etcétera.
4. Respecto a los gobernantes, el honesto manejo de los recursos públicos, su transparencia, la obligación de rendir cuentas de su manejo (lo que violaron las célebres “cuentas del gran capitán”) el profesionalismo y su consiguiente eficacia en la administración pública. En los sistemas democráticos, la consulta sistemática a los

governados de políticas que encierran un gran riesgo de no conseguir el éxito deseado, etcétera.

5. La seguridad jurídica; que es tanto un valor como un principio.
6. La supremacía del bien colectivo respecto del bien individual, y al mismo tiempo la supremacía de la persona respecto a la sociedad.
7. El respeto al derecho de objeción de conciencia por parte de los gobernados.

Por parte de los ciudadanos, sus obligaciones respecto a las comunidades en que se encuentran insertos son también de gran relevancia. Algunas ya se han mencionado.

1. El cuidado de los bienes comunes y públicos.
2. La prestación de servicios gratuitos a la comunidad, con ciertos requisitos de respeto a las circunstancias, a la personalidad y a la situación del prestador.
3. La contribución a los gastos comunes o públicos de manera proporcional y justa.
4. La cortesía, especialmente con los responsables de la marcha de la comunidad, pero en realidad con todos los miembros de la misma.
5. La observación de las reglas del tráfico automotriz, aéreo y de otros vehículos de transportación, especialmente en lo concerniente a no causar accidentes.
6. El servicio de las armas, especialmente en las guerras defensivas; es decir, que respondan a una agresión y en todo aquello que se pueda definir para un bando contendiente como guerra justa.

V. ¿COMO SURGEN LOS PRINCIPIOS EN NUESTRA CONCIENCIA?

Los principios fuertes se captan por intuición inmediata. Nadie se para a razonar por qué es valioso que cualquier gobierno

estimule el conocimiento. Especialmente en épocas de crisis y de urgencias, todos buscan al hombre que sea capaz de hacer un diagnóstico objetivo y aportar soluciones. En una tribu prehistórica podemos imaginar el reconocimiento al miembro de la tribu que supiera si habría lluvias o sequía. Al que pudiera curar las más comunes heridas, al que supiera dónde encontrar a los animales transmigrando, para cazar los necesarios para el sustento del grupo. En tiempos modernos, la importancia de los científicos que supieran armar una bomba atómica se volvía de emergencia nacional, etcétera.

De lo que deducimos que los principios en primer lugar aparecen como valores; y en segundo lugar, se traducen en exigencias jurídicas. Conforme los operadores de las comunidades descubren su importancia para la sobrevivencia de la comunidad o al menos para su bien común, inician su aplicación. De una sola “mirada” intelectual captamos la sinrazón de un asesinato o de un robo de cosas necesarias para una familia. No se sigue un razonamiento sucesivo para pasar de valores a principios. La evidencia de esos ejemplos va a la par de la condenación universal de esas conductas delictivas. Aun pueblos violentos, y agresores de otras culturas condenaban el robo y el asesinato dentro de sus confines, aunque en la guerra todo eso estuviera permitido.

Así, al comprobar la importancia de la vida, y todos por una especie de instinto la captamos, y más si hemos tenido la experiencia de estar a punto de perderla, ya sea cualquiera de nosotros o nuestros seres queridos, deviene esa intuición inmediata en el principio de “no matar” y de asistir a los que están peligro de perderla.

Hay una operación intelectual inmediata entre captar un valor y establecer o descubrir la consecuencia de aceptar el principio que se sigue de ese valor que aparece esencial para la vida del individuo o de la comunidad: reconocer el imperativo de preservar ese valor y reprimir a quien atente contra el mismo es el origen inconsciente a veces del principio correlativo.

Es una reacción inmediata y universal reaccionar contra el ladrón de mi trabajo, o de quien miente ante un tribunal para arrebatarme algo mío.

Aquí se da la frase de Agustín de Hipona: en un debate, su contrincante alegaba: “Agustín, ¿por qué hablas de la verdad como meta suprema? Todos mienten. Todos sabemos que los demás mienten”. Agustín respondió: “es posible que todos mintamos, pero a nadie le gusta ser engañado”.

Intuimos que una sociedad no puede funcionar basada en la mentira. No subsistiría. No importa cuántas veces los políticos engañen a los ciudadanos, pero no dudan en exigir veracidad a sus colaboradores en los estudios e informes que les presentan para la toma de decisiones. Si alguno falla en esa veracidad, es inmediatamente cesado y repudiado por el político, no obstante su indiferencia por decir la verdad sus gobernados. Ningún organismo, institución o grupo humano puede subsistir en la mentira sistemática. De ahí la gravedad y la seriedad de las penas de quien declara falsamente en un procedimiento judicial a sabiendas. Y de ahí que universalmente se condene tal declaración.

Pasando a otro valor, hablaremos del juego. Una forma básica del bien humano, según Finnis. Una sociedad que no admitiera el juego estaría al borde del colapso, por más que nos indigne la pasión con que muchos recurren al mismo, aun cuando las ludopatías destruyan familias y fortunas. “El hombre no puede vivir sin alegría”, decía un pensador medieval.

El valor de la experiencia estética deriva en el principio de que cualquier nueva construcción debe contribuir a conservar la belleza de un barrio urbano. No se puede tolerar un “adefesio” en una zona clásica antigua de gran belleza ni tampoco en una zona nueva o reciente. Los vecinos tienen derecho a vivir en un medio bello, aunque sea discreto. Ello justifica dicho principio.

Todos comprendemos de inmediato la desgracia que significa para un país estar gobernado por un hombre que desvía los recursos públicos en su propio beneficio. La exigencia de que el

gobernante debe ser especialmente honesto hace indiscutible el principio correlativo a esa exigencia. Lo mismo su profesionalidad. No sabemos qué es peor: la ineptitud o la deshonestidad de un gobernante; las dos conducen al caos.

VI. VALOR ARGUMENTATIVO DE LOS PRINCIPIOS

Los principios son el alma de la argumentación. Sin ellos es difícil aun interpretar correctamente las normas positivas más elementales. Como principios, que son consecuencias racionales del respeto a la dignidad humana y del bien común, tienen autonomía de la ley positiva, y toda una carga racional de extensión de los sujetos a los que son aplicables, una medida de su aplicación, límites en su alcance, conductas que abarcan y protegen y conductas que quedan excluidas de su alcance.

Por ejemplo, respecto a la extensión de los sujetos que rige un principio, el bien de un menor ha llevado a que la legislación positiva ordene que la custodia de menores de ocho años quede a favor de la madre. Obviamente, un juez no seguirá esta sabia determinación de la ley si la madre sufre una enfermedad contagiosa o si fuera un desequilibrada mental, o si fuera drogadicta o alcohólica, por la primacía del principio del bien del menor, en los conflictos que requieren determinar la concesión de su custodia.

VII. LÍMITES DEL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS

La libertad de expresión no incluye una supuesta libertad de calumniar. La libertad religiosa incluye la libertad de celebrar los cultos públicos fuera de los templos, pero no en una avenida de gran circulación en una hora pico. Tampoco la de un célebre caso en Estados Unidos en el que un pastor de una confesión protestante manipulaba una víbora de cascabel, con la teoría de

que el que fuera mordido por la serpiente no gozaba del favor de Dios, y fue prohibido ese culto por la autoridad, prohibición avalada por la Suprema Corte de Justicia de ese país. El derecho a la vida y la prohibición de matar, por consiguiente, no se aplica a quien mata en legítima defensa, observando las condiciones prescritas por el derecho positivo.

La medida de aplicación de un principio, si es de origen contractual, hay que buscarla en el título del derecho que se alega. El título es el acto creador del vínculo jurídico u obligación. Si es indemnización por un daño injusto, la medida es la gravedad del daño, y su reparación, en justicia, o si esta fuera imposible, en equidad. Por ejemplo, es imposible reparar la muerte del jefe de familia, sostén de la misma. Por más que se haga, nunca se repondrá la ausencia del asesinado. Entonces entra la equidad, pues siendo imposible reparar la desaparición del jefe de la familia en justicia, la equidad busca una reparación compensatoria. El mantenimiento de los hijos y el pago de su educación, etcétera.

Los principios nunca abarcan todas las conductas de un género al que se refiere el principio. Por ejemplo, un médico sin instrumental ni medicamentos, en una lejana región rural, no puede curar; lo más que puede es lograr algún paliativo para el enfermo sin incurrir en responsabilidad; a veces ni eso. Un padre tiene obligación de suministrar una actividad u oficio o profesión a sus hijos para que logren un nivel de vida digno. Pero si en su localidad no hay universidades ni escuelas de oficios o técnicas, lo más que podrá hacer ese padre de familia es enseñar a sus hijos su mismo oficio, que puede llevarlos a no elevar su nivel de vida respecto al magro nivel de vida del padre. *Nadie está obligado a lo imposible*. En cambio, un hombre en la ciudad puede disponer de muchas ayudas gratuitas para dotar a sus hijos no solo de una especialidad técnica, sino aun de una carrera universitaria.

Por ello, dada la autonomía de los principios respecto al derecho positivo, aun del derecho constitucional y, simultáneamente,

su fuerte contenido racional, que descansa en la dignidad de la persona humana y en la instrumentalización de esa dignidad (es decir, su defensa y promoción), que es el bien común de la sociedad, solo con una cultura profunda de los mismos se podrá argumentar para defender posiciones desde los principios, o bien se podrán contrarrestar pretensiones injustificadas, que se pretenden basar en los principios.

Esa autonomía explica los extensos desarrollos que debe hacer la jurisprudencia para justificar, por ejemplo, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como sus excepciones, pues algunos privilegios de las embarazadas en la vida laboral no le son aplicables al hombre, dado que jamás gestará en su vientre una vida como las mujeres. El viejo principio aristotélico, *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*.

Los principios, como son los derechos humanos, los reconoce la ley positiva, pero no los crea; pero muchas de sus aplicaciones sí las crea, porque están transidas de historicidad. Por ejemplo, el principio dice que el hombre y la mujer tienen derecho a fundar en el matrimonio una familia, siempre y cuando gocen de la madurez necesaria para hacer frente a las obligaciones específicas de fundar una familia. El principio no define la madurez específica que se requiere; eso tiene que detallarlo la ley positiva. Además, esta suele fijar una edad mínima, con la pretensión de establecer por datos sociológicos el momento o edad en que se puede presumir que se posee tal madurez. Este dato también será diferente en zonas geográficas específicas de otras dotadas de características diferentes.

Por eso decía Pascal que la justicia es acusada de debilidad, y la fuerza, de arbitrariedad; por ello hay que procurar que la justicia sea fuerte, y la fuerza sea justa.

La fuerza la da a la justicia el derecho positivo, y la justicia da racionalidad al derecho positivo, impidiendo su arbitrariedad.

TERCERA PARTE

INMIGRACIÓN,
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

ARGUMENTACIÓN Y CASOS DIFÍCILES: EL CASO DE LA INMIGRACIÓN ‘IRREGULAR’

J. Alberto del REAL ALCALÁ

SUMARIO: I. *El caso de la inmigración “irregular”*. II. *Argumentar la legalidad y argumentar la ilegalidad en el caso de la inmigración irregular*. III. *La regla de la “bivalencia jurídica”*.

I. EL CASO DE LA INMIGRACIÓN “IRREGULAR”

A menudo, en el Estado constitucional existe una regulación contradictoria, que genera indeterminación jurídica, con relación a las personas inmigrantes que se encuentran en situación meramente irregular. Esta cuestión es la que aborda el capítulo quinto del libro. La razón es que en estos casos confluyen, por una parte, la implementación legal de prestaciones básicas “universales” para todas las personas y, por otra parte, la política “nacional” sobre inmigración de un país. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, surge la siguiente cuestión: ¿cómo calificar la posición jurídica de miles (o millones) de personas no nacionales que siendo habitantes estables del Estado de derecho no se encuentran del todo en una situación de legalidad, pero tampoco de manifiesta ilegalidad? Si los “inmigrantes irregulares” no son claramente legales, pero tampoco terminantemente ilegales, ¿cuál es la consideración que hace de ellos el derecho?

Respondo a esta pregunta distinguiendo una zona jurídica “entre medias” de la legalidad entera y la ilegalidad sustancial. Para ello, llevo a cabo una consideración crítica de las dos reglas que utilizan los operadores jurídicos con asiduidad para gestionar las cuestiones relacionadas con la inmigración irregular: la “regla de la bivalencia jurídica” (que restringe las calificaciones de la situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la dualidad “o es legal o es ilegal”) y la regla de que “todo lo que no es claramente legal es manifiestamente ilegal” (que conmina al operador jurídico a dar preferencia a la ilegalidad antes que a la legalidad a la hora de abordar la posición jurídica de estas personas).

II. ARGUMENTAR LA LEGALIDAD Y ARGUMENTAR LA ILEGALIDAD EN EL CASO DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

El problema hoy en día es que la ciudadanía nacional es un artefacto demasiado simple con el que gestionar una realidad mucho más tramada en virtud de todos los seres humanos que integran la “población estable” de un Estado de derecho.¹ La división terminante entre “ciudadanos” nacionales y “población extranjera” que produce tal categoría genera aproximadamente, y desde el punto de vista doctrinal y normativo, el siguiente “inventario de beneficios en derechos” asignados por el Estado de derecho a cada una de estas porciones de habitantes.²

¹ Añón, Mo. J., “Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes”, *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, Madrid, núm. 3, 2003, pp. 109-136.

² Según STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3, “la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España debe deducirse de los preceptos que integran el título I [de la Constitución], interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio ‘depende del derecho afectado’ (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE, cuyo primer apartado dispone ‘Los extran-

Así, en primer lugar, la norma constitucional es el núcleo de la lista de derechos que tiene asignada la población extranjera en España.³

En segundo lugar, en general el legislador ordinario no goza de la facultad entera de decidir qué derechos fundamentales otorga a los extranjeros (sean estos legales o no legales) y cuáles les niega.⁴

jeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’, mientras el segundo apartado establece que: ‘solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [CE], salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales’ “.

³ STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. Según el Tribunal Constitucional, “la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España debe deducirse de los preceptos que integran el título I [de la Constitución], interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio ‘depende del derecho afectado’ (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE [Constitución Española], cuyo primer apartado dispone ‘Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’, mientras el segundo apartado establece que: ‘solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [CE], salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales’”.

⁴ STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. Para el Tribunal Constitucional, “el legislador al que remite el art. 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquella depende del concreto derecho afectado”. De modo que “una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)”. Esto quiere decir que *no* está en manos del legislador de cada momento “la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder [a los extranjeros] y cuáles no” se le otorgan. Del mismo modo, “existen en este título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que

En tercer lugar, eso sí, mientras que la distinción entre ciudadanos nacionales y extranjeros es “intraconstitucional”, la subdivisión entre extranjeros “legales” y “no legales” es “extraconstitucional”. Consideración que reconoce expresamente el propio Tribunal Constitucional: “la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad [o irregularidad] de su estancia o residencia en España”.⁵ Esto quiere decir que la situación jurídica del inmigrante “irregular” la viene configurando en gran medida el legislador de cada momento, no la Constitución.

Y en cuarto lugar, a pesar de la fuerte incidencia del legislador ordinario en la posición jurídica del inmigrante irregular, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando el marco de derechos de los que (además de los nacionales) también pueden beneficiarse las personas que se encuentran en aquella situación, y que el legislador ha de respetar. Dicho marco incluye a los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos nacionales que esta institución entiende que son derechos de la persona y no exclusivamente de la ciudadanía nacional. Y que se traducen en aquellos derechos basados en la “dignidad de la persona” como “fundamento del orden político y la paz social establecida por el artículo 10.1 de la Constitución. Para el TC, es este fundamento lo que “obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre” en el Estado de derecho — también, por consiguiente, a los inmigrantes irregulares — “aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la digni-

contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros”.

⁵ Véase STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 2, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 interpuesto por la Letrada del Parlamento de Navarra. En el mismo FJ 2, el TC establece a continuación que dicha distinción no siendo determinada por la Constitución “sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia [entre la regularidad o irregularidad de la estancia en España de los extranjeros] para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere los preceptos o principios constitucionales”.

dad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”.⁶

El marco de derechos vinculados a la dignidad humana estaría integrado por “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica,⁷ pero también el derecho a la tutela judicial efectiva⁸ y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita,⁹ el derecho a la libertad y a la seguridad,¹⁰ y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”¹¹ Determinando el TC que este haz de derechos reconocido “expresamente” por él como derechos de la persona, esto es, “derechos pertenecientes a las personas en cuanto tal”, “no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”.¹² Respecto a otros derechos, el TC ha dejado a la libertad democrática del legislador, a su libertad de configuración normativa, la determinación de las condiciones de ejercicio de —por ejemplo— los derechos de reunión, asociación y sindicación “por parte de los extranjeros que carecen de la corres-

⁶ La STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3, establece que “nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que ‘corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a los españoles’ (STC 107/1984, FJ 3)”, a los extranjeros se les ha reconocido “gozar de ellos ‘en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]’” (STC95/2000, de 10 abril, FJ 3). Siendo estos derechos “los que ‘pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2)”.

⁷ STC 107/1984, FJ 3.

⁸ STC 99/1985, FJ 2.

⁹ STC 95/2003, del 22 de mayo, FJ 4.

¹⁰ STC 144/1990, del 26 de septiembre, FJ 5.

¹¹ STC 137/2000, del 29 de mayo, FJ 1.

¹² STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3.

pondiente autorización de estancia o residencia en España”;¹³ aunque ha reconocido el derecho de huelga a los trabajadores irregulares.¹⁴

En todo caso, para poder identificar y perfilar en el tiempo la lista abierta de derechos de los inmigrantes irregulares que va configurando el legislador de cada momento, el TC ha proporcionado pautas o estándares que, sin embargo, se caracterizan por ser ciertamente abstractos e indeterminados: se trata de “esos derechos y esos contenidos de derechos” que la Constitución “proyecta universalmente” sustentados en los criterios constitucionales de la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social. Derechos que para extraerlos habrá que “partir, en cada caso, del tipo abstracto del derecho y de los intereses que básicamente protege”, entendiendo por tal su “contenido esencial”.¹⁵

Pues bien, la configuración normativa actual de la vigente Ley de Extranjería se ha nutrido necesariamente de la antepuesta doctrina constitucional. Sin embargo, aún lo anterior, social y jurídicamente la inmigración irregular es un asunto infinitamente más complejo de lo que en principio pudiera parecer. De hecho, la casuística empírica sobre la inmigración es absolutamente diversa, presentando variados tipos o grados de posiciones y situaciones respecto a los derechos relacionados con la condición de la ciudadanía.¹⁶ Por supuesto, a este respecto, no es nada problemático el poder identificar la “situación jurídica” del sector

¹³ STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 17.

¹⁴ STC 259/2007, del 19 de diciembre, FJ 9, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por el letrado de la Junta de Andalucía.

¹⁵ STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. La doctrina del contenido esencial de los derechos ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en las SSTC 11/1981, del 8 de abril, 101/1991, del 13 de mayo y ATC 334/1991, del 29 de octubre.

¹⁶ Con relación a esta cuestión, véase De Lucas, J., Solanes, A. y otros, *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; asimismo, Asís Roig, R. de, “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en Ansuátegui Roig, F. J., *et al.*

mayoritario de población que son los ciudadanos nacionales; y asimismo, del sector de población extranjera y en situación legal desde el punto de vista estricto, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que exige la legislación. Se trata, pues, de dos contextos jurídicos claros y determinados, razón por la que no son objeto de mi atención.

Las dificultades surgen cuando nos planteamos la siguiente cuestión: ¿dónde ubicar a los miles (o millones) de seres humanos que habitan establemente un país sin ser nacionales del mismo y no se encuentran del todo en situación legal, pero tampoco están instalados en la plena ilegalidad? Es a esta cuestión a la que dedico el núcleo de mi análisis.

Veamos un caso real que ha tenido lugar en España en enero de 2010, y en el que se pueden apreciar en todas sus dimensiones el problema jurídico que aquí examino. El caso está relacionado con la exigencia legal¹⁷ que tienen los municipios españoles de inscribir en el padrón municipal¹⁸ (la inscripción en el padrón

(eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 199-217.

¹⁷ La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece en su "Artículo 15. Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón". Asimismo, La Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; y 2/2009, de 11 de diciembre), en su "Artículo 6. Participación pública" (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece en su apartado "3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos".

¹⁸ Según la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: "Artículo 16.1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia

municipal supone entrar a formar parte de la lista legal de vecinos de una localidad) a cualquier extranjero (así como la obligación de estos de anotarse allí) que presente pasaporte y un documento que acredite que vive en una casa de la localidad (por ejemplo, una factura de luz o de gas a su nombre puede ser suficiente), independientemente del medio (legal o ilegal) de entrada en España¹⁹ o de que posea o no documentación de permanencia legal en el país.²⁰ Esto es, sin tener en cuenta de si se trata de inmigrantes legales o no legales en ese sentido.

en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”. Y sigue diciendo: “La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente”.

¹⁹ La Ley de Extranjería en su “Artículo 25.1” sobre “Requisitos para la entrada en territorio español” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000), establece que “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”. Según el “Artículo 25 bis. Tipos de visados. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) “1. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.” y “2. Los visados a que se refiere el apartado anterior serán de una de las clases siguientes: a) Visado de tránsito... b) Visado de estancia... c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional... d) Visado de residencia y trabajo... e) Visado de residencia y trabajo de temporada... f) Visado de estudios... g) Visado de investigación...”.

²⁰ La Ley de Extranjería en su “Artículo 29. Enumeración de las situaciones” (redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003), establece que “1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia

La inscripción en el padrón municipal de los inmigrantes solo con el pasaporte, pero que se encuentran indocumentados en los demás aspectos, también denominados “los sin papeles”, genera para ellos ciertos beneficios efectivos del Estado de derecho:²¹ sea el caso del acceso gratuito a los servicios públicos municipales (comedores sociales, alojamiento, albergues, becas, guarderías infantiles, ayudas diversas, etcétera) según proporcione cada ayuntamiento, el acceso efectivo a la sanidad pública²² (a las prestaciones sanitarias públicas de forma totalmente gratuita) o el acceso efectivo a la educación pública²³ (a las matrículas gratuitas en los colegios públicos).

o residencia”. y “2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009).

²¹ La Ley de Extranjería en su “Artículo 14.3. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) establece que “Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen DERECHO A LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS”. Y asimismo, en su “Artículo 6. Participación pública” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece en su apartado “2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación”.

²² La Ley de Extranjería en su “Artículo 12.1. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), determina que “Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

²³ La Ley de Extranjería en su “Artículo 9. DERECHO A LA EDUCACIÓN” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009)” establece que “1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finaliza-

Ocurre, sin embargo, que la exigencia por ley de proporcionar empadronamiento legal a los inmigrantes en situación no legal viene a poner de manifiesto la existencia de “contradicciones” en el sistema jurídico acerca de cómo está regulada la cuestión de la inmigración. Porque, por una lado, la Ley de Extranjería —el instrumento principal que fija los criterios generales de la política de inmigración— en su “Artículo 2 bis. La política migratoria” (introducido por la Ley Orgánica 2/2009), punto “2.g”, establece que “Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: la lucha contra la inmigración irregular”. Y dispone que el inmigrante en situación irregular²⁴ puede ser desde

ción”; “2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles”; “3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social”; y “4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”

²⁴ La Ley de Extranjería en su “Artículo 53. INFRACCIONES GRAVES” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Son infracciones graves: a) ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. Asimismo, “Artículo 53.2. También son infracciones graves” “c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes” y “d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el

multado a “expulsado”²⁵ del territorio nacional,²⁶ mostrando una gran indeterminación en las decisiones sancionatorias;²⁷ y previendo para este último supuesto medidas de aseguramiento, tales como la “detención cautelar”²⁸ y su ingreso preventivo en “Cen-

domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita”.

²⁵ La Ley de Extranjería en su “Artículo 57. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a [ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL], b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”.

²⁶ Según ATC 356/2008, de 10 de noviembre, FJ único, “Este Tribunal ha señalado que, en los casos de expulsión de extranjeros, la efectividad de las resoluciones judiciales, con la consiguiente salida del territorio nacional, podría convertir en ilusoria una eventual concesión del amparo, porque, por un lado, lo que se trataría de impedir con el recurso ya habría tenido lugar y, por otro, pese a que una eventual concesión del amparo pudiera tener como consecuencia la posibilidad de que el recurrente regresase a nuestro país, los perjuicios de carácter personal, económico y familiar sería de imposible resarcimiento (ATC 82/1999, de 12 abril, FJ 2)”.

²⁷ A este respecto, el Tribunal Constitucional exige motivación de la decisión de la Administración de sancionar las conductas de estancia irregular en España con una multa o con la expulsión, a fin de que tal decisión administrativa no vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Según STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3, “es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el art. 24.1. CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores [tal como es el régimen sancionador en materia de extranjería], en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulte de su propia naturaleza (por todas, STC 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), incluyendo en esas garantías el deber de motivación”. En consecuencia, “la imposición de la sanción de expulsión [y no de una multa] no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración”.

²⁸ La Ley de Extranjería en su “Artículo 61. MEDIDAS CAUTELARES” establece “1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el

tros de Internamiento de Extranjeros” (CIE) mientras se realiza la tramitación del expediente sancionador,²⁹ lo que significa llegar a considerar a estas personas como “ilegales” en toda la extensión de la palabra.

Pero, por otro lado, tanto la misma Ley de Extranjería como la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local —la ley de Gobierno de los Entes Locales— obliga a los ayuntamientos de España —como he mencionado— a legalizar en su padrón municipal, incluso a los que se encuentren en la anterior situación no legal. Y este empadronamiento legal no es baladí, porque aunque su función principal es la de conocer el número de personas que residen en España, tiene consecuencias jurídicas muy relevantes para los legalmente allí inscritos.

Como no puede ser de otro modo, por la naturaleza de esas consecuencias (disfrute efectivo de derechos), ellas están asociadas precisamente a la existencia de legalidad y surten efectos respecto a determinados derechos relacionados con la condición

que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: (Redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003) a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Residencia obligatoria en determinado lugar. c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas. e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente”. (introducido por la Ley Orgánica 2/2009).

²⁹ La Ley de Extranjería en su “Artículo 62. INGRESO EN CENTROS DE INTERNAMIENTO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a [INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR], d y f del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador”.

de la ciudadanía. De modo que a partir del empadronamiento legal en un municipio se genera un haz de beneficios (en forma de efectivos derechos), que no pueden ser sino característicos de la presencia de legalidad del Estado de derecho: tales como, por ejemplo, el acceso a los servicios públicos municipales, el acceso a la sanidad pública y el acceso a la educación pública sin coste económico alguno para el usuario. Lo relevante aquí es que estos beneficios en efectivos derechos de los que el inmigrante irregular puede disfrutar legalmente vienen a conformar una especie de “legalidad” derivada de la legislación estatal, brotada a partir del padrón municipal, que reviste e impregna a todos los allí inscritos (aun siendo personas extranjeras en situación irregular), los cuales quedan afectados, sujetos y beneficiados por ella. Téngase en cuenta que difícilmente puede negarse que el ejercicio y disfrute legal de un haz de derechos legales (atribuidos por la ley) constituye sino una “situación de legalidad” para el inmigrante irregular.

Sin embargo, esta “legalidad” choca abiertamente con la condición de “ilegalidad” que en otros aspectos la Ley de Extranjería establece para (y con la que califica jurídicamente a) las mismas personas (inmigrantes en situación irregular) y con motivo de la misma situación en la que se encuentran. Resulta, además, que la administración local recibe el mandato contradictorio de luchar contra la inmigración irregular (artículo 2 bis de la Ley de Extranjería), pero al mismo tiempo la exigencia inversa de empadronar a los inmigrantes aun su situación irregular (artículo 6.3 de la Ley de Extranjería y artículo 15 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local).

El escenario jurídico que aquí se configura consiste en que mientras que para determinados aspectos —según hemos visto— de la regulación que establece una ley estatal (Ley de Extranjería) los inmigrantes irregulares son personas “claramente ilegales” en el pleno sentido de la palabra, y esta calificación genera los efectos jurídicos consistentes en la posible exigencia (obligación) legal (para la administración) de su expulsión;

opuestamente, desde también la legislación estatal (en otros aspectos de la Ley de Extranjería y la Ley que regula el Gobierno local), a la misma vez, para los mismos sujetos y con relación al mismo ordenamiento jurídico, la exigencia no es la de expulsión, sino todo lo contrario: el mandato a la administración (local) de que incorpore a los inmigrantes meramente irregulares a una cierta legalidad, generándose ahí unos efectos jurídicos completamente inversos a los anteriores: la de asignarle a esas personas beneficios (en efectivos derechos públicos) identificativos del derecho del Estado de derecho. Y en la cuadratura del círculo, sin embargo también la administración local debe cumplir a su vez con la exigencia (de la Ley de Extranjería) de combatir la inmigración irregular.

Si un mismo ordenamiento jurídico sitúa a las mismas personas, al mismo tiempo y por la mismas circunstancias en el campo de la legalidad y también en el campo de la ilegalidad, la primera observación que se puede hacer es que la normativa en vigor que regula la situación del inmigrante irregular en España adolece, considerada en su conjunto, de una fehaciente “indeterminación”³⁰ a causa de sus manifiestas contradicciones.³¹

³⁰ Un análisis detallado de las fuentes de la indeterminación puede verse en Endicott, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, traducción española de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 63-97; véase asimismo, Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Del Real Alcalá, J. A., “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley Constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 11, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre, 2002, pp. 223-250; y Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

³¹ Para salvar estas contradicciones se ha utilizado la siguiente argucia argumentativa: la Ley de Extranjería utiliza un “concepto legal”: el concepto de tener “residencia legal” en España; y la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de Entidades Locales utilizan un “dato fáctico” (domicilio habitual) pero no un “dato jurídico” (tal como si sería residencia legal) como base o fundamento de la inscripción en el padrón (interpretación que omite que todo dato, tenga la naturaleza que ten-

Esta indeterminación³² sobre cuál es la regulación que se aplicará (y el trato que recibirá de la administración a un inmigrante irregular en España (pues en cualquier momento puede ser detenido y expulsado,³³ pero puede ir legalmente al médico y a la escuela), ha dado lugar a relevantes controversias jurídicas. Una de las más polémicas ha tenido lugar en enero de 2010, a raíz de que el Ayuntamiento de Vic (Barcelona) —ciudad de unos 40,000 habitantes, en la que la inmigración es aproximadamente un 25 por ciento del total de la población del municipio— pretendía alumbrar una normativa (municipal) que excluía del empadronamiento, y consiguientemente imposibilitaba el acceso a los servicios públicos municipales y el disfrute de los derechos públicos a los inmigrantes indocumentados, también denominados “sin papeles”. A partir de este caso —que ha saltado a los medios de comunicación— se ha conocido que igualmente el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz (Madrid) estaba prohibiendo el empadronamiento a aquellos inmigrantes en cuyo pa-

ga, en cuanto entra a formar parte del Derecho, ya es también un dato jurídico, sometido al igual que los demás a las reglas del derecho). Además, se aduce que no es competencia de los ayuntamientos comprobar la residencia legal del extranjero —sino de la Policía—; y que la inscripción padronal no es un acto administrativo del que se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función (aunque, sin embargo, genera legalmente la importante asignación y el disfrute de ciertos derechos fundamentales para el inmigrante irregular).

³² Del Real Alcalá, J. A., “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, núm. *Jueces para la Democracia*, núm. 56, Madrid, julio/2006, pp. 48-58.

³³ Desde la STC 95/2003, del 22 de mayo promovida por el Defensor del Pueblo, los inmigrantes irregulares que se hallen en España también tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita como parte de su derecho a la tutela judicial efectiva; derechos que recoge la actual Ley de Extranjería en su artículo 20 (derecho a la tutela judicial efectiva), artículo 21 (derecho al recurso contra los actos administrativos) y artículo 22 (derecho a la asistencia jurídica gratuita). Sin embargo, según STC 303/2005 de 24 de noviembre, FJ 5, el “procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando [...] la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de Extranjería”.

saporte figura el visado de turista (inmigrantes irregulares)³⁴ y no tienen en ese sentido permanencia legal en España.³⁵ El Colegio de Abogados de Madrid consideró esta práctica “ilegal” de acuerdo con la legislación reguladora en vigor.

Tras una consulta jurídica a la Abogacía del Estado, el Ministerio de Justicia español determinó (y así lo notificó al Ayuntamiento de Vic) que en España: 1) “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal procede con independencia de que los mismos tengan o no residencia legal en territorio español, por lo que, en consecuencia, no resulta procedente denegar la inscripción so pretexto de que el ciudadano extranjero no reside legalmente en España”, y 2) que “a efectos de tramitar las solicitudes de inscripción en el padrón municipal, debe entenderse y considerarse como válido y suficiente un pasaporte aunque no cuente con el preceptivo visado” y no se cumplan las condiciones para permanecer legalmente en España. De modo que el único documento que puede exigirse para el empadronamiento por parte de la administración municipal es el pasaporte (no la tarjeta de residencia legal), en el que además da igual que conste o no el visado para la entrada legal en el país, acto respecto del cual la administración (municipal) no ha de pedir justificación.

³⁴ Este ayuntamiento también viene negando el empadronamiento legal a los inmigrantes que tienen pasaporte, pero no pueden acreditar su entrada legal en España; por ejemplo, porque llegaron clandestinamente en “pateras” (barcazas) a las costas españolas desde el África subsahariana, pero trajeron su pasaporte.

³⁵ A fin de acabar con los denominados “pisos patera” donde se hacían los inmigrantes, este ayuntamiento también exige para el empadronamiento legal justificar el parentesco con los inquilinos con los que se habita conjuntamente el piso para poder darse de alta. En caso contrario, la capacidad máxima que admite el ayuntamiento es de empadronar a una persona por cada veinte metros cuadrados del piso, por lo que en un piso de sesenta metros cuadrados no permite empadronar a más de tres personas. Las falsedades u omisiones se sancionan en la hoja de inscripción con una multa de 900 euros. Por la situación habitual actual de los inmigrantes irregulares, que se encuentra sin papeles de residencia legal y con frecuencia en paro, ellos justifican ese hacinamiento por “necesidad”.

Esta respuesta oficial del Ministerio de Justicia de que es obligatorio empadronar a cualquier extranjero legal o no legal que viva en un municipio español únicamente con el pasaporte tuvo el respaldo del Consejo General de la Abogacía de España, que además afirmó que “ninguna norma exige al extranjero probar que su residencia en España es regular”, por lo que ningún ayuntamiento español puede negar el empadronamiento a los denominados extranjeros *sin papeles* o indocumentados en situación irregular.

III. LA REGLA DE LA “BIVALENCIA JURÍDICA”

Según lo antepuesto, si los inmigrantes irregulares no parece que se encuentren claramente en una situación de legalidad, pero tampoco de plena ilegalidad, ¿cómo los considera entonces el ordenamiento jurídico?, ¿en qué situación jurídica los ubica verdaderamente el derecho? Responder a esta cuestión nos lleva a plantear otra: ¿existe algún margen entre la legalidad y la ilegalidad en el Estado de derecho en el tema de la inmigración?

Veamos. Está claro que la inmigración irregular no se corresponde con la situación que proporciona los máximos y plenos beneficios en derechos que asigna el Estado de derecho; esto es, el estatus de ciudadanía plena (ciudadanía nacional). Y también es seguro que no puede encuadrársela en el grupo de población extranjera en situación legal desde un punto de vista estricto, dado que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello. Por lo que, en un principio, si no se encuentra en una posición legal, la única alternativa que pareciera que nos ofrece el ordenamiento jurídico es la de ubicar a estas personas en los parámetros de la “ilegalidad”, y calificar jurídicamente sin más a los extranjeros que se encuentran en situación irregular como población extranjera ilegal. De hecho, esta elección jurídica (que contiene también una determinada pauta política) suele tener aceptación en la comunidad de juristas y en algunos

legisladores. Significa asumir que la calificación de la situación jurídica de las personas extranjeras está sometida únicamente a la dualidad que plantea la siguiente opción, que por tal es una “opción bivalente”: o es una situación de legalidad o lo es de ilegalidad, excluyéndose cualquier otra posición que no sean las dos referidas.

En verdad, no creo que la “regla de la bivalencia jurídica” sea suficiente ni oportuna para calificar a toda la rica casuística que proporcionan los temas de inmigración.³⁶ El profesor de Oxford, Timothy Endicott, ha definido el concepto de “bivalencia jurídica”:

Es una característica común de los ordenamientos jurídicos el que las instituciones jurídicas tratan los estándares jurídicos como si su aplicación fuera bivalente. Por supuesto que el contenido esencial de las órdenes de los tribunales no es bivalente: las penas para los delitos y la reparación del daño en el derecho público y privado varían comúnmente dependiendo de la gravedad de los delitos y del daño ocasionado, etcétera. Pero las resoluciones sí son bivalentes. Los abogados hablan como si todos fueran culpables o inocentes, responsables o no responsables. Además, los tribunales llegan a un resultado o a otro. Podemos denominar a esta forma de abordar la posición jurídica de las personas como ‘bivalencia jurídica’... La bivalencia [jurídica] es, como [John] Finnis sugiere un mecanismo para enfrentarse a la complejidad de los asuntos y a la necesidad de resultados inequívocos [en el Derecho].³⁷

Desde mi punto de vista, y así lo he escrito, la bivalencia jurídica es “un dispositivo técnico” que trata a toda afirmación como “o verdadera o falsa”, y “significa abordar de una forma dual (positiva o negativa) la posición jurídica de los ciudadanos”, representando “el esquema conceptual de respuestas” de las que

³⁶ Del Real Alcalá, J. A., “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en Ansuátegui Roig, F. J., *et al*, (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, *cit.*, pp. 177-198.

³⁷ Endicott, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 121.

dispone el operador jurídico cuando tiene que calificar desde el derecho una determinada situación. Por tanto, es un “dispositivo enormemente útil porque facilita... [al operador jurídico] la toma de decisiones”.³⁸ Ahora bien, como puede apreciarse, es un mecanismo técnico que añade el operador jurídico, y del que este se vale para hacer más fácil el poder calificar la situación jurídica de las personas (en nuestro caso, los inmigrantes irregulares). Constituyendo, en este sentido, una regla que le ayuda a determinar el derecho aplicable. Pero no es una regla establecida por el derecho como tal ni que el ordenamiento obligue a utilizar.³⁹ Y, ni mucho menos, su concurrencia ha de predeterminar un resultado cuando se evalúa una situación jurídica.

No comparto que el encerrar la consideración jurídica de la inmigración en el dilema “legal o si no ilegal”, tal como resulta de la utilización en estos temas de la regla de la bivalencia jurídica, sea la forma más óptima de apreciar el trato normativo que recibe el inmigrante irregular en la legislación española, según hemos relatado.⁴⁰ Téngase en cuenta que si bien respecto a la condición de la ciudadanía la inmigración irregular no tiene una posición de legalidad contundente, tampoco la tiene de ilegalidad en todas las dimensiones susceptibles de serlo, dado que en ciertos aspectos —como he afirmado anteriormente— el inmigrante irregular está investido de legalidad (al menos, de alguna clase de legalidad del Estado de derecho). Valorar a este segmento de habitantes estables de nuestras democracias constitucionales como población ilegal sin más no parece lo más atinado a la hora de describir cuál es su verdadera situación ante

³⁸ Del Real Alcalá, J. A., “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 1, 2007, México DF, p. 360.

³⁹ Sobre la decisión judicial facilitada por el mecanismo de la bivalencia jurídica, véase *ibidem.*, pp. 360-362 y 404-405.

⁴⁰ Acerca de la decisión judicial que desborda el mecanismo de la bivalencia jurídica y de la subsunción, véase *ibidem.*, pp. 388-390.

el derecho, porque estaríamos “invisibilizando” toda aquella dimensión de legalidad conferida que normativamente también posee el inmigrante irregular.

Podría decirse que, en realidad, la situación y posición en la que el sistema jurídico ubica a los inmigrantes irregulares se asemeja en mucho a una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad contundentes. Esta zona (o situación) jurídica no es equiparable con el ámbito de la ilegalidad tajante (es decir, en el sentido de completa), y por eso no es correcto jurídicamente (ni justo) hacer desembocar la mera irregularidad de las personas inmigrantes en el ámbito de la ilegalidad manifiesta. Aunque bien es verdad, tampoco esta zona entre medias se corresponde con una “legalidad fuerte” o plena que la asimilara al contexto jurídico definido para las personas extranjeras en situación legal en todos los sentidos susceptibles de serlo.

Plantear un tercer espacio jurídico con relación a la inmigración tiene la ventaja de conseguir desplazar a los inmigrantes irregulares fuera del alcance de la muy utilizada regla de la bivalencia jurídica (y de la alternativa restringida que ella contempla: es legal o si no ilegal), para ubicarlos en una zona diferente que refleje mejor su auténtica posición ante el derecho, localizada entre medias de la legalidad y la ilegalidad. Y singularizada porque en ella la legalidad ha dejado de brillar con toda la intensidad de la luz propia, y en consecuencia ya no genera todos los beneficios en derechos que le son característicos en el Estado de derecho, pero sí algunos de ellos, y que al mismo tiempo no supone de ningún modo haber entrado en un espacio de ilegalidad sustancial. Por lo que dicho tercer espacio o situación jurídica se correspondería con —y vendría a ser expresión más bien de— una zona de “legalidad débil”, pero en cualquier caso distinguible de la ilegalidad plena (equiparada en ocasiones también a criminalidad).

Diferenciar (opuestamente al modo en el que aborda estas cuestiones la regla de la bivalencia jurídica) tres situaciones o posiciones jurídicas con relación a la inmigración: a) la “legali-

dad”, en el sentido de legalidad plena entendida como manifiesta, clara, expresa, que es la legalidad fuerte; b) la “irregularidad o zona entre medias”, que es un espacio de legalidad débil, y c) la “ilegalidad”, en el sentido de ilegalidad sustancial como contundente ilegalidad; puede ayudarnos a entender mejor las indeterminaciones a consecuencia de las contradicciones (mencionadas) que parecen resultar de la legislación española en vigor, y de las que también adolecen otros sistemas jurídicos. Este haz de zonas o situaciones jurídicas desde las que observar la inmigración también nos muestra una graduación —que va de mayor a menor— en la asignación de derechos relacionados con la condición de la ciudadanía:⁴¹ sin lugar a dudas, los más importantes beneficios o ganancias que el Estado de derecho atribuye a los individuos que habitan dentro de su ámbito competencia.⁴²

IV. LA REGLA DE QUE “TODO LO QUE NO ES CLARAMENTE LEGAL ES (MANIFIESTAMENTE) ILEGAL”

Cuando gestionamos los temas de inmigración en las democracias constitucionales, habitualmente los juristas no identificamos una tercera zona o situación jurídica en la que el ordenamiento probablemente sitúa a los inmigrantes irregulares, distinguible de la clara legalidad y de la contundente ilegalidad. ¿Por qué ocurre esto? La razón es que además de la regla de

⁴¹ Añón, Ma. J., “Extranjeros inmigrantes: derechos sociales e integración social”, *Derechos Ciudadanos. Revista de los Defensores del Pueblo Autonómicos*, Alicante, núm. 0, 2005, pp. 5-17; asimismo, De Lucas, J. (dir.), “*Derechos de las minorías, en una sociedad multicultural*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; y Gargarella, R., “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, núm. 19, 1996, pp. 357-372.

⁴² Ansuátegui Roig, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 57-72.

la bivalencia jurídica, con frecuencia también administramos las cuestiones de inmigración desde otra regla: la regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”. Viene a significar que todo lo que no es legal en toda su extensión hay que tomarlo por enteramente ilegal. Según esta regla, el operador jurídico ha de dar siempre preferencia a la ilegalidad a la hora de calificar una situación jurídica, a no ser que la legalidad sea muy clara y expresa, absolutamente llena y plena. Lo que más llama la atención es que tanto la regla de la bivalencia jurídica como esta otra no están establecidas por el sistema jurídico, sino determinadas por las premisas (morales y políticas) de los operadores jurídicos que aplican e interpretan el derecho en las cuestiones de inmigración.⁴³

Al igual que la regla de la bivalencia jurídica, la regla de que “todo lo que no es expresa y claramente legal es (manifiestamente) ilegal” es también una regla para la determinación del derecho, utilizada con frecuencia por las mayorías para conservar el status quo.⁴⁴ Pero también es algo más: expresa unas determinadas premisas morales y políticas (y no otras) acerca de cómo catalogar jurídicamente a personas (en este caso, inmigrantes) que el derecho no termina por considerar ni claramente legales ni terminantemente ilegales. Posiblemente una imprecisión tal⁴⁵ es susceptible de dejar en manos de la discrecionalidad del ope-

⁴³ Luzzati, C., “Le definizioni implicite dei giuristi”, *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 215-224.

⁴⁴ Asís Roig, R. de, “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, *Revista de Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 255-278.

⁴⁵ Del Real Alcalá, J. A., “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, septiembre-diciembre 2006, México, IJ-UNAM, pp. 755-775; asimismo, Luzzati, C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Milano, Giuffrè, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, 1999; Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 4a. ed., Abeledo-Perrot, 1998, pp. 28-35.

rador jurídico⁴⁶ si esta clase de personas son encuadrables en el ámbito de la legalidad expresa o de la ilegalidad manifiesta. Circunstancia que explica los vaivenes jurídicos hacia la legalidad o la ilegalidad que reciben las personas inmigrantes en situación irregular en función de cada operador jurídico.⁴⁷ Por supuesto, el vaivén hacia la ilegalidad tiene lugar cuando un operador jurídico aborda la situación jurídica del inmigrante irregular desde la regla que aquí tratamos, y dictamina que la irregularidad, por no ser legalidad clara, plena y expresa, hay que tomarla (y calificarla jurídicamente) como ilegalidad.

Claro está, al decidir así y no de otra manera, el operador jurídico está asumiendo una opción jurídica (y política) —acerca de las personas que se encuentran en esas circunstancias— por la que equipara la legalidad débil de la que ellos están revestidos con la ilegalidad a secas (o ilegalidad sustancial, contundente). Se trata, pues, de una regla que se utiliza con el objetivo de conseguir una práctica aplicativa, o interpretativa, o jurisprudencial o doctrinal de carácter restrictivo a la hora de considerar a las personas inmigrantes.⁴⁸ De hecho, se va consolidando la tendencia en nuestros ordenamientos, de que la situación jurídica de los inmigrantes irregulares caiga cada vez con más frecuencia del lado de la ilegalidad (y no al contrario), aceptándose en estos casos que la zona entre medias de la legalidad y la ilegalidad es perfectamente asimilable a una zona de ilegalidad contundente.

⁴⁶ Del Real Alcalá, J. A., “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 355-417; y asimismo, Del Real Alcalá, J. A., “La indeterminación de la ‘estructura del deber’ de los jueces en el Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIII, Madrid, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 241-265.

⁴⁷ Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995; asimismo, Barranco Avilés, Ma.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F. J. Ansuátegui, Madrid, Marcial Pons, 2004.

⁴⁸ Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999.

Tendencia cuya desembocadura natural es que nuestros Estados de derecho acaben promoviendo no solo que “todo lo que no es clara legalidad debe asimilarse a ilegalidad manifiesta”, sino también que ésta ha de equipararse a la infracción penal y, por consiguiente, al ámbito criminal.⁴⁹ El resultado estúpido que aquí se persigue es, pues, no ya ilegalizar a la inmigración irregular, sino prácticamente criminalizarla.⁵⁰

¿Es aceptable gestionar la inmigración irregular desde una regla como ésta? Hay que decir que cuando, en estos temas, la aplicación e interpretación del derecho está gobernada no solo por la “regla de la bivalencia jurídica”, sino asimismo por la regla de que “lo que no es clara y expresa legalidad es ilegalidad”, ahí es susceptible de constatarse una gran contradicción con las mismas bases conformadoras del Estado constitucional de derecho. La razón es que esta regla en última instancia aborda nuestra consideración del principio de intervención del derecho (y en mayor medida del derecho penal), y en verdad no es afín al Estado de derecho.

Acordémonos que nuestras democracias constitucionales tienen una raíz liberal (en sentido político y moral) en relación con aquellas acciones que interesa regular al derecho, y por tal se rigen por el principio general de que “todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido”. Son los regímenes au-

⁴⁹ Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Desde el punto de vista del derecho penal, el interés del Estado por controlar el flujo migratorio constituye un bien jurídico protegido.

⁵⁰ Laurenzo Copello, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en Carbonell Mateu, J. C., González Cussac, J. L., Orts Berenguer, E., Cuerda Amau, Ma. L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1149-1172; este texto puede verse también en Laurenzo Copello, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en Rodríguez Mourullo, G., Cancio Melía, M. y Pozuelo Pérez, L. (coords.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, pp. 223-249.

toritarios los que invierten este principio liberal para basar sus ordenamientos jurídicos en un principio contrario: “todo lo que no está autorizado expresamente, está prohibido”.⁵¹ En el tema de la inmigración irregular ¿cuál de estos principios concuerda con la regla de que lo que no es clara y expresamente legal es ilegalidad? Sin duda, el segundo, cuando lo correcto, justo y congruente en el ámbito del Estado constitucional de derecho debiera ser que prevaleciera el primero. Esto me lleva a afirmar que a menudo en el tratamiento jurídico que damos a la inmigración se han confundido e invertido las bases políticas habituales que han configurado históricamente al Estado de derecho para ser sustituidas por reglas restrictivas que chirrían con la propia esencia liberaldemocrática que lo sustenta.⁵²

⁵¹ Dahl, R. A., *La democracia y sus críticos*, 7a. ed., Barcelona, Paidós, 2002; y Elster, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

⁵² Para combatir la interpretación que lleva a la inmigración irregular a caer del lado de la ilegalidad, el 25 de enero de 2010 la ONG. “Andalucía Acoge” hizo un llamamiento a todos los ayuntamientos de que no pretendan limitar los derechos fundamentales de estas personas negando su empadronamiento con el pretexto de que su mantenimiento endeuda las arcas municipales y es caro.

CASOS INDÍGENAS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA¹

Óscar PÉREZ DE LA FUENTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. El pluralismo *de los pluralismos*. III. *Teorías de la interpretación*. IV. *Teorías del significado*. V. *Casos judiciales indígenas*. VI. *Algunas conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es poner en conexión la teoría y la práctica en los casos indígenas. En concreto, en la primera parte se expondrán —muy brevemente y de forma casi esquemática— una serie de teorías sobre diversos tipos de pluralismo y sobre la interpretación judicial, y en la segunda parte se aplicarán estas teorías a una serie de casos de temática indígena. La hipótesis a dilucidar es la relevancia de la elección de la teoría que subyace en las decisiones de los jueces.

II. EL *PLURALISMO* DE LOS PLURALISMOS

Hablar de pluralismo es habitual en las sociedades actuales. Sin embargo, no siempre se refiere a lo mismo; por eso es conve-

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.

niente definir los niveles del debate sobre el pluralismo: *pluralismo moral*, *pluralismo cultural*, *pluralismo jurídico*.

1. *Pluralismo moral*

Dentro del pluralismo moral se pueden dar tres posiciones: *monismo*, *relativismo* y *pluralismo*. En primer lugar, el monismo afirma que existe una única respuesta para cada caso, que los seres humanos pueden conocerla. También sostiene que los valores son armónicos y existe una única jerarquía de valores. En segundo lugar, está la visión opuesta, el relativismo, que tiene dos sentidos. El relativismo, en sentido fuerte, sostiene que no existen valores morales. Se trata de un escepticismo moral. El relativismo, en sentido débil, sostiene que los valores son internos a un grupo o cultura. En tercer lugar, el pluralismo sostiene que existen valores morales, que éstos son plurales y que están en conflicto. Los valores, en ocasiones, son inconmensurables, lo cual aboca al liberalismo agonista, que han defendido Berlin y Gray.²

2. *Pluralismo cultural*

Sobre la relevancia moral de la identidad cultural existen varias posiciones, que muy sintéticamente podrían resumirse en las siguientes: a) *liberalismo igualitario*: defiende una aplicación igualitaria de los derechos individuales, sin justificar excepciones por motivos culturales. Autores en esta línea son, entre otros, Rawls, Habermas, Barry; b) *culturalismo liberal*: defiende medidas en función de grupo para proteger al colectivo frente a otros —protecciones externas—, pero no justifica las medidas que van contra la autonomía o la igualdad de los miembros del grupo —restricciones internas—. Autores que defienden esta visión son, entre otros, Kymlicka, Raz, Tamir, Miller; c) *multiculturalismo*: mantiene

² He analizado en extenso monismo, relativismo y pluralismo en Pérez de la Fuente, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 146-164.

que la diferencia cultural es siempre positiva. Está a favor de los derechos colectivos, aun si van en contra de los derechos individuales. Autores con esta visión son, entre otros, Parekh, Taylor, Young.³

3. *Pluralismo jurídico*

Para analizar esta cuestión se seguirán las definiciones que proporciona Griffins. En primer lugar, la ideología del centralismo jurídico considera que el derecho es y debe ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, exclusivo de todo otro derecho, y administrado por un conjunto sencillo de instituciones estatales.⁴ En segundo lugar, el pluralismo jurídico, en sentido fuerte, sostiene que no todo el derecho es derecho estatal, no está administrado por un conjunto sencillo de instituciones jurídicas estatales, y el derecho no es uniforme ni sistemático. En tercer lugar, el pluralismo jurídico, en sentido débil, afirma que la soberanía (implícitamente) manda (o la norma fundamental válida) diferentes órganos de derecho para diferentes grupos de la población. En general, estos grupos están definidos por determinadas características, como la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la geografía. Este pluralismo jurídico está justificado como una técnica de gobernanza sobre bases pragmáticas.⁵

III. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

En este ámbito existen muchas teorías. Aquí se pretenden mostrar de forma muy breve y esquemática varios enfoques de

³ He analizado las posiciones sobre la relevancia moral de la identidad cultural en Pérez de la Fuente, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, cit., pp. 221-227 y 254-344.

⁴ Griffins, John, "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, 1986, p. (1-55) 3.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

la interpretación. En un célebre ensayo, Hart describió tres concepciones de la interpretación como: *pesadilla*, *noble sueño* y *vigilia*.

Pesadilla. Hart describe esta visión así: “a pesar de pretender lo contrario, los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del Derecho existente”. Se considera como si la aplicación fuera esencialmente una forma de crear derecho.⁶ Este enfoque está próximo a las diversas versiones del realismo jurídico.

Noble sueño. Para Hart, esta visión es la opuesta a la anterior: los jueces nunca crean derecho, buscan el derecho adecuado. En este sentido, afirma: “esto significa que para todo supuesto imaginable hay alguna solución que previamente es derecho y aguarda a ser descubierta. Nunca debe suponer que el derecho es incompleto, inconsistente o indeterminado; cuando así lo parece, el defecto no está en el juez, de forma que no resta ningún espacio para que el juez, eligiendo entre las alternativas posibles, cree derecho”.⁷ El paradigma de esta visión de la interpretación es Dworkin.

Vigilia. Aunque no lo desarrolla en este ensayo, parece que la visión con la que Hart se identifica es una posición intermedia de las anteriores, donde los jueces, a veces, encuentran el derecho adecuado y, a veces, crean derecho. En este sentido, afirma: “como otras pesadillas y otros sueños, son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que, a veces, los jueces hacen una cosa y otras veces, otra”.⁸

Un tema interesante, desde la perspectiva hartiana, es determinar cuándo los jueces tienen discreción. Desde esta perspectiva, Hart considera que en ocasiones el derecho está indeterminado,

⁶ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas, R; Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 331.

⁷ *Ibidem*, p. 342.

⁸ *Ibidem*, p. 348.

no da una única respuesta claramente. Entre otras situaciones, Hart se refiere específicamente a tres fenómenos:

El primero es la textura abierta del lenguaje, a la que Hart se refiere como “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”.⁹ En la delimitación de significados existe una zona de penumbra que no está claro que sea aludida por el término en cuestión. Existe vaguedad en los casos límite o *borderline*.

El segundo es la relativa indeterminación de objetivos, que Hart describe como “los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar”.¹⁰ Esto está relacionado con las visiones que consideran que algunas normas jurídicas son condicionales derrotables.

El tercero es la incompletitud del derecho, donde Hart, en el *postscript*, se refiere a “casos que no son meramente ‘casos difíciles’, controvertidos en el sentido que juristas razonables e informados puedan discrepar sobre qué respuesta es jurídicamente correcta, sino que el Derecho en esos casos es fundamentalmente incompleto: no provee respuesta a la cuestión que se trata en esos casos”. A esta restringida función de creación del derecho para estos casos, Hart la denomina ‘discreción’.¹¹ Es importante destacar que para Hart la discreción no se produce en los casos difíciles, sino en los casos donde el derecho está incompleto.

⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, traducción de Genaro Carrió, p. 159.

¹⁰ *Ibidem*, p. 160.

¹¹ Hart, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 252.

IV. TEORÍAS DEL SIGNIFICADO

En este ámbito, la teoría descriptiva del significado, que ha sido defendida, en la tradición empirista de Hobbes y Locke, por Frege y Carnap, frente a una teoría causal del significado, que ha sido sostenida, con cierta inspiración aristotélica, por Kripke y Putnam. Recientemente, en un trabajo titulado *Desacuerdos en derecho*, Moreso ha hecho una defensa de la teoría causal, en estos términos:

(...) mostrar el atractivo de abandonar, en la teoría de la interpretación jurídica, una concepción convencionalista del significado, con arreglo a la cual lo que las expresiones lingüísticas significan depende de las descripciones que los usuarios del lenguaje asociamos convencionalmente con ellas y sustituirla por una concepción que acomode la idea de que es la referencia la que determina el significado, la idea de que hay —como quería Aristóteles— propiedades *esenciales* de las cosas¹²

Para intentar sintetizar la teoría descriptiva del significado, Hart ha sostenido las siguientes tesis:

- a) Los esfuerzos para definir palabras como ‘empresa’, ‘derecho’, o ‘deber’ revelan que éstos no tienen una conexión directa con contrapartes en el mundo de los hechos que las palabras más ordinarias tienen; b) Las nociones jurídicas fundamentales podrían quizá no ser definidas, sólo descritas; c) Los términos jurídicos pueden sólo ser aclarados considerando las condiciones bajo las cuales las declaraciones sobre su uso característico son verdad.¹³

¹² Moreso, José Juan *et al.*, *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 46.

¹³ Hart, H. L. A., “Theory and definition”, en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 23 y 47.

Una visión cercana, aunque no idéntica, a la teoría causal, la ofrece Dworkin, cuando sostiene las siguientes tesis:

- b) Los conceptos de libertad, democracia, etcétera, actúan en el razonamiento y en el discurso ordinario como conceptos interpretativos de valor. Su sentido descriptivo es controvertido, y la controversia versa sobre qué asignación de un sentido descriptivo captura o plasma mejor ese valor; b) Los conceptos políticos no son clases naturales, pero comparten con éstas que son reales —no dependen de la invención, de la creencia o de la decisión de nadie— y poseen una estructura profunda que explica sus manifestaciones concretas.¹⁴

V. CASOS JUDICIALES INDÍGENAS

A continuación se aplicarán las teorías, muy brevemente analizadas anteriormente, a los casos indígenas siguientes: a) *tráfico de tesoros nacionales*; b) *violación impropia*; c) *matrimonio privignático*. El objetivo es mostrar la relevancia de la conexión entre la teoría y la práctica.

1. *Caso tráfico de tesoros nacionales*

El Código Penal de Guatemala prevé una pena para el delito de tráfico de tesoros nacionales, en estos términos:

Artículo 332 C *Tráfico de Tesoros Nacionales* Se impondrá prisión de seis a quince años y multa de cinco mil a diez mil quetzales a quien comercializare, exportare o de cualquier modo transfiera la

¹⁴ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, traducción de Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 168 y 173.

propiedad o la tenencia de alguno de los bienes señalados en los artículos anteriores, sin autorización estatal.¹⁵

El artículo 332 A sobre *hurto y robo de tesoros nacionales*: se refiere a, entre otros, “2) Bienes de valor científico, cultural, histórico y religioso; 3) Antigüedades de más de un siglo, (...); 4) Objetos de interés etnológico”.¹⁶

En aplicación de este artículo se produce un caso, que relata Courtis, en una sentencia de un juzgado de paz del municipio de San Luis, en el departamento de Petén, en el norte de Guatemala. Se trata de un proceso penal iniciado contra un miembro de una comunidad indígena por denuncia de agentes de la policía nacional. Se le imputaba el delito de “tráfico de tesoros nacionales”. En opinión de la autoridad policial, el imputado comerciaba con objetos de valor arqueológico, trasladándolos de una comunidad a otra.

El juez desestima la acción penal, dando por probado que el imputado es un sacerdote maya. El juez también tiene por acreditado que el imputado ha trasladado los objetos de valor histórico y cultural para la práctica de los rituales y ceremonias mayas, y no con la intención de negociarlos o comercializarlos. Se funda en normas constitucionales y en el Convenio 169 de la OIT.¹⁷

A continuación se procederá al análisis de este caso según las teorías de pluralismo moral, del pluralismo cultural y del plura-

¹⁵ Se impondrá la misma pena a quien comprare o de cualquier modo adquiriera bienes culturales hurtados o robados. Si la adquisición se realiza por culpa, se reducirá la pena a la mitad. Adicionado por el artículo 25 del Decreto 33-96, del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁶ Adicionado por el artículo 22 del Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁷ Guatemala, Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, departamento de Petén, Proceso núm. 517-2003. Of. I. Sentencia 18 nov. 2003 Courtis, Christian, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 10, 2009, p. 73.

lismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y de las teorías del significado.

Pluralismo moral. Bajo esta premisa, la posición de la policía es más fácil de defender desde el monismo. La visión del sacerdote maya es más fácil que sea defendida desde el relativismo en sentido débil o en sentido fuerte. En especial, este sería un caso para argumentar desde el relativismo en sentido débil, en el sentido de considerar que los indígenas mayas tienen sus propios valores, que merecerían protección y justificarían una excepción de las leyes.

Pluralismo cultural. En este caso la policía tiene una visión ciega a la diferencia, busca una aplicación igualitaria de la ley. Esta es una visión que se asimila al liberalismo igualitario. El juez, en cambio, interpreta desde un punto de vista próximo al multiculturalismo o al culturalismo liberal. La práctica de rituales con objetos de valor arqueológico no puede considerarse una restricción interna —que Kymlicka rechaza—, y en todo caso sería una protección externa.

Pluralismo jurídico. Este sería un caso donde se daría un pluralismo jurídico en sentido débil según la perspectiva del juez. Existe otra fuente de normatividad —la indígena—, que da valor sagrado a unos hechos que son similares para los que se contempla con un castigo en el Código Penal.

Teorías de la interpretación. Según esta premisa, se estaría ante un caso de relativa indeterminación de objetivos de la ley, que Hart prevé que sea una fuente de indeterminación del derecho. El legislador penal guatemalteco no pensaba en un sacerdote maya en sus ceremonias cuando redactó ese delito.

En este caso cabe una interpretación ambivalente entre el *noble sueño* y la *pesadilla*. El defensor del enfoque del *noble sueño* puede afirmar simplemente que el supuesto de hecho del delito no se corresponde con las actividades de un sacerdote maya. Por tanto, es un caso claro de aplicación del derecho.

Sin embargo, los defensores del enfoque de la *pesadilla* considerarían que la única forma de hacer frente a la acusación de la po-

licia es creando derecho —tomando una decisión innovadora— basada en argumentos del pluralismo cultural o del pluralismo jurídico. Este sería un caso de exención por motivos culturales.

Teorías del significado. Se debería analizar el significado de los siguientes términos “comercializare, exportare o de cualquier modo transfiera la propiedad o la tenencia de alguno”. Parece probado en la sentencia que el sacerdote maya no comerciaba con esos objetos de gran valor. Habría que ver si en sus ceremonias transfería la propiedad o tenencia de alguna forma. Y queda abierta la cuestión de cómo llegaron a ser de su propiedad esos objetos, en relación con los delitos de robo y hurto de tesoros nacionales y de tráfico de tesoros nacionales.

2. *Caso violación impropia*

El siguiente caso se trata de un delito de violación impropia en una comunidad indígena de Chile que relata Zambrano *et al.* Se condenó a Juan Ñanco Ñanco como autor del delito de violación impropia en perjuicio de la menor de trece años U. C. H. R., según el artículo 362 el Código Penal chileno (“El que accediere carnalmente, por vía vaginal anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior ([el artículo anterior detalla las modalidades de la acción del delito de violación como el uso de la fuerza, intimidación, abuso de estados de inconsciencia, etc.]])”).

El acusado y la víctima son miembros de la etnia *mapuche-pewenche* y viven en la comunidad rural “El Naranjo”, ubicada en la comuna de Lonquimay (región de la Araucanía).

La defensa planteó que en esta comunidad existe una costumbre ancestral según la cual las mujeres están sexualmente disponibles desde la menarquía, pudiendo tener relaciones sexuales consentidas. La parte acusadora argumentó que la edad de la menor

quitaba la validez a su consentimiento, debiendo valorarse el acceso carnal como delito de violación.

El tribunal desestimó el alegato de la defensa y condenó al acusado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos. Con todo, atendida la entidad de la pena y el cumplimiento de ciertos requisitos legales, el acusado cumplió la condena gozando de beneficios extracarcelarios.¹⁸

A continuación se procederá al análisis de este caso, según las teorías de pluralismo moral, del pluralismo cultural y del pluralismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y las teorías del significado.

Pluralismo moral. Se contraponen la premisa monista que afirma la validez universal de los derechos humanos a la premisa relativista en sentido débil, que sostiene que los valores son internos a una cultura o grupo. En este caso la argumentación busca considerar que el grupo cultural convalida una costumbre de iniciación sexual que es considerada delito para la sociedad mayoritaria. Es un caso donde el punto clave es discutir la universalidad de los valores morales.

Pluralismo cultural. Desde el liberalismo igualitario se promueve la aplicación de los derechos humanos de forma igualitaria, sin excepciones culturales. Desde esta perspectiva, si existe una norma válida en derecho que considera violación las relaciones sexuales —aun consentidas— con una menor antes de determinada edad, no están justificadas las excepciones culturales. Por el contrario, el multiculturalismo defiende que la diferencia cultural debe ser relevante en la esfera pública donde si un grupo cultural tiene determinadas tradiciones, relevantes para su identidad, el Estado debe reconocerlas. El culturalismo liberal tiene una posición intermedia, donde se defiende la relevancia de la identidad

¹⁸ Zambrano Tiznado, Juan Pablo y Agüero San Juan, Claudio Antonio, “El ‘cultural point of view’ en una sentencia penal”, *Frónesis*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 1 y 2.

cultural para los individuos siempre y cuando el grupo no produzca medidas que se conocen como *restricciones internas*.

Algunos considerarán que estas situaciones de violaciones impropias son casos de restricciones internas, ya que restringen la autonomía o la igualdad de los miembros, en especial de las mujeres. Esto está vinculado a las tensiones entre feminismo y multiculturalismo, donde los hombres buscan controlar la sexualidad de las mujeres de diversas formas, que tienen su origen en tradiciones culturales.¹⁹

Pluralismo jurídico. En este caso, se da la contradicción entre una norma jurídica válida y una norma cultural vigente en una determinada comunidad indígena. Desde el centralismo jurídico, únicamente es aplicable la norma jurídica. El pluralismo jurídico daría relevancia a los valores culturales que pueden ser tan o más vinculantes para los individuos —en determinadas comunidades— que los jurídicos.

Teorías de la interpretación. ¿Es éste un caso claro? El tenor del Código Penal parece no dar lugar a dudas: las relaciones —aun consentidas— con menores de catorce años son delito de violación. ¿Qué cambia en este caso? Una posible vía de argumentación, que siguió la defensa, es apelar a la ignorancia del carácter delictivo de la acción imputada. Es lo que se conoce como *error de prohibición*. El tribunal desechó esta opción basándose en tres razones. Explica Zambrano:

- a) Vinculación con Chile y con el mundo a través de la radio y la televisión y a su comunicación por la cercanía con la localidad lonquimay. A juicio del tribunal, estas circunstancias fácticas impiden que el acusado argumente ignorancia del sistema de valores predominante en la sociedad chilena; b) presencia en la comunidad ‘El Naranjo’ de religiones cristianas que establecen la virginidad como virtud, hecho

¹⁹ He analizado esta cuestión en Pérez de la Fuente, Óscar, “Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades”, *Perpectivas sobre feminismo y derecho*, Madrid, Dykision, 2012, pp. 123-151.

que impide que el acusado niegue conocer el sistema de valores morales de la comunidad chilena; c) incoherencia entre los dichos del perito antropólogo y los de la madre de la víctima. A juicio del tribunal, los dichos de ésta son suficientes para derrotar las afirmaciones del perito sobre la existencia de una costumbre que legitima el actuar del acusado.²⁰

Los defensores del enfoque del *noble sueño* verían que este es un caso claro donde el supuesto de hecho contemplado en una norma se ha dado y se debería aplicar la sanción. Esta visión se mantiene en la premisa del centralismo jurídico, en las premisas del liberalismo igualitario y, seguramente, del culturalismo liberal. Esta es la posición del juez chileno que condena al acusado.

La premisa moral que sostiene la decisión del juez se puede afirmar en una premisa monista que defienda la validez universal de los derechos humanos. Es interesante estudiar qué diría el pluralismo de valores en este caso. Esta visión afirma una interpretación intercultural de los derechos humanos. En este sentido, de la Walzer habla de la moralidad tenue —*thick*— y moralidad densa —*thin*—, donde la universalidad es posible en el primer nivel, desarrollándose en el segundo. De esta forma, afirma: “un (tenue) conjunto de principios universales (densamente) adaptado a estas o esas circunstancias históricas. He sugerido anteriormente la imagen de un núcleo de moralidad elaborado de formas distintas en diferentes culturas”.²¹ De esta manera, se podría hablar de la universalidad de los derechos humanos, que serían interpretados de forma intercultural en las diversas culturas.

La cuestión es si la prohibición de relaciones sexuales con menores de una determinada edad formaría parte de un tenue con-

²⁰ Zambrano, Juan Pablo y Agüero San Juan, Camilo Antonio, “El ‘cultural point of view’ en una sentencia penal”, *Frónesis*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 2 y 3.

²¹ Walzer Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, traducción de Rafael del Aguila, Madrid, Alianza, 1996, p. 36.

junto de principios universales o forma parte de la adopción cultural densa en determinadas circunstancias. Lo relevante en el caso, para el juez, es que el Código Penal chileno lo contempla como delito, y, por ende, se deduce un rechazo a estas actividades en los valores de la sociedad chilena en general.

Los defensores del enfoque de la *pesadilla* se basarían en las premisas del multiculturalismo o del pluralismo jurídico para crear derecho, en una decisión ad hoc, que exculpara al acusado. Sería una interpretación de los denominados delitos culturalmente motivados o defensa cultural.

Teorías del significado. Este es un caso interesante para la teoría descriptiva y para la teoría causal del significado. Una posible vía es investigar el significado de *violación* desde los dos puntos de vista. Pero otra posible vía es analizar el concepto *mujer*. Si para una comunidad cultural, convencionalmente se aplica el término *mujer* a las féminas desde que tiene lugar la menarquía, se produciría entonces una contradicción entre la definición legal —implícita— en el Código Penal y la definición convencional de un determinado grupo cultural. La *ratio legis*, tras la prohibición de relaciones sexuales con menores de catorce años, es la falta de madurez y los posibles daños para la vida futura de la menor. Implícitamente se afirma que no hay mujeres menores de catorce años, solo hay niñas.

Desde la teoría causal, se podría afirmar que existe un concepto de mujer que responde a unas propiedades esenciales. En este caso, no necesariamente una de esas propiedades esenciales deba ser tener más de catorce años. Las esencias deben responder a cada uno de los elementos referidos de un mismo género. ¿Existen féminas con las propiedades esenciales de las mujeres, menores de catorce años?

Este podría ser un caso de textura abierta del lenguaje, donde un determinado significado tendría unos casos límite. Existiría vaguedad en el concepto *mujer*. Podría darse un caso de una menor de catorce años física, emocional, sexual y psicológicamente

tan madura como para ser considerada mujer, según una definición de propiedades esenciales.

Pero el problema sigue siendo que existe un artículo en el Código Penal chileno que se refiere a “menores de 14 años”, sin excepción y sin entrar en consideraciones sobre el concepto de *mujer*.

El juez chileno decidió con base en el precepto legal, según una teoría descriptiva del significado que respondería al significado en la comunidad lingüística de referencia —los juristas chilenos, la sociedad chilena en general— del término “menor de 14 años”. La réplica del acusado es que desconocía esa norma y que en su comunidad indígena el concepto *mujer* es distinto del de la sociedad chilena en general.

Parece que en la *ratio decidendi* del juez pesó el hecho, que fue probado en juicio, como se ha visto, de que el acusado no podía ignorar que estaba haciendo algo prohibido.

3 Caso Matrimonio *privignático*

El siguiente caso está en la línea del anterior, pero con características agravadas. Es relatado por Figari. La Suprema Corte de Justicia de Salta decidió un caso donde José Fabián Ruiz era acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada en perjuicio de la menor Estela Tejerina (de nueve años de edad u once años), quien como consecuencia de ello quedó embarazada. La denuncia la efectuó la madre de ésta, Teodora Tejerina —exconcubina de Ruiz— ante la Fiscalía Penal.

La defensa sustenta el agravio en que el fallo de alzada vulnera normas constitucionales, al no respetar las costumbres y normas imperantes en el pueblo wichí, al que pertenece el imputado, y sostiene que la situación que se verifica en autos se trata de una unión matrimonial realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres de su comunidad, e inmerso en un sistema de derecho consuetudinario del pueblo wichí. Se alega también, que Estela Tejerina es mayor de lo que indica el

documento de identidad, y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de criminalidad del acto, debido a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de la primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo. Que dentro de dichas pautas culturales ello se denomina “matrimonio privignático”. En definitiva, considera que se habría conculcado el derecho que les asiste a los miembros de las comunidades indígenas de que se respete su identidad cultural en orden a lo dispuesto en los artículos 75, incs. 17 y 22 de la C.N., 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, y 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.²²

La decisión de la mayoría del tribunal declara inocente al acusado con base en su cultura indígena:

Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tenderán en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal del Código Penal argentino, pudieron suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan la culpabilidad de acusado.²³

²² Figari, Ruben, “Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual”, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 3, 2007, pp. 449 y 450.

²³ Finalmente, a modo de corolario y a los efectos de reafirmar la decisión, consideran que la situación descrita cobra especial trascendencia en tanto el artículo 75, inc. 17 de la C.N. y 15 de la Constitución provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, cosa que no ha ocurrido en autos. Resolviendo, en consecuencia, declarar la nulidad del auto del procesamiento, de la resolución que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependan. Figari, Ruben, “Un caso de

Existe un voto particular de una magistrada que se opone a la decisión de la mayoría:

La magistrada en el considerando 12 sostiene que de acuerdo con lo mencionado en el Convenio 169, la costumbre invocada basada en el derecho consuetudinario Wichí no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es así que “...el acceso carnal a menores cuya edad, aunque fuer de modo impreciso, puedan situarlas en una franja entre los nueve y once años —como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico—, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (art. 5 y 11 Pacto SJCRC, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no debe dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos —víctima y procesado— pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (art. 24 Pacto SJCRC, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación y 16 de la C.N. y Constitución Provincial)”.²⁴

A continuación, como en los dos anteriores casos, se procederá al análisis de este caso según las teorías del pluralismo moral, del pluralismo cultural y del pluralismo jurídico. También se analizarán las teorías de la interpretación y las teorías del significado.

Pluralismo moral. Este es un caso donde se pretende establecer una interpretación de relativismo en sentido débil. Es decir, que los valores morales son internos a una comunidad o grupo cul-

diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual”, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 3, 2007, pp. 450 y 451.

²⁴ *Ibidem*, pp. 454.

tural. El voto particular, en cambio, defiende la universalidad de los derechos humanos.

Pluralismo cultural. El liberalismo igualitario defendería la aplicación de la ley de forma igualitaria sin excepciones culturales. El multiculturalismo sostendría que la diferencia cultural debe ser reconocida en la esfera pública, lo que también incluye las diversas tradiciones culturales. El culturalismo liberal abogaría por considerar este caso como una restricción interna donde una medida de grupo es claramente perjudicial para los derechos de las mujeres.

Pluralismo jurídico. El centralismo jurídico aplicaría la norma jurídica del derecho válido sin excepciones. Las diferentes versiones del pluralismo jurídico sostendrían que existe una contradicción entre dos normativas, y ambas tienen sus fuentes de legitimidad. Debería justificarse si el matrimonio privignático es realmente una tradición cultural vigente en la comunidad.

Teorías de la interpretación. Si se parte de la hipótesis de que en los casos de violación impropia se puede dar textura abierta del lenguaje relativa al concepto de mujer, el caso de Estela Tejerina parecería estar más claro que el anterior. Es una niña de nueve u once años que puede quedarse embarazada. Por edad, parece un caso claro, fuera de los casos *borderline*, lejos del significado mujer, más cercano al significado niña. Pero por la capacidad de mantener relaciones sexuales y procrear se aproximaría al significado mujer.

Este es un caso donde la decisión de la mayoría del tribunal estaría en el enfoque de la *pesadilla*. Estos jueces crean derecho en un decisión *ad hoc* basada en la premisa del relativismo en sentido débil, la premisa del multiculturalismo, la premisa del pluralismo jurídico en sentido fuerte, una teoría descriptiva del significado donde la comunidad de referencia es la indígena.

El enfoque del *noble sueño* estaría representado por el voto disidente de la magistrada, que se basaría en la premisa monista —afirmando los derechos humanos—, la premisa liberal igualitaria y seguramente la culturalista liberal, la premisa del centralismo

jurídico o pluralismo jurídico en sentido débil —con vigencia de los derechos humanos—. Sobre la teoría del significado, una posible interpretación sería la que ofrecería la teoría causal, donde una niña de nueve u once años no reúne las propiedades esenciales del concepto *mujer*.

Teorías del significado. El significado convencional de *mujer* en la comunidad wichi está vinculado al estado a partir de la menarquía. El significado convencional de *mujer* para la ley está vinculado al cumplimiento de una edad determinada jurídicamente. Está implícito que el concepto *mujer* incorpora la libertad de mantener relaciones sexuales y, en cambio, el concepto *niña* no la incorpora. La paradoja es que existen casos de *mujeres* —para la comunidad wichi— que tienen prohibido legalmente mantener relaciones sexuales.

Desde el punto de vista de la teoría causal, la clave está en la captación de las propiedades esenciales del concepto *mujer*. En este caso, una niña de nueve u once años se ha quedado embarazada. Se da, además, la circunstancia de que el hombre había sido pareja de su madre. Si la propiedad esencial elegida es la menarquía, Estela Tejerina es una mujer; sin embargo, si la propiedad esencial es la edad, es claramente una niña. No es un caso de textura abierta del lenguaje.

El itinerario que ha seguido el Tribunal se inicia en la premisa del relativismo en sentido débil, la premisa del multiculturalismo, la premisa del pluralismo jurídico en sentido fuerte y el enfoque de la *pesadilla* en las teorías de la interpretación. La cuestión es que se merecería valorar si el bien jurídico a proteger, para seguir este itinerario, es de suficiente peso o entidad para aplicar estas premisas.

Esta reflexión va en la línea de considerar que en este caso el bien jurídico parece ser la libertad de mantener relaciones sexuales con niñas de nueve u once años. Existen derechos humanos, como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, que parecen contradecir que este sea realmente un bien jurídico que merezca protección por parte del

derecho. Estaría dentro de los tenues valores universales. La libertad en la sexualidad implica necesariamente que el sexo no sea una imposición, y menos implícitamente disfrazada de acto voluntario basándose en la superioridad de la edad.

Podría haber casos donde el itinerario seguido, o uno similar, podría defender bienes jurídicos dignos de protección. Por ejemplo, en los casos de conflictos entre comunidades indígenas y multinacionales. Aunque mi visión sería que estarían mejor defendidos desde la premisa del pluralismo de valores con una interpretación intercultural de los derechos humanos y con un pluralismo jurídico en sentido débil.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Es común criticar a la filosofía poniendo en duda su poca utilidad. Los filósofos suelen debatir cuestiones de forma casi interminable, y, se dice, el mundo discurriría igual sin esos debates. Sin embargo, esta visión está infundada.

Los debates teóricos, incluso los de mayor profundidad filosófica, bien orientados, pueden tener una indudable relevancia práctica. El análisis de los diversos enfoques para justificar los juicios de valor puede permitir comparar, con claridad, diversas posiciones en una controversia.

En este sentido, no es tan frecuente que desde la filosofía del derecho se analicen casos concretos. Sin embargo, los debates iusfilosóficos pueden ser útiles a los jueces. En esta línea, quien más claramente se ha expresado ha sido Dworkin y su alabanza de la teoría.

Precisamente ese ha sido el objetivo de este artículo: mostrar, a través de itinerarios, las premisas que en diversos niveles del discurso filosófico han seguido jueces latinoamericanos en casos que afectan a comunidades indígenas. La relevancia del ejercicio se manifiesta en que el resultado de sus decisiones no se explica si no es en función de las premisas seguidas. Dicho de otra forma,

con otras premisas hubieran decidido de otra forma. Esta conclusión puede parecer trivial, pero tiene la importancia que conecta definitivamente la teoría y la práctica.

En el caso del sacerdote maya, los hechos de casos no están lo suficientemente claros para decantarse definitivamente por una interpretación u otra. Puede un caso claro, manifestación del enfoque del *noble sueño*, quizá una cierta indeterminación en los objetivos de la ley. O puede ser un caso del enfoque de la *pesadilla*, donde se crea derecho, basado en el pluralismo jurídico, en una interpretación multicultural, afirmando un relativismo en sentido débil. La clave está en si en las ceremonias que realizaba el sacerdote se transfería la propiedad o tenencia de los objetos de alguna forma.

Respecto del caso chileno de violación impropia, parece que el juez ha seguido el enfoque del *noble sueño*, una premisa monista, dentro del centralismo jurídico, siguiendo el enfoque del liberalismo igualitario. La defensa del acusado buscaba básicamente discutir la universalidad de los derechos humanos y apelar al relativismo en sentido débil. De alguna forma, se sostenía en ese grupo cultural, el concepto *mujer* se aplica desde la menarquía. Lo que no consiguió demostrar la defensa es que el individuo en cuestión desconociera que estaba haciendo algo prohibido, lo cual está vinculado a cuestiones jurídicas, morales y culturales de gran complejidad sobre la visión indígena en el contexto de sociedades más amplias.

El caso argentino del matrimonio privignático solo puede explicarse desde la visión de que la mayoría del Tribunal siguió el enfoque de la *pesadilla* —creó derecho— basado en el relativismo en sentido débil, desde el multiculturalismo, afirmando un pluralismo jurídico en sentido fuerte. El voto disidente de la magistrada, en cambio, buscaba seguir el enfoque del *noble sueño*, desde el liberalismo igualitario —quizá el culturalismo liberal—, con una premisa monista —quizá también pluralismo de valores—, desde el centralismo jurídico —quizá también el pluralismo jurídico en sentido débil—.

Mantener relaciones sexuales con una niña de nueve u once años, hija de una compañera sentimental, no es un derecho humano. Más bien va en contra del núcleo de los derechos humanos, algo tenue que se manifiesta universalmente. Aunque soy favorable a una visión pluralista que interprete interculturalmente los derechos humanos, existe lo que Luis Villoro denomina *alteridad inaceptable*. Este sería un caso.

Esta argumentación no busca confirmar como único itinerario posible el enfoque del *noble sueño*, la premisa del monismo, los valores del liberalismo igualitario y el centralismo jurídico. En las sociedades plurales de América Latina es necesario encontrar soluciones que busquen incluir la diversidad, pero como reflejan los tratados internacionales y la mayoría de Constituciones vigentes, debe hacerse de acuerdo con los derechos humanos. La estrategia para las comunidades indígenas es acomodar sus reivindicaciones al discurso de los derechos humanos. Un itinerario posible se inicia en el pluralismo con una interpretación intercultural de los derechos humanos, el culturalismo liberal —descartando medidas que vayan contra las minorías (mujeres, niños...) dentro de la minoría indígena—, pluralismo jurídico en sentido débil y una teoría de la interpretación según el enfoque de la vigilia.

NUEVAS REGLAS PARA JUZGAR AL INDÍGENA EN MÉXICO

(CASO DE JORGE SANTIAGO SANTIAGO)

Carlos MORALES SÁNCHEZ
Miguel Ángel MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del caso*. III. *Aserción*. IV. *Argumentación jurídica*. V. *Pragmatismo de la argumentación jurídica*. VI. *Argumentos de la defensa del caso*. VII. *Argumentos en revisión*. VIII. *Consecuencia judicial*. IX. *Categoría de persona indígena y consideraciones procesales*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se constituyó con la finalidad de exponer la argumentación jurídica del caso de Jorge Santiago Santiago desde una perspectiva teórico-práctica. Su fundamento teórico se sostiene en la teoría estándar de argumentación jurídica, pero su desarrollo está principalmente basado en el modelo argumentativo de Toulmin,¹ el cual hace hincapié en que las argumentaciones cotidianas no siguen el clásico modelo riguroso del silogismo, por lo cual creó un modelo adecuado para analizar cualquier tipo de argumentación en el marco de los discursos. Consideró que un

¹ Rodríguez Bello, Luisa Isabel, “El modelo argumentativo de Toulmin”, *Revista Digital Universitaria*, 21 de enero 2004, vol. 5, núm. 1, p. 5.

argumento es una estructura compleja de datos que involucra un movimiento que parte de una evidencia y llega al establecimiento de una aserción. El movimiento de la evidencia a la aserción es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad.

De tal manera, la primera parte del presente trabajo logra establecer de manera secuencial los antecedentes del caso de Jorge Santiago Santiago, detallando los pormenores históricos, a la par que expone sus etapas procesales, y estableciendo claramente la tesis principal que visionó la defensa con los argumentos jurídicos esgrimidos.

En la segunda parte se establece el marco teórico que sostienen principalmente las corrientes de argumentación jurídica, no así el ensayo, pues cabe señalar que la defensa se apega claramente al tipo estándar de argumentación jurídica, y el ensayo realizado resalta la necesidad de mejorar las técnicas de argumentación jurídica, dadas las últimas reformas constitucionales en el país.

Para ello, como variable independiente del ensayo, se señalaron los argumentos jurídicos presentados tanto como conceptos de violación en el juicio de amparo como agravios en la revisión del mismo, lo cual nos prepara para conocer la relacionante que se tradujo en el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que dio como resultado el amparo y protección de la justicia de la Unión para Jorge Santiago Santiago.

Por último, debemos aclarar que el presente ensayo no pretende establecer una sola línea de argumentación jurídica como base para una nueva teoría, sino que está enfocado a resaltar la importancia de la argumentación en la vida teórico-práctica del ejercicio del derecho, y de cómo a través de ella se establecen los cimientos de una justicia intercultural, que evita que los usos y costumbres de las comunidades indígenas sean criminalizados.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

Jorge Santiago Santiago nació en Zacatepec, Juquila, Oaxaca; es indígena chatino² y vive en una comunidad cercana al mar, en San José del Progreso, Río Grande, Oaxaca. Cuando fue detenido tenía dieciocho años. Su madre no quiso enseñarle a hablar la lengua chatina porque no quería que se le *cuatrapeara* la lengua en la escuela.³ Famosa por sus chilenas, por las lagunas de Chacahua y Manialtepec y por sus mujeres que destellan picardía al bailar y decir versos, la costa oaxaqueña es hogar de mestizos, mixtecos, amuzgos, chatinos y afromexicanos.

Los chatinos no han perdido sus tradiciones, ya que siguen conservando su sistema tradicional de cargos y sus instituciones de solidaridad: el tequio y la guelaguetza. Veneran a Tata Chu⁴ y a la Virgen de Juquila, y siguen alimentándose como lo han hecho desde hace mil quinientos años: pescados, tichindas, iguanas, huevos de tortuga, chicatanas, forman parte de su dieta.⁵

² La población chatina se localiza en el suroeste del estado de Oaxaca, en los exdistritos de Juquila y Sola de Vega, en un área de 7,677 km (3071 millas). Colinda al norte y al este con los zapotecos; al norte al oeste con los mixtecos, y en el sur con los pueblos negroides de la costa. La región se extiende desde la parte serrana, sumamente accidentada, con alturas que llegan a los 2,900 metros (9,514 pies) sobre el nivel del mar, hasta la costa. Se tienen, por ello, climas variados: frío-húmedo en la parte montañosa; templado semihúmedo en los valles centrales y ardiente y seco en la costa. La zona de Sola de Vega es la más lluviosa del estado. Información tomada de <http://oaxaca-travel.com/guide/> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2012).

³ San José del Progreso está aproximadamente a diez horas en autobús de la ciudad de Oaxaca.

⁴ Nombre con el que los chatinos y afromestizos coloquialmente llaman a Jesucristo.

⁵ No en balde el poeta costeño Abel Emigdio Baños Delgado sostiene: “Costa me gusta el chirmole/ que se hace con chicatanas/ y me gustan las iguanas/ desmenuzadas en mole/ me gusta beber atole/ de granillo y con panela/ y darle gusto a la muela/ con una cecina asada/ pero bien acompañada de una caliente memela/”.

Como todos los pueblos del mundo, comen lo que les provee la naturaleza de su región.

En el amanecer del ocho de septiembre de 2007, Jorge Santiago Santiago fue detenido porque, como lo dicta su milenaria costumbre, había ido a recoger huevos de tortuga para comer. Toda la noche anterior, con unos amigos, estuvo esperando que las tortugas desovaran para sacar los huevos y ponerlos en una mochila. Ya regresaba en su bicicleta cuando se *topó* con los policías estatales que lo detuvieron. Sus amigos huyeron, pero él fue llevado ante el agente del Ministerio Público de Bahías de Huatulco, quien le fijó una fianza de cuatro mil pesos para que pudiera obtener su libertad. Al día siguiente, su madre pagó la caución.

La averiguación fue consignada ante el juez octavo de distrito en la ciudad de Oaxaca. Ante el juez federal, Jorge Santiago Santiago, mediante un escrito, indicó que era de “raza chatina”. El juez del proceso le reconoció el carácter de indígena. En el proceso se ofrecieron las pruebas para demostrar que el consumo de huevos de tortuga forma parte de la especificidad cultural del indígena chatino. En el dictamen antropológico, Nahie-li Gómez Sánchez, servidora pública de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, estableció que los indígenas que viven en las franjas costeras comen huevos de tortuga como parte de sus usos y costumbres y como estrategia de supervivencia.

El juez federal en primera instancia dictó una sentencia condenatoria de un año de prisión y multa por 14 mil 280 pesos. El juez postuló como base de la resolución la prevalencia del derecho positivo sobre el derecho del indígena: el uso y la costumbre no autorizan al indígena a incumplir la ley federal. La defensa apeló, y el asunto se turnó al Segundo Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, que confirmó la resolución.

Inconforme, Jorge Santiago Santiago, a través de su defensor, promovió el amparo directo. El Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito negó el amparo, al sostener que el

quejoso no había demostrado en el proceso que fuera indígena, porque no se autoadscribió en la declaración ministerial ni en la declaración preparatoria, y además no hablaba dialecto.

De esta manera, el órgano de control constitucional delineó el perfil del indígena en los siguientes términos: solo se estará en presencia de un indígena cuando la persona se autoadscriba en la averiguación previa o en la declaración preparatoria, y solo si habla un dialecto. El órgano de control constitucional emitió esta determinación no obstante que los tribunales ordinarios sí habían reconocido la categoría de Jorge Santiago Santiago, por lo que la pertenencia a la comunidad indígena del imputado no era parte de la litis constitucional. El colegiado indicó, además, que las pruebas ofrecidas por la defensa no eran aptas para demostrar que el consumo de huevos de tortuga forma parte de la especificidad cultural del indígena.

Ante la evidente interpretación del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el defensor público promovió la revisión del amparo directo (ADR. 1624/2008) ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que revocó la sentencia recurrida, y en consecuencia amparó y protegió a Jorge Santiago Santiago contra la resolución dictada por el tribunal unitario.

III. ASERCIÓN

En el amanecer de 1994, México volvió la vista a los indios. Un grupo de indígenas chiapanecos exigieron de manera violenta el reconocimiento de su existencia. Se vivió un conflicto armado, que desembocó en un diálogo. Intermitente a veces, ríspido en otras ocasiones, el conflicto concluyó oficialmente con los Acuerdos de San Andrés Larráinzar. En el año 2000, el entonces presidente Vicente Fox Quesada llevó los acuerdos al Congreso: fueron reformadas diversas normas constitucionales, entre las que destaca el artículo 2o. constitucional.

La reforma fue criticada por los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas (se presentaron casi 300 controversias constitucionales en contra);⁶ sin embargo, aun con sus limitaciones, la modificación constitucional otorgó un trato especial y diferenciado al indígena en atención a su situación desaventajada y le otorgó una diversidad de derechos: a la autoadscripción,⁷ a darse su propio derecho, a la autonomía, a ejercer sus usos y costumbres, a disfrutar de sus territorios, a ser consultados, a que en los juicios donde formen parte sea tomada en cuenta su especificidad cultural, a tener un defensor bicultural, entre otros.

El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye una respuesta normativa a los problemas sociales y económicos que los miembros de las comunidades indígenas han padecido desde la llegada de los españoles. El ordenamiento reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y de las comunidades indígenas a la libre determinación, y, en consecuencia, a la autonomía.

A consecuencia de la reforma constitucional, consideramos que actualmente en los juicios de orden penal el juez tiene el deber de respetar las siguientes reglas para juzgar a los indígenas en México:

1. Deberá indagar si el inculpado es una persona indígena a la luz del criterio fundamental de la autoadscripción, entendido tal y como hemos desarrollado en la parte consi-

⁶ Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la controversia constitucional es improcedente para impugnar el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. (Véase la controversia constitucional 82/2001 promovida por el Ayuntamiento de San Pedro Quiatóni, estado de Oaxaca, resuelta el 6 de septiembre de 2002).

⁷ La autoadscripción se refiere a que bastará que una persona se autoidentifique como indígena para que se le reconozca tal calidad. Este concepto está tomado del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente del artículo 1, numeral 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

- derivativa de la resolución, no según los criterios expresados por el tribunal colegiado en la sentencia recurrida.
2. En el caso de que quede acreditada la condición anterior, la responsable debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad indígena a la que se vincula el quejoso (relacionadas en el caso con la recolección y posesión de huevos de tortuga marina), así como el modo en que esas normas o modos de vida han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, en la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, en los aspectos de los que depende la imputabilidad del delito al acusado, etcétera. Deberá, en otras palabras, tomar en consideración tanto las diferentes normas aplicables del Código Penal Federal como las normas específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso.
 3. A lo largo del proceso, además, deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a los órganos jurisdiccionales del Estado a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos respecto de los cuales, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, el texto constitucional hace objeto de consideración especial.

IV. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para adentrarnos en los argumentos de la defensa, consideramos un (a pesar de que es muy extenso el tema de la argumentación jurídica) importante señalarlo de manera contextual, dada su importancia en la práctica diaria del derecho y, por supuesto, en el análisis del caso que nos ocupa. La mayoría de los autores

se refieren a las teorías que han surgido después de 1950, prácticamente después de la Segunda Guerra Mundial. La razón obedece al reciente sistema político internacional como consecuencia de las nuevas ideas respecto al control global. El Estado ya no otorga las garantías, sino que debe reconocerlas a la luz de los derechos humanos.⁸

Existen pocos puntos en los que especialistas estén de acuerdo con la metodología jurídica de argumentación. No obstante, para Manuel Atienza,⁹ existe una teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual incluye las teorías de Robert Alexy, Neil MacCormick, Robert Summers, Aulis Aarnio, Jerzy Wróblewski, entre otros; teniendo como características, una vez más, la denuncia de la insuficiencia de la lógica formal y, derivada de esta insuficiencia, la búsqueda y ofrecimiento de esquemas que permitan valorar la bondad o corrección de los argumentos empleados por el decisor en la justificación de la decisión judicial.

V. PRAGMATISMO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La aplicación del derecho no se puede concebir sin la argumentación. Como ya se dijo, las teorías de argumentación jurídica son las que se encargan de analizar a fondo el uso de las técnicas en la práctica del derecho. Actualmente no podemos estudiar la argumentación jurídica solo como la creación de silogismos para obtener ciertos resultados en el ejercicio profesional, atendiendo solo al derecho objetivo, sino que tenemos que entender que el derecho es la misma argumentación jurídica, que se transforma atendiendo a las necesidades del ser humano de la sociedad.

⁸ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 290 y ss.

⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997, p. 203.

Un hecho real es que la argumentación jurídica determina en mucho el tipo de operadores jurídicos del Estado. Actualmente consideramos que en México existe un ligero déficit en la argumentación jurídica por parte de los abogados, el cual se agravaría si no se preparan ante la eminente entrada de los juicios acusatorios, que tienen los principios de oralidad, contradicción, concentración, publicidad, continuidad e inmediación.

VI. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL CASO

Ahora bien, adentrándonos al asunto que nos ocupa, los argumentos de la defensa en la demanda de amparo directo (conceptos de violación), principalmente consistieron, en primer lugar, en que ni el juez de primera instancia ni la autoridad responsable tomaron en consideración la especificidad cultural del quejoso.

Para evidenciar lo anterior, el defensor destacó el contenido de las previsiones del artículo 2o. constitucional, específicamente la que establece que “en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”, y glosó el sentido de la reforma constitucional, así como el sentido de reconocer la pluriculturalidad en México y el tipo de entendimiento que debe tenerse de la cultura indígena.

En esa tesitura, el abogado citó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en lo relativo a la especificidad cultural hecha por la Corte Interamericana en el caso *Yakye Axa* contra Paraguay. Así, subrayó que en el juicio penal debían haberse tomado en consideración las circunstancias que lo hacían distinto del sector mayoritario de la población.

Para evidenciar lo anterior, el defensor público manifestó que su defendido es miembro de un pueblo diverso culturalmente al resto de la población y que tiene entre sus costumbres la recolección y el consumo de huevos de tortuga. Con cita de un dictamen de una antropóloga de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, adujo que el ejercicio de un derecho propio de la comunidad no puede dar lugar a una conducta ilícita, porque constituiría un contrasentido, y agregó que cuando el uso o costumbre indígena constitucionalmente reconocido colisiona con las normas del derecho positivo debe buscarse una salida en el contexto de este derecho positivo para evitar la punición de esas conductas constitucionalmente autorizadas.

El jurista ponderó, en ese sentido, que no se trataba de crear un estado de excepción para los indígenas, sino de buscar una ventana para posibilitar el ejercicio del derecho a ser diverso culturalmente, y esta ventana se encuentra en este caso en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal, el cual excluye el delito cuando “[l]a acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro”.

Continuó ponderando que lo único que aparece limitado en la Constitución federal es la jurisdicción indígena; es decir, que cuando es la autoridad tradicional la que resuelve los conflictos de la comunidad, está obligada a respetar las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. Sin embargo, apuntó, en esta ocasión no estamos ante un caso resuelto por la autoridad tradicional, sino ante un caso ventilado ante la jurisdicción del estado, en cuyo contexto no se tuvo en cuenta que la especificidad cultural del quejoso le permite recolectar y consumir huevos de tortuga marina, y que vive en una comunidad que tiene derecho a la autonomía y a la libre determinación, en los términos pre-

vistos en el artículo 2o. de la Constitución federal. Si los miembros de las comunidades indígenas, en ejercicio de sus usos y costumbres, tuvieran el deber de ajustarse exactamente a lo que indican las leyes positivas del estado, resaltó el defensor, “ello haría metafórico el derecho que les otorga la Constitución”.

El defensor, además, indicó que el reconocimiento de la diversidad cultural presenta dificultades, asociadas tanto a su generalidad e indeterminación (en ausencia además de criterios jurisprudenciales sobre el tema) como a la necesidad de ponderarla con otros principios constitucionales. Pero el hecho básico, resaltó, es que el artículo 2o. de la Constitución federal reconoce el pluralismo jurídico, lo cual apoya a su juicio la argumentación global desarrollada y la pretensión más concreta de que la sentencia recurrida viola los derechos individuales del quejoso por no declarar procedente la exclusión de delito prevista en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal.

Por ultimo, el defensor del quejoso denunció, a la luz de la garantía de debido proceso legal protegida por el artículo 14 de la Constitución federal, la valoración hecha por el tribunal de la inspección efectuada por el Ministerio Público, así como la valoración de la prueba pericial en *vida silvestre*, asociada a una incorrecta interpretación del artículo 223 del Código Federal de Procedimientos Penales (que regula las condiciones que deben cumplir los peritos que intervienen en el proceso penal).¹⁰

No obstante lo anterior, como ya se manifestó, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito negó el amparo, al sostener que el quejoso no había demostrado en el proceso que fuera indígena, ya que no se autoadscribió en la declaración ministerial ni en la declaración preparatoria, además de que no habla dialecto.

¹⁰ Véase expediente de amparo directo en revisión 1624/2008, <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2012).

VII. ARGUMENTOS EN REVISIÓN

En consecuencia de lo anterior, con fundamento en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución federal, y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, ante la evidente interpretación constitucional del artículo 2o., el defensor público promovió la revisión del amparo directo (ADR. 1624/2008) ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El defensor señaló, en el primer agravio, que el tribunal colegiado interpretó de manera restrictiva el derecho de los individuos a autoadscribirse o autoidentificarse como indígenas, consagrado en el artículo 2o., párrafo tercero, de la Constitución federal. Asimismo, manifestó que el tribunal colegiado, aun cuando no define expresamente en qué consiste el principio de la autoadscripción, interpreta directamente la norma constitucional que se refiere a la misma. Dedujo que para el tribunal colegiado el derecho a la autoadscripción no existe, porque solo será considerada indígena la persona que: a) así lo refiera ante el agente del Ministerio Público o al pronunciar su declaración preparatoria; b) que hable algún dialecto, y c) que no entiende ni habla castellano, descripción del indígena que a su juicio es producto de una visión desacertada y homogeneizante.

Con gran certeza, el defensor destacó que la autoadscripción, según la norma constitucional, es el único medio para saber quién es indígena y quién no, por lo que contra la interpretación constitucional efectuada por el tribunal colegiado, apuntó con lógica, que basta que el quejoso se haya autoidentificado como miembro de la comunidad chatina para que deba serle reconocida su calidad de indígena. El defensor enfatizó que la Constitución federal no indica en qué momento el ciudadano debe autoadscribirse como indígena, y que, por lo tanto, es jurídicamente válido que lo haga ante la potestad del Poder Judicial de la Federación.

En su segundo agravio, el defensor evidenció que el tribunal colegiado realizó también una interpretación directa incorrecta

del artículo 2o. constitucional, en la parte que consagra el derecho de los indígenas a que en los juicios en que formen parte sea tomada en cuenta su especificidad cultural (fracción VIII del apartado A), pues para el tribunal colegiado no quedó demostrada, a pesar del dictamen pericial en antropología, la especificidad cultural del quejoso.

El defensor público, a través de retórica, indicó que las garantías individuales contienen dos aspectos: un derecho subjetivo del titular y un correlativo deber jurídico de la autoridad de cumplir ese derecho. Por ello, a su juicio, a quien corresponde investigar la especificidad cultural del enjuiciado no es al inculcado, sino al juez; es decir, que la Constitución no impone al recurrente la carga de la prueba, sino que la establece para el propio juzgador, pues solo así podrá apreciar la diferencia cultural del indígena.

Finalmente, en su tercer agravio el defensor señaló que el tribunal colegiado también hace una interpretación directa incorrecta del artículo 21 de la Constitución federal en relación con el principio de legalidad, al sostener que cuando el agente del Ministerio Público de la Federación practica una inspección no es necesario cumplir la totalidad de los requisitos del artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El tribunal colegiado afirmó que la citación a las partes no es necesaria, porque el ejercicio de la facultad de investigación del Ministerio Público se rige por los principios de discrecionalidad y de celeridad en la consignación de los imputados, aunque —denuncia el defensor— cuando el oferente de la prueba de inspección es la defensa el tribunal, admite que el Ministerio Público sí tiene el deber de citar a las partes.¹¹

¹¹ *Idem.*

VIII. CONSECUENCIA JUDICIAL

Ante la lógica y veracidad de los argumentos jurídicos de la defensa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó la sentencia recurrida; en consecuencia, amparó y protegió a Jorge Santiago Santiago contra la resolución dictada por el Tribunal Unitario. Cabe señalar que afirmó que resultaron indudablemente fundados los argumentos jurídicos hechos valer por el defensor público cuando sostiene que el tribunal colegiado siguió una línea de pensamiento equivocada e incompatible con la Constitución federal al sostener que las previsiones de la fracción VIII del apartado A del artículo 2o. no eran relevantes en el caso del quejoso, porque, además de que a su entender no se había autoseñalado como indígena, no hablaba ningún dialecto y entendía y hablaba el castellano, lo cual demostraba que no pertenecía a grupo o comunidad indígena alguno.

Por ello, a juicio de la Primera Sala, el primer y el segundo agravio fueron esencialmente fundados y suficientes para conceder al quejoso el amparo y la protección de la justicia federal, dado que el tribunal colegiado no aprecia la existencia de vicios constitucionales en la sentencia de apelación, que constituye el acto reclamado en el amparo directo, porque parte de un entendimiento erróneo del tipo de previsiones contenidas en el artículo 2o. de la Constitución federal. Su análisis configura, como los agravios adecuadamente denuncian, una interpretación directa del contenido del artículo 2o. de la Constitución federal.

Por último, para la Sala, fue claro que adoptar el criterio según el cual solo las personas monolingües en una lengua indígena son legítimas destinatarias de las previsiones del artículo 2o. y, en particular, de la que prevé el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y la necesidad de que sus costumbres y especificidades culturales sean tomadas en cuenta por los jueces, es una manera de burlar o de condenar a la ineficacia

y a la casi total irrelevancia las garantías contenidas en dichas previsiones.¹²

IX. CATEGORÍA DE PERSONA INDÍGENA Y CONSIDERACIONES PROCESALES

Para resaltar los resultados de los argumentos de la defensa, exponemos a continuación lo que expresó la Primera Sala en la sentencia en relación con los agravios:

Por lo expuesto, resulta indudablemente fundado el primer agravio hecho valer por el Defensor Público cuando sostiene que el Tribunal Colegiado siguió una línea de pensamiento equivocada e incompatible con la Constitución al sostener que las previsiones de la fracción VIII del apartado A del artículo 2o. (sobre las que regresaremos en breve) no eran relevantes en el caso del quejoso porque, además de que a su entender no se había auto-señalado como indígena, no hablaba ningún “dialecto” y entendía y hablaba el castellano, lo cual demostraba que no pertenecía a grupo o comunidad indígena alguno.

A juicio de esta Sala es claro que adoptar el criterio según el cual sólo las personas monolingües en una lengua indígena son legítimas destinatarias de las previsiones del artículo 2o. y, en particular, de la que prevé el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y la necesidad de que sus costumbres y especificidades culturales sean tomadas en cuenta por los jueces, es una manera de burlar o de condenar a la ineficacia y a la casi total irrelevancia las garantías contenidas en dichas previsiones.

La definición de “lo indígena” sobre la base del criterio de la competencia monolingüe en lengua indígena quedaría fuera de la Constitución por ser incompatible con la garantía de derechos fundamentales básicos protegidos en ella, como el derecho a recibir una educación adecuada, o el derecho a gozar de lo esencial para incorporarse igualitariamente al sistema productivo, por

¹² Véase la sentencia de amparo directo en revisión 1624/2008, del quince de mayo de 2008.

citar sólo algunos casos de tensión patente. Tan incompatibles con la Constitución son las políticas asimilacionistas tradicionales, que perseguían la desaparición de las lenguas indígenas, que desconocían el derecho de las personas a usar y transmitir la lengua materna en el ámbito público y privado y que convertían la condición de hablante de lengua indígena en un locus permanente de discriminación y subordinación, como lo sería en el momento actual una política que condicionara el mantenimiento de la condición de ser o sentirse persona indígena a la condición de ser persona no conocedora del español. Esta situación negaría radicalmente por un lado lo que la Constitución reconoce y promueve por otro. A nivel individual, significaría condenar a las personas indígenas a la desventaja que la totalidad de las previsiones del artículo 2o. de la Constitución está centralmente destinada a erradicar. A nivel colectivo, dejaría sin ámbito de aplicación a todas las disposiciones que se refieren a comunidades y pueblos indígenas (que no son monolingües) y convertiría el artículo 2o. en un mero ejercicio expresivo, sin un potencial jurídico transformativo real.

No es posible afirmar, en definitiva, como hace el Tribunal Colegiado, que la previsión constitucional según la cual los indígenas tienen garantizado el derecho a que en los juicios de que sean parte se tengan en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, como medio para facilitarles el pleno acceso a la jurisdicción estatal, se aplica solamente a las personas que hablan una lengua indígena y además no entienden ni hablan español, porque ese es el concepto de indígena que se maneja en el contexto normativo del artículo 2o. La persona indígena por cuyos derechos la Constitución Federal se preocupa es paradigmáticamente la persona multilingüe: la persona que obtiene del Estado el apoyo necesario para poder vivir plenamente en su lengua materna, pero también el apoyo para acceder a un recurso que le es hoy por hoy imprescindible para acceder a la comunidad política más amplia a la que pertenece: el conocimiento del español.¹³

¹³ *Idem.*

Como resultado del segundo agravio, la Sala determinó que la interpretación constitucional del tribunal colegiado es incorrecta, debido a su entendimiento de qué significa tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales de los indígenas en los procedimientos de que sean parte, y agregó:

Una interpretación constitucional según la cual, cuando en un juicio esté involucrada una persona indígena, será además necesario, para que se tomen en consideración sus costumbres y especificidades culturales, que ella aporte elementos que prueben más allá de cualquier género de duda que dichas especificidades existen y que tienen tal o cual preciso contenido, es incorrecta. El artículo 2o. de la Constitución es muy claro: en los juicios en que sea parte un indígena es obligatorio tener en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, para garantizarle el pleno acceso a la jurisdicción estatal, y tanto los propios contenidos del artículo 2o. como el derecho internacional de los derechos humanos dejan claro que los juzgadores en esos casos deben partir de la presunción de que estas especificidades pueden existir en el caso concreto.

El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria, por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado, no de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.

X. CONCLUSIONES

1. Es incuestionable que el artículo 2o. de la Constitución federal constituye una respuesta normativa a los problemas sociales y económicos que los miembros de las comunidades indígenas han padecido desde la llegada de los españoles. El caso Jorge Santiago Santiago constituye un litigio estratégico, porque permitió que el máximo tribunal del país definiera algunos de los derechos que la Constitución otorga a los miembros de las comunidades indígenas.
2. Los efectos de los argumentos de la defensa en el criterio judicial indujeron a que ahora los jueces penales deben determinar si el procesado merece ser castigado por haber incurrido en la conducta típica que corresponde al delito contra el ambiente en la hipótesis de posesión de huevos de tortuga marina, y deben determinar hasta qué punto puede ser considerado responsable del mismo, y en qué modalidad, de conformidad con las reglas y dentro de los márgenes que para ello confiere el Código Penal Federal.
3. Por último, dada la lógica y certeza de los argumentos jurídicos expuestos por la defensa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó las nuevas reglas que deben seguir los jueces si una persona se presume indígena, siendo las siguientes: a) debe indagar si el inculpado es una persona indígena a la luz del criterio fundamental de la autoadscripción; b) en el caso de que quede acreditada la condición anterior, la responsable debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad indígena a la que se vincula el quejoso, así como el modo en que esas normas o modos de vida han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, y c) deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales del Estado a garantizar el

pleno acceso a la jurisdicción y al disfrute de derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos respecto de los cuales, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, el texto constitucional hace objeto de consideración especial.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

RODRÍGUEZ BELLO, Luisa Isabel, “El modelo argumentativo de Toulmin”, *Revista Digital Universitaria*, 21 de enero 2004, vol. 5, núm. 1

Sentencia de amparo directo en revisión 1624/2008, del quince de mayo de 2008.

Oaxaca Tourist Guide, <http://oaxaca-travel.com/guide> (fecha de consulta 10 de octubre de 2012).

Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www.scjn.gob.mx/> (fecha de consulta: 11 de octubre de 2012).

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, 2012.

Decreto promulgatorio del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Código Penal Federal, 2012.

Argumentación jurídica: fisonomía desde una óptica forense, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de marzo de 2014 en los talleres de Tipos Futura, S. A. de C. V. Francisco González Bocanegra 47-B, col. Peralvillo, delegación Cuauhtémoc, 06220 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 11, 13, 14 y 16 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares (impresión offset).