

LA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

LUÍS ROBERTO BARROSO

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.
Master of Laws por la Universidad de Yale¹*

SUMARIO

PARTE I: La nueva interpretación
constitucional

1. Tradición y modernidades: una nota explicativa.
2. El pospositivismo y la ascensión de los principios.
3. Principios y reglas, una vez más.
4. Ponderación de intereses, valores y normas.
5. Teoría de la argumentación.

PARTE II: Principios constitucionales.

1. Principios instrumentales de interpretación constitucional.
2. Principios constitucionales materiales: una clasificación.
3. Las modalidades de eficacia de los principios.
4. Algunas aplicaciones concretas de los principios materiales.

Conclusión

1. Los apartados IV (Ponderación de intereses, valores y normas) y V (Teoría de la argumentación) de la Parte I, y el apartado III (Modalidades de eficacia de los principios) de la Parte II han sido escritos con la colaboración de Ana Paula de Barcellos, Profesora Ayudante de Derecho Constitucional de la UERJ y doctoranda en Derecho Público, bajó mi orientación.

PARTE I. LA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. TRADICIÓN Y MODERNIDADES: UNA NOTA EXPLICATIVA

La idea de una nueva interpretación constitucional incluye el desarrollo de algunas fórmulas originales de realización de la voluntad de la Constitución, aunque no implique el desprecio o abandono del método clásico —*el subsuntivo*², fundado en la aplicación de *reglas*— ni de los elementos tradicionales de la hermenéutica: gramatical, histórico, sistemático y teleológico. Al contrario, continúan ellos desempeñando un papel relevante en la búsqueda del sentido de las normas y en la solución de casos concretos. Relevante, pero no siempre suficiente.

Incluso en el marco de la dogmática jurídica tradicional, ya habían sido sistematizados diversos principios específicos de interpretación constitucional, aptos para superar las limitaciones de la interpretación jurídica convencional, concebida sobre todo en función de la legislación infraconstitucional, y más especialmente del derecho civil. La gran innovación en la interpretación constitucional se ha dado a partir de la difusión de una constatación que, además de sencilla, no era siquiera original: no es correcta la creencia de que las normas jurídicas en general —y las normas constitucionales en particular— traigan siempre en sí un sentido único, objetivo, válido para todas las situaciones sobre las cuales inciden. Por lo que al intérprete solo le correspondería una actividad de mera revelación del contenido preexistente en la norma, sin asumir el más mínimo papel creador a la hora de su creación.

La nueva interpretación constitucional se asienta justo en el criterio opuesto a tal proposición: las cláusulas constitucionales, por su contenido abierto, principiológico y extremadamente dependiente de la realidad subyacente, no expresan el sentido unívoco y objetivo que una cierta tradición exegética les pretende dar. El relato de la norma, muchas veces, delimita sólo un marco dentro del cual se dibujan diferentes posibilidades interpretativas. En vista de los elementos del caso concreto, de los principios a ser preservados y de los fines a ser realizados será determinado el sentido de la norma, con vistas a la producción de la solución constitucionalmente adecuada para la resolución del problema.

Antes de avanzar en el tema, cabe todavía una advertencia. Muchas situaciones subsisten con relación a las cuales la interpretación constitucional envolverá una operación intelectual sencilla, de mera subsunción de determinado hecho a la norma. Tal constatación es especialmente verdadera con relación a la Constitución brasileña, poblada de reglas de bajo contenido valorati-

2. En esta perspectiva, la interpretación jurídica consiste en un proceso silogístico de subsunción de los hechos en la norma; la ley es la premisa mayor, los hechos son la premisa menor y la sentencia es la conclusión. El papel de juez consiste en revelar la voluntad de la norma, desempeñando una actividad de mero conocimiento, sin implicar ninguna opción de creación del derecho para el caso concreto.

vo, que cuidan de detalles cotidianos. Algunos ejemplos de normas que, normalmente, no dan oportunidad a mayores especulaciones teóricas: (i) alcanzada la edad para la jubilación forzosa, el funcionario debe pasar a la inactividad (CF, art. 40, § 1.º, ID); (ii) el menor de treinta y cinco años no puede ser elegido para el cargo de Senador de la República (CF, art. 14, § 3.º, VI, a); (iii) no cabe el divorcio antes de un año de separación judicial (CF, art. 226, § 6.º).

Por lo tanto, al hablar de nueva interpretación constitucional, normalización de los principios, ponderación de valores, teoría de argumentación, no se está renegando del conocimiento convencional, de la importancia de reglas o del valor de soluciones subsuntivas. Aunque la historia de las ciencias se haga, a veces, en movimientos revolucionarios de ruptura, no se trata aquí de esto. La nueva interpretación constitucional es el fruto de la evolución selectiva, que conserva mucho de los conceptos tradicionales, a los cuales, aún así añade ideas que anuncian nuevos tiempos y atienden a nuevas demandas.

En el flujo de las modernidades aquí señaladas, existen técnicas, valores y personajes que ganaran protagonismo. Y otros que, sin desaparecer, pasaron a compartir el palco, perdiendo la primacía del papel principal. Un buen ejemplo: la norma, en su dicción abstracta, ya no disfruta de la omnipotencia de otros tiempos. Para muchos, no se puede ni siquiera hablar de la existencia de *norma* antes de que se dé su interacción con los *hechos*, como si fuera pronunciada por un *intérprete*³. Y claro que los hechos y el intérprete siempre han estado presentes en la interpretación constitucional. Pero nunca como ahora. Hágase una anotación breve sobre cada uno:

- (i) Los *hechos* subyacentes y las *consecuencias prácticas* de la interpretación. En diversas situaciones, inclusive y especialmente en las hipótesis de conflicto de normas y de derechos constitucionales, no se podrá obtener en el sistema, en teoría, la solución adecuada: ella solamente podrá ser formulada a la vista de los elementos del caso concreto, que permitan afirmar qué desenlace corresponde a la voluntad constitucional⁴. Además, el resultado del proceso interpretativo, su impacto sobre la realidad, no se puede pasar por alto⁵: hay que saber

3. La no identidad entre norma y texto normativo, entre el «programa normativo» (correspondiente al mandato jurídico) y el «dominio normativo» (la realidad social), es postulado básico de la denominada metódica «normativo-estructurante» de Friedrich MÜLLER (*Discours de la méthode juridique*, 1996; la 1.ª ed. del original *Juristische Methodik* es de 1993). Sobre el tema, v. tb. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 1.179.

4. Cual es el bien jurídico de mayor validez: ¿la libertad de expresión o la libertad de ir y venir? ¿Cuándo será legítima una manifestación política que paralice el tránsito en una vía pública? Si fuese el mitin final de la campaña presidencial del candidato de un partido político nacional, parece razonable. Pero si veinte estudiantes de secundaria se tumbasen a lo ancho de una larga avenida, protestando contra la calidad de la merienda, ¿sería una manifestación legítima?

5. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1994, p. 183 y ss.

si el resultado de la incidencia de la norma sobre el hecho hace efectivo el fin del mandato constitucional⁶.

- (ii) El *intérprete* y los límites de su discreción. La moderna interpretación constitucional implica elecciones para el intérprete, ya se trate de la integración subjetiva de principios, de normas abiertas o de conceptos indeterminados. Buena parte de la producción científica de la actualidad ha sido dedicada, precisamente, a la contención de la discrecionalidad judicial, a través de la fijación de parámetros para la ponderación de valores e intereses o por el deber de demostración fundamentada de la racionalidad y del acierto de sus opciones.

Hecha la advertencia, se pasa a la discusión de algunos temas que han movilizado el universo académico en los últimos tiempos y que, más recientemente, van entrando en la dogmática jurídica y en la práctica jurisprudencial.

2. EL POSPOSITIVISMO Y LA ASCENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS⁷

El jusnaturalismo moderno, que comenzó a formarse a partir del siglo XVI, dominó durante un largo periodo la filosofía del Derecho. La creencia en el derecho natural —esto es, en la existencia de valores y de pretensiones humanas legítimas que no provienen de una norma emanada del Estado— fue uno de los triunfos ideológicos de la burguesía y el combustible de las revoluciones liberales. A lo largo del siglo XIX, con la llegada del Estado liberal, la consolidación de los ideales constitucionales en textos escritos y el éxito del movimiento de codificación, el jusnaturalismo llega a su apogeo y, paradójicamente, es el inicio de su superación histórica. Considerado metafísico y anticientífico, el derecho natural será empujado al margen de la historia por la omnipotencia positivista del final del siglo XIX⁸.

6. Puede suceder que una norma, siendo constitucional en su relato abstracto, produzca un resultado inconstitucional en una determinada incidencia. Por ejemplo: el STF consideró constitucional la ley que prohíbe la anticipación de la tutela contra la Hacienda Pública (RTJ 169:383, ADCMC-4, Rel. Min. Sydney Sanches), hecho que sin embargo no impidió a un Tribunal de Justicia concederla, porque la abstención hubiera ocasionado el sacrificio del derecho a la vida del requirente (AI 598.398.600, TJRS, 4.ª CC, Rel. Des. Araken de Assis). Véase el comentario de esta decisión en Ana PAULA ÁVILA, *Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública*, *Ajuris* 86/361).

7. Sobre el tema, véanse Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 1997; Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997; Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997. En la doctrina brasileña, v. Luís Roberto BARROSO, «Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)», en *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 3 y ss.

8. BOBBIO, MATTEUCCI y PASQUINO, *Dicionário de política*, 1986, p. 659; Ana Paula de BARCELLOS, *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais*, *Revista Forense* 351/10; y Viviane Nunes Araújo Lima, *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*, 2000, p. 181.

El positivismo filosófico fue fruto de una creencia exacerbada en el poder del conocimiento científico. Su importación al mundo del Derecho dió lugar al positivismo jurídico, desde la pretensión de crearse una *ciencia* jurídica, con características análogas a las ciencias exactas y naturales. La búsqueda de objetividad científica, poniendo el énfasis en la realidad observable y no en la especulación filosófica, apartó al Derecho de la moral y de los valores trascendentes. Derecho será norma, acto emanado del Estado con carácter imperativo y fuerza coactiva. La ciencia del Derecho, como todas las demás, debe fundarse en juicios *de hecho*, que apuntan al conocimiento de la realidad, y no en juicios *de valor*, que representan una toma de posición ante la realidad. No será en el ámbito del Derecho donde quepa la discusión sobre cuestiones como legitimidad y justicia⁹.

A pesar de la resistencia filosófica de otros movimientos influyentes en las primeras décadas del siglo XX¹⁰, la decadencia del positivismo está emblemáticamente asociada a la derrota del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania. Esos movimientos políticos y militares ascendieron al poder desde la legalidad vigente y promovieron la barbarie en nombre de la ley. Los principales acusados de Nuremberg invocaron el cumplimiento de la ley y la obediencia a las ordenes emanadas de la autoridad competente. Al final de la Segunda Guerra Mundial, la idea de un ordenamiento jurídico indiferente a los valores éticos y de la ley como una estructura meramente formal, un embalaje para cualquier producto, dejaría de tener aceptación en el pensamiento culto¹¹.

La superación histórica del jusnaturalismo y el fracaso político del positivismo abrieron camino hacia un conjunto amplio y todavía inacabado de reflexiones sobre el Derecho, su función social y su interpretación. El *pospositivismo* es la designación provisional y genérica de un ideario difuso, en el cual se incluyen la definición de las relaciones entre valores, principios y reglas, aspectos de la llamada *nueva hermenéutica constitucional*, y la teoría de los derechos fundamentales¹², edificada sobre el fundamento de la dignidad humana. La valorización de los principios, su incorporación, explícita o

9. V. Nberto BOBBIO, *O positivismo jurídico*, 1995, p. 223-4, y también Michael Löwy, *Ideologías e ciência social – Elementos para uma análise marxista*, 1996, p. 40: «O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica».

10. Como, por ejemplo, la jurisprudencia de intereses, iniciada por Ihering, y *el movimiento por el derecho libre*, en el cual se ha destacado Ehrlich.

11. Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, 1989, p.3 y ss.; y Ricardo LOBO TORRES, *Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e isonomia*, 1995, p. 6 y ss.

12. Sobre el tema, véanse: Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991; Ingo WOLFGANG SCARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; Flávia PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*, 1998; Ricardo LOBO TORRES (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; Willis Santiago GUERRA FILHO, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999; y Gilmar FERREIRA MENDES, Inocência Mártires Coelho y Paulo Gustavo GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000.

implícita, por los textos constitucionales y el reconocimiento por el orden jurídico de su normatividad entran a formar parte de este ambiente de reaproximación entre Derecho y Ética.

Poco a poco, diversas formulaciones antes dispersas ganan unidad y consistencia, al mismo tiempo que se expande el esfuerzo teórico que intenta transformar el avance filosófico en instrumental técnico-jurídico aplicable a los problemas concretos. El discurso sobre los principios, sobre la supremacía de los derechos fundamentales y sobre el reencuentro con la Ética — al cual, en Brasil, se debe añadir el de la transformación social y el de la emancipación— tendrá que repercutir sobre el oficio de los jueces, abogados y agentes, sobre la actuación del Poder Público en general y sobre la vida de las personas. Se trata de transponer la frontera de la reflexión filosófica, ingresar en la dogmática jurídica y en la práctica jurisprudencial y, yendo más allá, producir efectos positivos sobre la realidad. Los epígrafes que siguen tienen la ambición de servir de guía elemental para la construcción de la normatividad y de la efectividad del pospositivismo.

3. PRINCIPIOS Y REGLAS, UNA VEZ MÁS

En la trayectoria que los ha conducido al centro del sistema, los principios han tenido que conquistar el status de norma jurídica, superando la creencia de que tendrían una dimensión puramente axiológica, ética, sin eficacia jurídica o aplicabilidad directa e inmediata. La dogmática moderna avala la convicción de que las normas en general, y las normas constitucionales en particular, se encuadran en dos grandes categorías diferentes: los principios y las reglas. Antes de una elaboración más sofisticada de la teoría de los principios, la distinción con ellos se apoyaba, sobre todo, en el criterio de la generalidad¹³. Normalmente, las reglas contienen un relato más objetivo, con incidencia limitada a las situaciones específicas a las que se dirigen. Los principios, en cambio, tienen un mayor contenido de abstracción e inciden sobre una pluralidad de situaciones. No existe jerarquía entre ambas categorías, a la vista del principio de la unidad de la Constitución. Esto no impide que principios y reglas desempeñen funciones distintas dentro del ordenamiento.

En los últimos años ha generado terreno una distinción cualitativa o estructural entre regla y principio, que vino a convertirse en uno de los pilares de la moderna dogmática constitucional, indispensable para la superación del positivismo legalista, donde las normas se ciñen a reglas jurídicas¹⁴. La

13. Josef Esser, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, 1961, p. 66.

14. Rodolfo L. Vigo, Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9/20. El autor ofrece un interesante panorama de los criterios distintivos entre principios y reglas ya propuestos por la doctrina.

Constitución pasa a ser vista como un sistema abierto de principios y reglas¹⁵, permeable a los valores jurídicos suprapositivos, en el cual las ideas de justicia y de realización de los derechos fundamentales desempeñan un papel central. El cambio de paradigma en esa materia resulta en gran parte tributario de las concepciones de Ronald Dworkin¹⁶ y del desarrollo dado a los mismos por Robert Alexy¹⁷. La conjunción de las ideas de estos dos autores ha dominado la teoría jurídica y ha pasado a constituir el conocimiento convencional en la materia¹⁸.

Las *reglas* son, normalmente, relatos objetivos, descriptivos de determinadas conductas y aplicables a un conjunto delimitado de situaciones. De ofrecerse la hipótesis prevista en su relato, la regla debe incidir, por el mecanismo tradicional de la *subsunción*: se encuadran los hechos en la previsión abstracta y se deduce una conclusión. La aplicación de una regla se lleva a cabo con el criterio del *todo o nada*: o no regula la materia en su integridad o no será de aplicación. En la hipótesis del conflicto entre dos reglas, sólo una será válida y deberá prevalecer¹⁹. Los *principios*, por su parte, predeterminan la realidad con un mayor grado de abstracción, no especifican la conducta que tiene que ser seguida y se aplican a un conjunto amplio, a veces indeterminado, de situaciones. En un orden democrático, los principios frecuentemente entran en tensión dialéctica, marcando diversas direcciones. Por esta razón, su aplicación requiere de la *ponderación*: a la vista del caso concreto, el intérprete deberá valorar el peso que cada principio haya de desempeñar en el supuesto, mediante concesiones recíprocas y preservando el máximo de cada uno de ellos, en la medida que sea posible. Su aplicación, por lo tanto,

15. V. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 1123 y ss.

16. Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997 (la 1.ª edición es de 1977). El texto original en esta materia, del propio Dworkin, fue «The model of rules», *University of Chicago Law Review*, 35/14 (1967).

17. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (la 1.ª edición del original «Theorie der Grundrechte» es de 1986).

18. Sin embargo, el consenso viene siendo, también, progresivamente roto por el surgimiento de cualificados trabajos críticos. En la doctrina brasileña, v. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003; en la doctrina extranjera, Klaus GÜNTHER, *The sense of appropriateness – Application discourses in morality and law*, 1993. Para una defensa de las posiciones de Alexy, v. Thomas da Rosa BUSTAMANTE, *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica*, 2003, fotocopiado (original gentilmente cedido por el autor).

19. V. Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 24. Sobre el tema, vease también Luís Roberto Barroso, «Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro», en: «Temas de direito constitucional», t. II, p. 32: «O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* —pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o *cronológico*— onde a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da *especialização* —em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.»

no encajará en el esquema del *todo o nada*, sino que habrá de ser graduada a la vista de las circunstancias representadas por otras normas o por situaciones de hecho²⁰.

Pues bien, superada la fase de un cierto deslumbramiento por la reinención de los principios como elementos normativos, el pensamiento jurídico se ha dedicado a la elaboración teórica de las dificultades que su interpretación y aplicación ofrecen, tanto en la determinación de su contenido como en el de su eficacia. El énfasis que se le ha dado a la teoría de los principios se debe, sobre todo, al hecho de ser nueva y de presentar problemas aún no resueltos. El modelo tradicional, como ya ha sido mencionado, ha sido concebido para la interpretación y aplicación de las reglas. Es bueno ver, sin embargo, que el sistema jurídico ideal se organiza en una distribución equilibrada de reglas y principios, donde las reglas desempeñan el papel referente a la *seguridad jurídica* —previsibilidad y objetividad de las conductas— y los principios, con su flexibilidad, dan oportunidad a la realización de la *justicia* del caso concreto²¹.

Vale la pena profundizar el tema de la distinción entre principios y reglas, especialmente en lo que se refiere a las potencialidades que ofrecen para la actuación del intérprete constitucional. A pesar de la multiplicidad de concepciones en la materia, hay por lo menos un consenso sobre el cual trabaja la doctrina en general: principios y reglas disfrutan igualmente del status de norma jurídica e integran, sin jerarquía, el sistema referencial del intérprete. De los múltiples criterios distintivos posibles²², se destacarán ahora tres de ellos: (i) el contenido; (ii) la estructura normativa; (iii) las particularidades de la aplicación.

20. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: «Principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos».

21. V. Ana Paula DE BARCELLOS, *Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos*, proyecto de tesis de doctorado aprobado en el programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro: «Es posible identificar una relación entre la seguridad, la estabilidad y la previsibilidad, de un lado, y las reglas jurídicas, de otro. Eso porque, en la medida en que vehiculan efectos jurídicos determinados, pretendidos por el legislador de forma específica, las reglas aportan la mayor previsibilidad del sistema jurídico. La justicia, por su parte, depende en general de normas más flexibles, como los principios, que permitan una adaptación más libre ante las interminables posibilidades del caso concreto y que sean capaces de atribuir al intérprete libertad de adaptar el sentido general del efecto pretendido, muchas veces impreciso e indeterminado, a las singularidades de la hipótesis examinada. En ese contexto, por consiguiente, los principios son especies normativas que se ligan de modo apropiado a la idea de justicia. Así, como esquema general, es posible decir que la estructura de las reglas facilita la realización del valor *seguridad*, mientras los principios ofrecen mejores condiciones para que la justicia pueda ser alcanzada» (traducción libre).

22. Sobre el tema, véanse: Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 1997; Claus-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996; en la doctrina brasileña, el importante estudio de Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.

En lo que se refiere al *contenido*, se destacan los principios como normas que identifican los valores que serán preservados o los fines que serán alcanzados. Traen consigo mismos, normalmente, un contenido axiomático o una decisión política. Isonomía, moralidad y eficiencia son *valores*. Justicia social, desarrollo nacional y reducción de las desigualdades regionales son *fines* públicos. Las reglas, en cambio, se limitan a trazar una conducta. La cuestión relativa a los valores o a los fines públicos no aparecerá explícita en la norma porque ya ha sido decidida por el legislador, y no transferida al intérprete. De ahí, se puede afirmar que las reglas son descriptivas de conducta, al mismo tiempo que los principios son valorativos o finalistas.

Con respecto a la *estructura* normativa, se parte de la base de que la expresión de una regla especifica los actos que tienen que ser practicados para su cumplimiento adecuado. Aunque la actividad del intérprete jamás pueda ser calificada como mecánica —pues a él le cabe dar el toque de humanidad que une el texto a la vida real—, la aplicación de una regla normalmente no implicará un proceso de racionalización sofisticado. Si se da el hecho previsto en abstracto, se produce el efecto concreto prescrito. En cambio, dado que los principios indican fines, *estados ideales* a ser alcanzados. Y la norma no determina la conducta que tiene que ser seguida para su realización, la actividad del intérprete será más compleja, pues a él le tocará definir la acción que haya de ser realizada.

También puede darse, en relación con los principios, una dificultad adicional: el fin a ser alcanzado o el estado ideal a ser convertido en realidad puede no estar objetivamente determinado, exigiendo una integración subjetiva por parte del intérprete. Un principio tiene un sentido y alcance mínimos, un núcleo esencial, con el cual se equiparan las reglas. A partir de determinado punto, no obstante, se ingresa en un espacio de indeterminación, en el cual la demarcación de su contenido estará sujeta a la concepción ideológica o filosófica del intérprete. Un ejemplo nos es proporcionado por el principio de dignidad de la persona humana. Además de no explicar los comportamientos necesarios para realizar la dignidad humana —esta, por lo tanto, es la primera dificultad: descubrir los comportamientos—, podrá haber controversia sobre lo que significa la propia dignidad a partir de un determinado contenido esencial, dependiendo del punto de observación del intérprete²³.

En lo que se refiere a las particularidades de su *aplicación*, la doctrina que se ha desarrollado sobre las premisas teóricas de Dworkin y Alexy traza la distinción entre principios y reglas en la forma ya registrada anteriormente y que se reproduce resumidamente, por completar el razonamiento. Las reglas

23. Esa característica de los principios, además, es la que permite que la norma se adapte, a lo largo del tiempo, a diferentes realidades, más allá de permitir la concretización del principio de la mayoría, inherente al régimen democrático. Hay un sentido mínimo, oponible a cualquier grupo que venga a ejercer el poder, y también un espacio cuyo contenido será rellenado por la deliberación democrática.

son proposiciones normativas aplicables bajo la forma de *todo o nada* («*all or nothing*»). Si los hechos en ella previstos ocurren, la regla debe incidir, de modo directo y automático, produciendo sus efectos. Una regla solamente dejará de incidir sobre la hipótesis de hecho que contempla si fuera inválida, si hubiera otra más específica o si no estuviera en vigor. Su aplicación se da, predominantemente, mediante *subsunción*.

Los principios contienen, normalmente, una mayor carga valorativa, un fundamento ético, una decisión política relevante, e indican una determinada dirección a seguir. Ocurre que, en un orden pluralista, existen otros principios que amparan decisiones, valores o fundamentos diversos, a veces contrapuestos. El choque de principios, por lo tanto, no sólo es posible, sino que forma parte de la lógica del sistema, que es por principio dialéctico. Por eso su incidencia no resulta en términos del *todo o nada*, de validez o invalidez. Se debe reconocer a los principios una dimensión de peso e importancia. A la vista de los elementos del caso concreto, el intérprete deberá hacer elecciones fundamentadas, cuando se enfrente con antagonismos inevitables, como los que existen entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, la libre iniciativa y la intervención estatal, el derecho de propiedad y su función social. La aplicación de los principios se lleva a cabo, predominantemente, mediante *ponderación*²⁴.

Es cierto que, más recientemente, ya se discute tanto la aplicación del esquema todo o nada a los principios como la posibilidad de que las reglas sean también objeto de ponderación. Eso porque, como hemos visto, determinados principios —como el principio de la dignidad de la persona humana y otros— presentan un núcleo de sentido al cual se le atribuye naturaleza de regla, aplicable biunívocamente²⁵. Por otro lado, hay situaciones en que una regla, perfectamente válida en abstracto, podrá generar una inconstitucionalidad al incidir en determinado ambiente o, incluso, hay hipótesis en que la adopción del comportamiento descrito por la regla violará gravemente el propio fin que ella busca alcanzar²⁶. Estamos ante fenómenos de reciente

24. Partiendo de la idea original de Dworkin, ALEXY (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 y ss.) ha dado nuevos desarrollos analíticos al tema, en los términos resumidos a continuación. Las reglas transmiten *mandatos de definición*, al mismo tiempo que los principios son *mandatos de optimización*. Con esas expresiones se quiere significar que las reglas (*mandatos de definición*) tienen naturaleza biunívoca, quiere decir, sólo admiten dos especies de situación, dado su substrato fáctico típico: o son válidas y se aplican o no se aplican por inválidas. Jurídicamente, una regla o vale o no. No son admitidas gradaciones. La excepción de la regla o es otra regla, que invalida la primera, o es su violación.

Los principios se comportan de manera diversa. Como mandatos de optimización, pretenden ser realizados de la forma más amplia posible, admitiendo, entre tanto, aplicación más o menos intensa de acuerdo con las posibilidades jurídicas existentes, sin que eso comprometa su validez. Esos límites jurídicos, capaces de restringir la optimización del principio, son (i) reglas que lo excepcionan en algún punto y (ii) otros principios de la misma estatura y opuestos que buscan igualmente maximizarse, imponiendo la necesidad eventual de ponderación.

25. Ana Paula DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 191 y ss.

26. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p. 28 y ss.. El STF, en el Habeas Corpus 7.703-PE (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.09.98),

apreciación, que comienzan a despertar el interés de la doctrina, incluso y sobre todo por su gran alcance práctico.

Los principios —y, con mayor apoyo doctrinal cada vez, también las reglas— deben ser objeto de ponderación, a la vista del caso concreto. Y, en la determinación de su sentido y en la elección de los comportamientos que realizaran los fines previstos, deberá el intérprete demostrar el fundamento racional que legitima su actuación. Se llega, así, a los dos temas que siguen: la ponderación y la argumentación jurídica.

4. PONDERACIÓN DE INTERESES, BIENES, VALORES Y NORMAS²⁷

Durante mucho tiempo, la subsunción ha sido la única fórmula para comprender la aplicación del derecho, a saber: la premisa mayor —la norma— incidiendo sobre la premisa menor —los hechos— y produciendo como consecuencia la aplicación del contenido de la norma al caso concreto. Como ya se ha visto, esa especie de raciocinio continua siendo fundamental para la dinámica del derecho. Pero recientemente, sin embargo, la dogmática jurídica se ha dado cuenta de que la subsunción tiene límites, no siendo por sí sola suficiente para trabajar con situaciones que, fruto de la expansión de los principios, son cada vez más frecuentes. No es difícil demostrar e ilustrar el argumento.

Imagínese una hipótesis en la que más de una norma pueda incidir sobre el mismo conjunto de hechos —varias premisas mayores, por lo tanto, para sólo una premisa menor—, como en el caso clásico de la oposición entre

consideró ser esa la hipótesis y rehusó, en el caso concreto, la aplicación del art. 1.º del Decreto-Ley n.º 200/67 para rechazar la acción penal propuesta contra ex-alcaldesa. La cuestión era la siguiente. Determinado Municipio había contratado, sin concurso público, a un barrendero por cerca de nueve meses; posteriormente, el barrendero se dirigió a la Justicia del Trabajo exigiendo un conjunto de derechos. La reclamación fue juzgada improcedente por el Tribunal del Trabajo, que acogió la alegación del Municipio de nulidad de la relación por falta de concurso público y determinó el envío de piezas al Ministerio Público para la responsabilización de la autoridad que había dado causa al incumplimiento de la regla constitucional. Fundamentándose en estos hechos, el Ministerio Público propuso la acción penal contra la ex-alcaldesa. El STF, no obstante, consideró que el acontecimiento era insignificante, que la Municipalidad no habría sufrido perjuicio, que el fin de la norma prevista en el art. 1.º del Decreto-Ley n.º 200/67 no había sido afectado y, por esas razones, determinó el rechazo de la acción penal.

27. Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 y los siguientes textos fotocopiados: *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* (1998) y *Constitutional rights, balancing, and rationality* (2002) (textos cedidos gentilmente por Margarida Lacombe Camargo); Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 1997; Daniel SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; Ricardo LOBO TORRES, «Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação», in Urbano Zilles (coord.); Miguel Reale. *Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 y ss.; Aaron Barak, Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy, *Harvard Law Review* 116/1 (2002); Marcos MASELLI GOUVÊA, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.

libertad de prensa y de expresión, por un lado, y los derechos a la honra, intimidad y la vida privada, por otro²⁸.

Como se constata simplemente, las normas implicadas tutelan valores distintos y señalan soluciones diversas y contradictorias para la cuestión. En su lógica unidireccional (premisa mayor—premisa menor), la solución subsuntiva para ese problema solamente podría trabajar con una de las normas, lo que conduciría a la elección de una única premisa mayor, descartando las demás. Pero incluso tal fórmula, no sería constitucionalmente adecuada: en virtud del principio instrumental de la unidad de la Constitución (v. *infra*), el intérprete no puede sencillamente optar por una norma y despreñar otra en teoría también aplicable, como si hubiera jerarquía entre ellas. A consecuencia de ello, la interpretación constitucional se ha visto en la tesitura de desarrollar técnicas capaces de trabajar con el hecho de que la Constitución es un documento dialéctico —que tutela valores e intereses potencialmente en tensión— y que principios en ella consagrados frecuentemente entran en una vía de colisión.

La dificultad que se acaba de describir ya ha sido ampliamente percibida por la doctrina; es pacífico que casos como esos no se resolverán por una subsunción sencilla. Será necesario un raciocinio de estructura diversa, más complejo, que sea capaz de trabajar multidireccionalmente, produciendo la regla concreta que va a regir la hipótesis a partir de una síntesis de los distintos elementos normativos que inciden sobre aquel conjunto de hechos. De alguna manera, cada uno de esos elementos deberá ser considerado en la medida de su importancia y pertinencia para el caso concreto, de tal modo que en la solución final, como si fuera un cuadro bien pintado, los diferentes colores puedan ser advertidos, aunque alguno o algunos de ellos se destaquen sobre los demás. Tal es, de manera general, el objetivo de aquello que se ha convenido en llamar *técnica de la ponderación*.

La ponderación consiste, por lo tanto, en una técnica de decisión jurídica²⁹ aplicable a casos difíciles³⁰, con relación a los cuales la subsunción se ha mostrado insuficiente, especialmente cuando una situación concreta abre la oportunidad para la aplicación de normas de la misma jerarquía que suponen soluciones diferenciadas³¹. La estructura interna del raciocinio ponderativo no

28. Hay diversos estudios sobre este conflicto específico. Véase, en la literatura jurídica en idioma español, Porfirio Barroso y María del Mar López Tavalera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998; Antonio FAYOS GARDÓ, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, 2000; Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, 1997; en portugués, véase, por todos, el trabajo de Edilsom PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 1996.

29. José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000.

30. Del inglés «hard cases», la expresión identifica situaciones para las cuales no hay una formulación sencilla y objetiva que se pueda tomar del ordenamiento jurídico, siendo necesaria la actuación subjetiva del intérprete y la realización de opciones, con eventual empleo de discrecionalidad.

31. La ponderación también ha sido empleada en otras circunstancias, como en la definición del contenido de conceptos jurídicos indeterminados (la definición de lo que son los «valo-

es bien conocida aún, aunque esté siempre asociada a las nociones difusas del equilibrar y del sopesar de intereses, bienes, valores o normas. La importancia que el tema ha ganado en el día a día de la actividad jurisdiccional, ha llevado a la doctrina a estudiarlo más cuidadosamente³². De forma simplificada, se puede describir la ponderación como un proceso en tres etapas, relacionadas a continuación.

En la *primera* etapa, le corresponde al intérprete detectar en el sistema las normas relevantes para la solución del caso, identificando eventuales conflictos entre ellas. Como se ha visto, la existencia de esa especie de conflicto —insuperable para la subsunción— es el ambiente propio de la ponderación³³. Añádase que *norma* no se confunde con dispositivo: a veces una norma será el resultado de la conjunción de más de un *dispositivo*. Por su parte, un dispositivo, aisladamente considerado, puede no contener una norma o, al revés, abrigar más de una³⁴. Incluso en esta práctica, los diversos fundamentos normativos —esto es, las diversas premisas mayores pertinentes— serán agrupados en función de la solución que estén sugiriendo. Es decir: aquellos que indican la misma solución deben formar un conjunto de argumentos. El propósito de esa agrupación es facilitar el trabajo posterior de comparación entre los elementos normativos en juego.

En la *segunda* etapa, cabe examinar los hechos, las circunstancias concretas del caso y su interacción con los elementos normativos. Recuérdense, en la línea de lo que ya ha sido expuesto anteriormente, la importancia asumida por los hechos y por las consecuencias prácticas de la incidencia de la norma en la moderna interpretación constitucional. Aunque los principios y reglas tengan en principio una existencia autónoma en el mundo abstracto de los enunciados normativos, será en el momento en que entren en contacto con las situaciones concretas cuando su contenido se llenará de real sentido. Así, el examen de los hechos y de los reflejos sobre ellos de las normas identificadas en la primera etapa, podrán señalar con mayor claridad el papel de cada una de ellas y la extensión de su influencia.

Hasta aquí, en realidad, no se ha solucionado nada y ni siquiera hay mayor novedad. Identificación de las normas aplicables y comprensión de los hechos relevantes forman parte siempre de cualquier proceso interpretativo,

res éticos e sociais da pessoa e da família», referidos en el art. 221, IV, de la Constitución brasileña, implicará por cierto un raciocinio de tipo ponderativo) o en la aplicación de la equidad a casos concretos, aunque en este último caso pueda ser reconducida a una confrontación de principios, ya que la equidad tiene como fundamento normativo específico el principio constitucional de la justicia.

32. Ricardo LOBO TORRES, «Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação», en Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 y ss..

33. Algunas veces, el conflicto se establece más claramente entre intereses que se oponen, siendo necesario entonces comprobar si esos intereses pueden ser reconducidos a las normas jurídicas (normas que, a su vez, pueden tener como fundamento reglas y/o principios, explícitos o implícitos).

34. Sobre el tema, v. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p.13.

sean los casos fáciles o difíciles. Será en la *tercera* etapa cuando la ponderación se singularice, en oposición a la subsunción. Recuérdese, como ya se dijo, que los principios, por su estructura y naturaleza, y observados determinados límites, pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad, a la vista de las circunstancias jurídicas o fácticas sin que esto afecte a su validez³⁵. En la etapa dedicada a la decisión, los diferentes grupos de normas y la repercusión de los hechos del caso concreto serán examinados de forma conjunta, para averiguar el peso que haya que atribuir a los diversos elementos en disputa y, por lo tanto, el grupo de normas que debe prevalecer en el caso. Aún es necesario decidir a continuación con que intensidad debe prevalecer cada grupo de normas —así como la solución por el indicado— en detrimento de los demás; esto es, siendo posible graduar la intensidad de la solución elegida, cabe aún decidir cual debe ser el grado apropiado en que la solución debe ser aplicada. Todo ese proceso intelectual tiene como hilo conductor el principio instrumental de la *proporcionalidad o razonabilidad (v. infra)*.

De la exposición presentada se deduce que la ponderación ha ingresado en el universo de la interpretación constitucional como una auténtica necesidad, mas que como una opción filosófica o ideológica³⁶. Es verdad, sin embargo, que cada una de las tres etapas descritas antes — identificación de las normas pertinentes, selección de los hechos relevantes y atribución del peso efectivo, con la elaboración como remate de una conclusión — envuelve valoraciones de carácter subjetivo, que podrán variar en función de las circunstancias personales del intérprete y de tantas otras posibles influencias³⁷. Es interesante observar que alguno de los principales temas de la actualidad constitucional en Brasil preocupan, señaladamente, desde la óptica de la ponderación de valores, siendo así de destacar los debates sobre:

- (i) la relativización de la cosa juzgada, donde se contraponen el principio de la seguridad jurídica y otros valores socialmente relevantes,

35. Esa estructura en general no se repite con las reglas, de modo que la ponderación de las reglas será fenómeno mucho más complejo y excepcional.

36. Hay, en verdad, quien critique esa necesidad y la propia conveniencia de aplicarse la ponderación a temas constitucionales que, por su carácter fundamental, no deberían estar sujetos a evaluaciones tan subjetivas como las que se ofrecen en un proceso de ponderación: v. T. Alexander ALEINIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, Yale Law Journal 96, 1987, p. 943 y ss.

37. Para el examen de algunas situaciones concretas de ponderación en nuestra perspectiva, veáanse en Luís Roberto BARROSO, *Temas de direito constitucional*, 2002: «Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro», p. 243 y ss. (sobre libertad de expresión e información contra políticas públicas de protección a la salud); «Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988», p. 341 y ss. (sobre libertad de expresión contra protección a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia). Y en «Temas de direito constitucional», t. II, 2003: «A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços», p. 47 y ss. (sobre libre iniciativa y libre competencia contra la protección del consumidor); y «Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo», p. 539 y ss. (sobre la protección de la honra, imagen y privacidad contra represión de ilícitos).

- como la justicia, la protección de los derechos de la personalidad y otros³⁸;
- (ii) la llamada «eficacia horizontal de los derechos fundamentales», proyectando la aplicación de las normas constitucionales a las relaciones privadas, donde se contraponen la autonomía de la voluntad y la efectividad de los derechos fundamentales³⁹;
 - (iii) el papel de la prensa, la libertad de expresión y el derecho a la información en contraste con el derecho a la honra, a la imagen y a la vida privada.

Algunas observaciones finales sobre el tema. La metáfora de la ponderación, asociada al propio símbolo de la justicia, no está inmune de críticas, a veces es objeto de mal uso, sin que sea el remedio para todas las situaciones. Aunque se le ha dado énfasis recientemente, debido a la teoría de los principios, se trata de una idea que viene de lejos⁴⁰. Hay quien la sitúa integrándose el principio más amplio de proporcionalidad⁴¹ sin que falten quienes la consideran como un principio propio, autónomo, el principio de ponderación⁴². Es oportuno constatar, sin embargo, que la ponderación, aunque prevea la atribución de pesos diversos a los factores relevantes de una determinada situación, no proporciona referencias materiales o axiológicas para la valoración que tiene que ser hecha. Llevadas las cosas al máximo, puede servir de albergue a la voluntariedad y a soluciones *ad hoc*, dando así cabida tanto a las que están bien inspiradas como a las que no lo están⁴³.

38. V. Cândido RANGEL DINAMARCO, «Relativizar a coisa julgada material», en Carlos Valder do Nascimento (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*, 2002, p. 33 y ss..

39. Acerca de este tema, en el derecho español, v. especialmente Juan María Bilbao Ubillos, «La eficacia privada de los derechos fundamentales frente a particulares», 1997. En la literatura jurídica brasileña, v. Ingo Wolfgang Sarlet, «Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais», en Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, 2000, p. 107 y ss.. Obsérvense, también, dos proyectos de doctorado en curso ante el Posgrado en Derecho Público de UERJ: Daniel SARMENTO, *Direitos humanos e relações privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*, 2002, y Jane Reis GONÇALVES PEREIRA, *O sistema de interpretação dos direitos fundamentais*, 2002.

40. Roscoe POUND, *Interpretations of legal history*, 1923, se cita como un gran impulsor de la moderna técnica de ponderación, en el ámbito de la «jurisprudencia sociológica». V. Murphy, Fleming y Harris, II, *American constitutional interpretation*, 1986, p. 309.

41. Robert ALEXY, *Constitutional rights, balancing, and rationality*, 2002, mimeo, p. 6.

42. Ricardo LOBO TORRES, «Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação», en Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2002, p. 643 y ss.

43. Antonio Henrique CORRÊA DA SILVA, en monografía de final de curso en el Postgrado en Derecho Público de la UERJ, significativamente llamada de *Colisão de princípios e ponderação de interesses: solução ruim para problema inexistente*, 2002, hace una dura crítica a la idea de ponderación en sí y, considerando artificiales las distinciones entre regla y principio, ha concluido: «a) la distinción entre regla y principio es inocua en el punto de vista funcional, una vez que el principio no puede operar por sí mismo, sino solamente a través de una regla que pueda ser extraída de él; b) la 'colisión de principios' es, en verdad, un conflicto entre reglas extraídas de principios, que puede o no resolverse por los criterios tradicionales de superación de antinomias».

Con todo, el riesgo de tal disfunción, no la hace desmerecer como técnica de decisión ni priva a la doctrina de la posibilidad de buscar parámetros mejor definidos para su aplicación. En la práctica actual, la ponderación todavía no ha alcanzado el ausplicable canon de objetividad, dando lugar a muy amplia discrecionalidad judicial. Tal discrecionalidad, como norma, deberá quedar limitada a las hipótesis en que el sistema jurídico no haya sido capaz de ofrecer la solución en disputa, eligiendo un valor o interés que deba prevalecer. La existencia de ponderación no es una invitación para el ejercicio indiscriminado de activismo judicial. El control de legitimidad de las decisiones obtenidas mediante ponderación ha sido hecho a través del examen de la argumentación desarrollada. Su objetivo, de forma bastante sencilla, consiste en verificar la corrección de los argumentos presentados para alcanzar una determinada conclusión o al menos la racionalidad del raciocinio desarrollado en cada caso, especialmente cuando se trate del empleo de la ponderación. El próximo apartado estará dedicado a ese tema.

5. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN⁴⁴

Tras un primer momento de perplejidad, quienes se inician en el estudio del Derecho pasan a abordar con naturalidad un fenómeno que causa extrañeza a las personas legas: la existencia de decisiones contradictorias sobre una misma cuestión, posiciones doctrinales divergentes y hasta incluso votos opuestos en un mismo asunto⁴⁵. Esto es: considerados los mismos hechos y los mismos elementos normativos, personas diferentes podrán llegar a conclusiones diferentes. La principal cuestión planteada por la llamada *teoría de*

44. Sobre el tema, v. Chaim PERELMAN y Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de argumentação: a nova retórica*, 1996 (1.ª edición del original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. TOULMIN, *The uses of argument*, 1958; Neil MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989 (1.ª edición del original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel ATIENZA, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Antonio Carlos CAVALCANTI MAIA, «Notas sobre direito, argumentação e democracia», in *Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), 1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

45. El enjuiciamiento del Habeas corpus 73.662-MG por el Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20 set. 1996) es un ejemplo interesante y emblemático de lo que se afirma. La discusión giraba en torno a la interpretación de los arts. 213 y 224, alinea a, del Código Penal, y en particular de la presunción de violencia en los casos de relación sexual con menor de 14 años, con el fin de comprobar si había delito de violación. El voto del Ponente defendió que la presunción debería ser calificada como relativa, tanto por las circunstancias del caso concreto (la menor llevaba una vida promiscua, aparentaba mayor edad y consintió en la relación sexual), como por fuerza de la norma constitucional, que prevé que haya que otorgar especial protección a la familia (CF, art. 226). Y es que, según el ministro Ponente, habían pasado ya cinco años desde los hechos y, en ese intervalo, el solicitante del habeas corpus, condenado por violación, se había casado y constituido una familia. En cambio, los votos vencidos, y al margen de otros argumentos, defendían la presunción absoluta de violencia en el caso, con fundamento en el art. 227, § 4.º, de la Constitución, por el cual «a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente».

la argumentación⁴⁶ se puede captar fácilmente en este contexto: si hay diversas posibilidades interpretativas sobre una misma hipótesis, ¿cuál de ellas es la correcta? O, más humildemente, aún cuando no se pueda hablar de una decisión correcta⁴⁷, ¿cuál(es) de ella(s) es (son) capaz(ces) de presentar una fundamentación racional consistente? ¿Cómo comprobar si una determinada argumentación es mejor que la otra?

Existen diversas teorías sobre los parámetros que la argumentación debe tener en cuenta para ser considerada válida y no se pretende aquí discutir su problemática, cuyo examen forma por sí sólo una rama nueva y autónoma de estudio⁴⁸. Aun sin entrar en ella, se pueden, no obstante, sistematizar tres parámetros elementales de control de la argumentación que, a pesar de su simplicidad, serán especialmente útiles cuando se esté utilizando la técnica de la ponderación.

En primer lugar, la argumentación jurídica debe ser capaz de presentar fundamentos *normativos* (por más que sean implícitos) que la apoyen y le den sustento. Es decir: no basta el buen sentido y el sentido de justicia personal —es necesario que el intérprete ofrezca elementos de orden jurídico que refrenden tal o cual decisión. Aunque obvia, esa exigencia ha sido dejada de lado con más frecuencia de lo que cabría suponer, sustituida por concepciones personales adornadas con una retórica de cualidad. No será preciso recordar que, en un Estado democrático de derecho, el Poder Judicial sólo puede imponer coactivamente determinada conducta a alguien con fundamento en la ley. La argumentación jurídica debe mantener justamente su carácter *jurídico* dado que no se trata sólo de una argumentación lógica o moral. En esta línea, al menos como orientación *prima facie*, un conflicto normativo debe ser resuelto a favor de la solución que presente en su apoyo el mayor número de normas jurídicas⁴⁹. En este punto, es oportuno hacer una observación de carácter general.

Sólo será posible controlar la argumentación del intérprete si *hubiera* una argumentación presentada explícitamente. Esa evidencia conduce al problema de la motivación de las decisiones propias de la técnica de la ponderación, particularmente las decisiones judiciales. Como es normal, toda decisión judicial debe ser motivada con relación a los hechos y al derecho; pero cuando una decisión judicial incluye la técnica de la ponderación, el deber de

46. En realidad, hay varias teorías sobre la argumentación, pero sus preocupaciones se concentran en elementos comunes, de modo que se está haciendo referencia a ellas de forma unificada.

47. En efecto, prácticamente todas las teorías que se han desarrollado sobre los parámetros que la argumentación debe observar para ser considerada válida, reconocen que, muchas veces, no habrá una respuesta adecuada, sino un conjunto de soluciones plausibles y razonables. V. Manuel ATIENZA, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, p. 40 y ss..

48. Manuel ATIENZA; en *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, hace una presentación del pensamiento de los principales autores sobre el asunto.

49. Humberto ÁVILA, *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*, Revista de Direito Tributário 79/178 y ss..

motivar se hace aún más grave. En esos casos, como es sabido, el juzgador recorre un camino muy largo y accidentado para llegar a la conclusión. Es su deber constitucional guiar a las partes a través de ese viaje, demostrando, en cada punto, por qué se ha decidido por una dirección o sentido y no por otro.

A pesar de la certeza de lo que se acaba de afirmar, probablemente nunca se ha motivado tan poco y tan mal⁵⁰. Hay toda una serie de explicaciones para este fenómeno, que van del exceso de trabajo de los jueces, pasan por la llamada «motivación concisa», autorizada por la jurisprudencia de los Tribunales superiores⁵¹, y por las recientes reformas del Código del Proceso Civil, que ahora admite, como fundamentación de determinadas decisiones, la mera referencia a las *súmulas*⁵². No es éste el momento de examinar cada una de esas cuestiones. Aún cuando se puedan admitir *motivaciones concisas* en muchos casos, ciertamente eso no se puede hacer cuando se trate de decidir adoptando la técnica de la ponderación. En tales hipótesis, es absolutamente indispensable que el juzgador exponga analítica y expresamente el raciocinio y la argumentación que la han conducido a una determinada conclusión, permitiendo así que las partes puedan controlarla.

Hecha la digresión, y volviendo al punto de partida, un segundo parámetro útil para el control de la argumentación jurídica, en especial cuando implica la ponderación, tiene que ver con la posibilidad de universalización de los criterios adoptados por la decisión. Gracias al imperativo de isonomía se espera que los criterios empleados para la solución de un determinado caso concreto puedan ser transformados en regla general para situaciones semejantes. Tal ejercicio de raciocinio —verificar la posibilidad de generalizar el criterio de decisión que se pretende adoptar en el caso concreto— proyecta la argumentación desarrollada para el caso concreto a un

50. La ausencia de motivación llega, a veces, a ser tautológica, como ha señalado el Ministro Sepúlveda Pertence, en la decisión siguiente: «Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que — sem sequer transcrever a sentença— limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que 'no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão', somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que 'a prova é tranqüila em desfavor dos réus': a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial —que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular— é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.» (STF, HC 78.013-RJ, DJ 19.03.99, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

51. STF, AI (AgR) 310.272-RJ, DJ 28.06.02, Rel. Min. Mauricio Corrêa: «A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX, da Constituição Federal, não implicando a invalidação da decisão que a utiliza».

52. Las *súmulas* representan el enunciado de doctrina afianzada en los tribunales acerca de determinada materia controvertida en derecho. Código de Proceso Civil: «Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1.º — A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso».

conjunto mayor de hipótesis, facilitando la constatación de desvíos e inconsistencias.

Por fin, un último parámetro capaz de limitar de alguna manera la argumentación jurídica, especialmente la constitucional, está formado por dos conjuntos de principios: el primero, compuesto de principios instrumentales o específicos de interpretación constitucional; el segundo, por principios materiales propiamente dichos, que traen en si una carga ideológica, axiológica y finalista de orden constitucional. Ambas categorías de principios orientan la actividad del intérprete, de tal manera que, ante varias soluciones igualmente plausibles, deberá él recorrer el camino dictado por los principios instrumentales y realizar, tan intensamente como sea posible, a la luz de los otros elementos en cuestión, el estado ideal pretendido por los principios materiales.

Aquí, vale la pena hacer una aclaración. Los tres parámetros de argumentación expuestos arriba están relacionados con *uno* de los problemas suscitados por la teoría de la argumentación, tal vez el principal de ellos: la verificación de la corrección o la validez de una argumentación que, una vez consideradas determinadas premisas fácticas y la incidencia de determinadas normas, concluye que una consecuencia jurídica debe ser aplicada al caso concreto. Esto es: se cuida aquí del momento final de la aplicación del derecho, cuando los hechos ya han sido identificados y las normas pertinentes seleccionadas. Esto no significa, sin embargo, que esos dos momentos anteriores—selección de los hechos y de los enunciados normativos— sean auto-evidentes. Al contrario.

Y es que, además de la cuestión antes planteada, otros dos problemas que han ocupado a los estudiosos de la argumentación jurídica se refieren precisamente a la selección de las normas y de los hechos que serán considerados en una determinada situación. Efectivamente, no es insolito ante un caso, que algunos hechos sean considerados relevantes y otros ignorados. ¿Qué criterios llevan al intérprete a dar relevancia jurídica a algunos acontecimientos y a ignorar otros⁵³? También la selección de la(s) norma(s) aplicable(s), esto es, el establecimiento de la premisa normativa, resulta un ejerci-

53. Un ejemplo de esa especie de problema puede ser observado en la decisión del Supremo Tribunal Federal que consideró legítima la aplicación del aumento de la alícuota del impuesto de renta, publicado a lo largo de determinado año, al hecho generador que se consolidó el 31 de diciembre de aquel mismo año. En la hipótesis, era posible considerar al menos dos hechos aparentemente relevantes: (i) el hecho generador ya estaba en curso cuando el incremento de la alícuota se produjo; y (ii) el hecho generador se consolida el día 31 de diciembre. El intérprete que tomase en consideración sólo el primer hecho podría concluir por la inconstitucionalidad del aumento, teniendo en cuenta el principio constitucional de la no retroactividad tributaria. Por otro lado, quien sólo considerase relevante el segundo, como ha hecho el STF, entendería constitucional la incidencia del aumento desde entonces. Compruebase: «Tratava-se, nesse precedente, como nos da súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro» (STF, RE 194.612-1, DJ 08.05.98, Rel. Min. Sydney Sanches).

cio sencillo. La pregunta aquí, que muchas veces no tendrá respuesta unívoca, puede ser formulada en los siguientes términos: ¿qué normas son pertinentes o aplicables al caso⁵⁴?

En resumen, el control de la racionalidad del discurso jurídico suscita cuestiones diversas y complejas, que se vuelven más graves cuanto mayor sea la libertad concedida a quien interpreta. En el caso de la interpretación constitucional, la argumentación asume, muchas veces, un papel decisivo: es que el carácter abierto de muchas normas, el espacio de indefinición de conducta dejado por los principios y los conceptos indeterminados confieren al intérprete un elevado grado de subjetividad. La demostración lógica adecuada del raciocinio desarrollado es vital para la legitimidad de la decisión pronunciada⁵⁵.

Como conclusión de esta parte del trabajo, a continuación se hace, para ilustrar las ideas desarrolladas, un ejercicio sencillo de ponderación y argumentación. Supongamos el siguiente hecho: el ocupante de un importante cargo político en la República es visto a la salida de un motel, acompañado de una señora que no es su esposa. Un periodista que se encontraba en la acera de enfrente, saca una foto de la pareja, incluso bajo el rótulo de identificación del establecimiento. La foto va a ilustrar la portada de una importante revista semanal, que circulará el sábado siguiente, trayendo un amplio

54. En los casos, por ejemplo, en que el contenido de informaciones periodísticas se puede oponer a la honra y a la privacidad, hay autores que intentan solucionar el problema afirmando que la libertad de expresión asegurada constitucionalmente se aplica sólo a las personas naturales, individualmente consideradas, y no a las empresas que explotan medios de comunicación. Estas gozarían sólo de libertad de empresa y de iniciativa, derechos también asegurados por la Constitución, pero que podrían ser restringidos con mucha mayor facilidad que la libertad de expresión, prevista, al final, como una cláusula pétrea. Esta es la posición del profesor Fábio Konder Comparato, expresada en la obra colectiva en homenaje a Paulo Bonavides («A democratização dos meios de comunicação de massa», en Eros Roberto GRAU y Willis Santiago GUERRA FILHO, *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001). Pues, el hecho de que la libertad de expresión sea o no un elemento normativo relevante en el caso, resulta fundamental para su solución.

55. Comentando la absolución del ex-Presidente brasileño Fernando Collor de Mello, en artículo publicado en *Jornal do Brasil (O avesso do Direito)* y reproducido parcialmente en la *Revista Consulex* v. I, n.º 19, 1998 (Juristas analisam a candidatura Collor), escribimos: «A decisão do STF que absolveu o ex-Presidente Collor comporta mais de uma leitura. É possível alguém supor, em boa-fé, que os cinco ministros que consideraram o presidente inocente simplesmente não se convenceram de sua culpabilidade. Provavelmente, além de Suas Excelências, dos advogados de defesa e da estranha gente que recebe a alcunha de 'tropa de choque', não teria sido possível contabilizar outras cinco pessoas no País inteiro que pensassem igual. (...) Mas há outra leitura possível da decisão majoritária do STF. A teoria convencional do Direito sustenta que o juiz é um mero aplicador da lei. Seu papel consiste tão somente em apurar os fatos e sobre eles fazer incidir o comando da norma. Mecanicamente. Acriticamente. Vive-se a ficção implausível de que o Estado é inteiramente neutro e seus agentes são totalmente imparciais. O terceiro-mundismo tem dessas hipocrisias. Na verdade, por um processo que é frequentemente inconsciente, o que se constata é que por trás do discurso aparentemente jurídico o que existe é o compromisso ideológico, o sentimento de classe. Os afortunados e os não afortunados. O que acontece no dia-a-dia da Justiça se materializou de forma emblemática na decisão do Supremo: a classe dominante brasileira —e seus intérpretes conscientes e inconscientes nos tribunais— não consegue condenar os seus pares, os seus iguais.»

reportaje titulado: «La infidelidad en el poder». Dándose cuenta del hecho, la autoridad propone medida judicial de naturaleza cautelar con el fin de impedir la publicación de su foto y las referencias a su persona, invocando su derecho a la privacidad (CF, art. 5.º, X) y alegando que estaba en su coche particular, fuera del horario de despacho y que no hay ningún interés legítimo en divulgar hechos de su vida personal y sexual. Los derechos contrapuestos, son los de libertad de expresión (CF, art. 5.º, IX) y el de la información (CF, arts. 5.º, XIV, y 220).

No es un caso fácil, por implicar un conflicto entre derechos fundamentales, sin que el ordenamiento jurídico proporcione, en principio, la solución constitucionalmente adecuada. El juez, por lo tanto, tendrá que hacer la ponderación entre los valores en conflicto y efectuar elecciones. Y, no queda más remedio que admitir que personas informadas y de buena fe podrán alcanzar soluciones diferentes para el problema. Véase la demostración argumentativa de una de ellas. Apreciando el tema, el juez de primer grado niega la medida, fundamentando su decisión en un triple test:

- a) *El hecho es verdadero.* Argumento: solamente en situaciones de rara excepcionalidad debe el Juez impedir, mediante interferencia previa, la divulgación de un hecho que ha ocurrido incontrovertiblemente;
- b) *El conocimiento del hecho ha sido obtenido por medio lícito.* Argumento: el Juez puede y debe interferir para impedir la divulgación de una noticia si ella hubiese sido producto, por ejemplo, de un crimen, como una interceptación telefónica clandestina o un allanamiento del domicilio. No siendo este el caso, no debe hacerlo;
- c) *Hay un interés público potencial en el conocimiento del hecho.* Supóngase que la autoridad en cuestión ejerciera su cargo en el Ministerio de Transportes, donde una importante licitación tuviese que ser decidida. Y que la señora que lo acompañaba estuviera al servicio de uno de los licitantes, utilizando argumentos (¿cómo decir?) no previstos en la convocatoria.

En su fundamentación, por lo tanto, el juez ha tenido en cuenta las normas constitucionales relevantes, los elementos del caso concreto y la existencia o no de interés público legitimador de una determinada opción. Esta solución no era la única posible: el terreno de los conflictos de derechos fundamentales no es de verdades o de certezas absolutas. Pero la argumentación desarrollada es suficientemente lógica y racional para pretender conquistar el apoyo de un universo de personas bien intencionadas e ilustradas.

PARTE II⁵⁶. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. PRINCIPIOS INSTRUMENTALES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las normas constitucionales son normas jurídicas y, como consecuencia, su interpretación se sirve de los conceptos y elementos clásicos de interpretación en general. Sin embargo, las normas constitucionales presentan determinadas especificidades que las singularizan, de entre las cuales es posible destacar: a) la superioridad jurídica⁵⁷; b) la naturaleza del lenguaje⁵⁸; c) el contenido específico⁵⁹; y d) el carácter político⁶⁰. Por eso, se han desarrollado o sistematizado categorías doctrinales propias, identificadas como principios específicos o principios instrumentales de interpretación constitucional.

Se impone, en este punto, una calificación previa. El empleo del término principio, en este contexto, se relaciona con la preeminencia y con la prece- dencia de estos mandatos dirigidos al intérprete, y no propiamente con su contenido, su estructura o su aplicación mediante ponderación. Los *principios instrumentales* de interpretación constitucional constituyen premisas concep- tuales, metodológicas o finalísticas que deben anteceder, en el proceso inte- lectual del intérprete, a la solución concreta de la cuestión planteada. Ninguno de ellos se encuentra expresado en el texto de la Constitución, pero se reco- nocen pacíficamente por la doctrina y por la jurisprudencia. Aunque toda cla-

56. La parte II del presente texto sintetiza y consolida ideas expuestas en Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 y en Ana Paula DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

57. La Constitución está dotada de superlegalidad, de superioridad jurídica con relación a las demás normas del ordenamiento. Tal característica hace de ella el parámetro de validez, el paradigma por el cual se compara la compatibilidad de una norma con el sistema como un todo. Más adelante volveremos sobre el tema.

58. La naturaleza del lenguaje constitucional, soporte habitual de normas principiológicas o esquemáticas, hace que éstas presenten mayor apertura, mayor grado de abstracción y, consecuentemente, menor densidad jurídica. Las cláusulas generales y los conceptos indeterminados confieren a la Constitución una adaptabilidad a los cambios operados en la realidad y otorgan al intérprete un significativo ámbito discrecional.

59. Las normas materialmente constitucionales pueden ser clasificadas en tres grandes categorías: a) las normas constitucionales de organización, que contienen las decisiones políticas fundamentales, instituyen los órganos de poder y definen sus competencias; b) las normas constitucionales definidoras de derechos, que identifican los derechos individuales, políticos, sociales y colectivos de base constitucional; c) las normas programáticas, que establecen valores y fines públicos destinados a ser realizados. Las normas definidoras de derechos tienen, como regla, la estructura típica de las normas de conducta, presentes en las diferentes ramas del Derecho: prevén un hecho y a él le atribuyen una consecuencia jurídica. Pero las normas de organización y las normas programáticas tienen características singulares en su estructura y en su modo de aplicación.

60. La Constitución es el documento que cubre el trayecto entre el poder constituyente originario — hecho político — y el orden instituido, que es un fenómeno jurídico. Corresponde al derecho constitucional el encuadramiento jurídico de los hechos políticos. Aunque la interpretación constitucional no pueda y no deba romper sus amarras jurídicas, debe ella ser sensible a la convivencia armónica entre los Poderes, a los efectos simbólicos de los pronunciamientos del Supremo Tribunal Federal y a los límites y posibilidades de la actuación judicial.

sificación tenga un componente subjetivo, la sistematización que se sigue parece haber resistido la prueba del tiempo⁶¹.

1.1. Principio de la supremacía de la Constitución

Desde el punto de vista jurídico, el principal aspecto distintivo de la Constitución es su supremacía, su posición jerárquica superior a las demás normas del sistema. Las leyes, actos normativos y actos jurídicos en general no podrán existir validamente si son incompatibles con alguna norma constitucional. La Constitución regula tanto el modo de producción de las demás normas jurídicas como también delimita el contenido que puedan tener. En consecuencia, la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo podrá tener carácter formal o material. La supremacía de la Constitución está asegurada por los diferentes mecanismos de control de constitucionalidad. El principio no tiene un contenido propio: sólo impone la prevalencia de la norma constitucional, cualquiera que ella sea. A causa de la supremacía de la Constitución el intérprete puede dejar de aplicar una norma inconstitucional a un caso concreto que le quepa enjuiciar — control *incidental* de constitucionalidad — o el Supremo Tribunal Federal puede paralizar la eficacia, con carácter *erga omnes*, de una norma incompatible con el sistema constitucional (control principal o por acción directa).

1.2. Principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes y actos del poder público

La Constitución contiene el código de conducta de los tres Poderes del Estado, correspondiendo a cada uno de ellos su interpretación y aplicación en el ámbito de su competencia. De hecho, la actividad legislativa se destina, en un último análisis, a asegurar los valores y a promover los fines constitucionales. La actividad administrativa, tanto normativa como concretizadora, se

61. Esta ha sido la ordenación de la materia propuesta en nuestra *Interpretação e aplicação da Constituição*, cuya 1.ª edición es de 1995. Autores alemanes y portugueses de gran autoridad adoptan sistematizaciones diferentes, pero la fórmula del texto parece de mayor utilidad, dentro de una perspectiva brasileña de concretización de la Constitución. En la doctrina brasileña más reciente, aunque con fuerte influencia germánica, se destaca el tratamiento dado al tema por Humberto ÁVILA, en su *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.. Propone la superación del modelo dual de separación reglas-principios por la creación de una tercera categoría normativa: la de los postulados normativos aplicativos. Serían ellos «instrumentos normativos metódicos» que impondrían «condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo». En alguna medida, tal categoría se aproxima a aquello que hemos denominado principios instrumentales de interpretación constitucional. Con todo, su clasificación es muy distinta, identificándose en ella lo que se denominan postulados inespecíficos (ponderación, concordancia práctica y prohibición de exceso) y postulados específicos (igualdad, razonabilidad y proporcionalidad).

subordina igualmente a la Constitución y se destina a hacerla efectiva. El Poder Judicial, no es por tanto, el único intérprete de la Ley Fundamental, aunque el sistema le reserve la primacía de pronunciar la última palabra. Por eso mismo, debe tener una actitud de deferencia para con la interpretación llevada a cabo por las otras dos ramas del Estado, en nombre de la independencia y armonía de los Poderes. El principio de la presunción de constitucionalidad, por lo tanto, funciona como factor de auto limitación de la actuación judicial: un acto normativo solamente deberá ser declarado inconstitucional cuando la invalidez sea patente y no sea posible decidir la contienda con otro fundamento.

1.3. *Principio de la interpretación conforme a la Constitución*

La interpretación conforme a la Constitución puede ser apreciada como un principio de interpretación y como una técnica de control de constitucionalidad. Como principio de interpretación, deriva de la confluencia de los dos principios anteriores: el de la supremacía de la Constitución y el de la presunción de constitucionalidad. Con base en la interpretación conforme a la Constitución, el aplicador de la norma infraconstitucional, de entre las diversas interpretaciones posibles, deberá buscar aquella que la haga compatible con la Constitución, aunque no sea la que más fluidamente derive de su texto. Como técnica de control de constitucionalidad, la interpretación conforme a la Constitución consiste en la expresa exclusión de una determinada interpretación de la norma, una acción «correctiva» que actúa a modo de declaración de inconstitucionalidad sin tener que mutilar el de texto. En cualquiera de sus aplicaciones, el principio tiene por límite las posibilidades semánticas del texto, para que el intérprete no se convierta indebidamente en un legislador positivo.

1.4. *Principio de la unidad de la Constitución*

El orden jurídico es un *sistema*, lo que presupone unidad, equilibrio y armonía⁶². En un sistema, sus diversas partes deben convivir sin confrontaciones rígidas. Para solucionar eventuales conflictos entre normas jurídicas infraconstitucionales se utilizan, como ya hemos visto, los criterios tradicionales de la jerarquía, de la norma posterior y el de la especialización. En el conflicto de normas constitucionales, especialmente de principios — pero también, eventualmente, entre principios y reglas y entre reglas y reglas —, se emplea la técnica de la ponderación. A consecuencia del principio de la unidad, no existe jerarquía entre normas de la Constitución, correspondiendo

62. Acerca del tema, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996, p. 281.

al intérprete la búsqueda de la armonía posible, *in concreto*, entre mandatos que tutelan valores o intereses que se contraponen. Conceptos como los de ponderación y concordancia práctica son instrumentos de preservación del principio de la unidad, conocido también como principio de la unidad jerárquico-normativa de la Constitución.

1.5. Principio de la razonabilidad o de la proporcionalidad⁶³

El principio de la razonabilidad o de la proporcionalidad, términos aquí utilizados de forma similar⁶⁴, no está expreso en la Constitución, pero tiene su fundamento en las ideas del debido proceso legal sustantivo y en la justicia. Se trata de un valioso instrumento de protección de los derechos fundamentales y del interés público, por permitir el control de la discrecionalidad de los actos del Poder Público y por funcionar como la medida con que una norma debe ser interpretada en el caso concreto para la mejor realización del fin constitucional derivado en ella del sistema. En breve resumen, el principio de la razonabilidad permite al Poder Judicial invalidar actos legislativos o administrativos cuando: a) no haya adecuación entre el fin perseguido y el instrumento empleado (*adecuación*); b) la medida no sea exigible o necesaria, habiendo otro medio alternativo menos grave para llegar al mismo resultado (*necesidad/prohibición del exceso*); c) no haya proporcionalidad en sentido estricto, es decir, lo que se pierde con la medida es de mayor relieve de aque-

63. Sobre el tema, v. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 213 y ss., donde se hace amplia referencia a la bibliografía en la materia.

64. La idea de la razonabilidad remonta al sistema jurídico anglosajón, teniendo especial relieve en el derecho estadounidense, como proyección del concepto de debido proceso legal sustantivo. El principio ha sido desarrollado, como propio del sistema de *common law*, a través de precedentes sucesivos, sin mayor preocupación por lograr una fórmula dogmática sistematizada. La noción de proporcionalidad viene asociada al sistema jurídico alemán, cuyas raíces romanogermánicas condujeron a un desarrollo dogmático más analítico y ordenado. Aparte de esto, se debe registrar que el principio en los Estados Unidos, ha sido antes de nada un instrumento de derecho constitucional, funcionando como un criterio de contraste de la constitucionalidad de determinadas leyes. En Alemania, el concepto ha evolucionado a partir del derecho administrativo, como mecanismo de control de los actos del Ejecutivo. A pesar del origen y del desarrollo diversos, uno y otro albergan los mismos valores subyacentes: racionalidad, justicia, medida adecuada, sentido común, rechazo a los actos arbitrarios. Por esta razón, razonabilidad y proporcionalidad son conceptos tan próximos como para ser intercambiables. Este es el punto de vista que he sustentado desde la 1.ª edición de mi *Interpretação e aplicação da Constituição*, que es de 1995. En el sentido del texto, v. por todos, Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 y ss.. Es cierto, no obstante, que el lenguaje es una convención. Y si nada impide que se atribuyan significados diversos a la misma palabra, con más razón será posible hacerlo con relación a vocablos distintos. Basta, para eso, cualificar previamente la acepción con que se esté empleando un determinado término. Es lo que hace, por ejemplo, Humberto ÁVILA (*Teoria dos princípios, cit.*), que defiende acepciones diversas para proporcionalidad y razonabilidad. También sobre esta temática, Luís Virgílio Afonso DA SILVA (*O proporcional e o razoável*, RT 798/23) derrocha una gran energía intentando demostrar que los términos no son sinónimos y critica severamente la jurisprudencia del STF en el asunto.

llo que se gana (*proporcionalidad en sentido estricto*). El principio puede operar, también, en el sentido de permitir que el juez gradúe el peso de la norma, en una determinada incidencia, de modo que no permita que produzca un resultado no deseado por el sistema, realizando así la justicia del caso concreto.

1.6. Principio de efectividad

De acuerdo con la doctrina clásica, los actos jurídicos en general, y también las normas jurídicas, reclaman análisis en tres planos distintos: los de su existencia, validez y eficacia. En el periodo inmediatamente anterior y a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1988, se consolidó un cuarto plano fundamental de apreciación de las normas constitucionales: el de su efectividad. Efectividad significa la realización del Derecho, la actuación práctica de la norma, haciendo prevalecer en el mundo de los hechos los valores e intereses por ella tutelados. Simboliza la efectividad, por lo tanto, la aproximación, tan íntima como posible, entre el deber ser normativo y el ser de la realidad social⁶⁵.

El intérprete constitucional debe tener compromiso con la efectividad de la Constitución: entre interpretaciones alternativas y plausibles, deberá favorecer aquella que permita la actuación de la voluntad constitucional, evitando, en el límite de lo posible, soluciones que se refugien en el argumento de la no auto aplicabilidad de la norma o en el argumento de la omisión del legislador.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES MATERIALES: UNA CLASIFICACIÓN

Una clasificación que se ha mostrado útil y parece haber resistido la prueba del tiempo es la que busca singularizar los principios —principios materiales, obsérvese, y ya no instrumentales— de acuerdo con su realce en el ámbito del sistema y con su inclusión⁶⁶. Los principios, al expresar valores o indicar fines para ser alcanzados por el Estado y por la sociedad, se irradian por el sistema, interactúan entre sí y pautan la actuación de los órganos del poder, incluso la del Judicial en la determinación del sentido de las normas. No todos los principios, con todo, poseen el mismo radio de acción. Varían en la amplitud de sus efectos e incluso en su grado de influencia. Por esta razón, pueden ser agrupados en tres categorías diferentes, que identifican los principios como fundamentales, generales y sectoriales.

65. Luís Roberto BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

66. Luís Roberto BARROSO, *Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo)*, RTDP 1/168.

2.1. Principios fundamentales

Los principios fundamentales expresan las principales decisiones políticas en el ámbito del Estado; aquellas que van a determinar su estructura esencial. Establecen, así, la forma, el régimen y el sistema del gobierno, así como la forma de Estado. De tales opciones resultará la configuración básica de la organización del poder político⁶⁷. También se incluyen en esa categoría los objetivos indicados por la Constitución como fundamentales a la República⁶⁸ y los principios que la rigen en sus relaciones internacionales⁶⁹. Por fin, merecerá así destacarse en todas las relaciones públicas y privadas el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1.º, III), que se ha transformado en el centro axiológico de la concepción del Estado democrático de derecho y de un orden mundial idealmente pautado por los derechos fundamentales.

2.2. Principios generales

Los principios constitucionales generales, aunque no integren el núcleo de las decisiones políticas que conforman el Estado, son importantes especificaciones de los principios fundamentales. Tienen menor grado de abstracción, siendo más fácilmente determinable el núcleo en que operan como reglas. Por tal razón, se prestan de modo habitual a la tutela directa e inmediata de las situaciones jurídicas que contemplan. Por ser desdoblamiento de los principios fundamentales, se irradian por todo el orden jurídico⁷⁰. La mayor parte de los principios generales se concentran en el art. 5.º de la Constitución, dedicado a los derechos y deberes individuales y colectivos, lo que ratifica la equiparación doctrinal que se suele hacer entre derechos fundamentales y principios⁷¹.

67. Por ejemplo, principio republicano (art. 1.º, caput), principio federativo (art. 1º, caput), principio del Estado democrático de derecho (art. 1.º, caput), principio de la separación de Poderes (art. 2.º), principio presidencialista (art. 76), principio de la libre iniciativa (art. 1.º, IV).

68. CF, art. 3.º: construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, garantía del desarrollo nacional, erradicación de la pobreza y de la marginalización, reducción de las desigualdades sociales y regionales, promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

69. Por ejemplo, soberanía, independencia, autodeterminación de los pueblos, no intervención e igualdad entre los Estados (art. 4.º, I, III, IV y V), defensa de la paz, de solución pacífica de los conflictos y repudio al terrorismo y al racismo (art. 4.º, VI, VII y VIII), prevalencia de los derechos humanos (art. 4.º, II).

70. Ejemplos de principios generales son: legalidad (art. 5.º, II), libertad (art. 5.º, II y diversos incisos del art. 5.º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), isonomía (art. 5.º, caput e inciso I), autonomía estatal y municipal (art. 18), acceso a la Justicia (art. 5º, XXXV), juez natural (art. 5º, XXXVII y LIII), debido proceso legal (art. 5.º, LIV). El elenco, naturalmente, no es exhaustivo y comportaría significativas ampliaciones, de acuerdo con el punto de observación de cada uno. Hay características peculiares a esos principios, en contraste con los que se identifican como fundamentales. Especialmente, no tienen el carácter de organización del Estado, pero si son limitativos de su poder, contemplando situaciones individuales.

71. Robert ALEXY, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, cit., p. 10: «As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas

2.3. *Principios sectoriales*

Principios sectoriales o especiales son aquellos que presiden un específico conjunto de normas afectadas a determinado tema, capítulo o título de la Constitución. Irradian limitadamente, pero en su ámbito de actuación son supremos. A veces, son mero detalle de los principios generales, como los principios de la legalidad tributaria o de la reserva legal en materia penal. Otras veces son autónomos, como el principio de retroactividad en materia tributaria o el de convocatoria pública para la provisión de cargos en la administración pública. Hay principios especiales en diversos sectores como los de la Administración Pública⁷², organización de los Poderes⁷³, tributación y presupuesto⁷⁴, orden económico⁷⁵ y orden social⁷⁶.

3. MODALIDADES DE EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS⁷⁷

Se examinan, en este apartado, los diferentes comportamientos exigibles con base en los principios materiales. La eficacia es un atributo asociado a las normas y consiste en la consecuencia jurídica que debe resultar de su cumplimiento, que puede ser exigida judicialmente si fuera necesario. La percepción de que también a los principios constitucionales debe ser reconocida eficacia jurídica es un fenómeno relativamente reciente, en contraste con las reglas. De cualquier forma, la doctrina ha intentado extender la capacidad normativa de los principios a través de dos movimientos: aplicando, con las adaptaciones necesarias, la modalidad convencional de eficacia jurídica de las reglas también a los principios — es la eficacia positiva o simétrica, referida

devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação.»

72. Por ejemplo, legalidad administrativa (art. 37, caput), imparcialidad (art. 37, caput), moralidad (art. 37, caput), publicidad (art. 37, caput), concurso público (art. 37, II) y rendición de cuentas (arts. 70, párrafo único, 34, VII, d, y 35, II).

73. Por ejemplo, mayoritario (arts. 46 y 77, § 2.º), proporcional (art. 45, y 58, § 1.º), publicidad y motivación de las decisiones judiciales y administrativas (art. 93, IX y X), independencia e imparcialidad de los jueces (arts. 95 y 96) y subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil (art. 142).

74. Por ejemplo, capacidad contributiva (art. 145, § 1.º), legalidad tributaria (art. 150, I), isonomía tributaria (art. 150, II), irretroactividad de la ley tributaria (art. 150, III), inmunidad recíproca de las personas jurídicas de derecho público (art. 150, VI, a), anualidad presupuestaria (art. 165, III), universalidad del presupuesto (art. 165, § 5.º) y exclusividad de la materia presupuestaria (art. 165, § 8.º).

75. Por ejemplo, garantía de la propiedad privada (art. 170, II), función social de la propiedad (art. 170, III), libre competencia (art. 170, IV), defensa del consumidor (art. 170, V) y defensa del medio ambiente (art. 170, VI).

76. Por ejemplo, gratuidad de la enseñanza pública (art. 206, IV), autonomía universitaria (art. 207) y autonomía deportiva (art. 217, I).

77. Ana Paula DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 59 y ss..

luego — y desarrollando modalidades diferenciadas, adaptadas a las características propias de los principios — de que son ejemplo las otras tres modalidades de eficacia presentadas a continuación⁷⁸.

3.1. *Eficacia positiva o simétrica*

Eficacia jurídica positiva o simétrica es el nombre por el cual se ha convenido en designar a la eficacia asociada a la mayoría de las reglas. Aunque su enunciación sea muy familiar, la aplicación de la eficacia positiva a los principios es aún una construcción reciente. Su objetivo, es el mismo: sin embargo, ya se aplique a reglas, como a principios: se trata de reconocer, al que resultaría beneficiado por la norma, o simplemente a aquél que debería ser alcanzado por la realización de sus efectos, derecho subjetivo a dichos efectos, de manera que se pueda obtener la tutela específica de la situación contemplada en el texto legal. Es decir: si los efectos pretendidos por el principio constitucional no llegan a producirse —habiendo sido violada la norma por acción o por omisión—, la eficacia positiva o simétrica pretende asegurar al interesado la posibilidad de exigirlos directamente, incluso en la vía judicial, si fuere necesario. Como podemos ver, un presupuesto para el funcionamiento adecuado de esa modalidad de eficacia es la identificación precisa de los efectos pretendidos por cada principio constitucional. Sobre este punto volveremos más adelante.

3.2. *Eficacia interpretativa*

La eficacia interpretativa significa, en dos palabras, que se puede exigir del Juez que las normas de jerarquía inferior sean interpretadas de acuerdo con las de jerarquía superior con las que se relacionaba. Eso sucede, por ejemplo, entre las leyes y sus reglamentos y entre las normas constitucionales y el orden infraconstitucional como un todo. La eficacia interpretativa podrá operar también dentro de la propia Constitución, con relación a los principios; aunque ellos no dispongan de superioridad jerárquica sobre las demás normas constitucionales, es posible reconocerles una ascendencia axiológica sobre el texto constitucional en general, incluso hasta para dar unidad y armonía al sistema⁷⁹. La eficacia de los principios constitucionales, en esta acepción, consiste en orientar la interpretación de las reglas en general (constitucionales e infraconstitucionales), para que el intérprete se decante,

78. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 254; Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2000, p. 146; y Ruy Samuel ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999.

79. José Afonso DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 157 y ss; y Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2000, p. 141 e ss..

dentro de las posibles soluciones, por aquella que realiza mejor el efecto pretendido por el principio constitucional pertinente.

3.3. *Eficacia negativa*

La eficacia negativa⁸⁰, por su parte, autoriza que sean declaradas inválidas todas las normas o actos que infrinjan los efectos pretendidos por la norma⁸¹. Está claro que, para identificar si una norma o acto viola o contraria los efectos pretendidos por el principio constitucional, es necesario saber que efectos son esos. Como ya se ha referido, los efectos pretendidos por los principios pueden ser relativamente indeterminados a partir de un cierto núcleo; es la existencia de ese núcleo, sin embargo, lo que hace plenamente viable la modalidad de eficacia jurídica negativa. Imagínese un ejemplo. Una determinada empresa rural prevé, en el contrato de trabajo de sus empleados, penas corporales en el caso de incumplimiento de determinadas reglas. O sanciones como privación de alimentos o prohibición de encontrarse con sus familiares. Aparte de otros razonamientos, incluso de naturaleza constitucional, no hay duda de que la eficacia negativa del principio de la dignidad de la persona humana conduce tal norma a la invalidez. Y es que, a pesar de la relativa indeterminación del concepto de dignidad humana, hay consenso en que su núcleo central exige rechazar las penas corporales, la imposición de ayuno y la separación arbitraria de la familia.

3.4. *Eficacia prohibitiva del retroceso*

La *prohibición del retroceso*, por último, es un derivado de la eficacia negativa⁸², particularmente referida a los principios que afectan a los derechos fundamentales. Parte de esos principios se concretan a través de normas infraconstitucionales (esto es: frecuentemente, los efectos que pretenden producir están especificados por medio de la legislación ordinaria) y que, con base al derecho constitucional en vigor, uno de los efectos generales pretendidos por tales principios es la progresiva ampliación de los derechos fundamentales⁸³.

80. Sobre esta modalidad de eficacia, véanse: Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, vol. II, 1990, p. 220 e ss., y German J. BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 1987, p. 238 e ss.; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, RDP n.º 57-58/243 e ss.; y José Afonso DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 158 e ss..

81. En el caso de las normas, podrán ser consideradas derogada, si fueren anteriores a la promulgación de la Constitución.

82. La prohibición del retroceso aún suscita controversia, especialmente en relación a su extensión. Para una visión crítica de esta construcción, confróntase José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa* de 1976, 1998, p. 307-311.

83. En la Carta brasileña, este propósito queda claro tanto en el art. 5.º, § 2.º, como en el caput del art. 7.º.

Partiendo de estos presupuestos, lo que propone la prohibición del retroceso que se pueda exigir del Juez la invalidez de la derogación de normas que, reglamentando el principio, concedan o amplíen derechos fundamentales, sin que la derogación en cuestión vaya acompañada de una política substitutiva o equivalente. Esto es: la invalidez, por inconstitucionalidad, aparece cuando se deroga una norma infraconstitucional que concedía un derecho, dejando un vacío en su lugar⁸⁴. No se trata, será oportuno observar, de la sustitución de una forma de alcanzar el fin constitucional por otra que se entienda más apropiada. La cuestión que se plantea es la de la derogación pura y simple de la norma infraconstitucional, por la cual el legislador vacía el mandato constitucional, exactamente como si se dispusiera contra él directamente⁸⁵.

La atribución, a los principios constitucionales, de las modalidades de eficacia descritas arriba ha contribuido decisivamente a la construcción de su normativa. Bien entendido como venimos indicando, que esas modalidades de eficacia solamente pueden producir el resultado al que se destinan si van acompañadas de la identificación cuidadosa de los efectos pretendidos por los principios y de las conductas que realizan el fin indicado por el principio o que preservan el bien jurídico protegido por él.

4. ALGUNAS APLICACIONES CONCRETAS DE LOS PRINCIPIOS MATERIALES

No es posible, a la vista del objeto del presente estudio y de las circunstancias de tiempo y espacio, analizar el sentido, alcance, propiedades y particularidades de cada una de las categorías y especies de principios referidos. Ni tampoco investigar el núcleo en el cual cada uno de ellos operará como regla y el espacio restante donde deberán ser ponderados entre sí. Pero, a modo de ilustración, antes de concluir las ideas desarrolladas, se resaltará la aplicación concreta de los principios de la dignidad humana⁸⁶ y del debido

84. Cármen Lúcia ANTUNES ROCHA, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, IP 4/41: «De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas (...)».

85. Sobre el tema, v. J. J. GOMES CANOTILLO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 1999, p. 327.

86. Ana Paula DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002; Fernando FERREIRA DOS SANTOS, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 1999; Cleber FRANCISCO ALVES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*, 2001; Fábio KONDER Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003; Alexandre DE MORAES, *Direitos humanos fundamentais*, 2002; Lúcia DE BARROS FREITAS DE ALVARENGA, *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*, 1998; Joaquim B. BARBOSA GOMES, *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa* (ADVSJ 12-96/17); Cármen Lúcia ANTUNES ROCHA, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social* (IP 4/23); Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana* (RT 797/11); Valter SHUENQUENER DE

proceso legal⁸⁷, concluyendo con una breve apreciación del papel desempeñado por el principio de razonabilidad en el ámbito del sistema.

El principio de la dignidad de la persona humana identifica un espacio de integridad moral que debe ser asegurado a todas las personas solo por su existencia en el mundo. Es un respecto a la creación, independientemente de la creencia que se profese en relación a su origen. La dignidad se relaciona tanto con la libertad y valores del espíritu como con las condiciones materiales de subsistencia. No ha sido fácil, sin embargo, el esfuerzo para permitir que el principio pasara de una dimensión ética y abstracta a las motivaciones racionales y fundamentadas de las decisiones judiciales. Partiendo de la premisa anteriormente establecida de que los principios, a pesar de su indeterminación a partir de un cierto punto, poseen un núcleo en el cual operan como reglas, se ha sustentado que, en lo referente al principio de la dignidad de la persona humana, ese núcleo está representado por el mínimo existencial. Aunque haya visiones más ambiciosas del alcance elemental del principio⁸⁸, hay razonable consenso acerca de que incluye por lo menos los derechos a la renta mínima, salud esencial, educación fundamental y acceso a la justicia⁸⁹.

La percepción del valor central del principio ha llegado a la jurisprudencia de los tribunales superiores, donde ya se ha establecido que «la dignidad de la persona humana, uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho, ilumina la interpretación de la ley ordinaria»⁹⁰. De hecho, ha servido de fundamento para decisiones de diverso alcance, como el suministro obligatorio de medicamentos por el Poder Público⁹¹, la nulidad de la cláusula contractual limitadora del tiempo de internamiento hospitalario⁹², el rechazo de prisión por deuda motivada por el impago de intereses absurdos⁹³, la entrega del FGTS para tratamiento de familiar portador del virus HIV⁹⁴, entre muchos otros. Curiosamente, en lo referente el sometimiento obligatorio a la prueba del ADN, a efectos de la investigación de la paternidad, hay decisiones en un sentido⁹⁵ y en otro⁹⁶, apoyándose en el principio de la dignidad humana.

ARAÚJO, *Hierarquização axiológica de princípios – relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado da preservação do contrato social* (RPGERJ 55/82).

87. Ada PELLEGRINI GRINOVER, Antônio Carlos de ARAÚJO CINTRA e Cândido RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 1998, p. 56.

88. Como, por ejemplo, la que incluye en el mínimo existencial la atención a las necesidades que deberían ser sostenidas por el salario mínimo, en los términos del art. 7.º, IV, de la Constitución, a saber: vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, vestido, higiene, transporte y seguridad social.

89. Ana Paula DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 247 e ss.

90. STJ, DJU 26 mar. 2001.

91. STJ, DJU 04 set. 2000.

92. TJSP, ADV 40-01/636, n.º 98859.

93. STJ, DJU 12 fev. 2001.

94. STJ, DJU 26 jun. 2000.

95. TJSP, ADV 37-01/587, n. 98580.

96. STJ, RT 755/569.

En lo que se refiere al *principio del debido proceso legal*, aunque sus corolarios más directos ya estén analíticamente previstos en el texto constitucional y en la legislación infraconstitucional, ha sido aplicado de modo que genere la exigibilidad de otros comportamientos no explícitos. El principio ha sido invocado para considerar, basándose en él, inválido el ofrecimiento de denuncia por otro miembro del Ministerio Público, tras el anterior archivo de la investigación policial⁹⁷; entender ilegítima la anulación de proceso administrativo que repercutía sobre intereses individuales sin observancia de las reglas de contradicción⁹⁸; reconocer haber violencia ilegal en el uso de esposas cuando las condiciones del reo no ofrecían peligro⁹⁹; para denegar la extradición a la vista de la perspectiva de inobservancia del debido proceso legal en el país requirente¹⁰⁰ y para determinar que fuera oída la parte contraria en la hipótesis de embargos a pesar de no haber previsión en ese sentido en la legislación¹⁰¹.

Por último, merece una nota especial el principio de la razonabilidad, que ha servido de fundamento para decidir en un conjunto importante de situaciones, por parte de jueces y tribunales, incluso y especialmente el Supremo Tribunal Federal. Basándose en él, se ha hecho el control de legitimidad del tratamiento desigual entre personas, de ventajas concedidas a servidores públicos¹⁰²; de exigencias desmesuradas formuladas por el Poder Público¹⁰³ o de privilegios concedidos a la Hacienda Pública¹⁰⁴. El principio, denominado en la jurisprudencia como de la proporcionalidad o razonabilidad (v. *supra*), se utiliza a veces como un parámetro de justicia —y, en esos casos, asume una dimensión material—, sin embargo, más comúnmente, desempeña un papel instrumental en la interpretación de otras normas. Confrontese la demostración del argumento.

El principio de la razonabilidad forma parte del proceso intelectual lógico de aplicación de otras normas, es decir, de otros principios y reglas. Por ejemplo: al aplicar una regla que sanciona determinada conducta con una sanción administrativa, el intérprete deberá actuar con proporcionalidad, teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de la falta. Lo que se estará aplicando es la norma sancionadora, siendo el principio de la razonabilidad un instrumento de medida. Lo mismo pasa cuando resulta ser auxiliar del pro-

97. STF, AI 199.620-55, DJU 14 ago. 1997.

98. TJRS, RT 785/692.

99. STF, DJU 6 abr. 2001.

100. STF, DJU 19 dez. 2001.

101. STF, RDA 200/242. La norma legal que concede al funcionario ventaja pecuniaria cuya razón de ser se revela absolutamente carente de causa (gratificación de vacaciones) ofende el principio de razonabilidad.

102. STF, RDA 194/299. Viola el principio de razonabilidad y de proporcionalidad la ley estatal que determina que el pesaje de bombonas de gas se haga a la vista del consumidor.

103. STF, DJU 12 jun. 1998.

104. STF, RE 140.889-MS, DJ 15.12.00, Rel. Min. Marco Aurélio. V. tb. STF, RE 150.455-MS, DJ 7.5.99, Rel. Min. Marco Aurélio.

ceso de ponderación. Al admitir el establecimiento de una edad máxima o de una altura mínima para que alguien pueda presentarse a un concurso público, lo que el Juez hace es interpretar el principio de isonomía, de acuerdo con la razonabilidad: si el medio fuera adecuado, necesario y proporcional para realizar un fin legítimo, debe ser considerado válido. En estos casos, como se percibe intuitivamente, la razonabilidad es el medio de contraste del cumplimiento o no de otras normas¹⁰⁵.

Una observación final. Algunos de los ejemplos anteriores implicarán la no aplicación de determinadas reglas porque resultarían en contrariedad a un principio o a un fin constitucional. Esa situación — aquella en que una regla no es en sí inconstitucional, pero en una determinada incidencia produce resultado inconstitucional — comienza a despertar interés de la doctrina¹⁰⁶. El hecho de que una norma sea constitucional en principio no excluye la posibilidad de ser inconstitucional in concreto, a la vista de la situación sometida a examen. Por lo tanto, una de las consecuencias legítimas de la aplicación de un principio constitucional podrá ser la no aplicación de la regla que lo infrinja¹⁰⁷.

Pero esto ya es el comienzo de una nueva historia.

CONCLUSIÓN

Al final de esta exposición, es posible compendiar algunas de las principales ideas desarrolladas en las proposiciones que siguen.

- I. La interpretación constitucional tradicional se asienta en un modelo de reglas, aplicables mediante subsunción, cabiéndole al interprete el papel de revelar el sentido de las normas y hacerlas incidir en el caso concreto. Los juicios que formula son de hecho, y no de valor. Por tal razón, no le corresponde la función creadora del Derecho, sino sólo una actividad de conocimiento técnico. Esta perspectiva con-

105. En el mismo sentido, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p. 71: “[N]o caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente.”

106. Normalmente, en la línea de la doctrina de Dworkin y Alexy, la ponderación se da entre principios. Se trata aquí, sin embargo, de una hipótesis menos típica, mas posible, de ponderación entre principio y regla. Normalmente, la regla ya habrá reflejado una ponderación hecha por el legislador y deberá ser aplicada en toda su extensión, desde que sea válida. Pero la ponderación hecha por el legislador, así como la pronunciación de constitucionalidad por el STF, puede no realizar la justicia del caso concreto.

107. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, post scriptum, 2003. Para una importante reflexión sobre el tema, v. Ana Paula Oliveira Ávila, *Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipaço de tutela contra a Fazenda Pública*, *Ajuris* 86/361.

vencional aún continua siendo de gran valor en la solución de buena parte de los problemas jurídicos, pero no siempre es suficiente para tratar con las cuestiones constitucionales, especialmente el conflicto de derechos fundamentales.

- II. La nueva interpretación constitucional se asienta en un modelo de principios, aplicables mediante ponderación, cabiéndole al intérprete proceder a la interacción entre hecho y norma y realizar selecciones fundamentadas, dentro de las posibilidades y límites ofrecidos por el sistema jurídico, buscando la solución justa para el caso concreto. En esa perspectiva pospositivista del Derecho, son ideas esenciales la normatividad de los principios, la ponderación de valores y la teoría de la argumentación.
- III. Pospositivismo es la designación provisional y genérica de un ideario difuso, en el cual se incluyen el rescate de los valores, la distinción cualitativa entre principios y reglas, la centralidad de los derechos fundamentales y la reaproximación entre el Derecho y la Ética. A estos elementos se deben agregar, en un país como Brasil, una perspectiva del Derecho que permita la superación de la ideología de la desigualdad y la incorporación a la ciudadanía de la parcela de la población marginada de la civilización y del consumo. Es necesario traspasar la frontera de la reflexión filosófica, ingresar en la práctica jurisprudencial y producir efectos positivos sobre la realidad.
- IV. La ponderación de valores, intereses, bienes o normas consiste en una técnica de decisión jurídica utilizable en casos difíciles, que implican aplicación de principios (o, excepcionalmente, de reglas) que se encuentran en línea de conflicto, señalando soluciones diversas y contradictorias para la cuestión. El raciocinio ponderativo, que aún busca parámetros de mayor objetividad, incluye la selección de las normas y de los hechos relevantes, con la atribución del peso a los diversos elementos en disputa, en un mecanismo de concesiones recíprocas que buscan preservar, con la mayor intensidad posible, los valores contrapuestos.
- V. La teoría de la argumentación ha devenido un elemento decisivo de la interpretación constitucional, en los casos en que la solución de un determinado problema no se encuentra previamente establecida por el ordenamiento, dependiendo de valoraciones subjetivas que tienen que ser hechas a la vista del caso concreto. Cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados implican el ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete. En estas hipótesis, el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo: la demostración racional de que la solución propuesta es la que más adecuadamente realiza la voluntad constitucional.
- VI. La interpretación constitucional se sirve de las categorías de interpretación jurídica en general, inclusive los elementos gramatical, his-

tórico, sistemático y teleológico. Sin embargo, las especificidades de las normas constitucionales llevarán al desarrollo de un conjunto de principios específicos de interpretación de la Constitución, de naturaleza instrumental, que funcionan como premisas conceptuales, metodológicas o finalísticas de la aplicación de las normas que van a incidir sobre la relación jurídica de derecho material. Estos principios instrumentales son los de la supremacía de la Constitución, de la presunción de constitucionalidad, de la interpretación conforme la Constitución, de la unidad, de la razonabilidad-proporcionalidad y de la efectividad.

- VII. Los principios constitucionales materiales se clasifican, en función de su status y del grado de irradiación, en fundamentales, generales y sectoriales. Entre las modalidades de eficacia de los principios, merecen destacarse la interpretativa —que subordina la aplicación de todas las normas del sistema jurídico a los valores y fines en ellos contenidos— y la negativa, que paraliza la incidencia de cualquier norma que sea incompatible con ellos. Puede suceder que una norma sea constitucional en su relato abstracto, pero revelarse inconstitucional en una determinada incidencia, por contrariar el propio fin en ella amparado o algún principio constitucional.
- VIII. La jurisprudencia producida a partir de la Constitución brasileña de 1988 se ha servido progresivamente de la teoría de los principios, de la ponderación de valores y de la argumentación. La dignidad de la persona humana comienza a ganar densidad jurídica y a servir de fundamento para decisiones judiciales. Al lado de ella, el principio instrumental de razonabilidad funciona como la justa medida de aplicación de cualquier norma, tanto en la ponderación hecha entre principios como en la dosificación de los efectos de las reglas.
- IX. La Constitución de 1988 ha sido valiosa aliada del proceso histórico de superación de la ilegitimidad remitente del poder político, de la atávica falta de efectividad de las normas constitucionales y de la crónica inestabilidad institucional brasileña. Su interpretación creativa, más comprometida con la buena dogmática jurídica, se ha beneficiado de una teoría constitucional de calidad y progresista. En Brasil, el discurso jurídico, para disfrutar de legitimidad histórica, necesita tener compromiso con la transformación de las estructuras, la emancipación de las personas, la tolerancia política y el avance social.