

Revista IUS Doctrina

Vol. 11, No. 2 (2018)

DISCRECIONALIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS: UN ANÁLISIS REALISTA

*Alejandro Guevara Arroyo**

* Alejandro Guevara Arroyo es profesor de la Universidad de Costa Rica, Doctorando en Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Maestrando en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Derecho de Universidad de Costa Rica. Correos electrónicos: Alguear7@gmail.com; Alejandro.guevaraarroyo@ucr.ac.cr. Dirección: Gurruchaga 621, piso 9, Villa Crespo, C1414DHM, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República de Argentina.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

RESUMEN: Este artículo presenta siete clases de hechos relacionados con la aplicación y la identificación discrecional de principios jurídicos por parte de los tribunales constitucionales. Tales hechos constituyen instancias de crítica empírica contra la tesis de la no discrecionalidad (relevante) de los tribunales constitucionales.

PALABRAS CLAVES: filosofía del derecho, constitucionalismo, poder, aplicación del derecho, interpretación jurídica, principios jurídicos, tribunales constitucionales, discrecionalidad.

ABSTRACT: This article presents seven classes of facts related with the adjudication and identification of legal principles by the constitutional courts. Such facts constitute instances of empirical criticism against the thesis of the non-discretionality of the constitutional courts.

KEYWORDS: philosophy of law, constitutionalism, power, application of law, legal interpretation, legal principles, constitutional courts, discretion.

1. Introducción

La práctica real del derecho en los países occidentales ha tenido una cierta transformación relevante en las últimas décadas (Guastini, 2016). Ha cambiado la práctica de fundamentación jurídica y se le ha dado ahí especial preminencia a unas ciertas instancias jurídico-normativas: los principios jurídicos. Más exactamente, se trata, de hecho, de un sub-conjunto de todas aquellas instancias llamadas de tal forma: los principios jurídicos constitucionales.

Esta transformación viene apoyada por la creación de ciertas instituciones y de ciertas ius-doctrinas. Las más importantes de estas instituciones para la vida política y

jurídica son los Tribunales Constitucionales. La más importante de esas ius-doctrinas es el neo-constitucionalismo (Comanducci, 2016).

Sugiero que en este proceso se ha dado una variación considerable en las relaciones de poder entre las autoridades normativas creadoras de derecho. A su vez, esto ha introducido una variación en la estructura de los ordenamientos jurídicos (cada vez más lejanos del ideal de sistematicidad). Se trata del aumento del poder político y jurídico de los tribunales constitucionales, quienes se han alzado como genuinas autoridades normativas máximas; es decir, como creadores de normas jurídicas generales (en el sentido precisado por Bulygin, 1991). En algunos países (como Costa Rica), no existe una autoridad normativa de jerarquía más alta¹.

Todo este asunto se ha ocultado y maquillado señalando que, después de todo, los tribunales constitucionales (como cualquier otro) solo *aplican* el derecho vigente. Si ahí hay alguna 'creatividad', tal sería más o menos semejante a la del más legalista y formalista de los tribunales de primera instancia. Le llamaré a esta idea *la tesis de la no discrecionalidad de los tribunales constitucionales* (v.g. véase Hernández Valle, 1993). Como es evidente, esta tesis es incompatible con los enunciados de hecho descritos párrafos atrás. De ser verdadera, entonces, los tribunales constitucionales no son una autoridad normativa creadora de derecho y no han aumentado su poder.

Afirmo que la mentada tesis es falsa: en su actividad de aplicación jurídica, los tribunales constitucionales manejan un poder considerable de generación de normas jurídicas generales. Lo hacen aplicando e identificando discrecionalmente los ya aludidos principios jurídicos constitucionales.

¹ Esto repercute a su vez en las jerarquías normativas y en sus integrantes (sobre jerarquías normativas, consultar Guastini, 2016).

En este texto, refutaré la tesis de la no-discrecionalidad de los tribunales constitucionales. Para ello, en la sección 3 de este artículo reconstruiré y adaptaré la distinción de Ricardo Guastini sobre varias clases de actividad discrecional en la identificación y aplicación de principios constitucionales. Además, para mostrar que los hechos caracterizados mediante estas clasificaciones se dan en la realidad judicial, brindaré algunos ejemplos jurisprudenciales de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sin embargo, antes de tratar este asunto, me parece imprescindible profundizar un poco el problema en cuestión y definir algunos de los términos centrales que utilizaré posteriormente.

2. Precisando el problema: discrecionalidad de los tribunales en la aplicación del derecho

¿Qué se debe entender por discrecionalidad judicial? Si le preguntáramos a un grupo de juristas, de seguro tendríamos varias respuestas muy disímiles. Uno podría señalar que se trata de aplicar el derecho como al juez le venga en gana (o, más técnicamente: utilizar inferencias inválidas para justificar la decisión judicial). Otro podría decir -se me ocurre-, que un juez es discrecional si interpreta de los textos legales elementos que de ninguna forma pueden extraerse. Una tercera persona podría expresar que lo discrecional es una decisión cuando no se basa en el derecho. Finalmente, podría pedir la palabra alguien (con cierto cariz de filósofo escéptico) y señalar que, en realidad, toda la aplicación del derecho 'comporta discrecionalidad', pues siempre se elige, dentro de varias opciones, cómo entender el derecho y cómo justificarlo. '¡La norma es un marco, ya lo decía Kelsen!', concluiría su entusiasta intervención.

Ante tales condiciones de imprecisión de los términos claves, no hay hechos que nos permitan saldar una polémica sobre la discrecionalidad en la aplicación del derecho de los tribunales constitucionales (o de cualesquiera tribunales, la verdad sea dicha). Por eso, debemos presentar algunas distinciones clave sobre estas terminologías. Pero, no deja de ser importante aclarar que no me interesa para nada investigar ‘el sentido’ de la discrecionalidad judicial o ‘analizar conceptualmente’ dichas definiciones (actividad cuya fertilidad intelectual me parece muy limitada, como lo afirma Leiter, 2005).

Lo que pretendo es más sencillo, pero más útil: presentar algunas distinciones y definiciones aclaratorias tales que podamos entender con precisión cuál es el problema fáctico que estamos tratando y cuáles las clases de hechos relevantes para decidirlo. A lo mejor, dichas precisiones podrían rescatar elementos importantes de nuestras ‘intuiciones’ conceptuales, pero me parece baladí que lo hagan o no.

Veamos: es cierto que todo (o casi todo) texto jurídico-normativo puede ser entendido como expresando diversas normas o teniendo diversos sentidos². Rara vez una de esas formas de entender un conjunto de formulaciones normativas estará obligatoriamente prescrito por otras normas del ordenamiento jurídico y, aunque lo estuviera, estas normas (que mandan cómo entender aquellas formulaciones) también podrían ser entendidas de varias formas y si, por ventura de un parlamento especialmente quisquilloso, existiera otra norma que decidiera cómo entender la segunda norma, sobre esta tercera volvería a abrirse el asunto. Al final, en algún punto

² Téngase en cuenta que habitualmente –aunque no siempre– en la aplicación del derecho (fenómicamente considerada) se pueden distinguir dos entidades diversas: (a) las formulaciones lingüísticas (entidades lingüísticas) y (b) sus sentidos semánticos (que son reformulaciones de las primeras). Dentro de la *ius*-filosofía, existen al menos dos posiciones sobre cómo llamar a dichos hechos. Para algunos, a los primeros se les denomina *formulaciones jurídicas* o *disposiciones jurídicas* y a los segundos *normas*. En cambio, otros coinciden en llamar formulación jurídica o disposición jurídica al texto o enunciado, pero denominan norma a una formulación *más* su sentido semántico (Mendonca & Guibourg, 2004).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

habrá que detenerse y decidir entre varias versiones semántica y pragmáticamente viables de las formulaciones normativas.

No obstante, es obvio que, en muchos casos, dicha selección se presenta al intérprete en la mentada primera etapa (aunque en otras ocasiones, sencillamente *comprendemos* lo que dice el texto). Pues bien, esta es una de las formas de entender la discrecionalidad judicial: una de las que llamaré *trivial* (pues la realiza muy frecuentemente cualquier tribunal). Puntualmente: es un predicado de la actividad del aplicador del derecho al decidir cómo entenderá los textos que utilizará. Sin embargo, se dan otros casos en que no cabe hablar (sino de forma muy condescendiente) de interpretación: se trata de lo que es mejor descrito como interpretación *creadora*³. La interpretación creadora es una actividad judicial de identificación de normas no-trivialmente discrecional.

Otra situación relevante, clara y distintamente señalada por Bulygin (1991), es que el esqueleto básico de la fundamentación de una decisión judicial consiste en la inferencia de una o varias normas particulares, a partir de un argumento conformado por varias afirmaciones de hechos, normas generales y definiciones clave (estas últimas

³ Es bien conocida la clasificación tripartita de Guastini (2016), que aquí estoy asumiendo, de clases de interpretación como actividad exegética de textos jurídicos. La primera es la interpretación cognitiva, dedicada a la reformulación del sentido semántico de una cierta disposición jurídica. Dado que, dentro del contexto lingüístico-pragmático de la práctica jurídica, toda disposición puede tener distintos sentidos semánticos, una interpretación cognitiva honesta consiste en la formulación de un haz –más o menos amplio- de posibles sentidos semánticos de una disposición jurídica. En segundo lugar, está la interpretación selectiva que se da comúnmente en la aplicación del derecho. Se trata de afirmar uno entre todos los sentidos semánticos de una disposición jurídica. Obviamente, esta es una selección *justificada* (de forma más o menos sólida lógica y retóricamente). Finalmente, se encuentra la interpretación creativa que no es propiamente una actividad de exégesis de los textos jurídicos, sino de integración del derecho apelando a distintas instancias: valores sociales subyacentes (seleccionados y formulados por el intérprete); una o varias disposiciones jurídicas o normas; o todo el ordenamiento jurídico en su conjunto (o como el integrador del derecho se lo imagine). En no pocas ocasiones, los argumentos que justifican la integración son lógicamente deficientes. Se trata de lo que en la teoría de la interpretación de textos se conoce como *eiségesis*

aportadas comúnmente por la doctrina y los precedentes judiciales)⁴. Aquí entenderé que el uso de definiciones aportadas por la *ius*-doctrina o por precedentes judiciales es un caso de discrecionalidad trivial.

Pues bien, se da a veces el caso que las normas generales presentadas en la fundamentación no pertenecen al ordenamiento jurídico (i.e. no cumplen ni el criterio de pertenencia de legalidad, ni el criterio de pertenencia de deducibilidad (Bulygin & Mendonca, 2005)).

En tales supuestos, si la norma así creada por el tribunal se vuelve vigente, podríamos decir que se ha transformado en un precedente. Y, claro está, se trata de un caso de identificación y aplicación no-trivialmente discrecional de una norma general por parte del tribunal. Claro está, hay que diferenciar estos casos de aquellos en que la acción de creación normativa del tribunal cae en los supuestos jurídicamente permitidos de creación judicial del derecho (se trataría de otra forma trivial de discrecionalidad judicial).

En otras ocasiones, se da el caso que se presentan concepciones políticas o morales en la justificación externa para sustentar la pertinencia de las normas generales

⁴ Este esqueleto puede reconstruirse como un argumento (Guastini, 2013). Una de esas premisas es una norma jurídica reconstruible como un enunciado condicional universalmente cuantificado, cuyo consecuente está evaluado deónticamente (recuérdese que, lógicamente, existe tres y sólo tres operadores deónticos para acciones: permisión, prohibición y obligación. Para la lógica normativa, estos términos solo son interdefinibles entre sí). La segunda premisa enuncia una instancia del antecedente de la primera: en caso de existir, otras premisas estipulan o definen los términos de las premisas previas. La conclusión es una norma particular que es instancia del consecuente de la primera premisa. He aquí la estructura lógica de la llamada justificación interna (Comanducci (2011); la clasificación fue originalmente formulada por Wroblewski). En cambio, la justificación externa está conformada por argumentos cuya conclusión son las premisas de la justificación interna (Comanducci, 2011).

Por supuesto, la justificación interna no debe confundirse con la motivación psicológica de la decisión. Que esta sea modelizable, como análoga a un argumento, es muy dudoso. Aquí debe atenderse con precisión a la diferencia entre fundamentación como conjunto de argumentos de los que se infiere una conclusión y motivación psicológica como el conjunto de determinantes psicológicos que impulsan a una persona a arribar a una posición. Evidentemente, esta distinción se ve algo oscurecida por el uso habitual (dentro de la práctica jurídica) del término *motivación* para nombrar a la fundamentación en el sentido aquí definido.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

que aparecen en la justificación interna. Entenderé que esta es otra forma de discrecionalidad judicial no-trivial en la aplicación de una norma, si su justificación externa se da apelando a concepciones políticas o morales⁵.

Lo que me interesa mostrar en las siguientes líneas es que los tribunales constitucionales aplican de forma discrecional los principios jurídicos, pero también que los identifican (en sentido muy amplio) mediante procedimiento justificativos sumamente discrecionales (su identificación, podemos decir, es discrecional). Esto se diferencia de otras actividades jurisdiccionales de aplicación y justificación trivialmente discrecionales.

3. Varios niveles de discrecionalidad en la *aplicación* de los principios jurídicos⁶ constitucionales

⁵ Es posible que pueda idearse una clasificación de grados ordinales de discrecionalidad en la aplicación e identificación de principios, pero no la intentaré aquí.

⁶ La expresión "principio jurídico" es utilizada en la práctica del derecho de muchas y muy disímiles formas. Genaro Carrió enlistó varios de esos sentidos: (a) pautas que regulan cómo entender, aplicar o complementar otras reglas del ordenamiento jurídico (Carrió, 1986); (b) como criterio para agrupar características relevantes de un ordenamiento o de una parte de un ordenamiento; (c) como generalización inducidas a partir de reglas del ordenamiento; (d) como la finalidad o *ethos* de una norma, un conjunto de normas o un ámbito normativo amplio; (f) para señalar ciertas pautas normativas consideradas indudable e intrínsecamente justas; (g) como reglas o requisitos que todo ordenamiento jurídico ha de satisfacer para ser tal; (h) como fuente extra positiva generadora de otras normas jurídicas; (i) como esencia conceptual de un ámbito jurídico (se trata de una reformulación con algunas variaciones de lo dicho en Carrió, 1986, p. 210-212). Es obvio que varios de estos conceptos pueden tener ámbitos extensionales traslapados. Por otro lado, es posible que estos diversos usos de la expresión estén conectados con programas teóricos ius-filosóficos o filosófico-políticos, aunque develar dichas conexiones requeriría una investigación detallada. Confío en que el lector identificará a cuáles de estos sentidos aludimos en el texto principal. En los casos en que lo considere imprescindible, estipularé una definición útil para entender la cuestión tratada. Lo que sí debería quedar claro es que no existe un concepto estándar de principio jurídico utilizado por los tribunales constitucionales. Esto no ha obstado para que los ius-filósofos se dediquen a intentar identificar un concepto unitario y bien delimitado de principio jurídico. En su estudio panorámico sobre el tema, De Fazio (2018) distingue cuatro concepciones principales en la ius filosofía occidental actual sobre cómo definir principios jurídicos: (1) la definición de R. Dworkin, para quien los principios son normas que no tienen aplicación todo o nada y que tienen una dimensión de peso; (2) el concepto de Robert Alexy, para quien los principios son mandatos de optimización; (3) para Atienza y Ruis Manero es necesario distinguir entre (3.1.) directrices, que son las normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución normativa también abierta y (3.2.) principios en sentido estricto que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución normativa cerrada. Finalmente, (4) Jan Siekmann define a los principios jurídicos como argumentos normativos con estructura de mandatos de validez reiterada y carácter no-proposicional. Como veremos más adelante en el texto, todavía hay otras conceptualizaciones ius-filosóficas posibles.

Los tribunales constitucionales realizan al menos siete actividades relevantemente discrecionales al aplicar principios jurídicos-constitucionales. Vale la pena traer a colación este asunto, en primer lugar, en tanto la discrecionalidad de los tribunales constitucionales es diversa de la clase de discrecionalidad imprescindible en toda actividad de aplicación jurídica⁷. En segundo lugar, pues pareciera que no son habitualmente reconocidas como tales ni por parte de los prácticos del derecho, ni por parte de los ius-doctrinarios (v.g. texto de Hernández del Valle citado *supra*).

Helas aquí:

3.1. Al interpretar las disposiciones jurídicas (o formulaciones jurídicas) que expresan principios jurídicos constitucionales

La actividad de interpretación jurídica incluye la justificación argumentativa de que una formulación jurídico-positiva tiene por sentido semántico una norma específica (Comanducci, 2011). La actividad de interpretación jurídica de disposiciones que podrían interpretar principios es considerablemente discrecional. Con mayor precisión, dentro del contexto lingüístico-pragmático especializado de los juristas, en cualquier situación de aplicación jurídica, (casi) toda formulación jurídica puede ser interpretada en un conjunto de diversas clases de normas (ora reglas, ora principios).

Lo que aquí interesa es que existen al menos dos niveles relevantes de indeterminación: en primer lugar, casi toda formulación normativa puede reformularse en

⁷ Hans Kelsen trató el asunto de la aplicación jurídica y la discrecionalidad judicial en su *Teoría pura del derecho*, en especial en los puntos f y g del párrafo 35 (268-286) y párrafo 45 (365-368).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

una regla o un principio⁸. En segundo lugar, los principios suelen presentarse a su vez mediante enunciados cuyo contenido semántico es considerablemente impreciso⁹.

Sobre el primer nivel: no existe un conjunto preciso de criterios jurídicos que sean mayoritariamente aceptados por los tribunales constitucionales, que permitan distinguir en qué situaciones de aplicación una disposición jurídica ha de ser interpretada como un principio constitucional o como una regla. Adicionalmente, no hay acuerdo en las diferencias entre ambos conceptos. Por ende, en muchos casos, la atribución del estatus jurídico-normativo de principio, así como las características que sobre la norma conlleva dicha atribución, constituye una actividad de selección no jurídico-positivamente

⁸ En la ius-filosofía es habitual considerar que existen dos clases de normas: principios y reglas. Empero, tampoco es preciso ni hay acuerdo entre los ius-filósofos en qué consiste tal distinción. Podemos sintetizar y simplificar las concepciones más conocidas sobre dicha distinción en dos tesis alternativas: (a) Los principios se distinguen de las reglas debido a su peculiar estructura lógica. Para algunos ius-pensadores, las reglas son enunciados condicionales cuyo antecedente conecta una clase de hechos (i.e. universo de casos, según la famosa terminología de Alchourrón & Bulygin) con un consecuente que califica deónticamente un preciso tipo de conductas como prohibida, permitida u obligatoria (universo de soluciones, según le llaman Alchourrón y Bulygin). A diferencia de las reglas, los principios jurídicos no tendrían supuestos de hecho (o serían muy amplios, v.g. todas las personas humanas o –en los últimos tiempos- incluso algunos entes animales no-humanos). (b) En cambio, otros ius-filósofos consideran que los principios se identifican por su peculiar jerarquía y función dentro del ordenamiento jurídico. Se trataría de unos ciertos criterios que brindarían tanto identidad al ordenamiento jurídico en cuestión, como justificación axiológica a sus partes (Guastini, 2001). Pero hay otra plétora de sutiles esfuerzos de distinción realizados por muchos ius-filósofos (ver, por ejemplo, el variopinto listado presentado por Barth & Haba, 2004).

Orunesu (2012) analiza críticamente algunas de estas posiciones ius-filosóficas sobre la distinción entre principios y reglas y llega a la conclusión que no existen criterios precisos y sostenibles que permitan reconocer qué es una regla y qué un principio. Para ella, la única distinción lo suficientemente precisa es que las reglas y los principios son *aplicados* diferente. Esto no obsta para que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica haya creado una jurisprudencia en acuerdo con la cual el ‘Derecho de la Constitución’ está formado por normas (i.e. reglas), principios y valores (una tercera categoría de entidades normativas de características aún más problemáticas). Véase, por ejemplo, el considerando IV del voto 3495-92 de dicho tribunal.

⁹ Es lo que hace décadas Enrique Pedro Haba llamó *términos jurídicos indeterminados* cuya presencia en el discurso del derecho constitucional es considerable (Haba, 1986). Por mi parte, entiendo como un término jurídico semánticamente indeterminado aquel que cumple al menos una de dos condiciones necesarias: (1) su contribución semántica, dentro del contexto pragmático-lingüístico de la práctica y doctrina jurídica, a los enunciados normativos en que aparece puede estar constituida por distintos y alternativos conjuntos de condiciones de verdad, en otras palabras, el término es no trivialmente ambiguo.; (2) también es de esta clase un término cuya contribución a las condiciones de verdad de un enunciado (i.e. al sentido semántico del enunciado) no permite determinar intersubjetivamente si una multitud de estados del mundo caen o no bajo dicho enunciado, de otra forma, el término es considerablemente vago.

justificable y, en estos casos, la identificación de una formulación como principio es discrecional.

Sobre el segundo nivel, la habitual presencia de términos jurídicos indeterminados (Haba, 1986) en las disposiciones que expresan principios constitucionales, introduce un nuevo nivel de discrecionalidad del aplicador constitucional del derecho al apelar a principios. Esto pues la contribución semántica (intersubjetiva) de los términos jurídicos indeterminados a los enunciados en que aparece, es considerablemente vaga¹⁰. Con mayor exactitud, habiendo ‘identificado’ un principio jurídico *f*, cuya formulación presenta términos indeterminados o que es reformulado en un enunciado que presenta tal clase de terminologías, existe un amplio conjunto de situaciones *g* para los cuales no es intersubjetivamente viable -atendiendo al solo sentido semántico de ese enunciado-- establecer si han de ser reguladas o no por el principio en cuestión o si se la situación cumple o no lo prescrito¹¹. Es cierto que los tribunales constitucionales de trayectoria pueden apelar a sus precedentes judiciales vigentes para delimitar ese contenido

¹⁰ Asumo que podemos distinguir entre dos propiedades semánticas de todo término en un lenguaje natural: su sentido y su referencia. El sentido de un término es el conjunto de propiedades mediante las cuales se delimitan aquellos hechos o entidades que caen bajo este (como decía hace más de un siglo G. Frege). El referente del término es el conjunto de hechos o entidades que caen bajo de este. Adicionalmente, el sentido de un término es la contribución semántica a las condiciones de verdad del enunciado en que aparece. Sobra decir que, en el caso de los enunciados normativos, los términos sólo contribuyen a la parte referencial (o frástico) y no a la parte no referencial-modal (o néustico) que, en el caso de los enunciados normativos, es prescriptiva (i.e. deóntica). Estas clasificaciones son muy conocidas aun dentro de la ius-filosofía (véase, por ejemplo, Comanducci, 2011).

¹¹ Para mostrar un botón, inténtese establecer si una política o ley cualquiera está cumpliendo la regulación del principio de desarrollo sostenible según la Sala Constitucional de Costa Rica, partiendo de la siguiente caracterización: “El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre éste y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro” Sentencia número 1763-94.

conceptual¹². No obstante, dichos precedentes constituyeron, cuando fueron creados, una forma de identificación discrecional del contenido prescriptivo del principio.

3.2. Al identificar (i.e. formular) aquellos principios jurídicos no explícitamente dispuestos como tales por una autoridad jurídico-normativa (v.g. una asamblea constituyente)

Establecer que una disposición jurídica no explícitamente dispuesta como principio expreso y constituye, sin embargo, un principio, es habitualmente una actividad discrecional. Lo mismo es cierto de la actividad opuesta: privar del estatus de principios constitucionales a una formulación calificada como tal por una autoridad normativa. Veamos por qué. Se le pueden llamar principios jurídicos constitucionales a ciertas disposiciones jurídicas (o formulaciones jurídicas) o a ciertas normas expresadas por esas disposiciones jurídicas. Ahora bien, existen ciertas disposiciones que son calificadas como principios jurídicos en los propios textos normativos en que se formulan. No obstante, es frecuente que los tribunales constitucionales (1) califiquen como principios jurídicos disposiciones que la propia autoridad normativa no establece como tales; (2) consideren como principios constitucionales disposiciones jurídicas que ninguna autoridad normativa considera como tales (sea que sí los consideraba principios jurídicos o no) y (3) excluye como principios constitucionales o jurídicos formulaciones normativas consideradas como tales por las autoridades normativas respectivas (en sentido semejante, ver Guastini, 2001). Tales son actividades que conllevan la atribución de un estatus jurídico-normativo que no está formulado en los textos jurídicos establecidos por autoridad normativa. Visto con mayor cuidado, esta clase de actividad discrecional es una especie de la actividad discrecional vista en 3.1.

¹² También es común apelar a conceptos ideados por tribunales constitucionales de otros ordenamientos jurídicos.

3.3. Al concretizar los principios jurídicos, es decir, al aplicarlos

Habitualmente, los principios constitucionales son utilizados en la *fundamentación* de las soluciones normativas de dos clases de problemas jurídicos:

- (a) Problemas de lagunas jurídicas¹³ de importancia constitucional
- (b) Problemas sobre la constitucionalidad de reglas posiblemente contrapuestas a la Constitución o al derecho de la constitución

En este párrafo, asúmase por *principio jurídico* una norma derrotable por otros principios jurídicos y cuyos supuestos de hecho son expresados en fórmulas abiertas (Guastini, 2013) considerablemente indeterminadas a nivel semántico (Haba, 1986). Teniendo en cuenta lo anterior, en la aplicación de los principios, debe hacerse (i.e. es imprescindible) una operación argumentativa que Guastini denomina *concretización*. Esta operación ha de realizarse para solucionar los problemas de la clase (a) y de la clase (b). Se trata de inferir *reglas jurídicas* a partir de principios, o sea, inferir normas in-

¹³ La canónica clasificación de lagunas propuesta por Alchourrón y Bulygin (2006) propone definiciones para cuatro clases de situaciones diferentes que los juristas llaman habitualmente lagunas jurídicas: (1) Lagunas de reconocimiento, (2) lagunas de conocimiento, (3) lagunas normativas y (4) lagunas axiológicas. Se denomina laguna de reconocimiento a aquella situación de aplicación del derecho en la cual no se puede precisar con sencillez *el sentido semántico de los conceptos* que forman parte de una norma y que determinan un caso genérico. Esto provoca que existan dudas de si un caso individual cae o no bajo el concepto que forma parte de una norma. La de conocimiento engloba aquellas situaciones en la aplicación del derecho en las cuales *un hecho* presenta propiedades de cierta complejidad para ser clasificadas bajo una tal o cual clase (jurídica) de casos (genéricos) (Alchourrón & Bulygin, 2006). La laguna normativa es una situación normativa de un sistema normativo determinado, tal que, para un caso que cae bajo aquellos que han de ser normados por ese sistema, no existe solución normativa dentro del sistema (Alchourrón & Bulygin, 2006). Por cierto, recuérdese que, en esa obra, la noción de *sistema normativo* es más técnica que la utilizada habitualmente por los juristas prácticos. Finalmente, la laguna axiológica es una situación de un sistema normativo determinado en el cual un caso es calificado deónticamente por alguna norma de ese sistema (o sea, existe solución normativa dentro del sistema). Sin embargo, en ese sistema se omite considerar ciertas propiedades axiológicamente relevantes -para quien aplica el sistema- por las que, ese caso, ha de ser solucionado o calificado deónticamente de otra manera (Alchourrón & Bulygin, 2006). Sospecho que muchas de las lagunas ubicadas por los tribunales constitucionales son de la cuarta clase.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

derrotables (por otras reglas) y con supuestos de hecho ‘cerrados’ (Guastini, 2013). Veamos por qué es imprescindible concretizar los principios¹⁴.

Como ya se señaló previamente, se puede simplificar la estructura lógica general de toda fundamentación jurídica en un argumento llamado justificación interna. Asumida esta estructura, no es lógicamente posible fundamentar mediante solo un principio la solución de los problemas de la clase (a). En otras palabras, es lógicamente imposible utilizar principios constitucionales como premisa mayor de un argumento silogístico de subsunción¹⁵. Dicha imposibilidad se debe a la ya tratada estructura lógica y semántica de los principios. Por ende, en la justificación interna, es lógicamente necesario utilizar una regla. Los principios constitucionales pueden tener un papel en la fundamentación como *parte* de un argumento de *la justificación externa* (Comanducci, 2011). La conclusión de tal argumento es la regla general que será utilizada en la justificación interna.

Sin embargo, es claro que tampoco es lógicamente posible inferir una regla a partir de un *solo* principio constitucional¹⁶. Se requiere otro conjunto de premisas que formen parte del argumento mediante el cual se concluya en la regla. Pero estas premisas frecuentemente no pueden identificarse en el ordenamiento jurídico, sino que son tesis

¹⁴ No obstante, Carsten Bäcker (2014) considera que la propiedad de derrotabilidad se predica a reglas y principios de la forma opuesta a como la presenta Guastini.

¹⁵ Por ejemplo, inténtese aplicar normativa sobre qué debe hacerse ante un caso legalmente no normado de contaminación de un cuerpo de agua potable por parte de una empresa, apelando al principio o derecho a la salud, en acuerdo con el cual debe favorecerse y propiciarse las mejores condiciones de salud (en un sentido amplio) de la población. El asunto podría ser normativamente solucionado por una regla del tipo: si una empresa realiza actos cuya consecuencia es la contaminación de cuerpo de agua potable, será sancionado de las formas a, b, c...

¹⁶ Por ejemplo, inténtese inferir una regla *solo* del principio de razonabilidad que dice, en una de sus partes, que debe existir una razonabilidad entre fines y medios o, en otras de sus partes, y que no pueden imponerse a esos derechos personales otras limitaciones o cargas que razonablemente se deriven de su naturaleza, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad (ver las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, 6805-11 y 3950-12). Se requiere, además, introducir criterios de medición entre medios y fines y su ‘peso’, así como definiciones sobre qué se entenderá por naturaleza y criterios sobre cuándo una limitación no será indispensable y cómo se establecerá el funcionamiento razonable de un derecho personal en sociedad.

que pertenecen a concepciones políticas o morales. En tales casos, la regla es inferida discrecionalmente con apoyo en el principio (Guastini, 2001).

También, los problemas de la clase (b) requieren la concreción de principios. Esto es fácil de entender: para determinar la constitucionalidad de una *regla* infraconstitucional, se requiere establecer si esta es o no contradictoria con una norma constitucional. Empero, si esta norma es un principio, es lógicamente imposible realizar dicha comparación, debido a la ya mentada estructura lógica de los principios (Guastini, 2013). Entonces, para realizar dicha comparación, ha de inferirse una regla del principio constitucional en cuestión. La regla cuya constitucionalidad es analizada será contradictoria (y por ende inconstitucional) si el antecedente (i.e. sus supuestos de hecho) coincide con el antecedente de la regla inferida a partir del principio constitucional, pero prescribiendo otra conducta.

Nuevamente, la inferencia de una regla general a partir de un principio requiere la presencia de otras premisas en el argumento. No obstante, muchas veces la selección de estas premisas no puede justificarse en el ordenamiento jurídico y, por ende, se trata de una identificación discrecional de las premisas que, en conjunto con el principio, se infiere la regla. Aunque Guastini no lo tiene en cuenta, considero que es importante tener presente lo siguiente: la situación presentada en este párrafo supone que es aceptable el modelo silogístico de la justificación interna de la sentencia. Obviamente, el uso de tal modelo no es una necesidad lógica ni ontológica. Con todo, existen algunas razones pragmáticas en favor de este modelo: ha sido ampliamente desarrollado por la filosofía del derecho y pareciera que los propios abogados prácticos intentan normalmente utilizarlo como guía para sus argumentos. Por ende, pareciera ser *práctico* reconstruir la

justificación interna de la aplicación jurídica mediante el modelo silogístico, aun cuando sea en buena medida una simplificación o incluso una metáfora¹⁷.

3.4. Al construir principios jurídicos no expresados en disposición jurídica alguna

Se trata aquí de los principios jurídicos que no están expresados por disposición jurídica alguna, en otras palabras, aquellos principios que no pueden ser interpretados como el sentido de una disposición jurídica. Estas son normas jurídicas construidas o creadas por los tribunales constitucionales apelando a:

- (i) Valores generales ('objetivos') de la sociedad o 'el pueblo'¹⁸
- (ii) Reglas implícitas en otras disposiciones jurídicas
- (iii) Otros principios jurídicos expresos
- (iv) Todo el ordenamiento jurídico ora real ora imaginario y sus fines¹⁹.

En no pocas ocasiones, se utilizan argumentos de validez lógica dudosa para sustentar los principios no expresos. Se trata de casos evidentes de "interpretaciones" creativas (Guastini, 2016), o sea, de *integración* del derecho (Guastini,

¹⁷ Este punto ha sido correctamente sugerido por el ius-filósofo costarricense Jose David Valverde.

¹⁸ Véase por ejemplo la sentencia 03495 de 1992 de la Sala Constitucional de Costa Rica que, en su considerando IV, aclara que los actos o normas pueden ser inconstitucionales si se oponen a principios "incluso anteriores a los mismos textos legislados, los cuales son, a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de la sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la democracia y la libertad, de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios -entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son, por definición, criterios de constitucionalidad-, o bien que conduzca a situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado". Le agradezco al jurista y politólogo costarricense Juan Carlos Rodríguez Cordero por llamarme la atención sobre este principio constitucional (el de razonabilidad y proporcionalidad). Se trata de una genuina creación judicial del tribunal constitucional costarricense (como queda evidenciado en la justificación presentada en la cita transcrita).

¹⁹ Véase el ya citado considerando de la sentencia 03495 de 1992 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

2001). Para Guastini, pueden distinguirse *al menos* tres actividades considerablemente discrecionales para obtener principios jurídicos no expresos²⁰:

a) La inducción de principios implícitos a partir de normas generales expresas (o a veces de diversas partes de normas positivas). Este procedimiento consiste en distinguir ciertas características de los supuestos de hecho *j* de una norma, cuya consecuencia normativa es *f*. Luego, se excluyen las características de *j* consideradas como particulares a esa norma (o accidentales), y lo específico de la consecuencia *f*, que no se considera generalizable. El paso clave, claramente, consiste en la selección de qué propiedades y características serán descartadas de *j* y de *f*²¹. La específica selección, tanto de los supuestos de hechos, como de las consecuencias normativas que son inducidas a partir de reglas positivas en los principios constitucionales implícitos, no está regulada por normas del ordenamiento jurídico ni es válidamente inferible de estas²².

b) Una segunda técnica consiste en inferir un principio a partir de la finalidad de una o varias disposiciones jurídicas. Se dice entonces que esta finalidad fue supuesta por el legislador o el constituyente, según se prefiera (Guastini, 2001). Además, hay quienes defienden que existe una cierta *finalidad objetiva* en las normas jurídicas,

²⁰ Estos procedimientos argumentativos muchas veces se mezclan y complementan entre sí.

²¹ Verbigracia, adjunto el siguiente argumento de la Sala Constitucional de Costa Rica para justificar la existencia de un principio constitucional común al ordenamiento jurídico costarricense llamado de amplitud de la prueba: “Esta limitación [establecida por el principio] no solo se establece por la vía jurisprudencial de Sala Constitucional, también puede citarse, a modo de ejemplo, la contemplada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional cuando se refiere el recurso de amparo (artículo 46) en cuanto a la recepción de pruebas “que sean indispensables”, o en el conocimiento de conflictos constitucionales que habla de “prueba indispensable” (artículo 111) incluso está comprendida” (Resolución no. 014918-08). Nótese, por cierto, que el Tribunal no acepta que el principio sea un desarrollo jurisprudencial, sino que ya estaba ahí afuera en el ordenamiento positivo de forma más bien fragmentada.

²² En cambio, se trata de un caso trivial de discrecionalidad aquellos casos en que se integra el derecho debido a que se ha localizado una laguna normativa. Es trivial en todos aquellos ordenamientos en que existe una norma que habilita tales actividades. En el caso de Costa Rica, el Código Civil señala “Artículo 3º: El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo. Artículo 4º: Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

independiente de las –ya de por sí problemáticas de conocer - intenciones de los legisladores o constituyentes (asunto tratado críticamente por Rüthers, 2009).

Ahora bien, nótese que toda consecuencia posible o real de la aplicación de una norma jurídica puede ser *valorada* como una finalidad de ella. Además, existe una amplísima cantidad de posibles consecuencias de su aplicación. Si esto es así, valorar que *una* consecuencia es *la* finalidad de tal o cual norma es una actividad plenamente discrecional. Es discrecional pues: (1) ese estatus no se puede justificar a partir de normas jurídicas y (2) atribuir valor a una clase de hechos cualquiera es una actividad *ontológicamente subjetiva*.

c) Una tercera práctica es la de identificar una norma no expresa cuyo cumplimiento es prácticamente relevante para la realización de otro principio o norma constitucional ya identificada como tal y, luego, elevar el estatus de esa norma implícita al de principio constitucional (Guastini, 2001). En otras palabras, en estos casos se dice que, para realizar lo mandado por un principio constitucional *f*, se requiere que suceda *h*. Por ende, la norma *j* que manda hacer *h*, sea positiva o no, es un principio constitucional. Sin embargo, establecer como principio constitucional una norma tal es una clase de integración jurídica, pues son muchos los estados de cosas que pueden ser instrumentalmente adecuados para cumplir principios constitucionales cualesquiera²³. El juzgador constitucional identifica discrecionalmente uno entre muchos posibles y asciende la obligación de cumplirlo al estatus de principio constitucional²⁴.

²³ Guastini no menciona este argumento.

²⁴ Un ejemplo: la Sala Constitucional de Costa Rica ‘derivó’ el principio a la salud (se trata de un derecho) del artículo 21 de la Constitución Política, que dice “La vida humana es inviolable”. En esa sentencia, el tribunal señala: “La Constitución Política en el artículo 21 establece que la vida humana es inviolable, y es a partir de dicho enunciado que se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva el Estado el encargado de velar por la salud pública” (ver resolución no. 7484-2007 de la Sala Constitucional de Costa Rica). Sobra decir que es imposible lógicamente inferir, solo de dicho enunciado, un derecho a la salud. Para ello, es necesario

3.5. Al ponderar principios jurídicos constitucionales

Es habitual que los principios constitucionales entren en conflicto. Sucede que el cumplimiento de lo mandado por un principio constitucional conlleve el incumplimiento de lo prescrito por otro. Ahora, en el caso de estos, los conflictos tienen algunas características típicas (Guastini, 2001).

En primer lugar, son conflictos entre normas con igual jerarquía normativa; en segundo lugar, son conflictos *en concreto*. Un conflicto normativo en abstracto se da cuando los conjuntos que conforman los supuestos de hecho de dos normas poseen – por su propia definición- una intersección no vacía (sea que se correspondan parcial o totalmente) y se prescriben acciones contrapuestas. Por su parte, en un conflicto normativo en concreto, existe un caso (o un conjunto de casos) que caen bajo las clases de supuestos de hechos definidas por dos normas diversas e incompatibles. Se trata de un conflicto *lógicamente contingente*, pues podría suceder que en el mundo que no existieran tales casos, pero de hecho ocurren. Adicionalmente, es una clase de conflictos que solo puede ser detectada al intentar aplicar las normas a un caso real²⁵. En otra

agregar muchas otras premisas. Justamente, deben ser las que van a cuenta del tribunal. Una posible reconstrucción de un argumento válido para inferir dicho principio (y que ejemplifica la estrategia argumentativa que comentamos en el texto principal) es:

1. El Estado está obligado a cumplir lo que mandan las normas jurídicas (la obligatoriedad jurídica de los órganos del Estado a cumplir el derecho es comúnmente considerada como algo evidente).

2. La vida humana (no debe ser) violada (interpretación del artículo 21 constitucional).

3. Si una persona no tiene una forma de vida digna, entonces su vida es violada.

Conclusión 1: una persona no debe llevar una forma de vida indigna.

Conclusión 2: el Estado está obligado a evitar que una persona lleve una vida indigna.

4. Si una persona no tiene una salud digna, entonces no lleva una forma de vida digna.

Conclusión 3: si una persona no tiene una salud digna, su vida es violada.

Conclusión 4: el Estado está obligado a evitar que una persona no tenga una salud digna.

5. El conjunto de situaciones y servicios α constituyen un medio adecuado y necesario para que una persona tenga una salud digna.

Conclusión 5: el Estado está obligado a propiciar la realización de α .

Solo la conclusión 5 se asemeja a lo que los tribunales entienden por el principio en cuestión.

²⁵ Orunesu (2012) considera que esta clasificación guastiniana es poco fértil y no agregaría nada sobre la de Alf Ross que se expone a inmediata continuación en el texto principal.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

instancia, podría estarse hablando de conflictos *parcial-parcial* (según la canónica clasificación de antinomias de Alf Ross). De acuerdo con la terminología del ius-filósofo escandinavo, las antinomias normativas se pueden distinguir entre tres clases: (a) conflictos *total-total*, que se dan cuando los conjuntos de supuestos de hecho de dos normas diversas se superponen completamente; (b) conflictos *parcial-total*, en los casos en que los supuestos de hecho de una norma 1 son un sub-conjunto del conjunto total de supuestos de hecho de la norma 2; finalmente, (c) en los conflictos *parcial-parcial*, existe una intersección no vacía entre los conjuntos de supuestos de hecho de dos normas incompatibles entre sí (Ross, 1963).

Debido a la conjunción de estas características, no se pueden solucionar estos conflictos normativos con los instrumentos tradicionales para resolver antinomias entre reglas jurídicas. Esto es, ante un conflicto entre principios, no es posible justificar la preferencia de uno sobre el otro apelando al criterio *lex superior derogat lex inferior* (pues ambos son de igual jerarquía). Tampoco se puede invocar el criterio *lex posterior derogat lex priori*, pues se entiende que ambos principios constitucionales pertenecen a un mismo y coetáneo texto jurídico. Finalmente, no es viable utilizar el criterio *lex specialis derogat lex generali*, pues ninguno de los supuestos de hechos es un sub-conjunto del conjunto total de los supuestos de hecho del otro.

Dado lo anterior, el camino que se ha tomado, por parte de los ius-doctrinarios, ius-filósofos y tribunales ante conflictos entre principios constitucionales, es el de establecer una jerarquía axiológica móvil o tentativa (Guastini, 2011). Se habla de móvil, pues consiste en la aplicación de un principio sobre otro para el caso concreto. Es axiológica, pues debe justificarse que el cumplimiento en el caso específico de un principio es más *valioso* (i.e. tiene mayor peso) que el cumplimiento del otro o, simplificando, que un principio pesa más que el otro. A la “técnica” para justificar este

juicio de valor se le suele denominar *ponderación*. Sin embargo, como no puede ser de otra forma, la operación de establecer el valor (i.e. el peso) de un principio sobre el otro es una actividad *eminente subjetiva* del propio aplicador del derecho²⁶. Ya sea solo por este aspecto, la forma de aplicación de principios jurídicos constitucional (ponderación) puede ser considerada como *discrecional*.

3.6. Creación de la categoría de principio constitucional supremo e identificación de las normas que caen bajo dicha clasificación

En la teorización de las constituciones, existen dos tesis alternativas sobre cuál es el criterio de identidad de una constitución política. La primera considera que una Constitución consiste en un conjunto de normas (en sentido amplio) que han sido establecidas por un poder normativo de jerarquía superior. Como es evidente, toda transformación de los integrantes de un conjunto conlleva lógicamente la transformación del conjunto. Por ende, la variación de cualquier norma constitucional siempre conlleva la emisión de una nueva constitución (Mendonca & Bulygin, 2005; se corresponde con lo que Comanducci, 2016 que llama modelo descriptivo de la constitución).

A la jurisdicción constitucional le corresponde distinguir entre transformaciones que cumplen los procedimientos regulados para hacerlo y aquellas *extra ordinem*. Una segunda tesis considera que la Constitución es un “todo” axiológicamente cohesionado y ordenado de principios y valores. De forma concomitante, a este todo se le adicionan (o agregan) otras normas positivas. Siguiendo esta tesis, una constitución cambia como tal solo si se afectan su núcleo de principios y valores. A los integrantes de este último también se les denomina *principios y valores supremos*. Consecuentemente, la

²⁶ Tampoco los esfuerzos del *ius*-filósofo R. Alexy parecen superar las dificultades claves mencionadas por Guibourg, 2011.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

jurisdicción constitucional *debe* controlar que las transformaciones de este solo sean realizadas por cierta autoridad axiológicamente superior (i.e. El Poder Constituyente). Otras autoridades normativas (incluso autorizadas por el texto constitucional) no tienen permitido variar dicho núcleo. La segunda tesis ha sido de amplio recibo en los tribunales constitucionales (v.g. la resolución 2003-02771 de la Sala Constitucional de Costa Rica).

Empero, debe quedar claro que estas normas utilizadas por los tribunales constitucionales no están justificadas en la interpretación de sus disposiciones jurídicas. Por el contrario, se fundan en la mentada construcción ius-filosófica que ha sido asumida jurisprudencialmente y acompañada de una interpretación *creativa* de los textos constitucionales (v.g. la resolución 2003-02771 de la Sala Constitucional de Costa Rica; también Guastini, 2001; cita ejemplos de la jurisprudencia constitucional italiana).

Se trata de la creación de una jerarquía axiológica, luego transformada en jurídica, pero que no se puede inferir de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico. Pero hay más: también es discrecional la propia elección de los integrantes del conjunto de principios supremos, pues no existe una definición positiva de principios supremos y aun las construidas por la jurisprudencia suelen ser considerablemente imprecisas. Por ende, los tribunales constitucionales seleccionan discrecionalmente aquellos principios que han de ascender al estatus de supremos.

3.7. La interpretación del ordenamiento jurídico orientada hacia principios constitucionales

Toda disposición o formulación jurídica (dentro del contexto pragmático-lingüístico de los juristas prácticos) puede ser reformulada, interpretada o entendida de diversas formas. El producto de dicha actividad es otro conjunto de enunciados normativos que podemos llamar normas. En otras palabras, a partir de cualquier disposición jurídica

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

(pero especialmente de los textos constitucionales) se pueden interpretar varias normas (Guastini, 2016; Haba, 1986).

Ahora, en la práctica ius-constitucional sucede que se plantea si una disposición jurídica de rango infra-constitucional es conforme con la Constitución (y, en específico, con cierto principio constitucional). Sin embargo, también pasa que dicha disposición puede ser entendida como varias normas, alguna (s) de las cuales son constitucionales y otra (s) no. Ante esta situación, los jueces constitucionales establecen el sentido semántico que le darán a la disposición en cuestión. La interpretación (claramente selectiva) de esta, que va acorde con la Constitución, se denomina interpretación *conforme*, *adecuadora* u *orientada* a la Constitución (Guastini, 2016; Guastini). La interpretación *orientada a principios constitucionales* entra en esta categoría.

A partir de lo anterior, cabe recordar que existen distintas clases de jurisprudencia constitucional de interpretación orientada a principios constitucionales (Guastini, 2016). Veamos:

(i) *Decisiones interpretativas en sentido estricto*: Se trata de las sentencias que determinan la constitucionalidad, no ya de una formulación jurídica infra-constitucional, sino de *uno* de sus sentidos posibles (i.e. una de las normas que puede expresar). Esta jurisprudencia puede ser de dos clases: desestimatorias de la cuestión de constitucionalidad en el respecto de la norma infra-constitucional analizada y estimatoria de la inconstitucionalidad. En este último caso, dicha norma queda anulada *erga omnes* (no así la disposición).

Esta clase de decisiones comportan una selección discrecional de parte de los tribunales constitucionales, pues no está positivamente prescrito –salvo por ellos mismos- que deba preservarse o no una disposición jurídica dentro del ordenamiento

gracias a que puede expresar una norma conforme a la Constitución (Guastini (2001) incluso señala algunas razones por las que podría ser inconveniente). Empero, si se tratara propiamente de una actividad de interpretación selectiva, cae en la clase de la discrecionalidad trivial en la aplicación e identificación de principios jurídicos.

(ii) *Decisiones manipuladoras*: Es un sub-conjunto de las sentencias estimatorias en las cuales el tribunal constitucional *agrega* contenido normativo que no se puede interpretar como parte del posible contenido semántico de las disposiciones jurídicas cuya constitucionalidad está siendo analizada. En otras palabras, en estos casos, los tribunales constitucionales integran el ordenamiento jurídico. Las normas en cuestión se sustentan mediante la interpretación creadora. Guastini (2016) encuentra dos clases de sentencias manipuladoras típicas en la jurisprudencia constitucional (italiana):

ii. i. Sentencias *aditivas*: Se declara inconstitucional que una disposición jurídica no exprese una norma. Para que la disposición sea conforme con la Constitución (ya sean sus principios o sus reglas), se introduce en el ordenamiento la norma faltante. Este es un procedimiento creativo y no-trivialmente discrecional de integración jurídica, pues el conjunto de normas *no expresadas* por una disposición jurídica infra-constitucional, que al tiempo podrían ser conformes con un principio constitucional, es indefinidamente amplio. De ese conjunto, el tribunal toma aquella norma que le parece preferible (justificado en un criterio ideado para el caso, en doctrinas o precedentes propios o de otros tribunales).

Es habitual dar razón a estas sentencias apelando al principio constitucional de igualdad. Detengámonos un poco en su análisis: v.g. una disposición legislativa es interpretada como otorgadora de derechos *f* a los sujetos 1. No obstante, el tribunal

considera que el conjunto de los sujetos 2 no tiene una diferencia *relevante* con respecto a 1 y que, por tanto, se ha introducido una diferencia entre iguales. Para paliar esto, deben extenderse los derechos *f* para que sean aplicables a los sujetos 2.

La apelación al principio de igualdad es un expediente justificativo que amplía considerablemente las capacidades discrecionales de los tribunales: es una genuina máquina de hacer lagunas jurídicas (Guastini, 2001). En el supuesto de que las autoridades creadoras de derecho infra-constitucional emitan una disposición jurídica que distingue dos conjuntos de sujetos que –en acuerdo con el criterio axiológico del tribunal constitucional- son en realidad uno, el tribunal declarará que se ha hecho una distinción inconstitucional entre iguales. Si, por el contrario, el legislador o el poder ejecutivo emite una formulación jurídica que regula un conjunto de sujetos que –en acuerdo con una distinción axiológica propia de los jueces constitucionales- reúne dos conjuntos “realmente” diferentes, entonces, se sentenciará que se legisló inconstitucionalmente a desiguales como si fueran iguales.

ii. ii. Sentencias *sustitutivas*: Es la declaración de inconstitucionalidad de una formulación jurídica ya que expresa una norma y no otra (que sí es constitucional). La característica saliente de esta clase de sentencias es que no se declara la sencilla anulación de la norma o de la disposición, sino que, además, se enuncia la *que debe sustituirla*. Al hacerlo, los tribunales constitucionales introducen la norma correctiva que consideran constitucional. Por razones semejantes a las de las sentencias aditivas, se trata de una actividad discrecional de los tribunales constitucionales.

4. Síntesis conclusiva

Se han descrito varias clases de hechos que –de darse en la realidad judicial- refutan la tesis de la no-discrecionalidad de los tribunales constitucionales. En la vida de los tribunales constitucionales, estas diversas prácticas muchas veces se presentan interrelacionadas. El que estos hechos se den con frecuencia permite también sustentar la idea de que los tribunales constitucionales contemporáneos suelen ostentar un poder político y jurídico radicalmente diverso del que manejan otras entidades. Se han identificado al menos siete clases de usos no-trivialmente discrecionales de los principios jurídicos por parte de tribunales constitucionales:

- La interpretación de las disposiciones jurídicas (o formulaciones jurídicas) que expresan principios constitucionales.

- La identificación (i.e. formulación) de principios jurídicos no explícitamente dispuestos como tales por una autoridad jurídico-normativa.

- La concreción de los principios jurídicos, esto es, al aplicarlos.

- La construcción de principios jurídicos no expresados en disposición jurídica alguna.

- La ponderación de principios jurídicos constitucionales en conflicto.

- La invención y uso de la categoría de principio constitucional supremo e identificación de las normas que caen bajo dicha clasificación.

- La interpretación del ordenamiento jurídico orientado hacia principios constitucionales.

Un excursus para atizar la polémica: A diferencia de las normas aplicadas e identificadas como discrecionales por parte de otros tribunales, aquellas que se identifiquen o apliquen discrecionalmente por los tribunales constitucionales (en un

modelo de jurisdicción constitucional concentrada fuerte) han de ser acatadas por todos los tribunales del país. Pero no solo por otros tribunales: también son obligatorias para todos los órganos del Estado, sean del ejecutivo o del legislativo. Cabe preguntarse qué justificación y legitimidad política tienen los tribunales constitucionales para manejar tal poder²⁷. Dejaré este complejo asunto para ser abordado en otra ocasión.

Cualquiera que sea el caso, quizás la existencia de todos estos hechos no es necesariamente indeseable en todos los casos. En efecto, podría analizarse si la actividad de los tribunales constitucionales es deseable (ya sea en ciertos casos o en todos los casos) aun aceptando que realizan prácticas no-trivialmente discrecionales. Empero, para que estas consideraciones estén racionalmente fundadas, es imprescindible el desarrollo de representaciones *realistas* sobre cómo funcionan *en los hechos* dichas instituciones jurídicas. Esto último es justamente lo que se ha pretendido en esta pesquisa.

5. Bibliografía

Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio 2006 *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (5 re-impresión) (Buenos Aires: Atrea).

Barth, Francisco & Haba, Enrique Pedro 2004 *Los principios generales del derecho* (San José: Investigaciones Jurídicas).

Bäcker, Carsten, 2014 “Reglas, principios y derrotabilidad” (t. Francisco Campos) *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Madrid) n. 37. pp 31-44.

²⁷ Se hace necesario discutir el problema de la legitimidad política y –más específicamente- democrática de tribunales constitucionales que realizan esta clase de actividades (en especial, al realizar control de constitucionalidad de las leyes), tal y como apunta Jeremy Waldron (2018).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Bulygin, Eugenio, 1991 “Sentencia Judicial y Creación del Derecho” en C. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (355-370) (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Bulygin, Eugenio & Mendonca, Daniel 2005 *Normas y sistemas normativos* (Madrid: Marcial Pons).

Carrió, G. 1986 *Notas sobre lenguaje y derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comanducci, Paolo, 2011 “Interpretación jurídica”, en J. Ferrer Beltran & G. Ratti (ed), *El realismo jurídico genovés* (51-70) (Madrid: Marcial Pons).

_____, 2016 *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro).

De Fazio, Federico, 2018 “Teoría de los principios. Avances y problemas”. Texto facilitado por el autor pendiente de publicación.

Guastini, Ricardo, 2001 *Estudios de teoría constitucional* (México D.F.: Fontamara).

_____ 2013 “A propósito del neoconstitucionalismo (t. R. Cavani), en: *Gaceta Constitucional*, (Lima: Gaceta Jurídica) n. 67, junio, pp. 231-240.

_____ 2016 *Sintaxis del derecho* (t. Núñez Vaquero) (Madrid: Marcial Pons).

Guibourg, Ricardo Alberto, 2011 “Alexy y su fórmula de peso”, en: G. Beade & L. Clérigo (ed.), *Desafíos de la ponderación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

Haba, Enrique Pedro, 1986 *Tratado básico de derechos humanos* (San José: Juricentro).

Hernández Valle, Rubén, 1993 *El derecho de la constitución* (dos tomos). (San José: Juricentro).

Kelsen, Hans, 2011 (1960): *Teoría pura del derecho, segunda edición* (t. F. Aren, N. Dassieu, S. Rotemberg; prólogo J. J. Moreso y P. Navarro) (Buenos Aires: Colihue).

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Leiter, Brian, 2005, "Legal realism, hard positivism, and the limits of conceptual analysis", en *Hart's postscript, Essays on the postscript to The concept of law* (pp. 355-370) (ed. Jules Coleman) (Oxford University: New York).

Mendonca, Daniel & Guibourg, Ricardo Alberto, 2004 *La odisea constitucional* (Madrid: Marcial Pons).

Orunesu, Claudina, 2012 *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid: Marcial Pons).

Ross, Alf, 1963, *Sobre justicia y derecho* (t. G. Carrió) (Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires).

Rüthers, Bernd, 2009 *Teoría del derecho, conceptos, validez y aplicación del derecho* (t. M. E. Salas) (México D.F.: Ubijus).

Waldron, Jeremy, 2018 "Control de constitucionalidad y legitimidad política", *Dikaion*, (Colombia) V. 27, n. 1, Junio, pp. 7-28.

Legislación citada

Código Civil de Costa Rica, Ley número XXX de 19 de abril de 1885, rige a partir del 01 de enero de 1888 según artículo 1 de la Ley 63 dictada por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica de 28 de septiembre de 1887.

Jurisprudencia citada

Resolución N. 03495-1992, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las dos horas y treinta minutos, del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Resolución N. 1763-94, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Resolución N. 2003-02771, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

Resolución N. 7484-2007, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las dieciséis horas y cincuenta y tres minutos del veintinueve de mayo del dos mil siete.

Resolución N. 14918-08, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las catorce horas cincuenta y un minutos del ocho de octubre del dos mil ocho.

Resolución N. 6805-11, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las diez horas treinta y un minutos del veintisiete de mayo de dos mil once.

Resolución N. 3950-12, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, a las dieciséis horas y treinta minutos del veintiuno de marzo del dos mil doce.