



V. LOS ARGUMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN.

Marina Gascón Abellán

SUMARIO: 1. Definiciones legislativas y leyes interpretativas. 2. Los métodos de interpretación: 2.1 *Métodos de interpretación según su resultado*. 2.2 *Métodos de interpretación según los contextos interpretativos*. 2.3 *Esquemas argumentativos especiales*. 2.4 *Reglas de prioridad*. 3. Los argumentos de la dogmática: 3.1 *Concepto de dogmática*. 3.2 *Funciones de la dogmática*. 3.3 *Tipos de enunciados de la dogmática*. 3.4 *Cómo se usan los enunciados de la dogmática*. 4. El recurso a los precedentes. 5 Resumen: criterios para la justificación de la decisión normativa.

En el tema 4 se ha señalado que una decisión ha de estar tanto interna como externamente justificada, sólo que en los casos fáciles la justificación externa de la premisa normativa aparece sobreentendida o camuflada. Se señaló también –siguiendo en esto a MacCormick– que los problemas que plantea la justificación externa de la premisa normativa son de dos tipos: problemas de relevancia (qué norma es relevante para el caso a resolver) y problemas de interpretación (cómo debe entenderse la norma). Ambos problemas pueden ser reformulados en uno más amplio; a saber, el problema de determinar qué dice el derecho. Se trata de ver ahora qué tipos de argumentos se usan para la justificación externa de la premisa normativa. Es decir, con qué tipo de argumentos responde el juez a la pregunta “¿qué dice el derecho?”¹⁷⁶.

Los argumentos que sostienen la justificación externa de la premisa normativa pueden ser de tres tipos: el respeto a la ley (en particular las definiciones legislativas, las leyes interpretativas y los métodos de interpretación), los argumentos de la dogmática y el recurso a los precedentes.

1. DEFINICIONES LEGISLATIVAS Y LEYES INTERPRETATIVAS

Por ser la manifestación más clara de “respeto a la ley”, entre los argumentos que se usan para justificar las decisiones interpretativas hay que destacar, en primer lugar, las definiciones legislativas y las leyes interpretativas.

176 Justificar qué dice el derecho es, en sentido estricto, justificar enunciados interpretativos; o sea, los que establecen el sentido que debe atribuirse a los enunciados o textos jurídicos interpretados. Por ejemplo, si el *enunciado a interpretar* es el artículo 15 de la CE, que establece que “todos tienen derecho a la vida”, puedo, mediante el *enunciado interpretativo* “el término ‘derecho’ en el artículo 15 CE ha de ser entendido en el sentido de libertad de disposición sobre la propia vida”, concluir que “el artículo 15 no proscribía el derecho a la eutanasia voluntaria” (*enunciado interpretado*). De todas formas, hecha esta precisión, hablaré aquí, por abreviar, de “justificar una interpretación”.



Una *definición legislativa* es una definición estipulativa de un término o expresión que aparece en el texto de una ley; es decir, establece cuál es el sentido en que ha de entenderse ese término o expresión. Esto suele tener lugar, bien cuando el legislador introduce un nuevo término que procede de un lenguaje especializado (como el científico), bien cuando quiere atribuir a un término un significado distinto del usual.

Un ejemplo del primer caso lo constituye la definición de “organismo modificado genéticamente” contenida en el art.2 de la Ley española de 1994 para la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de los Organismos Modificados Genéticamente: “Cualquier organismo cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural”.

Un ejemplo del segundo caso lo constituye la definición de “accidente” contenida también en el art. 2 de esa Ley: “Cualquier incidente que suponga una liberación significativa e involuntaria de organismos modificados genéticamente durante su utilización confinada y que pueda suponer un peligro inmediato o diferido para la salud humana o para el medio ambiente”.

Una *ley interpretativa* es la que establece el significado que debe atribuirse a otro texto legal precedente. Estas leyes se denominan también leyes de interpretación auténtica, pues constituyen, en realidad, la manifestación más clara de la llamada *interpretación auténtica*: la realizada por el autor mismo del texto interpretado. Con frecuencia, el motivo por el que se dicta una ley interpretativa es acabar con las controversias suscitadas por la interpretación de una ley: en esos casos el legislador interviene dictando una nueva ley en la que se fija cómo ha de entenderse la ley objeto de controversia.

Tanto las definiciones legislativas como las leyes interpretativas *deben ser respetadas*, pues lo que el legislador persigue con ellas es estrechar el margen de indeterminación de los términos definidos o interpretados; es decir, pretende hacer menos incierta la atribución de significado a la ley, minimizando de este modo el poder de los intérpretes y aplicadores¹⁷⁷. Definiciones legislativas y leyes interpretativas son, en este sentido, auténticos mecanismos de limitación del poder de los intérpretes y en particular de los jueces. De todas formas, *ni las definiciones legislativas ni las leyes interpretativas garantizan la claridad y unidad interpretativa*, pues puede suceder también que los términos de la definición o de la ley interpretativa susciten dudas. En otras palabras, las definiciones y las leyes interpretativas son también enunciados legislativos y, como tales, han de ser interpretados; y esa interpretación puede ser, de nuevo, objeto de controversias.

177 Vid. En este sentido, M. Atienza, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p.42.



2. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Los métodos, o cánones, o técnicas de interpretación, pueden ser concebidos también como una manifestación del respeto a la ley, pues a través de ellos pretende determinarse qué es lo que ésta dice. En sentido lato, los métodos de interpretación hacen referencia a los instrumentos interpretativos con los que se formula una determinada interpretación (o más exactamente, un enunciado interpretativo). Son pues *directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa*. Ahora bien, con los métodos de interpretación no sólo se pretende formular una interpretación sino también justificarla; es decir, cumplen una función no sólo *heurística* sino también *justificatoria*. Por eso, además de directivas que guían la interpretación, los métodos de interpretación expresan *argumentos con los que justificar ésta*.

Aunque puedan configurarse como directivas sobre la interpretación, los métodos de interpretación *no son normas jurídicas sobre la interpretación, ni indican cómo hay que interpretar en cada caso*. Son tan sólo la expresión de *modos de argumentar* que se han decantado doctrinal y jurisprudencialmente a lo largo del tiempo y que se vinculan al postulado metodológico del *legislador racional*. En particular, se basan en que el legislador usa correctamente el lenguaje ordinario y conoce y respeta los usos y convenciones del lenguaje jurídico (racionalidad lingüística); o en que el legislador no es inconsistente y ordena las normas en un sistema (racionalidad sistemática); o en que no es redundante, pues no hace nada inútil, y su producción está orientada a la consecución de ciertos fines (racionalidad praxeológica); o en que el legislador conoce y comparte el sistema de valores sociales dominante, y su producción se basa en el respeto de esos valores (racionalidad axiológica)¹⁷⁸.

Es verdad que muchas veces son los propios sistemas jurídicos los que contienen *normas* que imponen el uso de ciertos métodos de interpretación, pero ello no entorpece su naturaleza de meras formas argumentativas, pues habitualmente estas normas contienen simples referencias a dichas formas argumentales sin especificar cuándo y cómo han de usarse. Y es que, mientras las definiciones legislativas y las leyes interpretativas van referidas a objetos determinados (cierta expresión, cierta ley) imponiendo un resultado específico (determinada expresión significa tal cosa, determinada ley ha de interpretarse en tal sentido), los métodos de interpretación no van referidos a ninguna disposición concreta ni imponen un resultado interpretativo específico.

Un ejemplo de norma jurídica que contempla el uso de métodos de interpretación lo constituye el art.3 del Código civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes histórico y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

178 Cfr. Z.Ziembinski, “La notion de rationalité du législateur”, *Archives de philosophie du droit*, 1978; e J.Igartua, *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994.

Reproducir un catálogo de métodos de interpretación no es asunto sencillo, pues podrían identificarse tantos como formas argumentativas se registran en la praxis judicial y en la interpretación dogmática. También resulta difícil ofrecer una clasificación canónica de los mismos, pues pueden ser agrupados en virtud de criterios diversos. En lo que sigue vamos a reproducir escuetamente dos de estas posibles clasificaciones de los métodos de interpretación: una en virtud del resultado interpretativo que producen; otra en virtud de los contextos interpretativos. Finalmente, nos detendremos en el repaso de ciertos *esquemas argumentativos especiales*¹⁷⁹.

2.1. Métodos de interpretación, según su resultado.

Esta clasificación no se funda en la concreta forma argumentativa mediante la que la interpretación se lleva a cabo, sino en el resultado de esa interpretación; es decir, en el enunciado o documento interpretado. Se distinguen entonces los siguientes métodos de interpretación.

a) Interpretación declarativa (o literal, o gramatical):

Consiste en atribuir a una disposición su significado "literal"; o sea, el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.

b) Interpretación correctora:

Consiste en atribuir a una disposición un significado distinto de su significado común. Este significado distinto puede ser más amplio o más restringido del literal. Cabe distinguir así entre:

b.1) Interpretación restrictiva:

Consiste en atribuir a una disposición un significado más restringido que el atribuido por el uso común, de manera que excluye supuestos que, según el *communis usus loquendi*, quedarían comprendidos.

b.2) Interpretación extensiva:

Consiste en atribuir a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubre supuestos que, según la interpretación literal, quedarían fuera.

A veces se distingue también entre la interpretación histórica y la evolutiva, aunque cada una de ellas puede ser un caso de interpretación literal o de interpretación correctora.

c) Interpretación histórica:

Consiste en atribuir a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos históricamente.

179 Sobre los métodos de interpretación es un clásico la obra de G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980



d) Interpretación evolutiva (contrapuesta a la histórica):

Consiste en atribuir a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado “histórico”. La interpretación evolutiva puede concebirse, pues, como una variante de la interpretación correctora, aunque lo que se corrige aquí no es (o no necesariamente) el sentido literal de las palabras, sino el que históricamente se ha dado a las mismas con el fin de adaptarlo a las actuales circunstancias.

2.2 Métodos de interpretación según los contextos interpretativos.

La clasificación se establece ahora en función de los diferentes contextos en los que la interpretación se desenvuelve. Tales contextos son –recordémoslo– (a) *contexto lingüístico*, pues el texto ha de ser interpretado según las reglas del lenguaje; (b) *contexto sistémico*, pues los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (c) *contexto funcional*, pues la ley tiene una relación con la sociedad (con la ley se pretende lograr algún efecto social), de manera que cuando se la interpreta ha de valorarse si cumple la función o los fines para los que ha sido creada.

En consonancia con estos contextos cabe distinguir tres métodos de interpretación:

a) Interpretación gramatical (o literal).

Consiste en atribuir significado a una disposición teniendo en cuenta las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en que tal disposición se expresa. A esta interpretación hace referencia el art.3 del Código civil español bajo la expresión “el sentido propio de las palabras”.

El principal argumento que sirve a la interpretación declarativa se denomina argumento del *lenguaje común*, según el cual una disposición debe ser interpretada según el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas.

b) Interpretación funcional (o lógica, o psicológica, o teleológica).

Consiste en atribuir significado a una disposición dejando de lado su significado literal y apelando, por el contrario, a la voluntad, la intención o los objetivos del legislador; es decir, a la *ratio legis*. A esta interpretación hace referencia el art.3 del Código civil bajo la expresión “los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Son argumentos de esta interpretación los siguientes.

i) Argumento teleológico:

Una disposición debe ser interpretada atendiendo a su finalidad. Unas veces esta finalidad se identifica con el espíritu de la ley, otras con la voluntad de su autor, o con la realidad social, etc.

ii) Argumento genético o psicológico:

El significado que debe atribuirse a una disposición es el que se corresponde con la voluntad del legislador expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos.

iii) Argumento de la “naturaleza de las cosas”:

La interpretación de una disposición debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la disposición debe ser aplicada.

c) Interpretación sistemática.

Consiste en atribuir significado a una disposición contextualizándola en un sector del ordenamiento o en el ordenamiento en su conjunto. A él alude el art.3 del Código civil español bajo la expresión “en relación con el contexto”. Un caso particular de la interpretación sistemática es la interpretación *adecuadora*, consistente en atribuir significado a una disposición adaptándolo al de otras disposiciones.

Son argumentos de la interpretación sistemática los siguientes.

i) Argumento de la constancia terminológica:

El legislador emplea los vocablos con un significado constante, al menos dentro del mismo texto legal.

ii) Argumento de la sedes materiae:

Una disposición debe interpretarse de un cierto modo y no de otro en virtud de su colocación en el discurso legislativo.

iii) Argumento económico (o no-redundancia):

Cuando quepa atribuir más de un significado a una disposición, han de rechazarse aquéllos que supongan una reiteración de lo establecido por otra disposición.

iv) Argumento a cohaerentia:

Cuando a una disposición puedan adjudicársele dos o más significados, han de rechazarse aquéllos que sean contradictorios con el significado acreditado de otra disposición.

2.3 Esquemas argumentativos especiales.

Bajo esta denominación se alude a algunas formas de argumentación usadas especialmente en la metodología jurídica y que pueden expresarse como inferencias lógicamente válidas. Ello no significa, como enseguida se verá, que las reglas de la lógica agoten toda la argumentación que se lleva a cabo con ellos. De hecho, cada uno de estos argumentos se basa en una cierta interpretación de las disposiciones que requiere argumentos interpretativos adicionales.

Los esquemas argumentativos especiales son básicamente cuatro: el argumento *a contrario*, el argumento *a pari* o *a simili* o analógico, el argumento *a fortiori* y el



argumento apagógico o de reducción *ad absurdum*¹⁸⁰. Los tres primeros se usan para integrar lagunas; es decir, para justificar problemas de relevancia, los que surgen a propósito de la pregunta qué norma es relevante para resolver el caso. El cuarto, en cambio, es un argumento interpretativo propiamente dicho, pero se usa en sentido negativo: para justificar que una cierta interpretación no es plausible.

a) Argumento a contrario.

El argumento *a contrario* se expresa en el brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*: “el legislador ha dicho todo lo que quería decir; lo que no ha dicho es porque no quería decirlo”. Es pues un argumento de la interpretación literal, pues se basa en hacer una interpretación estricta y no extensiva de la ley.

Suele afirmarse que el argumento *a contrario* se usa para integrar lagunas; pero, en sentido riguroso, quien argumenta *a contrario* lo que sostiene es que donde la ley “calla” no hay una laguna sino una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que se está interpretando. La reconstrucción lógica de esta forma argumentativa es la siguiente:

1. $C \rightarrow H$
2. $\text{no-}H \rightarrow \text{no-}C$

donde $C \rightarrow H$ (sólo si H , entonces C) es el resultado de una interpretación literal o estricta de la disposición a interpretar $H \rightarrow C$ (si H , entonces C).

La cuestión es cuándo puede hacerse esa interpretación estricta de la disposición en cuestión; más exactamente, cuándo puede sostenerse (a partir de $H \rightarrow C$) que $C \rightarrow H$, o sea que la disposición sólo comprende los casos expresa y estrictamente contemplados en ella. Para ello son necesarios argumentos adicionales. Por ejemplo, se podría quizá apelar a la voluntad del legislador (el legislador ha querido atribuir esas consecuencias sólo a las conductas literalmente recogidas en la norma).

Ejemplo:

Disposición a interpretar: “Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas” ($H \rightarrow C$).

Caso de duda: ¿está también prohibido reproducir sin permiso “libros científicos” (G)?

Argumentación a contrario.- La disposición no dice nada. Ahora bien, si se hace una interpretación literal, la norma puede quedar reformulada del siguiente modo: “Se prohíben las reproducciones sin permiso de artículos de revistas y sólo de ellos” ($C \rightarrow H$);

180 Vid. Sobre estos argumentos R.Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1992.

o, si se quiere, “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Por tanto, la reproducción de libros científicos no está prohibida (no-H \rightarrow no-C).

b) Argumento analógico.

El argumento analógico, o *a pari*, o *a simili*, es un argumento para integrar lagunas y consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto a él pero con el que guarda una *semejanza esencial*. Es, por tanto, un argumento de la interpretación extensiva, pues se basa en hacer no una interpretación literal o estricta sino extensiva de la ley. Puede reconstruirse lógicamente del siguiente modo:

1. Si $H \rightarrow C$ (norma a aplicar analógicamente)
2. Si $H \vee G$ semejante a $H \rightarrow C$
3. G es semejante a H
4. $G \rightarrow C$

La cuestión es cuándo puede sostenerse que entre el supuesto regulado y el no regulado existe una *semejanza esencial*; es decir, cuándo puede sostenerse que G es semejante a H. Pues bien, la semejanza esencial requerida a efectos del argumento analógico supone que los dos supuestos (el regulado y el que carece de regulación) tienen un elemento en común que es, precisamente, la razón por la que se ha dictado la norma; o sea, la *ratio legis*. Por ello, el uso del argumento analógico requiere la previa identificación de la *ratio legis* de la norma, para lo cual, en principio, puede usarse cualquier método de interpretación.

Ejemplo.

Disposición a interpretar: “Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas” ($H \rightarrow C$).

Caso de duda: ¿está también prohibido reproducir sin permiso “libros científicos” (G)?

Argumentación analógica.- La norma no dice nada. Ahora bien, puede hacerse una interpretación extensiva de la norma, argumentando que la *ratio legis* consiste precisamente en proteger los derechos de autor y que éste (la necesidad de proteger los derechos de autor) es un elemento que también está presente en el caso “reproducción sin permiso de libros” (G es semejante a H). Por tanto, la reproducción de libros científicos está prohibida ($G \rightarrow C$).

c) Argumento a fortiori.

Este argumento discurre así: una disposición atribuye una cierta consecuencia jurídica a un supuesto de hecho; pero -se argumenta- otro supuesto de hecho distinto merece esa misma consecuencia jurídica *con mayor razón*; por tanto, la disposición en cuestión debe interpretarse en el sentido de que atribuye esa consecuencia jurídica también al segundo supuesto de hecho. El argumento se basa pues en un juicio comparativo de merecimiento y presenta dos variantes: a) *a maiori ad minus*: el que



puede lo más puede lo menos; b) *a minori ad maius*: el que no puede lo menos no puede lo más.

El argumento *a fortiori* es también, como el analógico, un argumento de la interpretación extensiva, y puede reconstruirse conforme a la forma lógica del *modus ponens*:

1. $H \rightarrow C$ (disposición a interpretar)
2. $(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$ (juicio de merecimiento)
3. $G \rightarrow C$

La cuestión principal, naturalmente, es cuándo puede decirse que el supuesto no regulado G merece la consecuencia C con mayor razón que H ; es decir, cuándo puede sostenerse que $(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$. Pues bien, el juicio de merecimiento en que consiste la argumentación exige -también aquí- la previa identificación de la *ratio legis* de la norma, para lo cuál, en principio, es posible recurrir a cualquier método interpretativo.

Ejemplo.

Disposición a interpretar: "Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas" ($H \rightarrow C$).

Caso de duda: ¿está también prohibido reproducir sin permiso "libros científicos" (G)?

Argumentación a fortiori. La norma no dice nada. Ahora bien, puede hacerse un juicio de merecimiento argumentando que la *ratio legis* consiste precisamente en proteger los derechos de autor y que éste es un elemento que está presente, con mayor razón, en el caso "fotocopias de libros" [$(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$]. Por tanto, la reproducción de libros científicos está prohibida ($G \rightarrow C$).

d) Argumento apagógico (o de reducción al absurdo).

Mediante el argumento apagógico se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie* posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles o por inaceptables. Es un argumento que sirve, por tanto, para rechazar una interpretación en detrimento de otras, y puede reconstruirse conforme a la forma lógica del *modus tollens*:

1. $I \square R$ (la interpretación I produce el resultado R)
2. Es obligatorio no- R (por absurdo)
3. no- I

La cuestión aquí es cuándo puede sostenerse que una determinada interpretación conduce a resultados absurdos. Para ello, quien use este argumento tendrá que estar dispuesto a demostrar dos cosas: 1º) que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, es decir, que $I \square R$; y 2º) que ese resultado es absurdo, no deseable o inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; es decir, que es obligatorio no- R .

Adviértase que la percepción de lo que es absurdo o, por el contrario, razonable puede ser algo controvertible. Cuando una interpretación aparece como incuestionablemente absurda en un contexto histórico dado, el argumento apagógico carece de sentido, porque sólo serviría para excluir una interpretación que a nadie se le ocurriría proponer jamás.

Ejemplo 1.

Disposición a interpretar. El artículo 24 Constitución española establece que: “Todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales...sin que en ningún caso se produzca indefensión”.

Caso dudoso: ¿Se produce indefensión cuando el titular del derecho no es emplazado en la primera instancia pero es oído después en apelación?

Argumento apagógico: si se interpreta que la indefensión se corrige por comparecer en apelación (I), entonces se legitimaría la privación del derecho a ser oído en primera instancia (R); o sea, I R. Esta conclusión es inaceptable (es obligatorio no-R). Por consiguiente, la indefensión no se corrige por comparecer en apelación (no-I).

Ejemplo 2.

Disposición a interpretar. El artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial extiende el ámbito de la jurisdicción penal española al conocimiento de los hechos cometidos fuera del territorio nacional cuando fueran susceptibles de tipificarse como delitos de terrorismo. A su vez, el art.578 Código Penal tipifica como delito las conductas denotadas como apología del terrorismo.

Caso dudoso: *la conducta del dirigente de Herri Batasuna Arnaldo Otegi al cerrar su intervención en un mitin en Francia gritando “gora Euskadi Ta Askatasuna” (“viva ETA”), que es una conducta de las denotadas como apología del terrorismo, ¿integra un delito de terrorismo perseguible por la jurisdicción española?*

Argumento apagógico: si se interpreta que la apología del terrorismo es también delito de terrorismo (I), entonces tendría que ser tratada igualmente como delito la apología de la apología (R); es decir, I R. Esta conclusión conduce directamente al absurdo, por lo que debe evitarse (es obligatorio no-R). Por consiguiente, la apología del terrorismo no es delito de terrorismo, y no puede perseguirse en España si se realiza fuera del territorio del Estado (no-I).

2.4 Reglas de prioridad.

Nótese que, según se use un argumento de la interpretación gramatical o de la sistémica o de la funcional, el significado que se le atribuye a una disposición puede ser notablemente distinto. Por ejemplo, el significado atribuido a una disposición puede variar según se use un argumento de la interpretación gramatical o uno de la interpretación funcional (por ejemplo, el teleológico, que puede propiciar una lectura no literal del texto legal). Además, el significado también puede ser distinto aunque se adopten argumentos



de un mismo tipo. Por ejemplo, el significado de la disposición puede variar según se use el argumento de la constancia terminológica o el argumento de la no-redundancia (argumentos ambos de la interpretación sistemática): el primero promueve la interpretación constante de los términos idénticos; el segundo propicia su interpretación dispar.

La incertidumbre que genera esa disparidad de resultados sólo puede solventarse mediante el establecimiento de *reglas de prioridad* que establezcan cómo usar los argumentos; en particular, qué argumentos (o qué resultados) deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones.

A veces el derecho contiene reglas de este tipo que guían la interpretación.

Por ejemplo, el Código civil español contiene una serie de *reglas sobre la interpretación de los contratos* civiles, entre las que destacamos las siguientes:

1.281: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

1.284: "Si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

1.286: "Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

El problema que se plantea es que, salvo estos escasos supuestos en que el propio ordenamiento establece qué métodos han de usarse para interpretar y en qué orden, *no hay una jerarquía* de métodos; es decir, no hay reglas de prioridad que instauren criterios para primar un tipo de interpretación (o de resultado) en detrimento de otros, de manera que, al final, la decisión queda abocada a la *discrecionalidad del intérprete*. Es más, como cada método interpretativo propicia ciertos valores en detrimento de otros, resulta que al final son las *preferencias valorativas* del intérprete las que determinan los resultados de la interpretación al optar por uno u otro método. Por eso ha podido decirse que el listado de las directivas o argumentos de interpretación "es como el escaparate de un bazar donde hay de todo pero luego cada uno compra lo que quiere"¹⁸¹

El establecimiento de reglas de prioridad está muy vinculado a la concepción de la interpretación que se adopte. Así, si se adopta una concepción formalista de la interpretación, según la cual interpretar consiste en averiguar el significado propio o genuino de los textos jurídicos, tendrán preferencia aquellos métodos de interpretación consistentes en descubrir la voluntad o la intención del legislador plasmada en el texto. Por el contrario, si se adopta una teoría de corte marcadamente antiformalista o escéptico, según la cual la interpretación es una actividad no de conocimiento sino de valoración y de decisión, se tenderá a dar relevancia a los métodos de interpretación que tomen en cuenta los objetivos que la ley persigue y los valores que hay que proteger.

De todas formas, precisamente porque detrás de cada método hay una cierta

181 J.Igartua, *La interpretación de la ley*, cit., p.85.

opción valorativa, determinados métodos son más proclives a ser usados en unas ramas del ordenamiento que en otras. Así, por ejemplo, en el Derecho penal, donde el valor de la certeza y previsibilidad adquiere una importancia crucial para la garantía de la libertad y los derechos, se impone una interpretación literal o estricta de la ley, en detrimento de cualquier otro tipo de argumentación extensiva. Esta es precisamente una de las razones por las que en los sistemas que quieren reclamarse mínimamente garantistas se prohíbe la analogía en el derecho penal, y en caso de lagunas habrá que argumentar conforme al argumento *a contrario*. Y, en general, puede decirse que en un ordenamiento que se tome en serio el principio de legalidad los argumentos de la interpretación literal prevalecen *prima facie* sobre los otros. Ahora bien, *prima facie*, pues esa interpretación puede ceder si se aportan razones para apartarse de ella. Muy resumidamente: quien se aparte de la interpretación literal asume la carga de justificar por qué lo hace.

3. LOS ARGUMENTOS DE LA DOGMÁTICA.

Una decisión interpretativa puede estar justificada por un argumento dogmático. Dicho de otro modo: los argumentos dogmáticos también pueden usarse como razones para justificar una determinada interpretación¹⁸².

3.1 Concepto de dogmática.

La dogmática jurídica es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente. Veamos de forma separada estas notas que caracterizan los enunciados de la dogmática:

a) Son *enunciados que formulan los juristas*, por tanto no son los enunciados de las fuentes del derecho sino enunciados de segundo orden que versan sobre otros enunciados.

b) Versan *sobre normas jurídicas o jurisprudencia*, pero no son una simple descripción de normas ni una compilación de precedentes, pues la dogmática tiene también contenido normativo: avanza propuestas *de lege ferenda* y *de sententia ferenda* que no pueden deducirse directamente del derecho vigente.

c) *Forman un todo coherente*, lo que significa dos cosas: a) que no pueden contradecirse y b) que aparecen relaciones de inferencia entre los distintos conceptos.

d) *Se forman y discuten en el marco de una Ciencia del Derecho que funciona institucionalmente*, lo que significa que se forman, fundamentan y comprueban mediante una discusión que persiste en el tiempo, lo cual hace que queden sometidos a un control interno y que, por tanto, un núcleo fundamental de los mismos permanezca indiscutido.

182 Sobre el uso de los argumentos de la dogmática en la justificación (externa) de la premisa normativa, vid. R.Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M.AtiENZA e I.Espejo, Madrid, CEC, 1994, cuyas ideas sigo aquí en lo esencial.



3.2 Funciones de la dogmática.

Si merece la pena tener en cuenta los enunciados de la dogmática en la argumentación jurídica es porque la dogmática cumple una serie de *funciones* que son deseables: de estabilización, de progreso, de descarga, técnica, de control y heurística.

a) Función *de control*. La dogmática lleva a cabo una comprobación sistemática de los enunciados dogmáticos, verificando su compatibilidad lógica con otros enunciados dogmáticos y normas jurídicas y la compatibilidad (desde el punto de vista práctico-valorativo) de las decisiones fundadas en los distintos enunciados dogmáticos.

b) Función de *estabilización*. Las respuestas a los problemas jurídicos planteados se fijan por largos períodos de tiempo, lo que hace que no haya que discutir cada vez que se alegue un concepto y además garantiza una cierta uniformidad en la interpretación. Esto no significa que una vez fijado un enunciado dogmático no pueda cambiarse, pero excluye que pueda ser abandonado sin más, sin discusión.

c) Función de *descarga*. Una vez fundamentado y comprobado un enunciado dogmático no es necesario volver a hacerlo sin una razón especial. Esta función de descarga es especialmente importante para los jueces y tribunales, presionados por el tiempo. Ahora bien, el valor de la función de descarga es limitado: a veces hay que optar entre dos enunciados dogmáticos alternativos y hay que fundamentar la elección; por eso en estos casos más bien habría que hablar de función de “carga”.

d) Función de *progreso*. La dogmática, al establecer un marco institucional de discusión, facilita el progreso de la misma. Aunque el progreso depende también, y muy principalmente, de los cambios legislativos y de los cambios valorativos de la sociedad.

e) Función *técnica*. La dogmática lleva a cabo una presentación simplificada y sistematizada de las normas jurídicas, una panorámica que permite ver rápidamente las relaciones de dependencia entre ellas. La dogmática realiza así una función de información que facilita el aprendizaje de la materia jurídica y con ello su transmisión.

f) Función *heurística*. El modelo dogmático sistematizado permite plantear preguntas y respuestas que de otro modo no se verían, o no con tanta facilidad.

3.3 Tipos de enunciados de la dogmática.

Los enunciados de la dogmática que permiten fundamentar decisiones jurídicas en los supuestos indeterminados son de los siguientes tipos.

a) *Definiciones de conceptos que aparecen en normas jurídicas*. En concreto:

-Definiciones de los genuinos conceptos jurídicos (“contrato”, “legítima defensa”, “acto administrativo”, “nulidad”, “acción”, “donación”, etc.).

-Definiciones de otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas y que más bien serían reglas de uso de las palabras (“alevosía”, por ejemplo).

b) *Enunciados que expresan una norma no extraída de la ley*, siempre que no contradigan normas vigentes y que puedan apoyarse en otras normas o enunciados dogmáticos (por ejemplo, “todo lo que no está prohibido está permitido”, cuando se alega como regla que rige en determinado(s) sector(es) del ordenamiento).

c) *Descripciones de estados de cosas* a los que deben contribuir las normas (“orden público”, “seguridad ciudadana”, “dignidad de las personas”).

d) *Formulaciones de principios*; esto es, de enunciados normativos con alto nivel de abstracción y generalidad que tienen vigencia en ciertos estados de cosas.

3.4 Cómo se usan los enunciados de la dogmática.

Cuando los enunciados dogmáticos constituyen una *opinión dominante* (son “doctrina mayoritaria”), no es necesario fundamentarlos ni comprobarlos, es decir, justificarlos, pues esta es una labor que ya se ha realizado en el seno de la ciencia jurídica. Cuando por el contrario reflejan *opiniones críticas o minoritarias* es preciso fundamentarlos. De todas formas, a veces no hay más remedio que usarlos sin fundamentar, pues en otro caso las discusiones no tendrían fin.

En cualquier caso, formen parte de la opinión dominante o expresen una opinión minoritaria, la *fundamentación* de los enunciados dogmáticos remite al final a argumentos de tipo práctico general. Es decir, un enunciado dogmático puede encontrar su fundamento en otro enunciado dogmático, y este último en otro, etc., pero llega un momento en que la fundamentación remite necesariamente a otros *argumentos de tipo valorativo*. Por ejemplo, si pretende justificarse por qué hay que operar con la regla *in dubio pro reo* y no con su contraria *in dubio contra reo*, la respuesta sería que ello es así porque es preferible correr el riesgo de absolver al culpable que el de castigar al inocente; y, en última instancia, porque consideramos preferible propiciar el valor de la libertad que el del orden social.

Lo anterior significa que los enunciados de la dogmática no son “dogmas”, no son irrefutables sino perfectamente cuestionables, pues dependen en último término de concepciones prácticas generales. Puede decirse por ello -con Alexy- que si un enunciado dogmático es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo de al menos un argumento práctico.

4. EL RECURSO A LOS PRECEDENTES.

La remisión a los precedentes es otro elemento que puede formar parte de la justificación judicial de una decisión interpretativa.

Los precedentes son los *criterios interpretativos* que han sido usados por otros órganos



judiciales en la resolución de casos iguales al que se enfrenta el órgano de referencia. Por tanto, no todo lo que aparece en la fundamentación de una decisión puede constituir un precedente. Lo es la *ratio decidendi*, pero no los simples *obiter dicta*.

Cabe distinguir tres tipos de precedentes, dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el órgano del que emanan: precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. Conviene advertir, de entrada, que aunque todos ellos propician el valor de la justicia uniforme no comparten un mismo fundamento.

a) Precedente vertical.

Consiste en el recurso al precedente de un órgano judicial superior. El precedente vertical preserva el valor de *justicia uniforme* y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de "juez único", que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales. Allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que *la ley* y garantiza la *unidad de solución correcta*. Donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una *razón de autoridad*.

b) Precedente horizontal.

Consiste en el recurso al precedente de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el que adopta la decisión. Preserva también, como el precedente vertical, el valor de *justicia uniforme*, pero su fundamento hay que buscarlo en buena parte en una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme en el conjunto: en suma, lo que está en la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante. En razón de los órganos de los que emana (órganos homólogos y no superiores al que recurre al precedente), el precedente horizontal tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que sólo cuente en la argumentación *a título de ejemplo*, en vez de como precedente a seguir.

c) Autoprecedente.

Es el que procede del mismo órgano que adopta la decisión. Consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual a veces se hace referencia a él como "precedente doméstico". Este tipo de precedente preserva también -como vertical y el horizontal- el valor de la *igualdad en la aplicación de la ley* o de la *justicia uniforme*, aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero su fundamento hay que buscarlo en la regla de la universalización expresada en el imperativo kantiano que ordena obrar "según el criterio que queramos ver convertido en ley universal". En otras palabras, la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del derecho no puede atribuirse al ideal de juez único ni tampoco a una ideología gremial de aceptación de los criterios mayoritarios, sino que constituye exclusivamente una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia

de justicia formal que es el requisito de la universalizabilidad. A diferencia del precedente vertical, el autoprecedente juega pues en la argumentación tan sólo el papel de una *regla argumentativa*: el criterio de universalizabilidad¹⁸³. Merece la pena detenerse sobre esta cuestión.

En la medida en que las decisiones jurídicas remiten en muchas ocasiones a consideraciones de tipo práctico general, o como dice Alexy, en la medida en que la argumentación jurídica es una modalidad especial e institucionalizada de argumentación moral, el principio de universalizabilidad, que es esencial a todo razonamiento práctico, desempeña también un papel importante en la justificación de las decisiones jurídicas. Y es que cuando en el proceso de interpretación el juez se halla ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito del mismo problema, cuando las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación ya no garantizan la decisión correcta, entonces la universalizabilidad de la decisión viene a representar la última trinchera de racionalidad. Pues bien, el principio de universalizabilidad encuentra su traducción jurídica en el respeto al propio precedente.

Como traducción jurídica del principio de universalizabilidad, la regla del autoprecedente se proyecta en la argumentación jurídica de dos modos: hacia el pasado y hacia el futuro¹⁸⁴.

Hacia el pasado: imponiendo al órgano judicial la obligación de resolver los casos del mismo modo en que haya resuelto otros casos sustancialmente idénticos con anterioridad.

Hacia el futuro: imponiendo al órgano judicial la obligación de usar el criterio que estaría dispuesto a utilizar en la resolución de casos futuros similares.

La consecuencia de todo ello es la siguiente: el órgano judicial está *vinculado a su propia jurisprudencia*, pero si decide apartarse de la misma (por no estimarla ya correcta o por estimar que las circunstancias sociales han cambiado y reclaman una nueva interpretación) tiene la *carga de justificarlo*, justificación que se entenderá cumplida si es capaz de mostrar que la nueva interpretación constituye un criterio universalizable; esto es, un criterio que, por considerarlo correcto, está dispuesto a aplicar en todos los casos futuros iguales.

En suma, la regla del autoprecedente, como regla que disciplina la argumentación en los casos difíciles, podría formularse así: el criterio que ha de utilizarse para resolver ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior sustancialmente igual, pero

183 He argumentado sobre ello en M.Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

184 Así lo ha visto, a mi juicio muy acertadamente, N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p.97.



también y sobre todo el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares.

5. RESUMEN: CRITERIOS PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN NORMATIVA

Desde luego no hay fórmulas canónicas que valgan para prescribir cómo debe ser cualquier justificación, pues ésta dependerá mucho de los problemas y controversias que en cada caso se planteen, pero sí pueden aventurarse algunos esquemas sobre cómo usar los argumentos de la justificación externa y algunos criterios o reglas generales para poder entender justificada una decisión.

1. Cómo usar los argumentos de la justificación externa.

Recordemos que los distintos *métodos interpretativos* conducen a diferentes resultados, que cada método preserva ciertos valores y que no existe una jerarquía de métodos, por lo que la elección de uno u otro responde a un sistema de preferencias por los valores que preservan. Y lo mismo sucede con los argumentos de la *dogmática*, apoyados, en última instancia, en un sistema de valoraciones. Así las cosas, cuando la decisión interpretativa pretenda justificarse en el uso de un método interpretativo en detrimento de otros o en el uso de argumentos dogmáticos minoritarios, la estructura de la justificación puede ser más o menos la siguiente: “La disposición D significa S según el método de interpretación M (literal, sistemático o funcional), que ha sido usado con preferencia a otros porque protege o propicia ciertos estados de cosas, que son valiosos en sí mismos o como instrumentos para alcanzar otros valores”.

Por lo que respecta al uso de precedentes cabe hacer aún distinciones. Si se trata de un precedente vertical en los sistemas donde éste es vinculante (*stare decisis*), bastará con alegar la existencia del mismo. La estructura de la justificación sería aquí la siguiente: “La disposición D significa S según la interpretación del órgano judicial O (un órgano superior cuyo precedente vincula)”. Si se trata de un precedente vertical en los sistemas donde éste no es vinculante, bastará también con alegar éste, pero entonces la justificación tiene menor fuerza y deberá ser reforzada con otros argumentos; por ejemplo, métodos interpretativos o argumentos dogmáticos. Si se trata de precedente horizontal, su fuerza argumentativa es todavía menor que en el último caso, por lo que aquí se impone, con más fuerza que el anterior, el recurso a otros argumentos.

2. Criterios o reglas generales para poder entender justificada una decisión.

Más allá del uso (justificado) de los argumentos interpretativos, se plantea la cuestión de cuándo puede decirse que una decisión está justificada.

Para entender que una decisión está justificada debe pasar un test de racionalidad¹⁸⁵. En el tema 4 ya se avanzaron cuáles son los criterios que componen este test. Baste aquí recordarlos.

a) Consistencia

Expresa la exigencia de que *la decisión* normativa sea lógicamente compatible con otras normas del sistema: una sentencia *contra legem* es inconsistente.

b) Coherencia

Expresa la exigencia de que *la decisión* sea coherente con el resto de las normas y principios del ordenamiento jurídico.

Nótese que el juicio de coherencia es relativo, pues una decisión puede ser más o menos coherente que otra con principios del ordenamiento. Así, lo que exige la coherencia es que si una decisión se basa, por ejemplo, en haber interpretado una disposición de determinada manera, esa interpretación debe mostrarse conforme (o *la más conforme*) con los principios y valores del sistema. Por otro lado, dado que existen muchos principios y la decisión puede ser compatible con unos y contrastante con otros, lo que exige la coherencia es que la decisión sea compatible *con el mayor número de principios* (o con los más básicos).

c) Universalizabilidad

Se centra en el *criterio o regla* jurídica usada como fundamento de la decisión y establece que para que una decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; esto es, que no se base en un criterio *ad hoc*, válido sólo para el caso presente, sino que estemos dispuestos a usarlo para resolver conflictos sustancialmente idénticos. La universalizabilidad traduce la regla de autprecedente y supone que si en determinadas circunstancias C se ha tomado la decisión D, siempre que se repitan esas mismas circunstancias u otras sustancialmente equivalentes habrá que decidir en el mismo sentido.

d) Consecuencias

Se centra en las *consecuencias* que derivan de la decisión. Para que una decisión pueda estar justificada las consecuencias que de ella se derivan deben resultar aceptables: no deben poner gravemente en peligro bienes o estados de cosas que se consideran valiosos en el ordenamiento (la seguridad y el orden, la vida, la vinculatoriedad del ordenamiento, la no-politización de la función judicial, etc.).

e) Corrección de la decisión

La decisión es correcta (y por tanto estará justificada) si: (i) el criterio general establecido por el juez como adecuado para resolver este tipo de casos no es incorrecto y (ii) ha sido bien (correctamente) aplicado; es decir, lo que se pretende evitar que el criterio vaya por un lado y la decisión por otro.

185 Vid. Sobre el particular, M. Atienza, *El sentido del derecho*, cit.



VI. LA CUESTIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Alfonso Jaime García Figueroa

SUMARIO: 1. ¿Por qué son importantes los principios? El caso Elmer 2. Positivismo vs. No-positivismo: 2.1 Positivismo jurídico: 2.1.1. Positivismo metodológico o como enfoque 2.1.2. Positivismo teórico 2.1.3 Positivismo ideológico: 2.2 No positivismo 3. Principialismo: el argumento de los principios contra el positivismo en Ronald Dworkin. 4. ¿En qué se distinguen reglas y principios?: 4.1 Las reglas: aplicación "todo o nada". 4.2 Los principios: más o menos aplicación. 4.3 Los principios como mandatos de optimización: 4.3.1 Criterios de optimización. 4.4 Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas. 4.5 Principios y reglas como razones para la acción. 5. Principios y valores. A propósito del art. 1.1 de la Constitución Española. 6. En Conclusión.

1. ¿POR QUÉ SON IMPORTANTES LOS PRINCIPIOS? EL CASO ELMER.

Para poner de manifiesto la importancia de los principios en una teoría del Derecho el filósofo del Derecho norteamericano Ronald Dworkin ha recurrido al célebre caso Riggs contra Palmer¹⁸⁶, más conocido como caso Elmer. La sentencia que lo resolvió, dictada en Nueva York en 1889, enjuiciaba los siguientes hechos: en su testamento Francis Palmer dejaba sus bienes a sus hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, así como a su nieto, Elmer. Pero Elmer, ante la posibilidad de que Francis contrajera nuevo matrimonio y con el fin de proteger su herencia de la eventual alteración del testamento inicial a la que podría conducir la celebración de estas segundas nupcias, dio muerte a su abuelo. Elmer fue condenado por la comisión de su crimen y entonces las Sras. Riggs y Preston iniciaron un proceso judicial al objeto de impedir además que el parricida percibiera la herencia de su propia víctima. Esta acción civil contaba con el obstáculo de que el *Statute of Wills* de Nueva York no contemplaba la indignidad en la que Elmer había incurrido como impedimento para suceder. Nos hallamos pues ante un caso difícil porque la ausencia de una regulación a propósito presentaba unas consecuencias jurídicas que entraban entonces (y entrarían ahora) en conflicto con nuestra concepción de la justicia.

Tras ser desestimada la pretensión de las demandantes en primera instancia, la cuestión se elevó a la Corte de Apelación de Nueva York, en donde se enfrentaron dos posiciones: la mayoritaria, mantenida por el juez Earl, a favor de Riggs y Preston, y la defendida por el juez Gray, que favorecía a Elmer. Finalmente se impuso la primera opinión, basándose en un *principio* formulado en los siguientes términos: "a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen"¹⁸⁷.

186 Vid. R. Dworkin, *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 73 y del mismo, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.

187 Ibid.

La cuestión que cabe entonces plantearse es de dónde había surgido este principio que resolvía el caso en perjuicio de Elmer. Al parecer no estaba escrito en ningún lugar hasta entonces y sin embargo formaba parte del Derecho y en esa condición sería de aplicación por parte de los jueces. Tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios como el señalado e incluso otras categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, brocardos (*brochardica*), *dignitates*, máximas, *dicta*, aforismos, adagios, *regulae iuris*, tópicos o *topoi*, etc.

Desde luego, entre todos ellos los principios han gozado de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia. Es bien conocida la doctrina de los principios generales del Derecho, cuyo punto de partida se sitúa en el Estatuto Albertino o Código de los Estados Sardo, que por vez primera recogió el sintagma “principios generales del Derecho”, generando una encendida polémica en Italia que habría de prolongarse durante décadas. Existen además referencias anteriores, como la del código austriaco de 1811 que se refirió a los principios de Derecho natural. En España, el Código civil contempla en su art. 1.4 los principios generales del Derecho como la fuente última que sigue a la ley y a la costumbre en la prelación de fuentes: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Esto significa que los principios representan el *ultimum subsidium* al que pueden acogerse los jueces para poder decidir dentro del sistema de fuentes sin violentar el principio de legalidad que les somete al Derecho positivo.

En los últimos años, los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación. Se impone, pues, una breve incursión en teoría del Derecho, lo cual no es en absoluto de extrañar. La discreción judicial comienza donde termina el Derecho o, como dice Dworkin, “la discreción es como el agujero de una rosquilla”, que sólo existe en la medida en que existe un sistema jurídico con carencias. En consecuencia, para saber dónde dejamos de aplicar mecánicamente el Derecho para comenzar a argumentar, primero debemos disponer de alguna teoría que nos informe sobre los límites del Derecho (sobre ello, vid. *infra* tema VIII). En realidad, entre teoría del Derecho y TAJ existe tal interdependencia, que algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el Derecho como argumentación”¹⁸⁸.

En la teoría del Derecho, los principios han sido considerados un elemento que revela la vinculación del Derecho a la moral. Denominaré a esta doctrina “no positivismo

188 Vid. M. Atienza, “El Derecho como argumentación”, en Isegoría, nº 21 (1999), págs 37-47.



principalista” (NPP en lo sucesivo, por brevedad). La tesis fundamental del NPP puede formularse así: si existen principios en el Derecho, entonces es inviable un concepto positivista de Derecho o, dicho aún de otro modo: si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Para comprender esta teoría, debemos referirnos a sus componentes esenciales: no positivismo y principialismo.

2. POSITIVISMO vs. NO-POSITIVISMO

Tradicionalmente, se han contrapuesto dos teorías o grupos de teorías sobre el Derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Sin embargo, dados los actuales términos de la discusión, es más fructífero distinguir simplemente entre positivismo y no positivismo jurídicos con el fin de dar cobertura con esta distinción a aquellos autores que, sin ser iusnaturalistas, por no compartir la idea de la existencia de un Derecho natural, tampoco son partidarios de las tesis positivistas. Para explicar el no positivismo es conveniente referirse primero al positivismo jurídico.

2.1 Positivismo jurídico

El positivismo representa una corriente desarrollada fundamentalmente a partir del siglo XIX en Europa de la mano de la Escuela de la Exégesis en Francia, la Escuela histórica alemana y la Jurisprudencia analítica inglesa. Sin embargo, el término “positivismo” no ha sido empleado siempre bajo el mismo significado. Existen, pues, diversas acepciones de positivismo jurídico como ha destacado particularmente Norberto Bobbio¹⁸⁹. El autor italiano clasificó el positivismo en tres versiones fundamentales: el positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico, el positivismo teórico y el positivismo ideológico. Veamos muy brevemente en qué consiste cada uno de ellos.

2.1.1 Positivismo metodológico o como enfoque.

El positivismo metodológico sostiene básicamente la llamada tesis de la separación o de la no vinculación y afirma que no existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Una cosa es el Derecho que es y otra el Derecho que debe ser. Una cuestión es qué sea el Derecho y otra bien diferente cuál sea su mérito o demérito, por usar algunas fórmulas ya clásicas para expresar la misma idea.

En esta afirmación se hallan implícitas o conexas una serie de tesis, aunque no todos los positivistas metodológicos las asumen y cuando es así, no siempre lo hacen con el mismo alcance:

189 N. Bobbio, “Sul positivismo giuridico”, *Rivista di Filosofia*, LII, 14 (1961); reimpresso en N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3ª ed. 1977), págs. 101-126.

1) La tesis de la neutralidad.

Según la tesis de la neutralidad, debemos *describir* el Derecho sin introducir valoraciones morales, ideológicas, etc. Para definir el concepto de Derecho no nos interesa si es moralmente valioso o no. El teórico del Derecho debe hacer *teoría* del Derecho y no *política* del Derecho. Por otra parte, el Derecho es un conjunto de normas y no de hechos. Esto supone que existe una separación insalvable entre los enunciados normativos y los enunciados descriptivos, entre ser y deber ser. Por todo ello, sería necesario construir una teoría del Derecho incontaminada tanto de valores como de hechos. La teoría del Derecho no puede ser una ética ni una sociología. La tesis de la neutralidad es una expresión, pues, del anhelo de pureza kelseniana que inspira *La teoría pura del Derecho*¹⁹⁰.

2) La tesis de las fuentes sociales.

Según la tesis de las fuentes sociales, el Derecho es una cuestión de prácticas sociales, es una obra de los hombres. El único Derecho es el Derecho *positivo*, el Derecho *puesto* por los hombres, desarrollado por sus prácticas y convenciones.

3) La tesis de la discreción.

Que el Derecho es obra de los hombres implica que se trata de una obra falible como el resto de las obras de los hombres. El Derecho es falible en dos aspectos muy importantes: técnica y moralmente. La falibilidad técnica del Derecho deriva de sus imprecisiones terminológicas y conceptuales, de sus antinomias y lagunas, en general de los problemas que hemos visto en el tema III. La falibilidad moral del Derecho por su parte deriva de sus posibles deficiencias morales. El Derecho puede ser injusto. Pues bien, la falibilidad técnica y moral del Derecho exige el concurso de la labor argumentativa del juez, que debe intervenir para dar respuesta a las controversias jurídicas incluso cuando el ordenamiento jurídico no aporta una solución. El positivismo metodológico reconoce los límites y las limitaciones del Derecho y atribuye al juez la posibilidad de ejercer una cierta discreción en esos casos. Esto es, en esencia, lo que sostiene la tesis de la discreción.

2.1.2. Positivismos teórico

El positivismo como teoría sostiene que el Derecho carece de fisuras y es capaz de dar solución a todos los problemas que se le planten. Esta visión idealizada del ordenamiento jurídico se basa sobre dos ideas conexas: en primer lugar, (a) se niegan los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad, y, por otra parte, (b) consecuentemente, se defiende una teoría de la interpretación formalista, que considera al juez una boca muda que se limita a pronunciar las palabras de la ley.

190 H. Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1991.



Adviértase que estas dos notas son contrarias a dos tesis del positivismo metodológico: el enunciado (a) parece entrar en conflicto con la tesis de las fuentes sociales (pues las obras humanas son imperfectas) y el enunciado (b) es incompatible con la tesis de la discreción (pues la discreción sólo parece admisible cuando la interpretación formalista es insuficiente). Esto significa que el positivismo no sólo presenta una pluralidad de versiones. Además (y esto es, si cabe, más importante) estas versiones resultan incompatibles entre sí en algunos de sus aspectos.

2.1.3 Positivismo ideológico

El positivismo ideológico mantiene una tesis normativa: debemos obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho. Probablemente sólo Hobbes (y según algunos el Radbruch anterior a la Segunda Guerra Mundial) haya defendido esta idea de forma rotunda. En realidad el positivismo ideológico entra en conflicto con el positivismo metodológico, porque las valoraciones y la ideología (las cuestiones normativas en general) no le interesan al positivismo metodológico, cuyo único propósito es describir el Derecho, no prescribir o proscribir su obediencia, lo que representa una cuestión normativa.

En la actualidad una versión debilitada de positivismo ideológico es mantenida de manera (sólo aparentemente) paradójica entre los críticos al positivismo (metodológico). Por ejemplo, Aleksander Pekzenik¹⁹¹ sostiene que existe un deber *prima facie* de obedecer al Derecho. Es decir, en principio debemos obedecer el Derecho, pero esta obligación puede ceder eventualmente. Esto presupone un concepto no positivista de Derecho en mayor o menor medida. Si la carga de la argumentación corresponde a quien se resiste a obedecer al Derecho, entonces estamos presuponiendo en todo Derecho un cierto grado de corrección moral. A este tipo de planteamientos contribuyó en su día la teoría de Lon Fuller. Fuller¹⁹² sostenía que el Derecho encerraba una *moral interna*. La moral interna del Derecho deriva de una serie de propiedades formales de los sistemas jurídicos que garantizan un cierto grado de corrección. Principios fuertemente asociados al carácter institucional del Derecho, como son la publicidad, el carácter escrito de las normas, la seguridad jurídica, la irretroactividad, etc. contribuyen a dotar de una cierta superioridad moral al Derecho con respecto a los mandatos de por ejemplo, el jefe de una banda de malhechores. La moral interna del Derecho sería un argumento en favor de la obediencia *prima facie* al Derecho. No se afirma que el Derecho siempre sea justo como parece desprenderse del iusnaturalismo tradicional, sino más bien que algunas de sus propiedades formales contribuyen a considerarlo en principio digno de obediencia.

191 Peczenik, A., "Dimensiones morales del Derecho", trad. de Juan A. Pérez Lledó, en *Doxa*, nº 8 (1990), págs. 89-109.

192 Vid. L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964. Existe una reciente publicación en España sobre la obra de Fuller: R. Escudero, *Positivismo y moral interna del Derecho*, C.E.P.C., Madrid, 2000.

2.2 No positivismo

En lo que sigue, cuando hable de positivismo sin ulteriores especificaciones debe entenderse que me refiero al metodológico, que es el más interesante para nuestros fines. En consecuencia, el no positivismo defiende que sí existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral, es decir, rechaza la tesis de la separación. Adicionalmente, el no positivismo suele negar las tesis básicas de las fuentes sociales, de la neutralidad y la de la discreción.

El no positivismo (y en especial el iusnaturalismo) suele defender enunciados como los siguientes aunque no siempre conjuntamente:

- 1) Existe algún tipo de orden moral objetivo o de Derecho natural.
- 2) Existe una relación necesaria entre el Derecho y el orden moral objetivo o el Derecho natural.

Cabe distinguir tres tipos de no-positivistas, según se sostenga conjuntamente o no estas dos tesis:

- a) Iusnaturalistas ontológicos.

Quien sostiene ambos enunciados, 1 y 2, es un iusnaturalista ontológico. Existe un orden normativo natural y el Derecho está vinculado a él conceptualmente. No es posible hablar desde este punto de vista de un Derecho injusto.

- b) Iusnaturalistas deontológicos.

Quien defiende el enunciado 1 y rechaza 2 es un iusnaturalista deontológico y su planteamiento puede ser compatible con el positivismo. Afirma que el Derecho puede ser justo o injusto y que existe un orden moral al que el Derecho debe tender.

- c) Neoiusnaturalistas.

En principio quien sostuviera 2 y no sostuviera 1 (o sostuviera 1 de forma débil) tendría algunos problemas, porque no sabría a qué moral está vinculado el Derecho. Seguramente esto provoque un sentimiento de perplejidad semejante al que aqueja a Leonard Cohen cuando nos dice en una de sus canciones que hay algo que “no puedo olvidar, pero no recuerdo qué”. El neoiusnaturalista en cierto modo afirma algo así como: “el Derecho está vinculado a la moral, pero no me pregunte usted a cuál”. ¿Acaso no hay algo de esto en las siguientes palabras de Ronald Dworkin?:

“No quiero decir que existan lo que en ocasiones son llamados hechos morales “trascendentes” o “platónicos”; ni siquiera sé lo que podrían ser. Pretendo tan sólo que supongamos que una determinada institución como la esclavitud es injusta. Si tales hechos morales existen, entonces puede suponerse racionalmente que una determinada proposición jurídica es verdadera, incluso si los juristas persisten en el desacuerdo sobre la proposición tras conocer o estipular todos los hechos brutos. Podría ser verdadera en virtud de un hecho moral que no es ni conocido ni estipulado”¹⁹³.

193 R. Dworkin, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez, en J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1999, pág. 501.



Sin embargo, a pesar de estos problemas, existen autores que parecen defender este planteamiento ético en alguna medida a partir de fórmulas constructivistas. No es posible entrar ahora en el estudio de las convicciones metaéticas que sitúan a autores como Alexy, Dworkin o Nino entre los neoinaturalistas, tal y como han sido caracterizados aquí. Los dos primeros nos habrán de interesar más bien porque han acudido al análisis de los principios jurídicos en cuanto estándar normativo que no se acomoda a los esquemas del positivismo jurídico y en esa medida ponen de relieve las insuficiencias de la teoría del Derecho positivista. En este sentido, Ronald Dworkin y Robert Alexy son los máximos defensores del NPP.

3. PRINCIPIALISMO: EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS CONTRA EL POSITIVISMO EN RONALD DWORKIN.

Según Dworkin el caso Elmer demuestra (como lo hacen también otros casos difíciles) que los jueces hacen referencia no sólo a una serie de normas jurídico positivas, sino también a principios morales y esto vendría a demostrar que la concepción del Derecho de los positivistas (singularmente la de H.L.A. Hart) estaría desenfocada. Brevemente, las consecuencias del caso Elmer que Dworkin extrae, podrían condensarse en los siguientes términos:

1) El Derecho no está compuesto sólo por *reglas* del estilo “prohibido circular a más de 100 kms. hora”. El Derecho, nos dice Dworkin, no es una serie de reglas como el *baseball*. Existen otras normas, que él denomina *principios*, del estilo “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen”. Estas normas se distinguen por tener una estructura peculiar y una forma de funcionar diversa en la argumentación de los operadores jurídicos.

2) El Derecho no es sólo un conjunto de normas emanadas del legislador o de costumbres sociales, sino que está formado por principios procedentes de la moral. Esto significa que Dworkin sostiene un concepto no positivista del Derecho. Aquí cobra interés la subdistinción de Dworkin entre principios en sentido estricto y directrices (*policies*). Los principios en sentido estricto encarnan derechos individuales, derechos morales frente al Estado que nadie puede arrebatarlos. En este punto cobra protagonismo la llamada “tesis de los derechos” (“*Rights thesis*”). Existen ciertos derechos preexistentes y superiores al Derecho positivo que se imponen a otras consideraciones del Estado como si se tratara de “triumfos frente a la mayoría”. Estos derechos individuales resultan oponibles pues al Estado, singularmente a las directrices, que responden a los cálculos utilitaristas del Estado. Bajo este punto de vista, la teoría de Dworkin se inscribe decididamente en la tradición liberal.

3) Por tanto, el juez no tiene por qué crear nuevo Derecho. El juez debe *descubrir* aquellos principios que, sin ser captados por una regla de reconocimiento positivista del estilo de la de Hart, sin embargo, pertenecen al Derecho igualmente. Mientras el positivismo mantiene la llamada tesis de la discreción (en los casos difíciles los jueces deben ejercer cierta discreción), el no positivismo de Dworkin defiende por el contrario

que el juez nunca debe ejercer discreción ni crear Derecho porque el Derecho (a través de tales principios morales) siempre le ofrece una única respuesta correcta. En esto consiste la llamada “tesis de la única respuesta correcta” (“*One Right Answer Thesis*”) de Dworkin.

Los tres asuntos están fuertemente entrelazados, pero el argumento de los principios contra el positivismo jurídico puede sintetizarse del siguiente modo: (i) en todo Derecho existen principios; (ii) estos principios vinculan estructural y sustancialmente el Derecho a la moral; (iii) luego el Derecho y la moral se hallan necesariamente vinculados. Esta doctrina requiere dar respuesta a algunos problemas para ser viable: (1) en primer lugar debe determinar qué son los principios (estructura, función y contenido); (2) debe, después, verificar su presencia en todo Derecho y, finalmente, (3) debe determinar si esa presencia es incompatible con un esquema positivista del Derecho, esto es, debe demostrar de qué modo esa presencia imposibilita la distinción conceptual de Derecho y moral.

El punto (1) resulta esencial y es el que nos va a interesar aquí fundamentalmente, pues el problema de la estructura y la función de los principios es un problema relativo a los problemas argumentativos del Derecho. Para el debate del NPP el punto (1) resulta por otra parte muy importante, porque definir las propiedades estructurales y funcionales de los principios respecto del resto de normas (reglas) es el presupuesto para poder desarrollar el NPP. Si no existen principios como entidades distintas de las reglas, no tiene ya más sentido hablar de no positivismo *principalista*.

4. ¿EN QUÉ SE DISTINGUEN REGLAS Y PRINCIPIOS?

Desde el punto de vista de la estructura y la función, se han propuesto tres tesis básicas sobre las diferencias entre principios y reglas:

1) La tesis fuerte de la separación. Según la tesis fuerte de la separación, entre reglas y principios existen diferencias cualitativas y no sólo de grado. Esta división fuerte concibe reglas y principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes. En otras palabras: toda norma es o bien una regla o bien un principio y *tertium non datur*. Los defensores de NPP suelen sostener la tesis fuerte de la separación.

2) La tesis débil de la separación. Según la tesis débil de la separación, entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual y no una diferencia cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas (generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad jerárquica, etc.) suelen adscribirse a este planteamiento. Por ejemplo, según el criterio de la generalidad, los principios son más generales que las reglas, pero también las reglas pueden ser generales; según el criterio de la fundamentalidad, los principios son más fundamentales que las reglas, pero también las reglas pueden ser fundamentales; según el criterio de la vaguedad, los principios son más vagos que las reglas, pero también las reglas pueden ser vagas, y así sucesivamente.



3) La tesis de la conformidad. Finalmente, según la tesis de la conformidad, entre principios y reglas no existen diferencias relevantes.

Hasta aquí me he referido a las tres grandes maneras de contemplar la distinción formal, estructural, funcional, entre reglas y principios. En realidad, la discusión sobre la morfología y las funciones de los principios suele polarizarse en torno a dos posturas principales: las de quienes sostienen la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios y quienes no la sostienen. Autores como Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero han sostenido una diferenciación fuerte de reglas y principios, así que sus propuestas serán tratadas algo más adelante con cierto detenimiento.

Desde el punto de vista de su contenido, es importante comprobar la relación de los principios con el sistema jurídico. Si un principio forma parte del sistema por emanar del legislador, entonces el positivismo no tiene problemas para admitirlos como jurídicos; pero si se trata por el contrario de normas morales sin un soporte institucional, entonces sí plantean problemas para el positivismo. Según el positivismo jurídico, el Derecho es un sistema de normas *puestas* por los hombres, normalmente por algún legislador. ¿Qué pasa entonces con un principio como el del caso Elmer? Si no lo ha dictado el legislador, ¿podemos afirmar que forma parte del Derecho? y en caso negativo, ¿cómo puede un juez aplicar normas que no forman parte del Derecho? Como se puede imaginar, no estamos ante cuestiones fáciles de responder, pero quizá nos ayude a aclarar un poco el camino una clasificación que nos propone Jerzy Wróblewski¹⁹⁴ atendiendo a la relación de los principios con el sistema jurídico:

(1) “Principio positivo de Derecho”: la norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones. Por ejemplo, el art. 14 de la Constitución española.

(2) “Principio implícito del Derecho”: una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas. La interpretación positivista de los principios generales del Derecho los considera fundamentalmente principios implícitos, esto es, principios no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos.

(3) “Principio extrasistémico del Derecho”, es decir, una regla que no es ni principio positivo de Derecho, ni principio implícito del Derecho. Por ejemplo, “a nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen”

(4) “Principio-nombre del Derecho”, a saber, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas: el mandato, el comodato, la compraventa...

194 J. Wróblewski, “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, págs. 151-168, aquí 153.

(5) "Principio-construcción del Derecho", a saber, construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica". Por ejemplo, el principio de prohibición, según el cual, todo lo que no está prohibido, está permitido, parece ser un principio de este tipo.

Esta clasificación merece un par de observaciones:

Primera. En lo que sigue de esta exposición concentraré mi atención sobre los tres primeros tipos de principios que en lo sucesivo serán llamados, siguiendo la denominación al uso entre numerosos autores: principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos. La inclusión por parte del autor polaco de los principios-nombre y los principios-construcción parece quebrar en alguna medida el criterio fundamental de esta clasificación, a saber, la relación del principio con el sistema jurídico. La definición de los principios extrasistémicos como los que no son ni explícitos ni implícitos clausura la clasificación que deviene así exhaustiva. En consecuencia, cabe interpretar que los principios-nombre y los principios-construcción son instrumentos propios de la dogmática jurídica o instrumentos argumentativos reconducibles de uno u otro modo a alguno de los primeros tres tipos¹⁹⁵.

Segunda. Cada tipo de principio enunciado por el autor polaco, sugiere un círculo de problemas diverso y provoca paradojas diversas:

(1) Por un lado, la referencia a los principios explícitos nos brinda el pretexto más adecuado para estudiar los rasgos formales de los principios respecto de las reglas, dado que, en tanto que no son distinguibles de éstas por el modo de obtener su validez, deben ofrecernos un marco inmejorable para contrastar con precisión y sin distorsiones las propiedades estructurales y funcionales de reglas y principios. Nadie puede discutir, por ejemplo, que el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española es una norma del ordenamiento jurídico español como lo puede ser el art. 1445 del Código civil que define el contrato de compraventa.

(2) En segundo lugar: los principios implícitos proporcionan la ocasión idónea para incidir sobre los problemas que origina el proceso de la derivación de principios a partir de materiales normativos del sistema jurídico, es decir, "la producción de normas por medio de normas", como la ha denominado Guastini¹⁹⁶. La concepción de los principios generales del Derecho como meras racionalizaciones o reformulaciones de otras normas del sistema jurídico conciben los principios generales del Derecho como principios implícitos, a pesar de que sólo pueden ser invocados en defecto de ley y

195 Sigo así el criterio de autores como Guastini y Prieto Sanchís, quienes conciben los tres primeros principios de la tipología de Wróblewski como las categorías básicas a las que pueden reconducirse las otras dos. Cfr. L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992, pág. 134.

196 R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio y E. Lecalano (eds.), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986, págs. 173 ss.



costumbre aplicable en el Derecho español, lo cual resulta algo paradójico, pues si los principios generales del Derecho son principios implícitos ya contenidos en las leyes, entonces deberían invocarse éstas últimas, entre otras cosas, porque, insisto, si se trata de principios realmente implícitos, entonces no pueden aportar nada nuevo a lo que ya nos ofrecían las reglas reformuladas por el principio general. Para ver el problema con claridad conviene referirse a la concepción que de los principios generales del Derecho ofrecen Alchourrón y Bulygin en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. En ella, los profesores bonaerenses contemplan los principios como reformulaciones del sistema de carácter análogo a las partes generales del derecho. La distinción entre principio general y parte general del Derecho se limitaría a la diversa extensión de ambos. La parte general se limita a sistematizar una determinada materia jurídica, en tanto que los principios generales del Derecho se orientarían a la sistematización de una sección mayor del ordenamiento. Por todo ello,

“Entre las normas que los juristas llaman “principios generales” (en este contexto) y las normas que integran las “partes generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios”¹⁹⁷

La configuración de principios a partir del sistema jurídico sería una labor confiada singularmente a la ciencia jurídica. La razón es la siguiente. Como vimos anteriormente (*supra* tema II.5.2) Alchourrón y Bulygin parten de la concepción del Derecho como un sistema axiomático. Las propiedades formales de los sistemas axiomáticos (integridad, compatibilidad e independencia) se traducen en los sistemas normativos en las propiedades de la completitud, la coherencia y la independencia¹⁹⁸, es decir, la ausencia de lagunas, la ausencia de antinomias y la ausencia de redundancias. Cuando estas propiedades no se dan, entonces el sistema normativo se considera defectuoso y se le debe buscar solución. Es importante observar que las carencias que nos encontramos entonces tienen una diferente “gravitación”¹⁹⁹: el problema de las lagunas y el problema de las antinomias requieren invariablemente un cambio del contenido de la base del sistema, de las normas formuladas. Por el contrario, la eliminación de las redundancias o la reducción del casuismo, no exigen un cambio de la base del sistema, sino sólo su reformulación, la presentación de una base más reducida con el mismo contenido.

En principio, sólo el legislador tiene competencia para modificar la base del sistema. Esto explica que, consecuentemente, la solución de las lagunas y de las antinomias corresponda al legislador y que la ciencia jurídica se encargue de la reformulación del sistema²⁰⁰.

197 C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pág. 129.

198 *Ibid.*, págs. 100 ss.

199 *Ibid.*, pág. 126.

200 *Ibid.*, pág. 128.

Un sistema incurre en casuismo como consecuencia de la producción de normas que contemplan casos elementales. El casuismo comporta la proliferación de un elevado número de normas. Su solución, en favor del principio de economía, pasa por la elaboración de normas generales (que contemplan una pluralidad de casos elementales)²⁰¹. En cambio, nos hallamos ante una redundancia cuando dos normas correlacionan el mismo caso con la misma solución²⁰². El principio de economía y la reducción de redundancias pueden entrar en conflicto, pues la reformulación de la base con normas más generales, puede dar lugar a redundancias, aunque las redundancias parciales no son consideradas un defecto grave²⁰³. La ciencia jurídica puede, así pues, desarrollar su labor reformulatoria en este campo, elaborando normas más generales, contribuyendo a paliar el casuismo y, en su caso, las redundancias. Alchourrón y Bulygin insisten en el carácter no mecánico de esta actividad, pero ello no significa alterar la idea central: la solución del problema de las lagunas exige la alteración de la base del sistema y esto sólo puede tener lugar mediante alguna forma de heterointegración.

Ahora bien, si contemplamos la función asignada reiteradamente por los ordenamientos jurídicos a la figura de los principios generales del Derecho, observamos que son invocados para resolver las lagunas normativas del sistema (son invocados en defectos de ley y costumbre aplicable). Esto supone un inconveniente fundamental para una concepción positivista y reformulatoria de los principios generales del Derecho en la dogmática jurídica: la elaboración de principios generales del Derecho está atribuida a la ciencia jurídica, sin que ésta pueda modificar la base del sistema y sin embargo, tal modificación es precisamente lo que se requiere de los principios cuando son invocados en último recurso para la integración del sistema. Esta paradoja parece difícilmente salvable (en el sentido de *justificable*), aunque resulta *explicable* por el uso frecuente de las ficciones en el mundo del Derecho. La dogmática desarrolla una interpretación del Derecho que resulta ser creativa, pero luego es considerada como meramente reconstructiva, reformulatoria.

(3) Finalmente, parece ser que el discurso acerca de las relaciones entre Derecho y moral aparejado a los principios debe circunscribirse fundamentalmente a la problemática que ocasiona la noción de los principios extrasistemáticos de Derecho, esto es, aquellos principios que se encuentran fuera del sistema jurídico a la vez que pertenecen al Derecho. Como se ve, esta definición de los principios extrasistemáticos resulta contradictoria: ¿cómo es posible que una norma se encuentre fuera y dentro del sistema jurídico al mismo tiempo? En realidad, esto parece imposible, pero se sostiene

201 Ibid., pág. 125.

202 Ibid., pág. 101.

203 Ibid., pág. 127.



con frecuencia. Esta definición de los principios extrasistemáticos resulta paradójica porque afirma que ciertos principios son jurídicos sin ser *jurídicos*²⁰⁴. Esta aparente aporía encarna una vez más la crítica desde el no-positivismo al positivismo jurídico: la (presuntamente) estrecha descripción del Derecho llevada a cabo por el positivismo no daría cabida a ciertos estándares (morales) calificables como jurídicos. La paradoja tiende a desvanecerse si nos percatamos de que expresa simplemente una consecuencia del carácter no pacífico del concepto de Derecho. Desde una estricta estipulación conceptual positivista, los principios extrasistemáticos califican adecuadamente su carácter; por el contrario, desde la óptica de ciertos no positivistas, la designación de estos principios como extrasistemáticos sirve de argumento para poner de manifiesto la estrechez del marco teórico del positivismo al caracterizar los sistemas jurídicos. La división de los principios en sistemáticos (explícitos e implícitos) y extrasistemáticos presupone un concepto de sistema jurídico positivista, porque presupone la existencia de ciertos *límites* del Derecho. Estudiar el argumento de los principios contra el positivismo jurídico consiste en buena parte en analizar los mecanismos que subyacen a la paradoja recién enunciada.

En suma, la razón de esta diversa virtualidad de principios explícitos, implícitos (a primera vista principios intrasistemáticos) y extrasistemáticos reside en que los principios explícitos son *directamente* válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); los principios implícitos son *indirectamente* válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas²⁰⁵ (es decir, los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad²⁰⁶) y, finalmente, los principios extrasistemáticos adolecerían de una validez discutible. Serían calificables (al menos algunos de ellos), como no válidos desde la perspectiva del positivismo jurídico que delimita el sistema, y como válidos desde una posición no positivista.

Los principios extrasistemáticos están, así pues, en el centro del debate acerca de la validez del Derecho y ello equivale a decir que protagonizan buena parte de las discusiones surgidas del enfrentamiento entre el positivismo jurídico y sus teorías antagónicas. Se enfrentan así dos concepciones de la validez de las normas o de la existencia de las

204 Guastini, que utiliza una clasificación similar, elude esta paradoja refiriéndose exclusivamente a principios explícitos e implícitos (“espressi” e “inespressi”) (R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992, págs. 147 ss.).

205 MacCormick opina que la relación de los principios jurídicos con la regla de reconocimiento es “indirecta”. Las reglas son Derecho en virtud de su pedigree, mientras que los principios lo son porque racionalizan reglas que pertenecen al Derecho (D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pág. 233).

206 Sobre los criterios de legalidad y deducibilidad para determinar la pertenencia y, por tanto, la validez de las normas jurídicas, vid. R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C.E.C., Madrid, 1988, cap. III; J.J. Moreso y P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, C.E.C., Madrid, 1993, cap. III.

normas: la validez entendida fundamentalmente como pertenencia a un sistema, de acuerdo con la cual, una norma es jurídica si pertenece a un sistema jurídico, el que, a su vez, es identificado por un criterio de carácter formal como, por ejemplo, la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como obligatoriedad, la validez normativa, según la cual una norma existe si es moralmente obligatoria. Es claro que esta idea de la validez es incompatible con un enfoque positivista del Derecho²⁰⁷. En lo que sigue me voy a ocupar de mostrar algunas ideas que se han sostenido sobre la estructura y el funcionamiento de los principios en la argumentación jurídica. No voy a entrar, pues, propiamente en el problema de la viabilidad de NPP. En cuanto a la distinción entre reglas y principios, la literatura al respecto es lo suficientemente abundante para renunciar a una exposición exhaustiva sobre el tema. Por la misma razón habré de contentarme aquí con adoptar más bien una perspectiva descriptiva o explicativa y no tanto normativa o crítica.

4.1 Las reglas: aplicación "todo o nada"

A juicio de Dworkin, existe una distinción "lógica" entre principios y reglas. En los términos que se han empleado aquí, esto significa que Dworkin sostiene una distinción fuerte, cualitativa y no meramente gradual, entre principios y reglas. Esta distinción lógica parte de dos criterios: el criterio de la aplicación disyuntiva o "a la manera de todo o nada" ("*all or nothing fashion*") de las reglas y el criterio de la dimensión de peso ("*dimension of weight*") de los principios. Según el criterio de la aplicación disyuntiva, las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Por ejemplo, imaginemos la regla:

R1: "prohibido circular a más de 100 kms. por hora"

Si se circula a más de 100 kms/h efectuamos una conducta prohibida; si se circula a menos de 100 kms/h efectuamos una conducta no prohibida. O cumplimos con R1 o no cumplimos. Por tanto las reglas presentan, como ha dicho Peczenik²⁰⁸, una estructura binaria. En consecuencia, la aplicación de una regla responde al viejo ideal del silogismo perfecto, a la expresión de un razonamiento *modus ponens*:

(R1) Todo el que circule a más de 100 será sancionado
A circula a más de 100

Luego, A será sancionado

¿Cuándo la acción de A no podría tener aparejada esta consecuencia jurídica? Cabría pensar en al menos dos posibilidades que la excluirían:

(1) Que la norma R1 no sea válida. Es obvio que si esta norma no pertenece al Derecho, no existirá sanción jurídica a tal acción.

207 Cfr. J.J. Moreso y P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, cit., pág. 26.

208 A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pág. 76; del mismo autor, "Dimensiones morales del Derecho", cit., pág. 92.



(2) Que existan excepciones contenidas en otras reglas del sistema jurídico, como por ejemplo:

R2: “Se permite a las ambulancias circular a más de 100 kms/h” o

R3: “Se permite a los vehículos circular a más de 100 en los adelantamientos”.

u otras semejantes.

Pero esto no habría de representar en realidad un problema insalvable. Para mantener la estructura todo o nada de las reglas se podría incorporar a R1 todas las excepciones a fin de construir una regla *completa*, que sí responda a esa aplicabilidad disyuntiva:

R1': todo el que circule a más de 100 kms/h, será sancionado, salvo en los casos en que se conduzca una ambulancia o que se esté efectuando un adelantamiento.

Esto significa que podemos definir las reglas como aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones. El criterio de la aplicación todo o nada de las reglas deriva finalmente hacia lo que podríamos llamar del carácter exhaustivo de las excepciones.

4.2 Los principios: más o menos aplicación

Los principios, a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Esta dimensión se percibe en el modo de entrar en colisión principios y reglas. ¿Cómo colisionan las reglas? Hemos visto que cuando dos reglas entran en conflicto, es posible (1) que una de ellas no sea válida, o (2) que una de ellas sea excepción de la otra. En ambos casos, no existe propiamente un conflicto. En el caso (1) simplemente debemos aplicar la regla válida. En el caso (2) simplemente debemos comprobar si el caso que debemos resolver es una excepción a la regla más general o no. Pero supongamos que nos hallamos verdaderamente ante una antinomia entre dos reglas. Esto es, supongamos que un día el legislador dicta la regla R4, que dice así:

R4: “Queda prohibido rebasar los 100 kms/h en los adelantamientos”

En tal situación, se produce un conflicto entre R3 y R4, que da lugar a una antinomia, pues se cumplen las tres siguientes condiciones²⁰⁹:

(1) R3 y R4 son jurídicamente válidas, pertenecen al mismo sistema jurídico.

(2) Ambas contemplan el mismo supuesto de hecho: efectuar un adelantamiento con el automóvil.

(3) Ambas contemplan consecuencias jurídicas incompatibles: R3 permite rebasar los 100 kms/h. R4 prohíbe superar los 100 kms/h.

209 Vid. sobre el problema de las antinomias, el sugerente estudio de Mario Ruiz, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002.

Esto significa que nos hallamos ante una antinomia. La misma acción de adelantar a más de 100 kms/h es calificada al tiempo como prohibida y permitida. En principio esto presenta consecuencias en relación con la primera condición enunciada, pues una cierta racionalidad exige que no se puedan admitir antinomias de este estilo en un sistema jurídico. Existen razones de carácter lógico que exigen la resolución de las antinomias. Según un principio lógico (el del falso Scotto, *ex falso quodlibet sequitur*) de dos premisas contradictorias se puede derivar cualquiera otra. Esto significa en términos deónticos que si una conducta está al tiempo prohibida y permitida, entonces cualquier norma forma parte del sistema jurídico, lo cual equivale a liquidarlo. Esto significa a su vez que no es racionalmente admisible que en nuestro caso R3 y R4 pertenezcan al mismo sistema jurídico. Por tanto, es una exigencia de racionalidad y de sostenibilidad del sistema jurídico resolver la antinomia, bien determinando si una de las normas funciona como excepción con respecto a la otra o bien directamente determinando la invalidez de una de las normas. En todo caso, no es posible que la misma conducta de adelantar a más de 100 kms/h se halle a un tiempo prohibida y permitida. En este caso, probablemente, aplicaríamos el criterio de la *lex posterior*, según el cual la ley posterior se impone a la anterior y entonces los adelantamientos no habrían de superar los 100 kms/h.

Hasta aquí hemos visto cómo entran en conflicto las reglas. Los principios que nos interesan aquí lo hacen de una forma completamente diversa. Son principios típicamente aquellas normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y otros de rango normalmente constitucional. Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien *tensiones*. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania afirma que los conflictos entre principios provocan una “situación de tensión” (*Spannungsanlage*). Por ejemplo, sean:

P1: principio de protección de la intimidad

P2: principio de protección del honor

P3: principio de libertad de información

Es perfectamente posible que:

En el caso *a* P1 entre en conflicto con y se imponga a P3

En el caso *b* P3 entre en conflicto con y se imponga a P2

En el caso *c* P2 entre en conflicto con y se imponga a P1

Esto significa que no podemos resolver estas tensiones entre P1, P2 y P3 de una vez para siempre. La colisión de principios no se traduce en la exclusión de la validez de uno de los principios en conflicto. Para comenzar, los principios por su estructura ni siquiera toleran que se les apliquen los criterios tradicionales de resolución de antinomias. Veámoslo:



(1) El criterio de la jerarquía (*lex superior*), según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía. De hecho, si observamos la aplicación de los principios como en los casos ideales indicados arriba, vemos que se produce lo que Guastini ha denominado una “jerarquía móvil” (“*gerarchia mobile*”)²¹⁰. En el caso *a* el principio P1 se impone a P3, como si fuera superior a éste, pero en el caso *b*, P3 se impone a P2, que a su vez se impone a P1 en el caso *c*, lo cual habría de presuponer la superioridad de P3 sobre P1, pero no se da esta transitividad, que queda desmentida en el caso *a*. Todo depende del caso concreto y eso significa en última instancia que, a diferencia de lo que sucede con las reglas, no es posible determinar exhaustivamente las excepciones a la aplicación de un principio.

(2) El criterio de la especialidad (*lex specialis*: la ley más especial se impone a la más general) resulta igualmente de difícil aplicación si tenemos en cuenta que los principios suelen caracterizarse por un extremado grado de generalidad.

(3) Finalmente el criterio de la *lex posterior* (la ley posterior se impone a la ley anterior) también resulta problemático en su aplicación a los conflictos entre principios por las mismas razones aducidas para el criterio de la *lex superior*. Si los principios son constitucionales, no es posible determinar la posterioridad. Si los principios en conflicto son extrasistemáticos o implícitos, también resulta complicado, por razones obvias, determinar cuál es posterior en el tiempo.

Por estas razones, los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras. Se ha hablado en este sentido de los principios como normas *derrotables* (*defeasible*)²¹¹. Los principios habrían de ser *balanceados* o ponderados con otros en conflicto y sólo en el caso concreto podría articularse una prioridad.

210 R. Guastini, “Diritto mite, diritto incerto”, en *Materiali per una storia della cultura Giuridica*, n° 2 (diciembre 1996), pág. 523.

211 Vid. en la literatura más reciente sobre esta perspectiva, por ejemplo, un interesante contraste entre los trabajos de J.C. Bayón (“Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n° 13 (octubre 2000), págs. 87-117) y Pablo Navarro con Jorge Rodríguez (“Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *ibid.* págs. 61-85). En síntesis, la cuestión fundamental que se discute es el status de los principios en una teoría de los sistemas jurídicos, dado que los principios se configuran como condicionales derrotables. Según la ley del refuerzo del antecedente, si una proposición *p* implica otra *q*, entonces la implicación se mantiene si añadimos nuevas proposiciones en el antecedente. Sin embargo, esto no sucedería con los principios, pues la adición de nuevas excepciones a los principios puede traducirse en que no se dé el consecuente. Esto supone un problema para una teoría de los sistemas jurídicos que pretenda reconstruir lógicamente nuestras intuiciones sobre el Derecho.

La idea de que reglas y principios se distinguen por la aplicabilidad todo o nada propia de las reglas y por la dimensión de peso propia de los principios puede someterse a algunas críticas. Para criticar esta distinción (como cualquier otra que se pueda inscribir en la tesis fuerte de la separación de reglas y principios) es posible seguir dos vías fundamentales: mostrar casos en que las reglas presenten rasgos asignados exclusivamente a los principios o, alternativamente, mostrar casos en que los principios presenten rasgos asignados exclusivamente a las reglas. Es decir, cabe mostrar casos de principalización de reglas o de regularización de principios. Seguramente la primera vía sea la más fructífera y son muchos los argumentos empleados. Una de las paradojas que se dan entre los autores principialistas consiste en que en su afán por distinguir reglas y principios asignan a las reglas unas propiedades de tal rigidez que ni los formalistas extremos seguramente estarían dispuestos a suscribir, de modo que la aplicación de reglas suele identificarse con una aplicación mecanicista del Derecho que hoy en día resulta insostenible. Veamos, pues, un par de inconvenientes:

(1) Hasta el momento, hemos visto lo que aparentemente sucede cuando entran en conflicto reglas entre sí y principios entre sí, pero no parece descabellado que alguien se preguntara qué sucede cuando entran en conflicto una regla y un principio. A primera vista, si existe una distinción cualitativa entre ambos tipos de normas, esto resultaría algo complicado, porque no parece fácil que entren en conflicto dos entidades cualitativamente diversas. Pero esto parece posible. Imaginemos que el principio de igualdad P4, prohíbe discriminar por razón de sexo y la regla R5 prohíbe a las mujeres prestar el servicio militar obligatorio, reservado (por cierto, discriminatoriamente) a los hombres. Seguramente, la respuesta más razonable fuera que es necesario argumentar en su caso por qué R5 se separa del principio general P4. Pero si es necesario argumentar para poder aplicar una regla, entonces comienza a fallar uno de los presupuestos sobre los que parece basarse la distinción fuerte de reglas y principios: que las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Se ha replicado que R5 seguiría manteniendo su condición de regla añadiendo una cláusula como la que se incorpora a continuación:

R5': "Prohibido a las mujeres prestar el servicio militar obligatorio, *siempre que no se vulnere un principio justificadamente aplicable*"

Pero en este caso, en realidad estamos acabando con la propia condición de regla de R5'. Juan Carlos Bayón²¹² utiliza en este caso una imagen bien expresiva para explicarlo: los principios que excepcionan una regla funcionarían como un caballo de Troya que entraría en las reglas portando consigo propiedades propias de los principios y devastando desde su propio interior la condición distintiva de las reglas, pues, de nuevo, el juicio sobre la justificación de excepción R5' sobre la base de un principio abre el camino a una argumentación que es precisamente lo que una regla habría de excluir.

212 J.C. Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991, págs. 361-362



(2) Algo parecido sucede cuando aplicamos analógicamente una regla, le aplicamos otras técnicas argumentativas o interpretativas, o cuando una regla presenta conceptos jurídicamente indeterminados o, más en general, cuando una regla resulta ser vaga. En estos casos, nos encontramos ante nuevos caballos de Troya que impiden de nuevo que la regla puede aplicarse a la manera de todo o nada, pues su aplicación exige una labor argumentativa por parte del operador jurídico que los autores principialistas suelen asignar en exclusiva a los principios.

4.3 Los principios como mandatos de optimización

El criterio fundamental para distinguir a los principios de las reglas es, a juicio de Robert Alexy y más bien en perjuicio del criterio de la aplicabilidad todo o nada de las reglas, la dimensión de peso de los principios, su ponderación. Por eso, para caracterizar la figura de los principios el autor alemán recurre a su consideración como un mandato de optimización (*Optimierungsgebot*). Los principios deben realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso.

En efecto, Alexy considera que, en términos generales, el planteamiento de Dworkin se desarrolla en la dirección correcta, pero no a suficiente profundidad. La explicación de la metáfora de la dimensión de peso presente en los principios se halla a su juicio en que éstos constituyen “mandatos de optimización”. Esta noción representa el elemento fundamental que singulariza la teoría alexiana frente a la dworkiniana²¹³. Su análisis constituye una interesante oportunidad para intentar desentrañar la llamada “dimensión de peso” de los principios, sin perjuicio de que la ponderación es objeto central del tema VII.

Alexy caracteriza los principios en los siguientes términos: “los 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, los principios son mandatos de optimización”²¹⁴.

Las reglas son descritas del siguiente modo: “...las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”²¹⁵.

Estas definiciones permiten identificar algunos de los aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios:

213 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993, pág. 87, nota 27.

214 *Ibid.*, pág. 86.

215 *Ibid.*, pág. 87.

(1) La graduabilidad. Los principios ordenan que se realice “algo en la mayor medida posible”. Esto presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas, a diferencia de las reglas, cuyo cumplimiento no puede someterse a gradualización alguna: “sólo pueden ser cumplidas o no”.

(2) La optimización. El cumplimiento de los principios debe tener lugar, “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la *optimización* del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.

(3) El deber ser ideal. Esta optimización se regula a partir de un “deber ser ideal” (*Ideales Sollen*) al que debe tender la aplicación del principio, que marca el horizonte de la “mayor medida posible”.

(4) Cabe añadir el carácter *prima facie*. Los principios son mandatos de optimización, no mandatos definitivos. Esto significa que tienen una virtualidad *prima facie* dentro de unos límites fácticos y jurídicos. Los principios, a diferencias de las reglas, no contienen determinaciones.

Entrar en el concreto debate de esta caracterización es tarea profunda y extensa, que no corresponde desarrollar aquí. Tan sólo desearía referirme a algunas ambigüedades que puede presentar una concepción de los principios como ésta y me gustaría referirme también a los criterios de optimización que sugiere Alexy.

En cuanto a las ambigüedades, algunos autores como Sieckmann²¹⁶ ha puesto de relieve que no está claro si el principio es un mandato de optimización de una norma o es la propia norma que debe ser optimizada (esto es aplicada en la mayor medida de lo posible dentro de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso). Dado el principio

P4: “no debemos discriminar por razón de sexo”
(que podríamos representar como Ph p —prohibido discriminar por razón de sexo),

Cabe preguntarse si P4 es un mandato de optimización que dice “obligatorio optimizar la norma “no debemos discriminar por razón de sexo”” (O OPT (Php)) o es la propia norma “no debemos discriminar por razón de sexo” (Php) un mandato de optimización en sí. En el primer caso, un principio es una metanorma que nos dice cómo debemos aplicar una determinada norma. Esta posibilidad es interesante porque permite situar la distinción entre reglas y principios en la forma que requiere su aplicación y es en ese plano donde se sustancian en última instancia las diferencias entre reglas y principios.

Esta opción permite también entender mejor la graduabilidad de los principios. La graduabilidad puede predicarse de la aplicación del principio y a veces de la conducta

216 J. R. Siekmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden Baden, 1990, págs. 62 ss.



objeto de regulación por parte del principio. Parece que si se predica la graduabilidad del mandato de optimización (O OPT (Php)) resultaría más sencillo comprender cómo funcionan los principios en el Derecho.

El carácter *prima facie* de los principios presenta algún problema, porque no parece que se trate de un rasgo plenamente distintivo de éstos respecto de las reglas. En realidad las reglas también requieren con carácter previo a su efectiva aplicación una deliberación acerca de su aplicabilidad en relación con el resto de las normas del sistema jurídico. Alexy afirma que el carácter *prima facie* de las reglas y de los principios es diverso en un Estado de Derecho y, en efecto puede que sea así, pero en todo caso parece difícil que sirva esta distinción para fundar una distinción fuerte entre reglas y principios en un plano conceptual.

4.3.1 Criterios de optimización

Ahora bien, ¿cómo se determina ese óptimo al que debe tender la aplicación de un principio? El óptimo que se persigue consiste en el resultado de una ponderación racional de los principios en conflicto (o, mejor, de los valores en conflicto tras los principios). Sin embargo, el hecho de que la aplicabilidad variable de los principios no vaya acompañada de criterios definitivos para determinar una jerarquía, podría llevar a pensar que carece completamente de sentido intentar elaborar algún método. Por tanto, según Alexy, este planteamiento conduce a la siguiente disyuntiva: (1) considerar que las relaciones entre principios carecen completamente de orden, como si se tratara de un simple catálogo de tópicos; o bien (2) entender que existe la posibilidad de ensayar algún método racional que discipline los conflictos entre principios. Alexy se inclina, naturalmente, por esta segunda posibilidad.

Dentro de esta segunda opción, Alexy contempla dos procedimientos básicos: (2.1) el establecimiento de un orden estricto o bien (2.2) el establecimiento de un orden débil²¹⁷.

(2.1) El orden estricto, cardinal, consiste en la asignación de un peso a cada principio o valor, entre 0 y 1 (a diferencia de las reglas que sólo pueden valer 0 ó 1, dado su carácter "binario"). Por ejemplo, 0'3 al principio P1; 0'7 al principio P2, etc. Si esta ordenación cardinal se efectúa sólo en abstracto, existe el riesgo de dar lugar a una "tiranía de los valores"²¹⁸. Por esta razón, la ponderación debería contemplar de algún modo la intensidad de cada principio en el caso concreto²¹⁹. Sin embargo, ni siquiera esta corrección es satisfactoria, pues el orden cardinal no hace sino desplazar el problema de la ponderación hacia el momento de la asignación de valor numérico a los principios y, en su caso, a su intensidad en las situaciones concretas.

217 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 152 ss.; "Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica", cit., págs. 145-148.

218 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 154.

219 Vide R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 155.

(2.2) Estos problemas permiten suponer que un orden débil sea más adecuado y aquí surgen varias opciones.

(2.2.1) Cabría pensar, en primer lugar, en el establecimiento de unas condiciones de prioridad, consistente en determinar la superioridad de uno u otro principio en conflicto bajo ciertas condiciones. Alexy expresa del siguiente modo esta relación condicionada de preferencia: $C2 (P1 \succ P2)$, es decir, bajo las condiciones $C2$, el principio $P1$ goza de prioridad sobre $P2$. Se podría elaborar un elenco de relaciones de prioridad bajo una serie de circunstancias concretas. Sin embargo, estas reglas no pueden agotar todas las posibles situaciones que pueden suceder en el futuro. Por ello, se hace necesario el recurso a una teoría de la argumentación jurídica²²⁰.

(2.2.2) Cabe, por otro lado, establecer una serie de prioridades *prima facie* que determinen la carga de la argumentación sobre algunos principios en favor de otros, lo que, de nuevo, remite a una teoría de la argumentación jurídica²²¹.

(2.2.3) Y, finalmente, es posible establecer unas estructuras de ponderación a partir de la idea de mandato de optimización, que se expresan en el modelo de Alexy a través de curvas de indiferencia cuyo curso determina las relaciones de importancia relativa de los principios. Estas estructuras tampoco son definitivas. Se requiere en última instancia el recurso a una teoría de la argumentación jurídica²²².

Es importante, en suma, destacar por encima de todo que la ponderación presupone y conduce invariablemente a una teoría de la argumentación jurídica. Desde mi punto de vista, éste es el criterio fundamental para distinguir principios y reglas: los principios se distinguen de las reglas porque remiten a una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, dado que también las reglas pueden requerirla, es necesario sostener en realidad la tesis débil de la separación entre reglas y principios y formular la distinción en los siguientes términos: un principio es una norma que requiere en mayor medida que una regla el recurso a una teoría de la argumentación jurídica.

4.4 Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas

Los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero²²³ han explorado una distinción entre reglas y principios extremadamente interesante. Según estos autores, la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter *cerrado* o *abierto* de la norma. Los ejemplos de regla, principio y directriz que utilizan son los siguientes preceptos del ordenamiento jurídico español:

220 Ibid., págs. 158-9.

221 R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", cit., pág. 148.

222 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 161 ss.

223 Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996. Puede verse una interesante polémica sobre esta concepción de los principios en los números 10, 11 y 12 de la revista *Doxa*, en la que tomaron parte Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís.



Ejemplo de regla: el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario...sin discriminación alguna por razón de sexo”.

Ejemplo de principio: el artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión ocualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Ejemplo de directriz: el artículo. 40.1 de la Constitución: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

¿En qué se distinguen estas tres normas? Atienza y Ruiz Manero proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un punto de vista estructural, desde un punto de vista funcional y desde un punto de vista del poder y los intereses implicados. Aquí interesa destacar los dos primeros enfoques.

Desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho (prótasis) al que se le correlaciona una consecuencia jurídica (apódosis). Dicho de otra forma, en las normas hallamos un caso y una solución normativa. Una norma típica, como por ejemplo, “el que matare a otro, deberá cumplir una pena de privación de libertad tantos años” puede representarse así: p Æ Oq (si p, entonces obligatorio q).

De acuerdo con los profesores alicantinos, la configuración del supuesto de hecho y de su consecuencia jurídica puede ser cerrada o bien abierta. La configuración es cerrada cuando existe una determinación de los casos a los que se refiere. La configuración es abierta cuando existe indeterminación de los casos a los que se refiere. Cabría preguntarse si este criterio tiene que ver con la vaguedad, de modo que el carácter abierto significaría carácter vago de la formulación de la norma. Sin embargo, el modelo Atienza/Ruiz Manero se pretende desarrollar una vez superados los problemas de vaguedad del lenguaje.

Pues bien, según Atienza y Ruiz Manero, las reglas se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas. Los principios presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y, finalmente, las directrices presentarían un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas. Cabría resumir en el siguiente cuadro lo dicho hasta ahora sobre la clasificación de reglas y principios del modelo Atienza/Ruiz Manero:

| Tipo de norma | (supuesto de hecho) p | Oq (consecuencia jurídica) | Ejemplos |
|---------------|-----------------------|----------------------------|------------------|
| Regla | cerrado | cerrada | art. 28 E.T. |
| Principio | abierto | cerrada | art. 14 Const. |
| Directriz | abierto | abierta | art. 40.1 Const. |

La regla determina de forma cerrada en qué supuestos se aplica (trabajo igual de hombres y mujeres) y también determina de forma cerrada la consecuencia jurídica (es obligatorio igual salario). El principio no determinaría en qué casos concretos habría que aplicar una consecuencia cerrada: la prohibición de trato discriminatorio y, finalmente, la directriz dejaría abiertos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, pues en el ejemplo no se nos dice en qué casos debemos desarrollar una acción que a su vez también queda abierta (sólo se señala el estado de cosas final, el resultado, al que debe tenderse con ella).

4.5 Principios y reglas como razones para la acción.

La otra perspectiva desde la que el modelo Atienza/Ruiz Manero analiza la distinción entre reglas y principios es de carácter funcional y se interroga por tanto acerca de cómo es el funcionamiento de reglas y principios en el razonamiento práctico. Esto supone la consideración de las normas como razones para la acción. Esta concepción de las normas ha sido desarrollada ampliamente por los profesores oxonienses H.L.A Hart y Josef Raz. Bajo este punto de vista, cuando profiero una norma, ésta pretende constituirse en una razón para actuar para mi interlocutor. Esta razón para actuar puede entrar en conflicto con otras razones para actuar, en otras ocasiones puede requerir otras razones que la auxilien para imponerse, etc. En esta perspectiva, las normas son consideradas por su fuerza para incorporarse a las inferencias prácticas de nuestra deliberación personal y no sólo importa lo que nos ordenen hacer o no, sino su interacción con otras razones para actuar. Esto significa que cuando profiero una norma hago dos cosas: ordeno, prohíbo o permito que se lleve a cabo una conducta, pero, además, digo que esta norma tiene (o no) que excluir otras consideraciones, otras posibles razones; digo en suma que tiene (o no) que excluir la deliberación por parte del destinatario de la norma.

El modelo Atienza/Ruiz Manero considera que las reglas son razones para la acción perentorias e independientes del contenido. Son perentorias porque una regla es una razón de primer orden para actuar y una razón de segundo orden para excluir la deliberación. Es decir, las reglas son razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones. Por otra parte, las reglas son independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (por ejemplo en el legislador) de tal regla.

Los principios, por el contrario, son razones no perentorias. Un principio es una razón de primer orden para actuar, pero no excluye la deliberación, la toma en consideración de otros principios para actuar. El principio abre el paso a la deliberación



de otras razones en posible conflicto para tomar una decisión. Que un principio sea una razón independiente o no de su contenido dependería a su vez del tipo de principio del que hablemos. Un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva.

5. PRINCIPIOS Y VALORES. A PROPÓSITO DEL ART. 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Entre los conceptos próximos al de principio se halla el de *valor*. El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 reza así: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”²²⁴. Esto significa que el concepto de valor tiene particular relevancia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, cabría preguntarse si existen y, en caso afirmativo, en qué consisten las diferencias entre los valores y los principios.

Los constitucionalistas han ensayado criterios diversos para distinguir valores y principios. Se ha dicho, entre otras cosas, que los valores tienen contenido ético y los principios contenido político; que los valores, a diferencia de los principios, carecerían de eficacia; que los valores gozan de superioridad frente a los principios; que los valores serían más generales y que valores y principios enuncian respectivamente conceptos axiológicos y deontológicos²²⁵. Esta última distinción que sostiene Alexy parece ser la más correcta.

Para perfilar el significado de “valor”, Alexy²²⁶ ha recurrido a la tripartición de los conceptos prácticos formulada por von Wright²²⁷. Según este autor, los conceptos prácticos se dividen en deontológicos, axiológicos y antropológicos. Los conceptos deontológicos son los que determinan algún deber ser: mandato, prohibición, permisión, etc. Los conceptos axiológicos son los que determinan que algo es bueno, valioso: lo bello, lo económico, lo seguro, lo eficaz, etc. Los conceptos antropológicos refieren elementos enraizados en la naturaleza humana como voluntad, interés, acción, decisión, etc.

224 Gregorio Peces-Barba, máximo impulsor de este artículo, ve en él la impronta del integral punto de vista de la filosofía del Derecho, adoptado por el Constituyente (G. Peces-Barba, *La elaboración de la Constitución de 1978*, C.E.C., Madrid, 1988, págs. 12 y 46; G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 12 y también G. Peces-Barba y L. Prieto Sanchís (colaborador), *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1984, pág. 9). Sobre los valores implícitos en la Constitución salvadoreña, cfr. R.E. Rodríguez Meléndez, “El fundamento material de la Constitución: una aproximación a la idea de valor, principio y norma constitucional”, en AA.VV., *Teoría de la constitución salvadoreña*, cit., cap. 4.

225 Cfr. sobre estos y otros criterios F.J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, C.E.P.C., Madrid, 1997.

226 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, págs. 139 ss.

227 G.H. von Wright, *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963, pág. 7; *The Varieties of Goodness*, Londres, 1963, págs. 6 ss. Citados por R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 139, nota 161.

De entre los tres grupos señalados interesan los dos primeros: los conceptos deontológicos y los axiológicos. Alexy sostiene que “principio” es un concepto deontológico y “valor” un concepto axiológico: “Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido”. Un principio es una norma, una guía del comportamiento humano. Un valor es un criterio que determina la bondad de algo en relación con tal criterio. Cuando hablamos del principio de la igualdad, nos referimos a la norma que prescribe que no se debe discriminar a las personas (art. 14 de la Constitución española). Cuando hablamos del valor igualdad (art. 1.1 del mismo texto normativo), estamos incorporando una dimensión axiológica, que establece como positivos aquellos estados de cosas que se adecuen al valor descrito (aunque, en rigor esto no debería de por sí representar una norma). En este caso, la sociedad que no discrimine a las personas por razón de sexo, raza, etc. es considerada buena en lo que respecta a ese valor (si bien nada impediría que tuviera otra consideración en otros aspectos, por ejemplo, de acuerdo con el valor libertad en el caso de que no respetara la autonomía de los individuos)²²⁸. En suma, el principio dice “debemos ser iguales” (o libres, o plurales políticamente, etc.); el valor dice: “la igualdad es buena” (o “la libertad es buena” o “el pluralismo es bueno”, etc.). Referirse a un valor como una norma es, pues, una forma de hablar.

Sin embargo, dado que el significado de una norma no equivale necesariamente a la interpretación literal de la disposición textual en que se expresa, a veces pueden darse confusiones. Nadie duda, por ejemplo, que la disposición aparentemente descriptiva “no se discriminará por razón de raza”, que es un enunciado aparentemente no deóntico, ha de ser interpretado como “prohibido discriminar por razón de raza”. Del mismo modo, cabe decir que cuando el Constituyente dice que la igualdad es un valor, es decir, que “la igualdad es buena”, interpretamos que incorpora el principio: “debemos ser igualitarios, porque lo considero bueno”. En tal caso, parece difícil establecer diferencias estructurales entre valores y principios a partir meramente de la formulación de las normas en los textos legales.

La diferencia entre principio (concepto axiológicamente indiferente) y valor (concepto axiológicamente “cargado”) se expresa intuitivamente cuando es referida a estados de cosas moralmente no deseables. No nos resulta extraña la expresión “principio del *apartheid*” para referirnos a la idea rectora que ha presidido durante décadas la legislación sudafricana. Por el contrario, si pronunciamos el sintagma “valor del *apartheid*”, nos sentimos inmediatamente compelidos a añadir “según el sistema sudafricano de tal período de la historia” para destacar que tal criterio de valoración no es conforme con nuestra propia axiología (naturalmente en caso de que no sea conforme). En suma, la idea de principio no está cargada axiológicamente, en tanto que la idea de valor no puede prescindir de esta dimensión.

228 Por cierto, hablando de valores, conviene distinguir entre “tener valor” y “ser un valor”. Cuando algo es un valor (por ejemplo, la igualdad) determina que ciertos objetos (por ejemplo, la sociedad que no discrimina por razón de sexo, raza, etc.) tienen valor (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 141).



A la luz de estas precisiones y desde un punto de vista externo, principio y valor se distinguen claramente. Desde un punto de vista interno, desde el punto de vista del participante, esta diferencia tiende a debilitarse, porque se entiende que existe una correlación inmediata entre los valores asumidos por la sociedad y las normas que deben garantizarlos.

En definitiva, valor y principio determinan dos nociones distintas pero no inconexas. Son nociones distintas porque designan cosas diferentes: el valor define un criterio de valoración y el principio es una norma con ciertas características. Son nociones que no son ajenas entre sí, porque existe una clara relación entre ambas: la propia lógica de la razón práctica que rige la interpretación conduce al establecimiento de un principio a partir de un valor (si algo es bueno, *debe* fomentarse) y, correlativamente, el principio suele presuponer algún valor al que sirve (si algo debe hacerse, por lo general es porque ello es bueno bajo un determinado valor o sistema de valores).

De acuerdo con lo expuesto, conceptualmente en el artículo 1.1 de la Constitución el término “valor” podría ser sustituido por el de “principio”, con la consecuencia de designar directamente normas en lugar de criterios de valoración y de desplazar la carga axiológica desde el término “valor” al término “propugna”, que cargaría axiológicamente a los neutros principios. La carga axiológica de tales principios se inferiría de que el constituyente los “propugna”. Inversamente, cabría afirmar que los valores obtienen su carga deontológica, o deóntica, precisamente del verbo “propugna”²²⁹. Algo se debe realizar porque se considera bueno (constitucionalmente valioso) y se considera bueno porque se debe realizar (según el constituyente).

Una vez definidas las relaciones entre valores y principios, podemos preguntarnos acerca de la utilidad de los valores superiores del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 de texto constitucional español. Como se ha indicado, que sus contenidos se denominen valores o principios no tiene grandes consecuencias siempre que se sea consciente de la verdadera dimensión de este tipo de disposiciones. En este sentido, no deja de ser significativo el frecuente uso indiferenciado de ambos conceptos por parte del Tribunal Constitucional en España²³⁰. A continuación procede, pues, preguntarse acerca de la utilidad que puedan reportar principios tan amplios como, por ejemplo, “se debe ser justo” (o, considerado como principio informador del sistema, “el ordenamiento jurídico debe ser justo”), traducción deontológica del valor justicia. En los valores se conjugan, pues, dos notas: su elevada altura jerárquica en el sistema y su pronunciada vaguedad. Ambos rasgos parecen ser el origen de que los valores sean a un tiempo “normas de clausura” y “normas de apertura”²³¹, lo que confiere a los valores particularmente una

229 Cfr. G. Peces-Barba, *Derecho y derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1984, pág. 248.

230 Cfr. F.J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., págs. 130 ss.

231 L. Prieto Sanchís, “Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. 11 (1984), págs. 83-89, aquí pág. 88.

“naturaleza bifronte o ambigua”²³². Son normas de clausura porque, desde su privilegiada posición en el ordenamiento jurídico, deben completar, guiar y limitar el resto de las normas del ordenamiento y la actividad del poder judicial, en especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Son normas de apertura, porque su vaguedad proporciona un amplio margen de maniobra al aplicador del Derecho que puede invocar estos valores de forma muy flexible.

Sin embargo, este tipo de fórmulas debe enfrentar la muy seria acusación de vaguedad e incluso de vaciedad extrema y, por consiguiente, de falta de virtualidad práctica. Esta acusación no pretende necesariamente la supresión de este tipo de disposiciones. Sólo persigue su justa calificación como declaraciones de naturaleza básicamente retórica o, en el mejor de los casos, argumentativa. Denninger²³³ nos cuenta que hace algún tiempo se enfrentaron en una comisión para la reforma constitucional en Alemania dos posiciones sobre este tipo de cláusulas: la de quienes deseaban incorporarlas con profusión a la Constitución y la de quienes se oponían a ello. Uno de los juristas que se oponían afirmó que la Constitución alemana era y debía seguir siendo una “Constitución de juristas y no de sacerdotes” (*Juristenverfassung*, *nicht Pastorenverfassung*). Es una forma quizá excesiva de plantear la disyuntiva, pero que presenta un trasfondo de realidad considerable.

6. EN CONCLUSIÓN

En los propios comienzos de la discusión sobre la distinción entre principios y reglas, ya había quien lamentaba, en relación con la teoría de Ronald Dworkin que “es muy decepcionante ver que en su sistema la distinción entre reglas y principios sólo puede efectuarse retrospectivamente, una vez que el juez ha categorizado la situación”²³⁴. Esto viene a significar que en realidad, reglas y principios no se distinguen claramente sino hasta después de ser interpretados y aplicados. Esta constatación parece apoyar dos ideas: la primera es que la distinción sólo funciona en el plano argumentativo y no tanto en el marco de un sistema jurídico. Dicho de otro modo, la distinción entre reglas y principios es más propia de una teoría de la argumentación jurídica que de una teoría de los sistemas jurídicos. En segundo lugar, esto viene a apoyar la tesis débil de la distinción entre reglas y principios, de acuerdo con la cual la distinción entre ambos tipos de normas es gradual y no cualitativa, pues una regla puede comportarse en el plano argumentativo como un principio y viceversa. A tenor de estas consideraciones, sería posible definir los principios como aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas. Esto explicaría la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles. De qué manera se resuelven los conflictos entre principios es objeto de estudio en la siguiente lección dedicada específicamente a la ponderación en el ámbito constitucional.

232 L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, cit., pág. 136.

233 E. Denninger, “La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 84 (abril-junio 1994), págs. 69-78, aquí pág. 70.

234 C. Tapper, “A Note on Principles”, en *The Modern Law Review*, vol. 34 (noviembre 1971), págs. 628-634, aquí pág. 630.



VII. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Marina Gascón Abellán

SUMARIO: 1. La justicia constitucional: concepto y sistemas: 1.1 Concepto de justicia constitucional. 1.2 Dos sistemas de justicia constitucional. 2. Los límites de la jurisdicción constitucional. 3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas: 3.1 El principio de interpretación conforme. 3.2 Las sentencias interpretativas. 4. Sentencias manipulativas y otras “fricciones” con el legislador: 4.1 Las sentencias manipulativas. 4.2 Otras formas de influencia política de la justicia constitucional. 4.3 Argumentos contra el control de constitucionalidad. 5. El juicio de ponderación: 5.1 Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación. 5.2 Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad). 5.3 Tres observaciones sobre la ponderación. 6. A modo de conclusión.

1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: CONCEPTO Y SISTEMAS.

1.1 Concepto de justicia constitucional.

En el capítulo primero se recordó cómo, al margen de otras muchas particularidades, el Estado Constitucional de Derecho exige dotar de *normatividad* a la Constitución. Pero la normatividad o supremacía jurídica de la constitución no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria²³⁵, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad* de la ley y otros actos del poder²³⁶. Puede decirse por ello que constitucionalismo (o carácter normativo de la constitución) y *justicia constitucional* son conceptos inextricablemente unidos.

235 Cfr. El volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A.Pace y J.Varela), Madrid, CEC, 1995; o V.Ferrerres, “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es L.Prieto, para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución*, nº5 (2001), pp.12 ss.).

236 M.García Pelayo señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, cit., p.3037.

Por jurisdicción constitucional pueden entenderse distintas cosas:

1º) *La que ejercen los tribunales así llamados*, sea cual sea la naturaleza de los asuntos que se les encomienda: control de constitucionalidad de las leyes, regularidad de las elecciones, enjuiciamiento penal de los titulares de las magistraturas supremas, etc.

Este concepto no resulta satisfactorio, pues excluye los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes encomendado a los Tribunales Supremos e incluye cuestiones que no son constitucionales.

2º) *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, con independencia de los órganos que lo realicen.

Este concepto tampoco resulta satisfactorio, porque excluye aquellos sistemas en los que se enjuicia también, además del texto de las leyes, su interpretación y aplicación.

3º) *La que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de su constitucionalidad*. Comprende, por tanto: a) no sólo el control que ejercen los llamados Tribunales Constitucionales, sino también el que ejerce la jurisdicción ordinaria en su diaria interpretación y aplicación de la ley; y b) no sólo se controla al poder legislativo, sino también la interpretación y aplicación de la ley que realizan la Administración y (sobre todo) los jueces.

Este último es el concepto de jurisdicción constitucional adecuado, y ello porque una jurisdicción constitucional así entendida es el único modo de garantizar la eficacia real de la Constitución. Controlar sólo la constitucionalidad del texto legal no garantiza aún la Constitución (o los derechos). Cuando el poder judicial sólo queda sometido al principio de legalidad, incluso aunque podamos suponer que la ley es constitucional, caben aún interpretaciones inconstitucionales de la misma. En otras palabras, es posible que el juez, aun actuando con respeto al principio de legalidad, actúe inconstitucionalmente, violentando derechos²³⁷.

1.2 Dos sistemas de justicia constitucional.

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado prevalentemente a la garantía de los derechos, y el sistema de *control concentrado y abstracto*, orientado prevalentemente a controlar el texto de la ley.

a) El control difuso.

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia

237 Sobre el concepto y la extensión de la justicia constitucional, vid. la clásica obra de G.Zagrebel'sky, *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bolonia, Il Mulino, 2ª ed., 1988; y la recopilación de trabajos de F.Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1997.



constitucional²³⁸. El temprano y firme reconocimiento de un valor jurídico supremo a la constitución implicaba tanto su aptitud para ser usada por los jueces en la resolución de los casos concretos, cuanto su prevalencia sobre las leyes en caso de conflicto. De donde derivaba un corolario: el reconocimiento de un poder a los jueces para inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a la Constitución. Es lo que se conoce como *judicial review*.

El reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula a la idea de contrato social lockeano que postula una constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”²³⁹. Cuaja así la idea de un poder constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La constitución es pues el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismos y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el poder judicial.

Tal vez nadie lo describió mejor que A.Hamilton en *El Federalista*: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contraria a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (A.Hamilton, 1780, cap.LXXVIII).

La *judicial review* se configura, pues, como un sistema de control de constitucionalidad orientado prevalentemente a la protección de los derechos constitucionales. Se trata de un control difuso y concreto. *Difuso* porque los derechos (que aquí se llaman “civiles”) pueden ser invocados ante cualquier juez (y en último término ante el Tribunal Supremo), que puede protegerlos frente a cualquier poder; incluido el legislativo. Y *concreto* porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos. Es, por tanto, un control *per*

238 Sobre el origen y justificación de la *judicial review* vid. por ejemplo R.Blanco Valdés, *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998; D.García Belaunde y F.Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

239 Esta es una de las “verdades” que los autores de *la Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (1776) sostenía “por evidentes”.

incidens que se ejerce para la tutela de los derechos en el caso de que se trate y que se resuelve en la inaplicación de la ley en ese caso, por lo tiene sólo eficacia *inter partes*. Naturalmente todas las decisiones pueden ser revisadas a su vez por la Corte Suprema, y como sus precedentes tienen carácter vinculante puede decirse que es su doctrina la que delimita realmente el contenido de los derechos que la Constitución enuncia.

b) El control concentrado.

Por su parte, el *control concentrado y abstracto* conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920 y que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución (o de los derechos) se atribuye a la jurisdicción ordinaria, este otro sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) *separado* de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas²⁴⁰.

La opción de Kelsen por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político de la Europa de los años veinte en el que se gesta. Un contexto marcado por la tensión política entre jueces y legislador que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la República de Weimar: el Parlamento democrático de Weimar terminó perdiendo todo su sentido ante un activismo judicial desbocado que eludía la aplicación de la ley bajo el argumento de su incompatibilidad con la constitución. Por eso, hoy que se ha puesto de moda tanto en América como en Europa criticar a la justicia constitucional por su carácter antidemocrático (jueces que enmiendan la plana al legislador), merece destacarse que la justicia constitucional kelseniana, sin embargo, no nació “contra el legislador”, sino “contra el juez”, como un modo de fortalecer al legislador democrático²⁴¹. Fue justamente la necesidad de conciliar la garantía de la constitución y la libertad política del parlamento frente a los jueces lo que condujo a Kelsen a diferir el control de constitucionalidad a un órgano ajeno a la jurisdicción ordinaria y a encomendarle como única tarea un control abstracto del texto legislativo: la función del Tribunal se resume en un juicio de compatibilidad lógica entre texto constitucional y texto legislativo, adoptando además como exclusivo parámetro de constitucionalidad una constitución de naturaleza formal concebida como regla procedimental y de organización, y no como generadora de problemas morales y

240 Cfr. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Cfr. También L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp.77-78.

241 Acaso por esta idea de que el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley, la opción a favor de la jurisdicción concentrada –dice F. Rubiote– produce en democracias débiles, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional”, en *REDC*, 35, 1992, p.12.