

Defensa de un modelo principialista en sociedades complejas y plurales

Defense of a principialist model in complex and plural societies

MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH
Universidad Internacional de La Rioja
mario.maldonado@unir.net
<https://orcid.org/0000-0003-4904-1375>

Recibido: 07/11/2022

Aceptado: 12/04/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.04>

La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una importante
Arquíloco¹

RESUMEN

El presente artículo aboga por la defensa de un modelo principialista señalando sus virtudes y oportunidades. A la par, se presentan las principales críticas recibidas y posibles respuestas a las mismas. El trabajo presta particular atención a los problemas del relativismo, la discrecionalidad y la indeterminación; mediante el empleo de casos se ejemplifica cómo los jueces argumentan respuestas coherentes bajo un enfoque de principios. Se concluye que la indeterminación, a pesar de ser un elemento presente en todo sistema, puede ser disminuida

¹ Frase del poeta griego Arquíloco hecha famosa en la obra de Berlin, Isaiah, *Il riccio e la volpe e altri saggi*, trad. de Gilberto Forti, Milán, Adelphi, 1998.

mediante una argumentación racional y coherente sustentada en los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente los de índole constitucional.

Palabras clave: reglas, principios, sistema normativo, relativismo, discrecionalidad.

ABSTRACT

This article advocates the defense of a principialist model, pointing out what are the virtues and opportunities. At the same time, the main criticisms received and possible responses to them are presented. The work pays particular attention to the problems of relativism, discretion and indeterminacy; Through the use of cases, it is exemplified how judges argue coherent responses under a principled approach. It is concluded that indeterminacy, despite being an element present in every system, can be diminished through a rational and coherent argument based on the fundamental principles of our legal system, especially those of a constitutional nature.

Keywords: rules, principles, normative system, relativism, discretion.

Consideraciones preliminares

Las páginas siguientes pretenden expresar al lector la conveniencia de un modelo basado en principios, particularmente en el caso de las sociedades pluralistas. Aún y cuando su empleo pudiera representar mayores problemas respecto de los que un modelo basado exclusivamente en el empleo de reglas prevé, el sistema de principios permite dar respuestas más aproximativas a las complejidades sociales sin perder por ello los rasgos de certeza y seguridad que todo sistema normativo requiere.

En el apartado segundo se desarrolla la idea de un sistema jurídico complejo en el que se distingue entre la ley y el derecho, una bifurcación antigua que permitía fungir como instrumento de corrección en las normas cuando su contenido se apartaba de otras que se entendían superiores. Mediante casos y reflexiones doctrinales se presenta cómo esta idea es recuperada en estados contemporáneos, cuestión a la que se dedica el apartado tercero, mientras que en el cuarto se estudia dogmáticamente la distinción entre reglas y principios.

En la sección quinta se presentan las principales objeciones y réplicas al modelo de principios expresadas bajo los problemas de discrecionalidad, certeza y subjetividad. En el apartado sexto se reflexiona sobre las normas de principio de orden constitucional y su función de irradiación y corrección en el ordenamiento jurídico. En la sección séptima se particulariza el modelo de principios acudiendo al estudio de casos, privilegiándose aquellos “difíciles” de naturaleza penal en los que se expresan en mayor medida las problemáticas del modelo de principios. Finalmente se aportan reflexiones conclusivas.

La ley y el derecho, la idea de un sistema complejo

Hasta hace unas décadas, dominaba el enfoque positivista jurídico en el cual, el derecho venía entendido como un conjunto de normas, cerrado, perfecto, separado de toda consideración política, social o moral.²

Esta forma de concebir el derecho partía de considerarlo exclusivamente como un conjunto de normas en las que no cabía relación alguna entre el derecho y la moral³ o, si se quiere, entre el derecho que es y lo que debe de ser.⁴ Naturalmente, estas reflexiones evitaban que el análisis formal pudiera imbuirse de consideraciones históricas, sociológicas o de valoraciones subjetivas.

Se trataba de un esquema en el que aparentemente el derecho se concebía como un sistema lógico deductivo capaz de proporcionar una exclusiva respuesta correcta a cada problema de la realidad.⁵ Además, atendiendo a su carácter formal, el contenido de lo justo o injusto de una norma era irrelevante atendiendo a la validez inherente que el propio sistema de fuentes proporcionaba a cada elemento normativo.⁶

² Hart, Herbert, *Contributi all'analisi del diritto*, trad. de Vittorio Frosini, Milán, Giuffrè, 1964, pp. 119-120; Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2017, pp. 17-18.

³ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007, p. 15.

⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 13; Hart, Herbert, *op. cit.*, pp. 107-166.

⁵ Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 69.

⁶ En cuanto a la validez de la norma, el positivismo clásico considera que sólo es importante el proceso formal de producción (sistema de fuentes) sin que lo sea el contenido jurídico. Kelsen afirma: “Según el derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado a encerrar en campos de concentración a personas de ideología, religión o raza indeseables, constriñéndolos a cualquier labor, y hasta a matarlos. Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de los Estados”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM,

En este modelo se reduce el objeto de estudio solo a aquellas normas que satisfacen las características mencionadas. Al mismo tiempo, se simplifica la interpretación y aplicación de la ley ya que en el campo fáctico, se debe trabajar únicamente con la subsunción. No hay margen para la interpretación porque se trata de un modelo acrítico y amoral dentro del cual el contenido normativo es irrelevante, el “fundamento místico” de la norma es ella misma.⁷

Esta forma de entender y aplicar el derecho es ciertamente útil, pero corresponde a un procedimiento mecánico, ajeno a la realidad social. La labor de los operadores jurídicos se convierte en un mero procedimiento acrítico, automatizado, donde la tarea del intérprete consiste únicamente en una concreción del contenido ya definido por el legislador; un contenido que, como se ha afirmado, se presenta con carácter de plenitud y perfección.⁸

Los derechos fundamentales no escaparon a la aplicación de este modelo. A través de distintas denominaciones (derechos subjetivos, ámbitos de autolimitación del individuo, etcétera) fueron considerados una concesión política y, por tanto, susceptibles de cualquier tipo de limitación.⁹

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo pasado, se han producido varios cambios en la forma de pensar e interpretar el derecho; entre ellos, las reformas constitucionales de amplio espectro humanístico, los instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales y la creación de órganos supranacionales a los que se les otorga la función de tutelar estos derechos.

Todos estos cambios apuntan a un tema que durante muchos siglos pareció haber sido olvidado.¹⁰ Nos referimos a la visión del derecho como algo más que un simple conjunto de reglas creadas por el Estado,

1982, p. 53; y, más adelante, añade: “cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica”, *Ibidem*, p. 205.

⁷ Esta célebre expresión se debe a Montaigne: “Las leyes conservan su consideración no porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad; no tienen otro [...] quien las obedece porque son justas, no las obedece con justicia, como debería”; Montaigne, Michel, *Saggi*, vol. II, trad. de Di Girolamo Canini, Milano, Adelphi, 1992, p. 1433. Se vea, igualmente: Jacques, Derrida, *Fuerza de Ley, El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 35 ss.

⁸ Hart, Herbert, *op. cit.*, pp. 107-166.

⁹ Sobre la distinción entre derechos naturales, derechos humanos, derechos fundamentales y otras categorías, se vea Viola, Francesco, “¿Los derechos humanos, son derechos naturales?”, *Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 6, núm. 2, 2013, pp. 162 ss.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *ob. cit.*, pp. 124-127.

es decir, como un todo armónico en el que además de reglas existen principios que dan armonía y unidad al propio derecho.

La visión del derecho como un conjunto complejo de reglas y de principios se remonta a los inicios de la propia ciencia jurídica. Para dar un ejemplo podemos citar *Antígona*, la famosa obra de Sófocles, que revela la tensión entre un derecho creado por el rey Creonte y un derecho inmanente, el principio rector de todas las cosas, del cual el derecho positivo no puede escapar.

Como relata la tragedia, *Antígona* trata de enterrar a su hermano, Polinice, quien ha muerto en la guerra. Para cumplir la ley de los dioses, *Antígona* ha de dar digna sepultura a su hermano, pero Creonte, Rey de Tebas, ha decidido negar el entierro a Polinice por haber traicionado a su patria y, en consecuencia, dispone que sus restos queden a la intemperie, a disposición de perros y cuervos.

Antígona ignora la ley humana y obedece a la divina, que ella considera superior: “no es Zeus quien promulgó esta prohibición para mí, ni siquiera la justicia (*diké*)... no he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas e inmutables de los Dioses. Estas leyes no son de hoy ni de ayer; siempre han existido y nadie sabe con certeza de cuánto tiempo datan”.¹¹

Este pasaje expone claramente el conflicto entre dos visiones del derecho; por un lado, una visión que considera las normas emitidas por el soberano como única fuente del derecho (*lex*) y, por otro, una visión que, aun reconociendo la autoridad de los decretos, la condiciona a su correspondencia con determinados principios superiores a los que deben orientarse todas las leyes (*ius*).

Esta clásica distinción entre *ius* y *lex* fue fundamental durante cientos de años; sin embargo, con el inicio de la codificación en el siglo XIX y la hegemonía del pensamiento positivista,¹² la distinción *ius/lex* fue desplazada. Grandes sucesos, como las revoluciones del siglo XVIII, dieron cuenta de la necesidad de sustituir modelos discrecionales propios del *ancien regime*, por uno centrado exclusivamente en la fuerza de ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad popular y representada particularmente en la figura del Código.¹³

¹¹ Sófocles, *Antígona*, Santiago de Chile, Pehuén, 2001, p. 12.

¹² Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 7.

¹³ “La Revolución en Francia cierra el ciclo abierto con la derrota inicial de *Antígona*. El derecho se convierte sólo en ley y la ley en sólo poder... Desde entonces, la ley es el instrumento para todas las aventuras del poder, cualquiera que éste sea, democrático o antidemocrático, liberal o totalitario. La “fuerza de ley” está al servicio de la razón revolucionaria de los jacobinos; del

Como ya hemos señalado, es a partir de la segunda mitad del siglo xx que el constitucionalismo retoma la forma de entender al derecho a través del uso de principios. Se recupera la idea de que el Estado sirve ante todo para proteger al individuo.¹⁴ Además, el constitucionalismo se fortalece a través de una interpretación normativa de la Constitución y el imperativo de máxima protección de los derechos fundamentales.¹⁵ Es en este modelo y en este contexto que los principios se retoman jugando un papel fundamental.

Una Constitución y un derecho principialista no son, como comúnmente se piensa, una especie de “retorno” a una concepción iusnaturalista del derecho. Los principios, antes que colocar en discusión el Estado de derecho, lo fortalecen, permitiendo un constitucionalismo plural y más receptivo. Ferrajoli subraya cómo la concepción principialista “[...] no sólo no contradice, sino que incluso es un desarrollo y fortalecimiento tanto del positivismo como del Estado de derecho. Éste consiste, en efecto, en un positivismo jurídico fortalecido por la positivización, en normas superiores a cualquier otra, de los mismos principios de justicia —tales como la igualdad, la dignidad y los derechos de las personas— a los que debe ajustarse el derecho positivo”.¹⁶

Una interpretación abierta del derecho y de la Constitución no equivale en modo alguno a una defensa de la ley natural. Más bien, un derecho abierto, principialista y multicultural es contrario a ello. Esto es así porque mientras el iusnaturalismo no postula la defensa de la diversidad sino antes bien la existencia de un derecho universal, homogéneo e igual para todos los pueblos.

La idea de una ley natural anula la idea de diferencia y asume, por el contrario, una concepción en términos de homogeneidad/asimilación.¹⁷ Además, una posición de este tipo resulta incluso peligrosa en términos de la garantía a los derechos fundamentales de quienes no reúnen los caracteres de lo que en cada momentos histórico y político puede entenderse como “lo natural”.

A lo largo de la historia, la idea de un derecho natural ha sido objeto de las más variadas manipulaciones dando lugar a guerras polí-

compromiso moderado entre el monarca y la burguesía liberal; del autoritarismo liberal de fines del siglo xviii y de las dictaduras de izquierda y de derecha que posteriormente se sucedieron”; Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia... cit.*, pp. 14-15. En el mismo sentido Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2011, pp. 173 ss.

¹⁴ Moccia, Sergio, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso ... cit.*, p. 8.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018, p. 27.

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 27-29.

ticas, religiosas o incluso culturales para quienes no comparten los caracteres de lo que se considera natural; en su momento: moros, protestantes, indígenas, africanos, judíos, bosnios, armenios, homosexuales, drogadictos, prostitutas, mendigos, entre otros, han sido tristes ejemplos de cómo “lo natural” puede ser objeto de la más bizarra interpretación.¹⁸

Ahora bien, el derecho “abierto” o “complejo” niega la homogeneidad mas no la existencia de reglas a partir de las cuales se pueda interpretar y aplicar el derecho. No se trata de defender ciegamente cada una de las concepciones culturales de la vida escudándose en el argumento de la defensa del Estado multicultural, porque la diversidad cultural nunca puede constituir el pretexto para aceptar violaciones de derechos fundamentales. La construcción de un Estado pluralista, factible y estable requiere bases o puntos mínimos, por lo que se pueda garantizar el respeto mutuo. Una concepción del derecho basada en la distinción *lex/ius* puede servir a este propósito.

Esta distinción es reconocida en varios estados. En 1973 el Tribunal Constitucional alemán resolvió uno de aquellos casos especialmente complejos en los que se acreditó un daño a los derechos de la personalidad de la ex esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary, al publicarse una falsa entrevista en la que se contenía información sobre su vida privada. Sin embargo, en 1973 ninguna norma permitía dar pauta a una indemnización por este tipo de daños inmateriales pero el Tribunal admitió la demanda y condenó a la revista.

El Tribunal Constitucional argumentó: “La tradicional subordinación del juez a la ley, elemento fundamental del principio de la división de poderes y, por tanto, del Estado de derecho, no ha sido modificada en la ley fundamental, salvo en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y al derecho”... La fórmula mantiene la idea de que la ley y el derecho normalmente coinciden, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las leyes positivas del poder estatal, puede existir, según las circunstancias, un *quid pluris* en el derecho, que tiene su origen en el orden jurídico constitucional en su conjunto y que puede actuar como correctivo de la ley escrita”.¹⁹

¹⁸ Sobre el tema Rorty, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Lukes, Steven *et al.*, *De los derechos humanos: las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998, p. 117; Ignatieff, Michael, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milán, Feltrinelli, 2003, pp. 76 ss.

¹⁹ BVerfGE 34, 269 (286s), *cfr.* Alexy, Robert, *El concepto... cit.*, pp. 17 ss.

Precisamente, a modo de correctivo, los jueces constitucionales concluyeron que aún sin una norma precisa que sancionara la conducta, podía ser reconducida a los principios que inspiran el ordenamiento alemán y por tanto condenada. Es a esta idea “compleja” del derecho a la que dedicaremos los siguientes apartados junto con las críticas que al respecto se han formulado.

Reglas y principios

Uno de los principales postulados de la corriente jurídica positivista fue el de la integridad o plenitud del sistema, de acuerdo con el cual, ante cualquier problema de relevancia jurídica el sistema siempre tenía una respuesta correcta puesto que, incluso en ausencia de alguna regla en lo específico, bajo la “cláusula de cierre” todo lo no prohibido debía entenderse como permitido.

Sin embargo, en la realidad había casos en que, ante la ocurrencia de un determinado hecho, el ordenamiento jurídico no preveía la aplicación de ninguna regla y, por tanto, ninguna consecuencia jurídica. En consecuencia, los jueces resolvían aplicando elementos extra normativos. En un artículo titulado “¿Es el derecho un sistema de reglas?”²⁰ Ronald Dworkin clarificó que particularmente en aquellos casos considerados “difíciles”, los jueces utilizaban algo que iba más allá de la ley escrita; utilizaban principios. Para llegar a esta conclusión Dworkin presenta varios precedentes judiciales en la historia de los Estados Unidos para demostrar cómo el juez, obligado a resolver los casos sometidos a su examen, utilizaba principios cuando no había respuesta en el ordenamiento jurídico.

Así, Dworkin cita el conocido caso “Riggs vs. Palmer” de 1889.²¹ El caso es el siguiente: el 13 de agosto de 1880 Francis B. Palmer elaboró su testamento señalando que a su muerte las propiedades pasarían a manos de la señora Preston, sus hijas y su nieto Elmer Palmer. La señora Preston falleció y en 1882 Francis Palmer se volvió a casar con la Sra. Bresse. El nieto, Elmer Palmer, sabía de la existencia del testamento y de las disposiciones hechas a su favor, así como de la intención de su abuelo de revocar dichas disposiciones. Para disfrutar de la propiedad

²⁰ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 23.

²¹ *Ibidem*, pp. 23 ss. Igualmente, el caso es referido en Farell, Martín Diego, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Lecciones y Ensayos*, México, núm. 93, 2014, pp. 73 ss. Además, el caso puede cotejarse en su traducción española en: “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007, pp. 363-374.

rápidamente y evitar su revocación, Elmer mató a su abuelo y reclamó la propiedad ante los tribunales.

La *litis* del asunto versó en la posibilidad de que un heredero pudiese recibir la herencia obrando de manera ilícita (mediante un asesinato). Ante este caso los jueces cuestionaron que, conforme a las leyes escritas, nada impedía que la herencia fuere transmitida pero que esta situación se enfrentaba a principios mayores sustentados en el “derecho universal” y que no podían ser desatendidos.

Los jueces afirmaron: “Es totalmente cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efectos de los testamentos, y la transmisión de la propiedad, si son interpretados literalmente, y si su vigencia y efecto no puede ser controladas o modificadas de ninguna forma y bajo ninguna circunstancia, otorgan esta propiedad al asesino”.²² Sin embargo, los jueces optaron por una interpretación principista al señalar que: “todas las leyes como todos los contratos deben ser controlados en su realización y efecto por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad o adquirir propiedades sobre la base de su propio crimen. Estas máximas son dictadas por el orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todas las naciones civilizadas y en ningún lugar pueden ser sustituidas por las leyes”.²³

Como resultado del análisis, los jueces volvieron a cuestionar ¿Puede Elmer Palmer heredar mediante asesinato y obtener bienes? Los jueces afirmaron que una respuesta afirmativa sería una “un oprobio a la ciencia jurídica de nuestro Estado y una ofensa contra el orden público”²⁴ y, por tanto, Elmer Palmer no podría asumir ninguna de las propiedades como heredero.

El caso revela una situación preocupante desde el punto de vista iuspositivista, ya que el juez reconoce la falta de una norma específica que le permita resolver el caso de manera coherente. Las reglas existentes en el ordenamiento jurídico estadounidense obligarían a derivar una consecuencia jurídica que no podría ser tolerada porque, en palabras de los jueces, ello constituiría “un oprobio” para la ciencia jurídica y una “ofensa” al orden público. El caso, por lo tanto, obliga a los operadores jurídicos a recurrir a un análisis de principios existentes en el sistema; en este caso, el que prohíbe obtener beneficio del propio fraude

²² *Ibidem*, p. 365.

²³ *Ibidem*, p. 367.

²⁴ *Ibidem*, p. 368.

y, con base en ello, resuelven el caso de manera consistente con los principios del derecho y no con la *littera legis*.

Características de las reglas y de los principios

En primer lugar, debe quedar claro que tanto las reglas como los principios pertenecen al ámbito jurídico, ya que ambos son normas que orientan la conducta humana estableciendo lo que es debido.²⁵

Los principios son normas que disponen que algo sea realizado “en la mayor medida posible sobre la base de las circunstancias de hecho y de derecho”;²⁶ en consecuencia, son mandatos de optimización ya que pueden realizarse en diferentes grados configurándose “abiertamente” en cada caso concreto.²⁷ Son el núcleo básico que orienta y legitima a todo el ordenamiento jurídico, es decir, tienen una función directiva o teleológica a la que se invoca en el momento de la creación, interpretación y aplicación del derecho.²⁸

En abstracto, entre principios no existe un criterio de jerarquía, todos ellos tienen el mismo valor que sólo puede determinarse concretamente en los casos de “colisión” entre ellos; esto se realiza mediante diversas técnicas hermenéuticas entre las que se destaca la ponderación y la doctrina del contenido esencial. En el primer caso, los principios en colisión se analizan en términos de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad concreta para determinar qué principio es el que deberá de prevalecer.²⁹ En el caso del contenido esencial, se define la identidad y los límites inherentes de cada principio de manera tal que queda circunscrito aquel ámbito más esencial de cada derecho fundamental respecto del cual, en caso de ser afectado, el derecho dejaría de ser tal.³⁰

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 526.

²⁶ *Ibidem*, p. 67.

²⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., Barcelona, Ariel, 2007, pp. 30-31.

²⁸ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 82-85. Moccia, Sergio, “Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 61, 2018, p. 1720; Vigo, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 75.

²⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales”, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73.

³⁰ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 389. Asimismo, Martínez Pujalte y Antonio Luis, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 65, 1997, p. 53 ss.; Häberle, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Carocci, 1996, pp. 79-92.

Las reglas, en cambio, son normas que exigen su pleno cumplimiento, no son graduables, sólo pueden ser observadas o no. En consecuencia, son mandamientos definitivos.³¹ Las reglas tienen una estructura cerrada, están sujetas al imperativo de “todo o nada”³² y en el caso de que se verifique la hipótesis abstracta a la cual estén destinadas, se aplica la consecuencia prevista bajo el método de la subsunción.³³

Además, las reglas carecen de esa fuerza expansiva o radiante que caracteriza a los principios; no tienen una función directiva o teleológica³⁴ y, en caso de conflicto entre ellas, se aplican los criterios tradicionales de solución de antinomias, como lo son: el criterio jerárquico, el criterio de especialidad o el criterio cronológico.

Pongamos un ejemplo aplicable al caso nacional. El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición”, dicha norma exige un pleno cumplimiento, tiene una estructura cerrada (del “todo o nada”), carece por sí misma de una fuerza expansiva y, en caso de que, por ejemplo, una norma inferior dispusiese un plazo de detención diverso podría fácilmente superarse la contradicción, en este caso, bajo el criterio de la jerarquía.

Por otro lado, el artículo 22, también constitucional, dispone en su primer párrafo la expresión “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Esta norma, entre otros, contiene el “principio de ofensividad” que en su expresión más elemental indica que sólo puede ser considerado delito aquella conducta que lesiona un bien jurídico de especial relevancia. A partir de esta norma podemos derivar un gran carácter expansivo, interpretativo y teleológico a todo el ámbito del derecho penal, a tal grado que, donde no hay una lesión a un bien jurídico no puede haber conducta sancionable. Además, la norma en sí misma no es graduable en abstracto porque nos remite a cada bien jurídico que en su caso pueda verse afectado, por tanto, la norma tiene un carácter abierto y al mismo tiempo “rector” al disponer una directiva general a seguirse en todos los casos.

Una situación de colisión pudiera plantearse de cara al principio democrático que confiere al legislador la potestad de elaborar normas

³¹ Alexy, Robert, *El concepto... cit.*, p. 75.

³² Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously... cit.*, p. 24.

³³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 137.

³⁴ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 400.

penales.³⁵ Ahí donde el legislador elaborase un tipo penal en donde difícilmente se acreditase una efectiva lesión a un bien jurídico nos encontraríamos ante una situación de colisión y no cabría dar respuesta al conflicto únicamente mediante el criterio tradicional de subsunción sino que habría de recurrirse a otras herramientas como la ponderación para determinar si la medida resulta ser idónea, necesaria y proporcional para, en su caso, determinar cuál de los dos principios habrá de prevalecer. En todo caso, ninguno de los principios se declara nulo, sino que, en este específico caso deja de tener prevalencia.³⁶

El problema de la moral y de la discrecionalidad judicial

Una de las críticas más comunes a la teoría principialista sostiene que los principios cuestionan la separación entre derecho y moral. Los críticos argumentan que esta posición implica una defensa de la ley natural que es incompatible con el Estado contemporáneo, basado en la objetividad. Argumentan que admitir esta equiparación implica la creación de un amplio margen de indeterminación propicio para fortalecer el activismo judicial y la discrecionalidad.

Los principios son el reflejo de una clara posición sociopolítica reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico. El contenido de estos principios es la cristalización de la historia particular de cada sociedad, de su núcleo de valores, creencias, tradiciones y cultura. Sin embargo, es un contenido que el propio ordenamiento jurídico reconoce, es decir, un contenido positivizado.³⁷ Esto permite clarificar que los principios no son una forma de moral, sino auténticas normas jurídicas.

Ahora bien, el contenido de los principios permite atribuir al ordenamiento jurídico un valor no sólo formal, que equivaldría al proceso

³⁵ En el caso del legislador nacional, este principio se derivaría de los artículos 40, 71 y 73 fracción XXI, inciso b de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁶ En la Acción de Inconstitucionalidad 306/2020, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 287 Bis del Código Penal de San Luis Potosí donde se sancionaba la comercialización de réplicas de armas. La Corte señaló que la mera comercialización no constituía una lesión a ningún bien jurídico y ello contravenía los principios de ofensividad y última ratio. Para llegar a esta conclusión, la Corte analizó la medida legislativa a la luz del principio de proporcionalidad concluyéndose que no era idónea, necesaria ni proporcional al interés legítimo que se pretendía defender. Para la corte: “la conducta consistente en la comercialización de juguetes con apariencia de arma real por sí misma no genera un daño o lesión, sino únicamente un riesgo de peligro muy eventual, por ello, resulta excesiva la sanción”, Acción de inconstitucionalidad 306/2020, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, sentencia de 9 de mayo de 2022.

³⁷ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 400.

legislativo, sino también material, en la medida en que toda norma que lo compone pueda reconducirse a esos principios.³⁸ Mucho se ha dicho en relación con el contenido de los principios y es aquí donde las mayores críticas buscan encontrar sustento.

Debe quedar claro que esto no es un retorno a una posición de derecho natural. Una de las tesis defendidas por el iusnaturalismo es la que sustenta la existencia de ciertas normas universales que determinan la conducta humana. Estas normas, según la ley natural, estarían vinculadas a la ley en forma de relación condicional, de tal modo que una ley contraria a la justicia universal sería nula.³⁹

La teoría principialista no sustenta lo anterior, porque no comparte la idea de que exista una especie de ley universal en la que todos los pueblos deban reconocerse. El reconocimiento de la distinción entre reglas y principios implica la posibilidad de admitir la existencia de normas con una estructura y un funcionamiento diverso al cual se puede recurrir para justificar la validez de una cierta determinación jurídica, sin que ello presuponga, la defensa de una determinada posición moral.

El contenido de estos principios pone en evidencia la existencia de una cierta postura socio/política por parte del legislador que en muchos casos implica decisiones sobre aquello que es correcto o incorrecto, positivo o negativo, sobre los valores a defender y promover y aquellos a desalentar. Estas consideraciones no equivalen a una afirmación de que el derecho coincida con la moral, simplemente significa reconocer en el derecho la existencia de elementos valorativos.⁴⁰ Por tanto, los principios no son entidades ideales o metafísicas, sino elementos presentes en todo ordenamiento jurídico.

Un modelo basado únicamente en principios, dicen los críticos, conduce a los peligros de la discrecionalidad y al activismo judicial, es decir, a hacer del juez quien decida qué es “derecho” en casos de oscuridad de la ley o a reemplazar al legislador en casos de lagunas jurídicas usurpando, en consecuencia, funciones soberanas para las que no han sido electos democráticamente.⁴¹

Al respecto cabe decir que la indeterminación no es una enfermedad o un defecto de un ordenamiento jurídico, sino una expresión natural del mismo, propia de todo ordenamiento compuesto tanto de reglas

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 64-65.

³⁹ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰ Hart, Herbert, *Contributi all'analisi... cit.*, pp. 111-117.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, vol. 55, núm. 3, 2010, pp. 2771-2816.

como de principios.⁴² Por tanto, la indeterminación no es característica exclusiva de los sistemas principialistas. En efecto, en todo sistema, sea de reglas o de principios, nos encontraremos con normas en las que la claridad y la determinación serán como un círculo luminoso, pero también encontraremos zonas de penumbra donde será necesaria la intervención judicial.⁴³

Solo si nos encontrásemos en una sociedad pequeña, regida por un pequeño catálogo de disposiciones (como los diez mandamientos) y solo si hubiera un acuerdo unánime sobre el significado de las mismas, quizás, podríamos aspirar a una certeza y determinación plena en el ordenamiento. Esta no es la realidad, los sistemas jurídicos son sumamente complejos para dar respuesta a las distintas necesidades de sus sociedades y ello da lugar a la existencia de lagunas, antinomias, ambigüedades, vaguedades e imprecisiones del lenguaje.

Así, la pretensión de entera objetividad y plenitud del sistema jurídico no es posible. Sólo un sistema jurídico en el que cada disposición expresara con total claridad lo que está permitido, prohibido u ordenado para cada posible caso, de forma que no dejase lugar a interpretaciones, podría alcanzar la auténtica objetividad y plenitud, pero ese sistema es utópico.⁴⁴

Otro problema que imposibilita la plena objetividad del ordenamiento es el lenguaje. El operador jurídico, tanto el legislador como el juez, trabaja siempre con un lenguaje natural que en sí mismo está abierto a la interpretación. El lenguaje jurídico, a pesar de su tecnicismo, es una variante de este lenguaje, es decir, es de uso común y adquiere su significado en una determinada comunidad y contexto.⁴⁵

En todo caso, lo que puede lograrse es una reducción del margen de indeterminación mediante el uso adecuado del lenguaje legislativo y estableciendo lineamientos precisos para determinar los límites de la interpretación. Precisamente, sobre este punto, es necesario detenerse para subrayar que, si bien la indeterminación es una propiedad constante, ésta no implica ni irracionalidad ni discrecionalidad ilimitada, aún en un modelo principialista.

⁴² Bin, Roberto, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milán, Franco Angeli editore, 2013, p. 27.

⁴³ Hart propone que el criterio de los jueces para resolver casos en la zona de penumbra sea la racionalidad, pero la decisión, "[...] para ser racional, debe tomarse a la luz de una concepción del derecho como debe ser, teniendo en cuenta de los objetivos, orientaciones sociales y fines a los que sirve el ordenamiento jurídico", Hart, Herbert, *Contributi all'analisi... cit.*, p. 129.

⁴⁴ Moccia, Sergio, *Il diritto penale...cit.*, pp. 22-23.

⁴⁵ Laporta, Francisco, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 185.

Cuando se trabaja con principios, existe en su núcleo un componente de valor que es en sí mismo discrecional. El intérprete, especialmente el juez, cuando trabaja con principios trabaja con estos juicios valorativos y aun cuando la norma jurídica esté redactada de manera abstracta y general, en el momento de su concreción el juzgador deberá realizar una interpretación subjetiva para desentrañar el contenido de ese juicio valorativo.

Sin embargo, el abanico de respuestas a disposición del juez no es ilimitado, sino que está prefigurado por los confines substanciales que brindan los principios del ordenamiento. Estos determinan la nulidad, por ejemplo, de una ley que autorice la discriminación racial, legitime el estatus legal de la esclavitud, autorice la venta de mujeres en comunidades indígenas, permita la sanción de una persona por sus preferencias sexuales, entre otras. En todos estos casos, el sistema reflejaría una suerte de “pretensión de corrección”⁴⁶ en la que ciertas respuestas son aceptables y otras no, con base en los márgenes de interpretación que brindan los principios del ordenamiento.

En todo caso, lo que se pretende expresar es que más allá de la plena certeza y objetividad que la norma pudiera expresar, en sistemas complejos se requiere ante todo de la fuerza argumentativa que permita sustentar una respuesta correcta amparada por el margen sustancial que brindan los principios.

La alternativa a este ejercicio de racionalidad es la de pretender encontrar categorías objetivas en los juicios de valor. Dentro de la filosofía existen corrientes que defienden un objetivismo moral, esto es, la posibilidad de encontrar categorías que permitan objetivar los juicios de índole moral.⁴⁷ Ronald Dworkin ironiza sobre estas corrientes haciendo referimiento a los “morons” los cuales serían entes misteriosos similares a los átomos, cuya identificación por sí sola podría dar objetividad a los juicios de valor.⁴⁸

Evidentemente los “morons” no existen porque no existen categorías concretas ni leyes universales de las que sea posible derivar criterios de objetividad moral. Los valores son propiedades que atribuimos a determinadas acciones o estado de cosas, pero no de forma arbitraria,

⁴⁶ Alexy, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 36, 2013, p. 20.

⁴⁷ Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Peña, Lorenzo y Ausín, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, p. 17.

⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pp. 9-26, y 37-39.

sino en base a ciertos criterios. No se trata de dar objetividad a los juicios de valor, sino a las razones que justifican su elección; por ello, se refrenda la idea del discurso racional sobre esos juicios valorativos.⁴⁹

Lo más importante de una decisión judicial es su capacidad argumentativa, la solidez de sus argumentos, la forma en que el juez construye sus premisas y las razones que sirven de base a sus conclusiones.⁵⁰ Esta fuerza se encuentra en lo que se denomina “razonamiento práctico”, es decir, en la capacidad de construir y confrontar razones que le permitan llegar a una decisión.⁵¹ Esta metodología permite que incluso, una decisión tomada sobre una base irracional pudiera resultar “correcta” siendo sometida al test de su justificación y racionalización, en estos casos, lo decisivo es el “contexto de justificación”, esto es, “los argumentos presentados en ese contexto, y no las razones de hecho, los impulsos o las intuiciones por las cuales la decisión se tomó”.⁵²

Como un ejemplo de cómo la decisión podría tomarse aún sobre la base de un criterio que pudiera parecer en principio irracional tomamos del derecho comparado la sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia referida a la imposición de la sanción del látigo a un miembro de la comunidad indígena “Páez”, ejecutada por las propias autoridades tradicionales indígenas. Esta sanción fue considerada por observadores como una forma de tortura quienes interpusieron una acción de tutela ante el máximo tribunal colombiano.⁵³

La primera y evidente respuesta sería la de considerar dicha práctica como una forma de tortura, sin embargo, los jueces constitucionales hicieron eco del razonamiento práctico y mediante una confrontación entre sus elementos y los de la comunidad indígena llegaron a elaborar una argumentación en la que dicha práctica podría ser reconducida a los principios de la pluralidad, la autonomía y la dignidad.

En este caso, los informes antropológicos, etnográficos y el intercambio de razones con la comunidad revelaron que la sanción tenía un especial significado que sólo podía comprenderse a la luz de la cosmovisión indígena impregnada no por la idea de la retribución del daño sino por la de la reinserción y el equilibrio. Además, conforme a dictámenes médicos se acreditó que la sanción era fundamentalmente simbólica y

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 69-87.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Garanzie e garantismo... cit.*, p. 13.

⁵¹ Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *op. cit.*, pp. 44-49.

⁵² La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, p. 133.

⁵³ Sobre este caso y la reflexión sobre la fuerza de los argumentos, Maldonado Smith, Mario Eduardo, *Torres de Babel. Estado, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2005, pp. 118 ss.

sus efectos no podían traducirse más que en una forma de lesión leve.⁵⁴ Naturalmente, el límite de la interpretación que en este caso pudo darse se justificó de manera “compleja” no únicamente en relación con el tipo de sanción, sino también con base en su significado y en sus efectos reales sobre el individuo (el haber sino una sanción leve).

A pesar de las discordancias que podamos tener con casos como el presentado, el hecho patente es que mediante un razonamiento por principios puede llegarse a una eventual respuesta que, sobre la base de la capacidad argumentativa, permita justificar la decisión al amparo de los principios del ordenamiento, particularmente los de índole constitucional que por su naturaleza tienden a ser más densos y a reflejar en mayor medida su efecto de irradiación al entero ordenamiento jurídico.

La interpretación, por tanto, es una realidad innegable pero que no es negativa por sí misma, al menos cuando se realiza de manera racional y basada en principios. En el último apartado de este trabajo presentaremos casos adicionales, también “difíciles”, en donde habrían podido darse respuestas sencillas desde un enfoque de reglas pero que, bajo el de principios, permitió brindar respuestas alternativas, aún incluso apartándose del tenor literal de la ley.

La Constitución principialista

Suele decirse que la Constitución es la ley fundamental de un Estado. Decir que la Constitución tiene un valor normativo, vinculante, equivale a sostener que, como tal, debe ser interpretada y aplicada por todos los operadores jurídicos, maximizando todas sus posibles significados en torno a la protección, defensa y garantía de los derechos humanos que son, en definitiva, las razones que sustentan y legitiman el Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo.⁵⁵

Naturalmente, la Constitución es un conjunto de normas dentro de las cuales pueden distinguirse reglas y principios, ésta juega un papel fundamental porque es precisamente en el orden constitucional donde podemos encontrar, sobre todo y de manera explícita, normas con carácter de principios.

Cuando se presentan casos difíciles o cuando menos “dudosos”, el intérprete los resuelve sobre la base de los parámetros determinados por las normas constitucionales. Es en estos casos que, por lo general, surgen diferentes interpretaciones generadas por el contenido de las

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97.

⁵⁵ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 158.

normas constitucionales.⁵⁶ Esto ocurre porque la Constitución es portadora y garante de una pluralidad de principios derivados de las particularidades de cada sociedad. La Constitución es pues un conjunto de normas, principios y valores. Dentro de este esquema también existen derechos fundamentales que, en la gran mayoría de los casos, se expresan en forma de principios.⁵⁷

Después de la Segunda Guerra Mundial diversos Estados incluyeron los derechos fundamentales en sus constituciones como límite infranqueable al poder y como razón para justificar al mismo Estado. El objetivo era evitar cualquier vuelta al autoritarismo que pudiera conducir a los horribles crímenes cometidos contra millones de seres humanos. Por ello, era necesario insertar esos derechos en el texto constitucional dotándolos así de la máxima rigidez constitucional y demostrando el valor supremo que se les confiere.⁵⁸

Así, desde la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han sido constitucionalizados y opera una nueva forma de entender el derecho que no lo reduce sólo a la ley, sino que lo interpreta de manera compleja donde la Constitución juega el papel fundamental confiriéndole garantías de tipo formal pero también sustantivo (cumplimiento de los principios constitucionales).⁵⁹

Tener una Constitución principialista es deseable porque garantiza una mayor estabilidad de los derechos. Puede parecer contradictorio, pero situar las disposiciones relativas a los principios en el texto constitucional asegura que el contenido de estos principios tenga preeminencia y que éstos deban irradiar en todo el sistema. Esto permite evitar que se dicten leyes ordinarias con cualquier contenido o que los jueces legitimen situaciones contrarias a los principios constitucionales.⁶⁰

Desde este perfil sustancial o material, los principios protegen los derechos de cualquier interpretación incompatible con el sistema, de la fuerza política de las mayorías parlamentarias, de los caprichos de los gobernantes y de cualquier posición utilitarista/liberalista/comunitaria que pretenda sacrificar al individuo.⁶¹ Los principios —y por tanto los derechos fundamentales— son un límite, una “carta ganadora”⁶² frente a posiciones limitantes o reduccionistas.

⁵⁶ Bin, Roberto, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁷ Atienza, Manuel, *Ni positivismo jurídico... cit.*, p. 9.

⁵⁸ La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, pp. 141-142.

⁵⁹ Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore... cit.*, p. 99.

⁶⁰ Bin, Roberto, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹ Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos... cit.*, p. 35.

⁶² Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously... cit.*, pp. 91-92.

Como se dijo, el razonamiento basado en principios no conduce a una discrecionalidad ilimitada. Optar por este modelo no significa abandonar algún posible criterio de racionalidad porque precisamente por su estructura cada caso puede ser visto y el derecho aplicado sólo de manera compatible a la luz de los principios constitucionales y de todo el ordenamiento jurídico.⁶³

Forsthoff señalaba que la Constitución era como un “huevo primitivo” del que nace todo, “desde el código penal hasta la ley sobre la fabricación de termómetros”.⁶⁴ El modelo principialista le da la razón dado que toda norma debe ser interpretada de tal manera que su *ratio* sea reconducible a los principios constitucionales. La Constitución, por tanto, se convierte en el “centro hacia el que todo debe converger”.⁶⁵

De esta forma, se ha argumentado que los principios son a su vez una suerte de clave hermenéutica que permite dotar de validez sustancial al ordenamiento jurídico actuando como una “barrera” garantista porque determinan los límites sustanciales de las demás normas, pero también los límites interpretativos que deben observar los operadores jurídicos, siendo “...el núcleo intangible del pacto constitucional, es decir, los contenidos indefectibles de la comunidad política inherente a la estructura del ordenamiento jurídico”.⁶⁶

El empleo del modelo principialista en casos complejos, particular reflexión desde el ámbito penal

Como se ha adelantado, consideramos oportuno traer a colación casos prácticos en los que el modelo principialista ha sido empleado para dar respuesta a situaciones que, en principio podrían ser resueltas de manera “fácil” mediante el empleo de la subsunción en un modelo exclusivamente de reglas. Sin embargo, veremos cómo, a partir de la asunción de consideraciones como los derechos humanos y la existencia de principios como los de la diversidad, el pluralismo, la autonomía o, inclusive, las múltiples connotaciones de la dignidad, los casos fueron problematizados llegándose a respuestas “alternativas” que, sin embargo, mediante el aparato crítico y argumental pudieron ser reconducidas a los principios del ordenamiento.

⁶³ La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, pp. 150-151.

⁶⁴ Forsthoff, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242.

⁶⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, p. 10.

⁶⁶ Apostoli, Adriana, “L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, Pisa, núm. 3, 2018, p. 11.

Hemos elegido casos de índole penal en los que se evidencia con mayor intensidad las colisiones entre principios. Previo a exponerlos conviene realizar algunas consideraciones generales en la materia.

Para empezar, es de decir que, en los estados constitucionales y democráticos, el derecho penal funciona bajo la premisa fundamental de la ofensa a un bien jurídico de especial relevancia.⁶⁷ Esto ya es una revolución, porque la razón de la sanción es solo un comportamiento socialmente ofensivo y no un pensamiento, un pecado, la moralidad, o el ser portador de determinadas características.

Además, el derecho penal ocupa un lugar secundario dentro de las reglas de control social, en el sentido de que es una herramienta que debe ser utilizada sólo cuando otras instancias menos invasivas, y generalmente más efectivas, demuestran su incapacidad para abordar un problema social.⁶⁸

De esta manera, el derecho penal se concibe como un subsistema de naturaleza subsidiario y excepcional. Excepcional en el sentido de que debe intervenir sólo en casos extremos, aquellos en los que se ofenden bienes de valor fundamental para la sociedad, y subsidiario porque en los demás casos debe acudirse previamente a instrumentos extrapenales para evitar la realización de tales comportamientos. El derecho penal, en última instancia, ha de constituir la última ratio estatal para contener las conductas que ofendan intereses jurídicamente protegidos.⁶⁹

Así, siempre es necesario valorar, al comprobar la realización de un hecho típico, si la ofensa se ha efectivamente materializado, en forma de daño o al menos de puesta en peligro concreto del bien jurídico. Un hecho inocuo es atípico o, sólo aparentemente típico.⁷⁰ Por lo tanto, el principio de ofensividad está estrechamente relacionado con el principio de legalidad, lo que implica que la tipicidad requiere un daño o una puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.⁷¹

⁶⁷ Para una lectura general sobre el principio de ofensividad: Manes, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 129 ss.; Cavaliere, Antonio, "Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata", en Giostra, Glauco e Insojera, Gaetano (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 85 ss.; Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 21.

⁶⁸ Muñoz, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 64.

⁶⁹ Luzón, Diego, *op. cit.*, p. 22; Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁰ Fiore, Carlo, "La concezione realistica dell'illecito", en Vassalli, Giuliano (coord.), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 57.

⁷¹ Caterini, Mario, "Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza", *L'indice penale*, Padua, núm. 2, 2016, p. 483.

Como corolario de lo anterior, el operador jurídico debe limitar la responsabilidad penal únicamente a aquellas conductas que resulten concretamente ofensivas a los bienes jurídicos a fin de dar consistencia al sistema normativo y respetar los principios de orden constitucional.⁷²

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que el derecho penal tiene un vínculo particular con los derechos fundamentales. En muchos casos los bienes protegidos por la norma penal entran en colisión con otros principios, a modo de ejemplo, se puede ver en el caso de bienes como el orden público, la seguridad, el honor, la confidencialidad, etc., cuya protección puede entrar en conflicto con el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y de las creencias religiosas, políticas o culturales.

Piénsese, por ejemplo, en casos emblemáticos como el de la comunidad indígena que realiza rituales empleando sustancias no consentidas para la generalidad de individuos; el Sikh que afirma llevar turbante en lugar de casco de seguridad en el trabajo o al andar en motocicleta; la mujer musulmana que lleva el velo o que practica la mutilación genital femenina a sus hijas; del albanés que, influido por la idea de *pater familias* aceptada en su cultura, realiza conductas que pueden ser comprendidas en el delito de maltrato en la familia; entre muchos otros ejemplos.⁷³

En estos casos se produce una colisión entre un interés protegido por la norma y una manifestación de la libertad del individuo. Un principio cardinal del derecho y de toda sociedad es el imperativo kantiano según el cual el ejercicio de la libertad de cada uno debe poder conciliarse con el ejercicio de la libertad de los demás.⁷⁴ A ello responde el derecho y por este motivo se prohíben, permiten o incluso imponen ciertas conductas.

Ahora bien, los conflictos que hemos adelantado no son excepcionales sino bastante frecuentes, particularmente en las sociedades pluralistas y multiculturales. Todo grupo humano dispone de “reglas de conducta” que definen los comportamientos permitidos, prohibidos o impuestos. Las sociedades pluralistas se caracterizan por tener en su seno diferentes grupos culturales, ya sea como resultado de fenómenos migratorios o, como ocurre en México, por disponer de grupos culturales existentes previamente a la conformación del propio Estado.

⁷² Caterini, Mario, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 18.

⁷³ Bernardi, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, Turín, Giappichelli, 2006, p. 47.

⁷⁴ Moccia, Sergio, *Il diritto penale...cit.*, p. 101.

En su amplia mayoría de casos, las normas de los diversos grupos humanos coinciden, en otros casos las diferencias se vuelven más evidentes, pero aún tolerables bajo una óptica penal. Sin embargo, existen “casos difíciles” en los que la contraposición podría resultar absoluta y socavar los requisitos mínimos para la coexistencia pacífica. Es en estos últimos casos de colisión que el derecho penal sirve como territorio fronterizo, sin embargo, aún aquí cabría una reflexión por principios a fin de determinar si la conducta puede o no ser reconducida a los principios constitucionales. A continuación, presentamos algunos de estos casos.

Un primer caso se refiere al acopio y consumo de huevos de tortuga marina por parte de un indígena (chatino) en Zacatepec, Juquila, Oaxaca (2007). Esta conducta constituía en un delito contra el medio ambiente en términos del artículo 420, fr. iv del código penal oaxaqueño. El juez local consideró establecida la responsabilidad del indígena, quien fue sorprendido en posesión de los huevos sin autorización legal, vulnerando así el bien jurídico protegido por la ley (fauna acuática en peligro de extinción).

Luego de varios recursos el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la cual absolvió al sujeto. En su argumentación la Corte señaló que, si bien es cierto la norma tipificaba tal conducta, existían en el ordenamiento principios que no fueron considerados por el juez local, entre ellos los del pluralismo y la diversidad, así como la dignidad de la persona en tanto indígena. La Corte señaló, con base en estudios étnicos y antropológicos, que la práctica de recolección y consumo de huevos de tortugas venía realizándose desde tiempos inmemoriales y que se encontraba considerada “normal” dentro del sistema normativo indígena de dicha comunidad. Además, la Corte valoró que el consumo y acopio se destinaba al autoconsumo y que se realizaba en una medida tal que no representaba un riesgo para la supervivencia de esta especie marina. Finalmente concluyó que dicha práctica podría considerarse la expresión de un derecho específico de la comunidad y que, en consecuencia, el indígena habría obrado bajo el ejercicio de un derecho (art. 15, fr. vi del código penal oaxaqueño).⁷⁵

Un caso “difícil” que demuestra el límite de la interpretación en un modelo de principios es el resuelto con sentencia del 30 de marzo de

⁷⁵ Amparo directo en revisión 1624/2008. Sobre este caso: Morales, Carlos y Martínez, Miguel Ángel, “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago)”, en García, Mayolo y Moreno, Rodolfo (coordinadores), *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM, 2014, pp. 221-239.

2015 por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito.⁷⁶ Los hechos se refieren a un indígena maya de 57 años que se había casado con una niña indígena de 14. Al poco tiempo del matrimonio la menor resultó embarazada y meses después ocurrió el nacimiento del infante. El ministerio público tuvo conocimiento del hecho y actuó de *mutuo proprio* procediendo a la denuncia por violación. El juez local que conoció del asunto determinó absolver al indígena porque consideró que la práctica se encontraba respaldada por los “usos y costumbres” de la comunidad. El fiscal apeló y el juez de distrito consideró probada la comisión del delito. Frente a esta sentencia el indígena también presentó un recurso que fue conocido por el tribunal colegiado que, al igual que el de distrito, confirmó la sentencia condenatoria.

La defensa indígena argumentó que: 1) la pareja se conocía desde hacía mucho tiempo; 2) la niña se casó voluntariamente; 3) las relaciones sexuales siempre habían sido consentidas; 4) como resultado del matrimonio, la pareja tuvo un hijo; 5) la niña siempre había dicho que estaba feliz con su pareja; 6) la cultura indígena maya considera “normal” que una mujer menor de catorce años se case; 7) la comunidad indígena maya tiene su propio sistema normativo según el cual se considera legítimo el matrimonio en cuestión.

El tribunal colegiado realizó una argumentación en la que reconocía, de una parte, la existencia de principios como los del pluralismo, la diversidad y la autonomía de los pueblos indígenas, pero también señaló que existían otros derechos y principios que en el caso concreto habían de tener prelación y que no podían ser desconocidos bajo el argumento de la cultura.

Así, la tradición indígena no podía ser protegida en atención a los principios constitucionales de la integridad, la libertad sexual y el interés superior del menor, los cuales no eran renunciables y hacían nugatoria cualquier pretendida causa de justificación, ya fuera bajo el ejercicio de un derecho o el propio consentimiento de la persona.

La defensa también alegó que el indígena habría actuado bajo la figura del error, pues para la costumbre y tradición indígena dicha conducta era considerada normal, en consecuencia, el individuo habría tenido una apreciación equivocada de la realidad por desconocimiento de la ilicitud en su conducta. El tribunal resolvió que no cabía una forma de error invencible en tanto que ésta figura sólo podría pensarse en

⁷⁶ Amparo directo 634/2014, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, sent. 30 marzo 2015. Le sentenze dei tribunali federali, tranne la SCJN, possono consultarsi in: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>

el caso de comunidades indígenas aisladas y, en el caso particular, la comunidad no lo era. Así, se acreditó una ofensa a los bienes jurídicos antes señalados que no podían ser desconocidos bajo ninguna consideración de orden cultural.

Otro caso de interés, en el que cabría una primera y “evidente” respuesta, que al final no lo fue, es el que se refiere al “toca penal” 99/2013 resuelto por el juez Sexto de Distrito del Estado de Oaxaca el 23 de septiembre de 2013.

Los hechos son los siguientes: en el año 2012, un indígena zapoteca que había ido de compras a una comunidad cercana (Santiago Quia vicuzas), fue interceptado por migrantes guatemaltecos quienes, a cambio de dinero, le pidieron los llevara en su camioneta a otra ciudad. El indígena aceptó, pero durante el trayecto fue detenido por agentes migratorios que descubrieron la presencia de once personas sin documentación migratoria. El indígena fue procesado y declarado responsable del delito contenido en el artículo 159, fracción III, de la Ley de Migración.⁷⁷

El indígena apeló ante el juez federal, quien luego de analizar el caso ordenó la reposición del procedimiento señalando adicionalmente que el caso habría de ser conocido no por algún juez del Estado sino por la propia comunidad indígena. El juez llegó a esta conclusión luego de proveerse de diversas “razones” contenidas en estudios étnicos, antropológicos, históricos y sociológicos que, en su consideración, le impedían conocer respecto del disvalor de la práctica en cuestión (la ofensa), la cual se encontraba imbuida de un complejo sistema simbólico.

En este caso, los estudios técnicos demostraron que esa región es transitada por muchos migrantes en su camino a los Estados Unidos y que los miembros de la comunidad indígena muchas veces los ayudan como parte de un deber de solidaridad. El juez consideró que, de acuerdo con los principios de la comunidad, brindar un servicio a personas necesitadas no puede ser un delito, sino que es un comportamiento que se espera de los propios habitantes. Sin embargo, lo que no es una conducta aceptada por el régimen normativo interno es el realizarla con ánimo de lucro.

En su argumentación, el juez señaló que el acto de solidaridad hacia los migrantes constituía una especie de cumplimiento de un deber. Además, que en el sistema normativo indígena un principio cúspide era

⁷⁷ “Se impondrá pena de ocho a dieciséis años de prisión y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quién: ... III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria”.

el del “comportamiento razonablemente esperado” según el cual, a partir de las costumbres y tradiciones de la propia comunidad, es posible predecir cómo se comportaría cualquier individuo en la misma situación. El juez consideró que, en el caso concreto, este principio se expresaba en el deber de solidaridad que se encontraría amparado por el sistema normativo nacional.

Para el juez, este principio no contravenía el de la certeza jurídica expresado en el artículo 14 de la Constitución, más aún, aplicado a los pueblos indígenas podía venir reforzado bajo la idea de la tradición y la costumbre, a modo de un precedente que determina cómo ha de obrarse en cada caso.

Por lo que hace a la ofensa, para el juzgador no se acreditó una lesión a un bien jurídico del ordenamiento nacional, aunque sí podría eventualmente dar lugar a un reproche conforme al propio sistema normativo indígena que sanciona la obtención de un lucro ante un deber de solidaridad. En consecuencia, el juez ordenó repetir el procedimiento pero que fuese la propia comunidad indígena la que determinase la eventual existencia de responsabilidad.

Los anteriores son solamente una pequeña muestra de ejemplos que se derivan de sociedades complejas en los que el contenido de los principios puede dar directrices para resolver situaciones difíciles. Como se ha visto, acudiendo a este enfoque puede maximizarse el contenido de las normas y dar pauta a interpretaciones más amplias para afrontar situaciones que lo requieren.

Las soluciones dadas en estos casos, sin lugar a duda, pueden dar pauta a diversas objeciones, pero ante todo demuestran la posibilidad de construir respuestas alternativas bajo un enfoque racional que remite al contenido substancial de los principios. Así, en algunos casos habrá una mayor flexibilidad para interpretar la ley, pero en otros el margen de tensión será tal que únicamente pueda darse una sola respuesta coherente con el entero sistema, particularmente en aquellas situaciones límite en donde, como recuerdan los jueces del caso Palmer, una respuesta contraria constituiría “un oprobio” a nuestros principios fundamentales.

Reflexiones finales

El modelo principalista aquí señalado hace parte de una amplia pluralidad de estados, incluido México y que, como hemos reseñado, pretende superar las críticas formuladas al formalismo positivista recuperando a la persona, al ser humano, como centro de convergencia de toda manifestación pública.

Un modelo fundado en principios no está exento de riesgos, como tampoco lo ha estado el modelo formalista basado exclusivamente en reglas. Situaciones como la indeterminación, la discrecionalidad y la interpretación también hacen parte de este modelo, pero hoy por hoy se disponen de recursos que permitirían justiciar únicamente determinadas categorías de respuestas y excluir otras tantas. Dentro de estos recursos puede citarse la cláusula hermenéutica que justifica la máxima protección al ser humano, expresada en el principio *pro persona*, así como otras tantas directrices como la proporcionalidad, la ofensa, la legalidad, la culpabilidad, la responsabilidad personal, el *favor rei*, entre otros.

En sociedades complejas y pluralistas donde conviven diversas interpretaciones de la realidad un enfoque del derecho que permita dar cabida a esta riqueza se antoja más que necesario. A tal efecto, el carácter directivo, abierto y maximizador de los principios constituye una adecuada herramienta.

Este enfoque puede ser empleado en las diversas manifestaciones del derecho, aún incluso en aquellos rubros en donde cabría esperar una certeza casi absoluta, tal como ocurre en el ámbito penal. Sin embargo, se ha visto que incluso en este rubro pueden ser planteadas respuestas “correctas” en las que el tenor literal de la norma en algunos casos puede anularse al contrariar principios superiores y en otros ser objeto de interpretaciones flexibles, siempre bajo confines claramente delimitados por el propio orden constitucional.

La “pretensión de corrección” inserta en los principios de nuestro ordenamiento jurídico puede ser vista como la respuesta a la necesidad de certeza normativa, de manera que, ciertamente pueden ser planteadas diversas respuestas, pero todas ellas dentro del margen de lo permitido por el contenido de los propios principios. Por el contrario, quedarían excluidas aquellas respuestas que no permitieran su justificación racional bajo el esquema general trazado por los principios del ordenamiento.

Una metodología de este tipo, más allá de considerar la existencia de una ley universal o de un principio natural en el que todos habríamos de reconocernos indefectiblemente renueva el valor del diálogo, el consenso, la razón y el pluralismo de nuestras sociedades.

Bibliografía

“Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007.

- ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 36, 2013.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales”, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- APOSTOLI, Adriana, “L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, Pisa, núm. 3, 2018.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., Barcelona, Ariel, 2007.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016.
- BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, Turín, Giappichelli, 2006.
- BIN, Roberto, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva “quantistica”*, Milán, Franco Angeli editore, 2013.
- CATERINI, Mario, “Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza”, *L’indice penale*, Padua, núm. 2, 2016.
- CATERINI, Mario, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- CAVALIERE, Antonio, “Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata”, en GIOSTRA, Glaucio e INSOLERA, Gaetano (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milán, Giuffrè, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- FARELL, Martín, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Leciones y Ensayos*, México, núm. 93, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, vol. 55, núm. 3, 2010.

- FERRAJOLI, Luigi, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FIORE, Carlo, “La concezione realistica dell’illecito”, en Vassalli, Giuliano (coord.), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milán, Giuffrè, 1982.
- FORSTHOFF, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Carocci, 1996.
- HART, Herbert, *Contributi all’analisi del diritto*, trad. de Vittorio Frosini, Milán, Giuffrè, 1964.
- IGNATIEFF, Michael, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milán, Feltrinelli, 2003.
- JACQUES, Derrida, *Fuerza de Ley, El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LUZÓN, Diego, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.
- MALDONADO, Mario, *Torres de Babel. Estado, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2005.
- MARTÍNEZ, Antonio, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 65, 1997.
- MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, Giappichelli, 2005.
- MOCCIA, Sergio, “Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 61, 2018.
- MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

- MORALES, Carlos y MARTÍNEZ, Miguel, “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago)”, en GARCÍA, Mayolo y MORENO, Rodolfo (coordinadores), *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM, 2014.
- MONTAIGNE, Michel, *Saggi*, vol. II, trad. de Di Girolamo Canini, Milano, Adelphi, 1992.
- MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5^o ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^a ed., Barcelona, Astrea, 1989.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- RORTY, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en LUKES, Steven *et al.*, *De los derechos humanos: las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998.
- SÓFOCLES, *Antígona*, Santiago de Chile, Pehuén, 2001, p. 12.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007.
- VIGO, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- VIOLA, Francesco, ¿Los derechos humanos, son derechos naturales?, *Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 6, núm. 2, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2017.